



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2005 Vol. 2

1^{er} cahier, 2005 Vol. 2

Cited as [2005] 2 S.C.R. 3-203

Renvoi [2005] 2 R.C.S. 3-203

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	Legal Counsel / Conseillers juridiques ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	LOUISE SAVARD	WITOLD TYMOWSKI
LEE ANN GORMAN	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH	

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI		CLAIRE VALLÉE

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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

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

CONTENTS

Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)91

Practice — Abuse of process — Motion for permanent stay of proceedings — Motion alleging Minister's decision to appeal strongly influenced by certain organizations — Appointment to Supreme Court of Canada of judge whose spouse chaired committee of one of these organizations — Allegation of abuse of power in respect of this appointment — Whether permanent stay of proceedings should be granted owing to abuse of process.

Courts — Supreme Court of Canada — Bias — Voluntary recusal of judge whose spouse chaired committee of one of interveners — Whether fact that there ground for one of Court's members to recuse him or herself compromises impartiality of entire court.

Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) 100

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Role of reviewing court of secondary level of appellate review — Federal Court of Appeal setting aside findings of fact of Immigration and Refugee Board (Appeal Division) and making its own evaluation of evidence — Whether Federal Court of Appeal exceeded scope of its judicial review function — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(4).

Immigration — Removal after admission — Offences committed outside Canada — Permanent resident alleged to have incited murder, genocide and hatred in speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Whether Federal Court of Appeal erred in finding speech did not constitute incitement to murder, genocide, or hatred — Whether permanent resident should be deported — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 27(1)(a.1)(ii), (a.3)(ii).

Immigration — Removal after admission — Crime against humanity committed outside Canada — Permanent resident alleged to have committed crime against humanity because of speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Whether Federal Court of Appeal erred in finding that there were no reasonable grounds to believe speech constituted crime against humanity — Whether permanent resident should be deported — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1)(j), 27(1)(g).

Criminal law — Elements of offences — Incitement to murder — Incitement to genocide — Incitement to hatred — Permanent resident alleged to have incited murder, genocide and hatred in speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Deportation — Standard of proof set out in relevant sections of Immigration Act — Whether elements of offences made out — Criminal Code,

Continued on next page

SOMMAIRE

Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration).....91

Pratique — Abus de procédure — Requête en suspension définitive des procédures — Requête alléguant que la décision d'un ministre d'interjeter appel a été fortement influencée par certains organismes — Nomination à la Cour suprême du Canada d'une juge dont le conjoint a été président d'un comité de l'un de ces organismes — Allégation d'abus de pouvoir relativement à cette nomination — Y a-t-il lieu de prononcer la suspension définitive des procédures pour cause d'abus de procédure?

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Partialité — Récusation volontaire d'une juge dont le conjoint a été président d'un comité de l'un des intervenants — L'existence d'un motif de récusation particulier à l'un des membres de la Cour met-elle en cause l'impartialité de l'ensemble du tribunal?

Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)..... 100

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Rôle du tribunal siégeant en appel de la décision sur la demande de contrôle judiciaire — La Cour d'appel fédérale a écarté les conclusions de fait de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section d'appel) et s'est livrée à sa propre appréciation de la preuve — A-t-elle omis de s'en tenir à un contrôle judiciaire? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(4).

Immigration — Renvoi après admission — Infractions commises à l'étranger — Allégations reprochant à un résident permanent d'avoir incité au meurtre, au génocide et à la haine dans un discours prononcé au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de conclure que le discours ne constituait pas une incitation au meurtre, au génocide et à la haine? — Le résident permanent doit-il être expulsé? — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 27(1)a.1(ii), a.3(ii).

Immigration — Renvoi après admission — Crime contre l'humanité commis à l'étranger — Allégation reprochant à un résident permanent d'avoir commis un crime contre l'humanité en prononçant un discours au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de conclure à l'absence de motifs raisonnables de penser que le discours constituait un crime contre l'humanité? — Le résident permanent doit-il être expulsé? — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)(j), 27(1)(g).

Droit criminel — Éléments constitutifs des infractions — Incitation au meurtre — Incitation au génocide — Incitation à la haine — Allégations reprochant à un résident permanent d'avoir incité au meurtre, au génocide et à la haine dans

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 318(1), 319, 464(a) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 27(1)(a.1)(ii), (a.3)(ii).

Criminal law — Elements of offence — Crimes against humanity — Permanent resident alleged to have committed crimes against humanity because of speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Provisions of Criminal Code to be interpreted and applied in accordance with international law — Deportation — Standard of proof set out in relevant sections of Immigration Act — Whether elements of offence made out — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 7(3.76), (3.77) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 19(1)(j), 27(1)(g).

R. v. Orbanski; R. v. Elias.....3

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Roadside screening measures to assess sobriety of drivers — Two accused stopped while driving vehicles and asked if they had been drinking — One of accused also asked to perform roadside sobriety tests — Whether accused detained — If so, whether police required to inform accused of right to counsel before asking if they had been drinking or before requesting sobriety tests — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b) — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Roadside screening measures to assess sobriety of drivers — Two accused stopped while driving vehicles and asked if they had been drinking — One of accused also asked to perform roadside sobriety tests — Whether screening measures constitute implied limit on right to counsel prescribed by law — If so, whether limit justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10(b) — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

Police — Powers — Scope of police authority to check sobriety of drivers at roadside — Whether police requests to drivers to perform sobriety tests or answer questions about prior alcohol consumption fall within scope of authorized police action — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254 — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

Ryan v. Moore53

Limitation of actions — Survival of action against deceased — Limitation periods — Estoppel by convention — Estoppel by representation — Discoverability rule — Confirmation of cause of action — Limitation period under Survival of Actions Act expiring one year after death of party to action or six months after date when letters of administration granted — Statement of claim for damages in relation to motor vehicle accident issued against

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

un discours prononcé au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — Expulsion — Norme de preuve prévue dans les dispositions applicables de la Loi sur l'immigration — Les éléments constitutifs des infractions ont-ils été établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 318(1), 319, 464a) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 27(1)a.1)(ii), a.3)(ii).

Droit criminel — Éléments constitutifs de l'infraction — Crime contre l'humanité — Allégation reprochant à un résident permanent d'avoir commis un crime contre l'humanité en prononçant un discours au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — Les dispositions du Code criminel doivent être interprétées et appliquées conformément au droit international — Expulsion — Norme de preuve prévue dans les dispositions applicables de la Loi sur l'immigration — Les éléments constitutifs de l'infraction ont-ils été établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 7(3.76), (3.77) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)j), 27(1)g).

R. c. Orbanski; R. c. Elias.....3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Mesures de détection routière en vue d'évaluer la sobriété des conducteurs — Les policiers ont demandé aux deux accusés interceptés au volant de leur véhicule s'ils avaient bu — Le policier a aussi demandé à un des accusés de se soumettre à un test de sobriété au bord de la route — Les accusés ont-ils été détenus? — Le cas échéant, les policiers devaient-ils informer les accusés de leur droit à l'assistance d'un avocat avant de leur demander s'ils avaient bu ou avant d'exiger un test de sobriété? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b) — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Restriction raisonnable prescrite par la loi — Mesures de détection routière en vue d'évaluer la sobriété des conducteurs — Les policiers ont demandé aux deux accusés interceptés au volant de leur véhicule s'ils avaient bu — Le policier a aussi demandé à un des accusés de se soumettre à un test de sobriété au bord de la route — Les mesures de détection constituent-elles, à l'égard du droit à l'assistance d'un avocat, une restriction implicite prescrite par une règle de droit? — Le cas échéant, la restriction est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10b) — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

Police — Pouvoirs — Étendue du pouvoir des policiers de vérifier la sobriété des conducteurs au bord de la route — Les demandes que font les policiers aux conducteurs de se soumettre à des tests de sobriété ou de répondre à des questions au sujet de leur consommation préalable d'alcool sont-elles des mesures policières autorisées? — Code criminel,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

defendant within two-year limitation period prescribed by Limitations Act — Defendant's death unknown to plaintiff until after shorter limitation period in Survival of Actions Act had expired — Whether doctrine of estoppel by convention or by representation applicable to prevent defendant from raising limitation defence — Whether confirmation of cause of action or discoverability rule applicable to extend limitation period of Survival of Actions Act — Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, c. S-32, s. 5 — Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1, ss. 5, 16.

Estoppel — Estoppel by convention — Requirements — Whether requirements of doctrine of estoppel by convention met.

Estoppel — Estoppel by representation — Limitation of actions — Whether defendant's silence regarding shorter limitation period constitutes representation grounding estoppel.

Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario.....188

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Dagenais/Mentuck test — Search warrants — Crown requesting order sealing warrants and informations used to obtain warrants — Whether Dagenais/Mentuck test applicable to all discretionary court orders that limit freedom of expression and freedom of the press in relation to legal proceedings.

Criminal law — Provincial offences — Search warrants — Sealing orders — Open court principle — Protection of confidential informant — Crown requesting order sealing warrants and informations used to obtain warrants — Whether Dagenais/Mentuck test applicable to sealing orders concerning search warrants and informations upon which issuance of warrants was judicially authorized — Whether Dagenais/Mentuck test applicable at pre-charge or "investigative stage" of criminal proceedings.

SOMMAIRE (Suite)

L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 254 — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

Ryan c. Moore53

Prescription — Survie d'une action intentée contre une personne décédée — Délais de prescription — Préclusion par convention — Préclusion par assertion de fait — Règle de la possibilité de découvrir le dommage — Confirmation de la cause d'action — Délai de prescription prévu par la Survival of Actions Act expirant un an après le décès d'une partie à une action ou six mois après la date de délivrance de lettres d'administration — Déclaration relative à un préjudice résultant d'un accident d'automobile déposée contre le défendeur avant l'expiration du délai de prescription de deux ans fixé par la Limitations Act — Demandeur apprenant le décès du défendeur seulement après l'expiration du délai de prescription plus court établi par la Survival of Actions Act — La règle de la préclusion par convention ou par assertion de fait empêche-t-elle le défendeur d'invoquer la prescription comme moyen de défense? — La confirmation de la cause d'action ou la règle de la possibilité de découvrir le dommage a-t-elle pour effet de prolonger le délai de prescription prévu par la Survival of Actions Act? — Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, ch. S-32, art. 5 — Limitations Act, S.N.L. 1995, ch. L-16.1, art. 5, 16.

Préclusion — Préclusion par convention — Conditions — Les conditions de la règle de la préclusion sont-elles remplies?

Préclusion — Préclusion par assertion de fait — Prescription — Le silence du défendeur concernant le délai de prescription plus court constitue-t-il une assertion justifiant la préclusion?

Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario.....188

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Critère de Dagenais/Mentuck — Mandats de perquisition — Demande par le ministère public de mise sous scellés des mandats et des dénonciations utilisées pour les obtenir — Le critère de Dagenais/Mentuck est-il applicable chaque fois qu'un juge exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression et la liberté de la presse relativement à des procédures judiciaires?

Droit criminel — Infractions provinciales — Mandats de perquisition — Ordonnances de mise sous scellés — Principe de la publicité des débats judiciaires — Protection d'un informateur — Demande par le ministère public de mise sous scellés des mandats et des dénonciations utilisées pour les obtenir — Le critère de Dagenais/Mentuck est-il applicable aux ordonnances de mise sous scellés visant les mandats de perquisition et les dénonciations qui en ont

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

justifié la délivrance? — Le critère de Dagenais/Mentuck est-il applicable à l'étape antérieure au dépôt d'accusations ou à « l'étape de l'enquête » dans une procédure criminelle?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 2005

2^e volume, 2005

Christopher Orbanski *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

David Jeff Elias *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. v. ORBANSKI; R. v. ELIAS

Neutral citation: 2005 SCC 37.

File Nos.: 29793, 29920.

2004: October 12; 2005: June 16.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Christopher Orbanski *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

David Jeff Elias *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. ORBANSKI; R. c. ELIAS

Référence neutre : 2005 CSC 37.

N^{os} du greffe : 29793, 29920.

2004 : 12 octobre; 2005 : 16 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Roadside screening measures to assess sobriety of drivers — Two accused stopped while driving vehicles and asked if they had been drinking — One of accused also asked to perform roadside sobriety tests — Whether accused detained — If so, whether police required to inform accused of right to counsel before asking if they had been drinking or before requesting sobriety tests — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b) — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Roadside screening measures to assess sobriety of drivers — Two accused stopped while driving vehicles and asked if they had been drinking — One of accused also asked to perform roadside sobriety tests — Whether screening measures constitute implied limit on right to counsel prescribed by law — If so, whether limit justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10(b) — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

Police — Powers — Scope of police authority to check sobriety of drivers at roadside — Whether police requests to drivers to perform sobriety tests or answer questions about prior alcohol consumption fall within scope of authorized police action — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254 — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

Police officers stopped a vehicle driven by O after they observed it go through a stop sign without stopping and swerving on the road. E's vehicle was stopped at a random roadside stop. In both cases, the police officer who approached the vehicle could smell alcohol. Each driver was asked if he had been drinking. O was also asked to perform roadside sobriety tests, which he failed, and E failed an approved screening device test; both were arrested. The Crown conceded that both accused had been detained for the purposes of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* before being arrested and that neither of them was fully advised of his right to counsel until after he was arrested. Each of the accused provided breath samples and was charged with impaired driving and "driving over 80" under

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Mesures de détection routière en vue d'évaluer la sobriété des conducteurs — Les policiers ont demandé aux deux accusés interceptés au volant de leur véhicule s'ils avaient bu — Le policier a aussi demandé à un des accusés de se soumettre à un test de sobriété au bord de la route — Les accusés ont-ils été détenus? — Le cas échéant, les policiers devaient-ils informer les accusés de leur droit à l'assistance d'un avocat avant de leur demander s'ils avaient bu ou avant d'exiger un test de sobriété? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b) — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Restriction raisonnable prescrite par la loi — Mesures de détection routière en vue d'évaluer la sobriété des conducteurs — Les policiers ont demandé aux deux accusés interceptés au volant de leur véhicule s'ils avaient bu — Le policier a aussi demandé à un des accusés de se soumettre à un test de sobriété au bord de la route — Les mesures de détection constituent-elles, à l'égard du droit à l'assistance d'un avocat, une restriction implicite prescrite par une règle de droit? — Le cas échéant, la restriction est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10b) — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

Police — Pouvoirs — Étendue du pouvoir des policiers de vérifier la sobriété des conducteurs au bord de la route — Les demandes que font les policiers aux conducteurs de se soumettre à des tests de sobriété ou de répondre à des questions au sujet de leur consommation préalable d'alcool sont-elles des mesures policières autorisées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 254 — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

Les policiers ont intercepté le véhicule que conduisait O après l'avoir vu brûler un signal d'arrêt et zigzaguer sur la route. Le véhicule de E a été intercepté au hasard. Dans les deux cas, le policier qui s'est approché du véhicule a senti une odeur d'alcool. Il a demandé au conducteur s'il avait bu. À la demande du policier, O s'est aussi soumis à un test de sobriété qu'il a échoué, et E a échoué un test au moyen d'un appareil de détection approuvé; les deux conducteurs ont été arrêtés. Le ministère public a admis que les deux accusés ont été détenus au sens de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* avant d'être arrêtés, et que tous deux n'ont été pleinement informés de leur droit à l'assistance d'un avocat qu'après leur arrestation. Les deux accusés ont fourni un échantillon d'haleine et ont été accusés de

ss. 253(a) and 253(b) of the *Criminal Code*. The trial judges held that O's and E's rights to counsel under s. 10(b) were infringed while they were detained and that the limits on s. 10(b) arising from the police conduct were not prescribed by law within the meaning of s. 1 of the *Charter*. As a result, the infringement of s. 10(b) was unjustified. In both cases, the evidence was excluded under s. 24(2) of the *Charter*, and the accused were acquitted. In O's case, the Court of Appeal set aside the acquittals and ordered a new trial; in E's case, it upheld the summary conviction appeal court's decision setting aside E's acquittal on the "driving over 80" charge and ordering a new trial. The Court of Appeal in each case held that s. 10(b) of the *Charter* had been breached and that the limit on the right to counsel was not prescribed by law, but that the evidence should be admitted under s. 24(2).

Held (LeBel and Fish JJ. dissenting in E's case): O's appeal should be dismissed. The Crown's appeal in E's case should be allowed. The orders for new trials should be upheld.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella and Charron JJ.: The right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* was triggered when O and E were detained before their arrests. However, the right to counsel is not absolute. It is subject to reasonable limits that are prescribed by law and are demonstrably justified in a free and democratic society. [31-33]

At the relevant time, there was no express limit on the right to counsel in the Manitoba *Highway Traffic Act*. The prescribed limit arose in these cases by necessary implication from the operating requirements of the governing provincial and federal legislative provisions. In the circumstances of these cases, the police officers were acting in the lawful execution of their duty when they stopped O and E and checked their sobriety. The authority of police officers to check the sobriety of drivers arises in relation to the powers that are necessarily implicit in the general statutory vehicle stop provision found in s. 76.1 of the Manitoba *Highway Traffic Act* and in their duty to enforce s. 254 of the *Criminal Code*. Screening drivers necessarily requires interaction with motorists at the roadside. The scope of justifiable police conduct will not always be defined by express words found in a statute but will sometimes depend on the

conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 » en vertu des al. 253a) et 253b) du *Code criminel*. Les juges du procès ont conclu que les droits de O et E à l'assistance d'un avocat garantis à l'al. 10b) avaient été violés alors qu'ils étaient détenus et que cette restriction de leurs droits imposée par la conduite des policiers n'était pas prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. En conséquence, la violation de l'al. 10b) était injustifiée. Dans les deux cas, la preuve a été exclue aux termes du par. 24(2) de la *Charte*, et les accusés ont été acquittés. Dans le cas de O, la Cour d'appel a annulé les acquittements et ordonné un nouveau procès; dans le cas de E, elle a maintenu la décision de la cour d'appel des poursuites sommaires annulant l'acquittement relatif à l'accusation de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 » et ordonnant un nouveau procès. Dans chaque cas, la Cour d'appel a conclu que l'al. 10b) de la *Charte* avait été violé et que la restriction du droit à l'assistance d'un avocat n'était pas prescrite par une règle de droit, mais que la preuve devait être admise aux termes du par. 24(2).

Arrêt (les juges LeBel et Fish sont dissidents dans le cas de E) : Le pourvoi de O est rejeté. Le pourvoi du ministère public dans le cas de E est accueilli. Les ordonnances de nouveaux procès sont maintenues.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella et Charron : Le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) de la *Charte* s'appliquait alors que O et E étaient détenus avant leur arrestation. Cependant, le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas absolu. Il peut être restreint par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. [31-33]

Au moment où les faits sont survenus, le *Code de la route* du Manitoba ne restreignait pas expressément le droit à l'assistance d'un avocat. Dans ces deux affaires, la restriction prescrite découlait, par implication nécessaire, des conditions d'application des dispositions législatives fédérales et provinciales applicables. Dans les circonstances de ces affaires, les policiers agissaient dans l'exercice légitime de leurs fonctions lorsqu'ils ont interpellé O et E et qu'ils ont vérifié leur sobriété. Le pouvoir des policiers de vérifier la sobriété des conducteurs résulte des pouvoirs qui sont nécessairement implicites dans la disposition législative générale en matière d'arrêt de véhicules que l'on trouve à l'art. 76.1 du *Code de la route* du Manitoba et qui sont implicites à leur devoir d'appliquer l'art. 254 du *Code criminel*. La détection des conducteurs en état d'ébriété exige nécessairement une interaction avec les

purpose of the police power in question and the particular circumstances in which it is exercised. It is therefore inevitable that common law principles will be invoked to determine the scope of permissible police action. Here, the roadside screening measures used to assess the sobriety of O and E — the request to perform sobriety tests and the question about prior alcohol consumption — were reasonable and necessary for the police officers to fulfill their duty. These measures fell within the scope of authorized police actions and were incompatible with the exercise of the right to counsel. [35-45] [49-53]

The limit on s. 10(b) is justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of reducing the carnage caused by impaired driving constitutes a compelling state objective; the use of reasonable screening methods is rationally connected to the objective; the infringement of the right to counsel was no more than necessary to meet the objective; and, in light of the limited use that can be made of the compelled evidence collected during the screening process, there was proportionality between the deleterious and the salutary effects of the screening measures. [55-60]

Per LeBel and Fish JJ. (dissenting in E's case): In both appeals, it is necessary to determine whether there was a limit prescribed by law on the right to counsel. The relevant Manitoba statute does not expressly limit the right under s. 10(b) of the *Charter*, and the argument that a limit impliedly flows from the operational requirements of the relevant federal and provincial legislation is a utilitarian one. There is no doubt that drunk driving is an evil and a serious danger, but it is not appropriate to adopt a strained legal interpretation to sidestep inconvenient *Charter* rights for the greater good. The operational requirements of a statute cannot stand apart from the statute as a distinct source of powers and obligations. Here, the power to request a sobriety test or to put questions to the driver regarding his or her consumption is found nowhere in the statutes, not even implicitly or by giving them a broad interpretation. The adoption of a rule enabling the courts to limit *Charter* rights through the development of common law police powers on the basis of the needs of police investigations would pre-empt a serious review of limits on *Charter* rights. A more prudent approach than the creation of common law powers through judicial intervention would appear to be advisable. The highly regulated environment and interlocking federal and

automobilistes au bord de la route. La portée de la conduite justifiable des policiers ne sera pas toujours définie par des termes explicitement prévus dans la loi mais dépendra parfois de l'objet du pouvoir policier en question et des circonstances particulières de son exercice. Il faudra donc inévitablement invoquer les principes de la common law pour déterminer la portée des mesures policières permises. En l'espèce, les mesures de détection prises pour déterminer la sobriété de O et E — la demande de se soumettre aux tests de sobriété et les questions au sujet de la consommation préalable d'alcool — étaient raisonnables et nécessaires pour permettre aux policiers d'accomplir leur devoir. Ces mesures relevaient de celles que les policiers avaient le pouvoir de prendre et étaient incompatibles avec l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat. [35-45] [49-53]

La restriction des droits garantis à l'al. 10b) est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. L'objectif de réduire le carnage attribuable à l'alcool au volant constitue pour le gouvernement un objectif impérieux; le recours à des mesures de détection raisonnables est rationnellement lié à l'objectif; l'atteinte au droit à l'assistance d'un avocat ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif; et compte tenu des fins limitées auxquelles peut servir l'élément de preuve auto-incriminant recueilli au cours du processus de détection, il y avait proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets salutaires des mesures de détection prises. [55-60]

Les juges LeBel et Fish (dissidents dans le cas de E) : Dans les deux pourvois, il faut déterminer si le droit à l'assistance d'un avocat était restreint par une règle de droit. La loi du Manitoba en cause ne restreint pas expressément le droit garanti à l'al. 10b) de la *Charte*, et l'argument voulant qu'une telle restriction découle implicitement des conditions d'application des dispositions législatives provinciales et fédérales devient un argument utilitaire. Il ne fait aucun doute que la conduite en état d'ébriété constitue un fléau et un grave danger, mais il ne convient pas d'adopter une interprétation juridique forcée pour esquiver, au nom d'un bien supérieur, des droits encombrants prévus par la *Charte*. Les conditions d'application d'une loi ne peuvent rester extérieures à celle-ci et former une source distincte de pouvoirs et d'obligations. En l'espèce, le pouvoir de demander à un conducteur de se soumettre à un test de sobriété ou de l'interroger sur sa consommation d'alcool ne figure nulle part dans les textes législatifs, même implicitement ou selon une interprétation large. L'adoption d'une règle permettant aux tribunaux de restreindre des droits énoncés à la *Charte* par l'élaboration de pouvoirs policiers en common law en fonction des besoins des enquêtes policières empêcherait l'examen sérieux des restrictions aux droits garantis par la *Charte*. Il semblerait judicieux

provincial schemes call for a legislative solution. [69-70] [78-83]

Although in both cases the conduct of the police unjustifiably infringed s. 10(b), the evidence against O should have been admitted under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) is not a pure exclusionary rule when conscriptive evidence is involved. Courts must closely review the circumstances and nature of the infringement, as not every *Charter* breach requires the exclusion of evidence. In O's case, the breach did not go to the fairness of the trial. It was a minor infringement, and excluding the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The finding that s. 10(b) was infringed has no effect in E's case because he had been refused leave to cross-appeal on the s. 24(2) issue. [98] [101-104]

Cases Cited

By Charron J.

Referred to: *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532; *R. v. Smith* (1996), 105 C.C.C. (3d) 58; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiii; *R. v. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288; *R. v. Ellerman*, [2000] 6 W.W.R. 704; *R. v. Roy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 243; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

By LeBel J. (dissenting in *Elias*)

R. v. Bartle, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. v. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R. v. Tremblay* (1995), 105 C.C.C. (3d) 91; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Fliss*, [2002] 1 S.C.R. 535, 2002 SCC 16; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

d'adopter une approche plus prudente que la création de pouvoirs de common law par l'intervention judiciaire. Le contexte de réglementation très poussée ainsi que les régimes fédéraux et provinciaux fondés sur l'interrelation exigent une solution législative. [69-70] [78-83]

Même si, dans les deux cas, les policiers ont, par leur conduite, violé de façon injustifiable l'al. 10b), la preuve contre O aurait dû être admise aux termes du par. 24(2) de la *Charte*. Le paragraphe 24(2) n'est pas une règle d'exclusion pure et simple lorsqu'une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même est en cause. Les tribunaux doivent examiner attentivement les circonstances et la nature de la violation puisque toute violation de la *Charte* n'exige pas l'exclusion de la preuve. Dans le cas de O, la violation n'a pas nui à l'équité du procès. Il s'agissait d'une atteinte mineure à un droit, et l'exclusion de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La conclusion qu'il y a eu violation de l'al. 10b) est sans effet dans le cas de E parce que l'autorisation d'interjeter un appel incident quant à la question du par. 24(2) lui a été refusée. [98] [101-104]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts mentionnés : *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532; *R. c. Smith* (1996), 105 C.C.C. (3d) 58; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xiii; *R. c. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288; *R. c. Ellerman*, [2000] 6 W.W.R. 704; *R. c. Roy* (1997), 28 M.V.R. (3d) 313; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

Citée par le juge LeBel (dissent dans *Elias*)

R. c. Bartle, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. c. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *R. c. Tremblay* (1995), 21 M.V.R. (3d) 201; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. c. Fliss*, [2002] 1 R.C.S. 535, 2002 CSC 16; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 10, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254.
Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, s. 636.1.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 48(1).
Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, ss. 76.1(1) [previously s. 76.1], (6), 263.1(1), 263.2, 265(1), (2).
Highway Traffic Amendment Act (Police Powers Respecting Unsafe Drivers and Miscellaneous Amendments), S.M. 2004, c. 11.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Philp, Kroft and Freedman JJ.A.) in *R. v. Orbanski*, [2003] 9 W.W.R. 591, 173 Man. R. (2d) 132, 293 W.A.C. 132, 173 C.C.C. (3d) 203, 11 C.R. (6th) 268, 105 C.R.R. (2d) 61, 37 M.V.R. (4th) 69, [2003] M.J. No. 99 (QL), 2003 MBCA 43, setting aside the accused's acquittal ordered by Guy Prov. Ct. J., [2001] 9 W.W.R. 178, 85 C.R.R. (2d) 254, 13 M.V.R. (4th) 73, [2001] M.J. No. 171 (QL), and ordering a new trial. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Philp, Kroft and Freedman JJ.A.) in *R. v. Elias* (2003), 226 D.L.R. (4th) 630, [2004] 6 W.W.R. 601, 177 Man. R. (2d) 13, 304 W.A.C. 13, 174 C.C.C. (3d) 512, 40 M.V.R. (4th) 1, 107 C.R.R. (2d) 189, [2003] M.J. No. 192 (QL), 2003 MBCA 72, affirming a decision of Schwartz J., [2002] 7 W.W.R. 316, 164 Man. R. (2d) 249, 24 M.V.R. (4th) 225, [2002] M.J. No. 184 (QL), 2002 MBQB 139, setting aside the accused's acquittal ordered by Kopstein Prov. Ct. J., [2002] 1 W.W.R. 85, 87 C.R.R. (2d) 106, 13 M.V.R. (4th) 232, [2001] M.J. No. 106 (QL), and ordering a new trial. Appeal allowed, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Sheldon E. Pinx, Q.C., and *Sarah A. Inness*, for the appellant in *Orbanski*.

Eugene B. Szach and *Cynthia Devine*, for the respondent in *Orbanski*/appellant in *Elias*.

Jason P. Miller, for the respondent in *Elias*.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 254.
Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1) [auparavant art. 76.1], (6), 263.1(1), 263.2, 265(1), (2).
Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 48(1).
Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 636.1.
Loi modifiant le Code de la route (pouvoirs de la police concernant les conducteurs dangereux et modifications diverses), L.M. 2004, ch. 11.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Philp, Kroft et Freedman) dans *R. c. Orbanski*, [2003] 9 W.W.R. 591, 173 Man. R. (2d) 132, 293 W.A.C. 132, 173 C.C.C. (3d) 203, 11 C.R. (6th) 268, 105 C.R.R. (2d) 61, 37 M.V.R. (4th) 69, [2003] M.J. No. 99 (QL), 2003 MBCA 43, annulant l'acquittement de l'accusé prononcé par le juge Guy, [2001] 9 W.W.R. 178, 85 C.R.R. (2d) 254, 13 M.V.R. (4th) 73, [2001] M.J. No. 171 (QL), et ordonnant la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Philp, Kroft et Freedman) dans *R. c. Elias* (2003), 226 D.L.R. (4th) 630, [2004] 6 W.W.R. 601, 177 Man. R. (2d) 13, 304 W.A.C. 13, 174 C.C.C. (3d) 512, 40 M.V.R. (4th) 1, 107 C.R.R. (2d) 189, [2003] M.J. No. 192 (QL), 2003 MBCA 72, qui a confirmé une décision du juge Schwartz, [2002] 7 W.W.R. 316, 164 Man. R. (2d) 249, 24 M.V.R. (4th) 225, [2002] M.J. No. 184 (QL), 2002 MBQB 139, annulant l'acquittement de l'accusé prononcé par le juge Kopstein, [2002] 1 W.W.R. 85, 87 C.R.R. (2d) 106, 13 M.V.R. (4th) 232, [2001] M.J. No. 106 (QL), et ordonnant la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Fish sont dissidents.

Sheldon E. Pinx, c.r., et *Sarah A. Inness*, pour l'appelant dans *Orbanski*.

Eugene B. Szach et *Cynthia Devine*, pour l'intimée dans *Orbanski*/appellante dans *Elias*.

Jason P. Miller, pour l'intimé dans *Elias*.

Robert W. Hubbard and Valerie Hartney, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Philip Perlmutter and Joan Barrett, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Jacques Blais and Gilles Laporte, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Roger F. Cutler, for the intervenor the Attorney General of British Columbia.

Thomson Irvine and Alan Jacobson, for the intervenor the Attorney General for Saskatchewan.

Jim Bowron, for the intervenor the Attorney General of Alberta.

Gary T. Trotter and Don Stuart, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella and Charron JJ. was delivered by

CHARRON J. —

I. Introduction

These appeals again raise issues resulting from the tension between the individual rights of motorists and the broader societal concern in dealing with the carnage caused by those who commit offences involving drinking and driving. The question is whether police officers were authorized to ask the drivers about their prior alcohol consumption and, in one of the appeals, to request the performance of sobriety tests at the roadside without first informing the driver of his right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. While this Court has upheld the constitutionality of random roadside stops at common law and the administration of roadside screening device tests taken pursuant to s. 254(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as reasonable limits on the right to counsel, the law remains uncertain on

Robert W. Hubbard et Valerie Hartney, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Philip Perlmutter et Joan Barrett, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Blais et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Roger F. Cutler, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Thomson Irvine et Alan Jacobson, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Jim Bowron, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Gary T. Trotter et Don Stuart, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella et Charron rendu par

LA JUGE CHARRON —

I. Introduction

Ces pourvois soulèvent une fois de plus des questions découlant de la tension entre les droits individuels des automobilistes et la préoccupation plus large qu'a la société de freiner le carnage attribuable aux auteurs d'infractions de conduite en état d'ébriété. Il s'agit de savoir si des agents de police étaient habilités à interroger les conducteurs relativement à leur consommation préalable d'alcool et, dans l'un des pourvois, à exiger du conducteur qu'il se soumette à des tests de sobriété sur place sans d'abord l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien que notre Cour ait confirmé la constitutionnalité de l'interception de véhicules au hasard en common law et de l'administration de tests routiers au moyen d'un appareil de détection en vertu du par. 254(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui

the constitutionality of other roadside screening measures used to assess the sobriety of drivers.

2 In each case under appeal, the Crown conceded that the driver was detained from the moment a police officer directed him to pull over. Hence the s. 10(b) *Charter* right to retain and instruct counsel and to be informed of that right was triggered. The critical issue is whether police actions in asking questions to Elias and Orbanski about their earlier alcohol consumption and in requesting that Orbanski perform physical sobriety tests without first complying with s. 10(b) were justified limits on each individual's right to counsel under s. 1 of the *Charter*.

3 It is my view that these screening measures, used in each case for assessing the sobriety of the driver, were authorized by law and incompatible with the exercise of the right to counsel by the detained motorist at the roadside. The resulting limitations on the s. 10(b) right to counsel were reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. Specifically, the limits arose by necessary implication from the legislative provisions found in the Manitoba *Highway Traffic Act*, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, and their operating requirements. Affirming the validity of such screening measures for the limited purpose of assessing the sobriety of the driver at the roadside properly balances the strong public interest in combatting the social evil of drinking and driving with the need to protect the *Charter* rights of individuals.

4 Consequently, I would dismiss Orbanski's appeal and allow the Crown appeal in Elias's case. In both cases, I would confirm the order for new trials.

constituent des restrictions raisonnables au droit à l'assistance d'un avocat, la constitutionnalité d'autres mesures de détection prises pour déterminer la sobriété des conducteurs demeure encore incertaine.

Dans les deux affaires faisant l'objet du présent pourvoi, le ministère public a admis que le conducteur a été détenu du moment où le policier lui a ordonné de s'arrêter. Dès lors, le droit du conducteur d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit, prévu à l'al. 10b) de la *Charte*, est entré en jeu. La question fondamentale est de savoir si les mesures prises par les policiers, qui ont interrogé MM. Elias et Orbanski relativement à leur consommation préalable d'alcool et qui, sans se conformer d'abord à l'al. 10b), ont ordonné à M. Orbanski de se soumettre à des tests de sobriété physique, constituent à l'égard du droit de chacun à l'assistance d'un avocat une restriction justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

Je suis d'avis que ces mesures de détection, prises dans les deux cas pour vérifier la sobriété du conducteur, étaient autorisées par la loi et incompatibles avec l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat par l'automobiliste détenu au bord de la route. Les restrictions de ce droit garanti par l'al. 10b) dans ces cas étaient raisonnables et leur justification pouvait se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*. Plus précisément, ces restrictions découlaient implicitement des dispositions du *Code de la route* du Manitoba, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, et des conditions d'application de ces dispositions. L'affirmation de la validité de ces mesures de détection prises dans le but précis de vérifier la sobriété des conducteurs en bordure de la route assure un juste équilibre entre l'intérêt considérable du public à lutter contre le fléau social qu'est l'alcool au volant et la nécessité de protéger les droits que la *Charte* garantit à chacun.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi formé par M. Orbanski et d'accueillir le pourvoi formé par le ministère public dans le cas de M. Elias. Dans les deux cas, je suis d'avis de confirmer l'ordonnance d'un nouveau procès.

II. The Appeal in *Orbanski*

A. *The Facts*

Early in the morning of August 30, 1998, at 3:21 a.m., RCMP officers observed a vehicle proceed through a stop sign without stopping, make a wide left turn, and swerve back and forth on the road. The officers activated their emergency lights and stopped the vehicle. One officer approached the vehicle and identified himself to the sole occupant, the appellant Orbanski. The officer could smell the odour of liquor from the driver's breath and observed that his eyes were glassy. When asked by the officer if he had been drinking, Orbanski stated that he had consumed one beer that night. Although Orbanski did not raise any issue in respect of the police questioning, it is considered in this appeal because the matter was raised in Elias's case. The officer then asked Orbanski to step out of the vehicle to perform some sobriety tests.

Orbanski was told that the tests were voluntary and that he could contact a lawyer before performing them. The officer also offered him the use of a cell phone. However, the officer did not inform the appellant about the availability of free legal assistance. Hence, it is conceded on this appeal that the informational component of s. 10(b) of the *Charter* as mandated in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, was not met at the roadside.

Orbanski declined to contact a lawyer and agreed to perform the sobriety tests. The tests consisted of reciting the alphabet; walking in a straight line heel to toe while counting to ten; and looking at the officer's finger while the officer moved it in front of the appellant. Orbanski was unable to perform the tests and was arrested for impaired driving.

Orbanski was transported to the RCMP detachment where he was fully advised of his s. 10(b) right to counsel and was required to provide samples of his breath for analysis. The resulting blood alcohol readings, which exceeded the legal limit, were obtained after the appellant had spoken to counsel. He was charged with impaired driving under

II. Le pourvoi dans l'affaire *Orbanski*

A. *Les faits*

Tôt le matin du 30 août 1998, à 3 h 21, des agents de la GRC ont remarqué un véhicule brûler un signal d'arrêt, entreprendre un grand virage à gauche et zigzaguer sur la route. Les agents ont activé leurs feux clignotants et intercepté le véhicule. L'un d'eux s'est approché du véhicule et s'est présenté à l'appelant Orbanski, seul dans sa voiture. L'agent a senti une odeur d'alcool provenant de l'haleine du conducteur et a constaté que ses yeux étaient vitreux. Lorsque l'agent lui a demandé s'il avait bu, M. Orbanski a répondu qu'il avait consommé une bière cette nuit-là. Même si M. Orbanski n'a pas soulevé la question de l'interrogatoire par les policiers, ce point est abordé dans ce pourvoi parce qu'il a été soulevé dans le cas de M. Elias. L'agent a alors demandé à M. Orbanski de descendre de sa voiture pour subir des tests de sobriété.

On a dit à M. Orbanski qu'il n'était pas tenu de subir les tests et qu'il pouvait communiquer avec un avocat avant de s'y soumettre. L'agent a également mis à sa disposition un téléphone cellulaire. Il n'a pas toutefois informé l'appelant de la possibilité de recourir sans frais à l'assistance juridique. On reconnaît donc en l'espèce que l'aspect informationnel de l'al. 10b) de la *Charte* prescrit par l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, n'a pas été respecté au bord de la route.

M. Orbanski a refusé de communiquer avec un avocat et a accepté de subir les tests de sobriété. Ceux-ci consistaient à réciter l'alphabet, à marcher en ligne droite en touchant du talon la pointe du pied en comptant jusqu'à dix, et à suivre des yeux le tracé du doigt de l'agent. M. Orbanski a échoué les tests et a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies.

M. Orbanski a été conduit au poste de la GRC où il a été pleinement informé de son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) et où il a dû fournir des échantillons de son haleine pour analyse. Les taux d'alcoolémie, qui dépassaient les limites permises, ont été obtenus après que l'appelant eût parlé à un avocat. Il a été accusé de conduite avec

5

6

7

8

s. 253(a) and driving “over 80” under s. 253(b) of the *Criminal Code*.

B. *Judicial Proceedings*

9 Orbanski was acquitted at trial in summary conviction court ([2001] 9 W.W.R. 178). The Crown appealed to the summary conviction appeal court and, before the appeal was heard, obtained leave to appeal to the Manitoba Court of Appeal. Philp J.A., writing for the court, allowed the Crown’s appeal and ordered a new trial ([2003] 9 W.W.R. 591, 2003 MBCA 43).

10 The proceedings both at trial and on appeal were focussed on what transpired at the roadside from the time Orbanski was pulled over by the police to the time he was arrested some minutes later. The officer’s subsequent conduct is not alleged to have resulted in any breach of the *Charter*. The trial judge found as a fact that, without the evidence of the sobriety tests, the Crown could not establish that the officer had the requisite reasonable and probable grounds to arrest Orbanski and demand that he supply breath samples for analysis under s. 254(3)(a) of the *Criminal Code*. The appeal being restricted to a question of law, the Crown was bound by this finding before the Manitoba Court of Appeal and before this Court.

11 Based on the trial judge’s assessment of the evidence, the results of the sobriety tests became a crucial part of the Crown’s case, since they justified the arrest for impaired driving. The trial judge carefully considered the evidence relating to the administration of those tests and concluded that they were both necessary for the carrying out of the police officer’s duties and reasonable in all the circumstances. He held further that the request for sobriety tests was authorized by the common law, although no common law rule or statute in Manitoba compelled Orbanski to comply with that request. However, the trial judge did not think that a limit on the right to

facultés affaiblies en vertu de l’al. 253a) et de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 » en vertu de l’al. 253b) du *Code criminel*.

B. *Les procédures judiciaires*

M. Orbanski a été acquitté au procès devant la cour des poursuites sommaires ([2001] 9 W.W.R. 178). Le ministère public a interjeté appel auprès de la cour d’appel des poursuites sommaires et, avant que l’appel ne soit entendu, a obtenu l’autorisation d’en appeler devant la Cour d’appel du Manitoba. S’exprimant au nom de la cour, le juge Philp a accueilli l’appel du ministère public et a ordonné un nouveau procès ([2003] 9 W.W.R. 591, 2003 MBCA 43).

Les débats tant au procès qu’en appel ont porté surtout sur les événements survenus au bord de la route entre le moment où la police a intercepté le véhicule de M. Orbanski et l’arrestation de ce dernier quelques minutes plus tard. On ne prétend pas que la conduite subséquente de l’agent a donné lieu à un manquement à la *Charte*. Le juge du procès a conclu en fait que sans la preuve que constituent les tests de sobriété, le ministère public ne pouvait démontrer que l’agent avait les motifs raisonnables requis pour procéder à l’arrestation de M. Orbanski et lui ordonner aux termes de l’al. 254(3)a) du *Code criminel* de fournir un échantillon d’haleine pour analyse. L’appel étant restreint à une question de droit, le ministère public était lié par cette conclusion devant la Cour d’appel du Manitoba et devant notre Cour.

Fondés sur l’appréciation de la preuve par le juge du procès, les résultats des tests de sobriété sont devenus un élément essentiel de la preuve du ministère public puisqu’ils justifiaient l’arrestation pour conduite avec facultés affaiblies. Le juge du procès a examiné attentivement la preuve relative à l’administration de ces tests pour conclure qu’ils s’étaient avérés à la fois nécessaires à l’exécution des fonctions policières et raisonnables eu égard à toutes les circonstances. Il a en outre conclu que la demande de tests de sobriété était autorisée en common law, bien qu’aucune règle de common law ni la loi du Manitoba ne contraignaient M. Orbanski à

counsel necessarily flowed from the common law duty imposed on the police officer unless there was some urgency.

Finally, the trial judge turned to s. 24 of the *Charter* and concluded that the sobriety tests and the breathalyzer readings should be excluded because their admission into evidence would bring the administration of justice into disrepute. He therefore dismissed the charges against Orbanski.

On appeal, Philp J.A. agreed with the trial judge's conclusion that no common law or statutory authority existed for requesting sobriety tests without advising a detainee of his s. 10(b) rights. In his view, no limit on the right to counsel could be said to be "prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the *Charter* in the absence of a corresponding obligation on the driver to comply with the police request to perform sobriety tests.

However, Philp J.A. disagreed with the trial judge in respect of the s. 24(2) analysis. He held that the sobriety tests were not conscriptive evidence because Orbanski had been neither compelled nor coerced into participating in the tests. Rather, the uncontroverted evidence was that he had participated voluntarily. Philp J.A. held that the *Charter* violation was not serious and the reputation of the administration of justice would be better served in this case by the admission of the evidence. The Crown's appeal was therefore allowed, the acquittal set aside and a new trial ordered.

III. The Appeal in *Elias*

A. *The Facts*

On December 11, 1998, at 1:44 a.m., two police officers saw Elias leave a Winnipeg hotel, get into a pickup truck and drive off. Shortly thereafter,

obtempérer. Cependant, le juge du procès n'a pas estimé que l'obligation imposée au policier en common law entraînait nécessairement, à moins qu'il y ait urgence, une restriction du droit à l'assistance d'un avocat.

Enfin, le juge du procès a examiné l'art. 24 de la *Charte* et a conclu que les résultats des tests de sobriété et des alcootests devaient être exclus puisque leur admission en preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Il a donc rejeté les accusations portées contre M. Orbanski.

En appel, le juge Philp a fait sienne la conclusion du juge du procès selon laquelle aucune règle de common law ni la loi ne permettaient à un policier de demander à un détenu de se soumettre à des tests de sobriété sans l'informer de ses droits prévus à l'al. 10b). À son avis, en l'absence d'une obligation correspondante du conducteur d'obtempérer à la demande du policier de subir des tests de sobriété, on ne saurait affirmer que le droit à l'assistance d'un avocat est restreint par une « règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte*.

Toutefois, le juge Philp n'a pas accepté la décision du juge du procès relative à l'analyse fondée sur le par. 24(2). Il a statué que les tests de sobriété ne constituaient pas une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même puisque M. Orbanski n'avait été ni forcé, ni contraint, de se soumettre aux tests. Au contraire, la preuve non contredite montrait qu'il les avait subis de son plein gré. Le juge Philp a statué que la violation de la *Charte* n'était pas grave et que la considération dont jouit l'administration de la justice serait mieux servie en l'espèce par l'admission de la preuve. Il a donc accueilli l'appel du ministère public, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

III. Le pourvoi dans l'affaire *Elias*

A. *Les faits*

Le 11 décembre 1998, à 1 h 44, deux policiers ont vu M. Elias quitter un hôtel de Winnipeg et partir au volant d'une camionnette. Peu de temps

12

13

14

15

they stopped his vehicle in a random stop. One officer approached Elias and, detecting an odour of alcohol, asked if he had been drinking. Elias apparently said yes. The police officer then took Elias to the police cruiser where he was read the demand for an approved screening device test. The test was administered and the result was a “fail”. As a result, Elias was arrested for impaired driving and was informed of his right to retain and instruct counsel without delay. After consulting with counsel, Elias provided samples of breath for analysis. Each test resulted in readings that exceeded the legal limit. He was charged with impaired driving and driving “over 80”.

B. *Judicial Proceedings*

16 The trial judge found that Elias’s rights under s. 10(b) of the *Charter* had been violated at the roadside when he was asked if he had been drinking. The results of the approved screening device test were excluded because of this violation. In consequence, there was no basis for the breathalyzer demand. Elias was acquitted on both charges ([2002] 1 W.W.R. 85).

17 The summary conviction appeal judge set aside the acquittal on the driving “over 80” charge and ordered a new trial ([2002] 7 W.W.R. 316, 2002 MBQB 139). He was of the view that the police officer had not violated the driver’s rights when he asked him whether he had been drinking. Alternatively, such a violation was saved by s. 1 of the *Charter*.

18 A majority of the Manitoba Court of Appeal (Philp J.A., Freedman J.A. concurring) agreed with the trial judge that asking questions regarding recent drinking behaviour infringed the driver’s s. 10(b) rights and that this violation was not saved by s. 1 ([2004] 6 W.W.R. 601, 2003 MBCA 72). According

après, ils ont intercepté son véhicule au hasard. L’un d’eux s’est approché de M. Elias et, décelant une odeur d’alcool, lui a demandé s’il avait bu. M. Elias aurait répondu par l’affirmative. Le policier a alors conduit M. Elias à la voiture de patrouille où on lui a lu la demande relative à l’administration d’un test au moyen d’un appareil de détection approuvé. Le test a été administré, avec pour résultat la mention « échec ». En conséquence, M. Elias a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies et on l’a informé de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat. Après avoir consulté son avocat, M. Elias a fourni des échantillons d’haleine pour analyse. Chaque test a indiqué que le taux d’alcoolémie dépassait les limites permises. M. Elias a été accusé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 ».

B. *Les procédures judiciaires*

Le juge du procès a estimé que les droits de M. Elias prévus à l’al. 10b) de la *Charte* avaient été violés lorsqu’on lui a demandé au bord de la route s’il avait bu. Les résultats du test administré au moyen d’un appareil de détection approuvé ont été exclus en raison de cette violation. La demande d’alcootest ne reposait donc sur aucun fondement. M. Elias a été acquitté relativement aux deux chefs d’accusation ([2002] 1 W.W.R. 85).

Le juge d’appel des poursuites sommaires a annulé le verdict d’acquiescement relatif à l’accusation de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 » et a ordonné la tenue d’un nouveau procès ([2002] 7 W.W.R. 316, 2002 MBQB 139). Il était d’avis que le policier n’avait pas violé les droits du conducteur en lui demandant s’il avait bu. Subsidiairement, pareille violation aurait été sauvegardée par l’article premier de la *Charte*.

À la majorité, la Cour d’appel du Manitoba (les juges Philp et Freedman) a conclu comme le juge du procès que le fait d’interroger le conducteur relativement à sa consommation préalable d’alcool allait à l’encontre des droits qui lui sont garantis par l’al. 10b) et que cette violation n’était pas

to the majority, neither s. 76.1(1) of the *Highway Traffic Act*, which authorized the stop, nor common law principles limit a detained driver's right to contact counsel prior to such questioning.

However, the majority of the Court of Appeal went on to admit the evidence of both the approved screening device test and the resulting breathalyzer test. In their view, the police officers reasonably suspected that Elias had alcohol in his body, quite apart from the question regarding recent alcohol consumption. Thus, the exclusion of the evidence, not its admission, would bring the administration of justice into disrepute.

Although concurring in the result, Kroft J.A. dissented on the s. 1 analysis. He found that s. 76.1(1) implicitly limits the right to counsel. In his view, the questioning by the police officers prior to giving Elias his s. 10(b) rights was a reasonable and justifiable limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*.

In the result, the Manitoba Court of Appeal dismissed Elias's appeal and confirmed the order for a new trial. Elias did not initially seek leave to appeal. Although the Crown was successful in the result, it sought and obtained leave from this Court to appeal regarding the question of whether the infringement of s. 10(b) was saved by s. 1. Shortly before the hearing, Elias sought leave to cross-appeal in respect of the Court of Appeal's s. 24(2) decision to admit the evidence. In light of my conclusion on the Crown's appeal, I do not find it necessary to deal with the s. 24(2) issue and, consequently, I would deny the request for leave to cross-appeal.

justifiée au sens de l'article premier ([2004] 6 W.W.R. 601, 2003 MBCA 72). Selon les juges majoritaires, ni le par. 76.1(1) du *Code de la route* qui autorise l'arrêt du véhicule, ni les principes de common law, ne restreignent le droit d'un conducteur détenu de communiquer avec un avocat avant qu'on lui pose ainsi des questions.

Toutefois, la majorité de la Cour d'appel a par la suite admis en preuve tant le test administré au moyen d'un appareil de détection approuvé que l'alcootest qui en découle. À son avis, les policiers avaient raisonnablement soupçonné la présence d'alcool dans le corps de M. Elias, indépendamment de la question concernant la consommation préalable d'alcool. Ainsi, c'est l'exclusion de la preuve, et non son admission, qui déconsidérerait l'administration de la justice.

Bien que souscrivant au résultat, le juge Kroft a exprimé sa dissidence quant à l'analyse fondée sur l'article premier. Il a conclu que le par. 76.1(1) restreignait implicitement le droit à l'assistance d'un avocat. À son avis, l'interrogatoire de M. Elias par les policiers avant de l'informer de ses droits prévus à l'al. 10(b) constituait une limite raisonnable et justifiable prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*.

En définitive, la Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel de M. Elias et confirmé l'ordonnance d'un nouveau procès. M. Elias n'a pas initialement cherché à se pourvoir contre cette décision. Bien qu'il ait obtenu gain de cause en bout de ligne, le ministère public a demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour quant à la question de savoir si l'atteinte au droit reconnu à l'al. 10(b) était sauvegardée par l'article premier. Peu avant l'audition, M. Elias a demandé l'autorisation d'interjeter un pourvoi incident contre la décision de la Cour d'appel d'admettre la preuve sous le régime du par. 24(2). Compte tenu de ma décision en ce qui concerne le pourvoi du ministère public, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question relative au par. 24(2) et en conséquence, je suis d'avis de rejeter la demande d'autorisation du pourvoi incident.

19

20

21

IV. Issues

22

Taken together, these appeals raise the following issues:

1. Do ss. 76.1(1), 263.2 and 265 of *The Highway Traffic Act*, S.M. 1985-86, c. 3 (H60), as amended, to the extent that they authorize a peace officer to administer physical sobriety tests to the driver of a motor vehicle, infringe s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Does s. 76.1(1) of *The Highway Traffic Act*, S.M. 1985-86, c. 3 (H60), as amended, to the extent that it authorizes a peace officer to question the driver of a motor vehicle about his or her prior alcohol consumption, infringe s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to question 1 or 2 is in the affirmative, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. Do the common law powers of a police officer, to the extent that those powers authorize the police officer to administer physical sobriety tests to the driver of a motor vehicle, infringe s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
5. Do the common law powers of a police officer, to the extent that those powers authorize the police officer to question the driver of a motor vehicle about his or her prior alcohol consumption, infringe s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
6. If the answer to question 4 or 5 is in the affirmative, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under

IV. Les questions en litige

Considérés ensemble, les pourvois soulèvent les questions suivantes :

1. Dans la mesure où ils autorisent un agent de la paix à faire subir des tests de sobriété au conducteur d'un véhicule automobile, le par. 76.1(1) et les art. 263.2 et 265 du *Code de la route*, L.M. 1985-86, ch. 3 (H60), modifié, portent-ils atteinte à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans la mesure où il autorise un agent de la paix à interroger le conducteur d'un véhicule automobile relativement à sa consommation préalable d'alcool, le par. 76.1(1) du *Code de la route*, L.M. 1985-86, ch. 3 (H60), modifié, porte-t-il atteinte à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. En cas de réponse affirmative à la question 1 ou la question 2, l'atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Dans la mesure où les pouvoirs que la common law confère à l'agent de police autorisent ce dernier à faire subir des tests de sobriété au conducteur d'un véhicule automobile, ces pouvoirs portent-ils atteinte à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
5. Dans la mesure où les pouvoirs que la common law confère à l'agent de police l'autorisent à interroger le conducteur d'un véhicule automobile relativement à sa consommation préalable d'alcool, ces pouvoirs portent-ils atteinte à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
6. En cas de réponse affirmative à la question 4 ou la question 5, l'atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans

s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

For the reasons that follow, I would answer questions 1, 2 and 3 in the affirmative. The remaining questions need not be answered.

V. Analysis

A. *The Factual Context*

As in most *Charter* cases, the factual context in these two appeals is of critical importance to the proper resolution of the questions before the Court. The following factors govern the determination of whether Elias and Orbanski should have been fully informed of their right to counsel at the roadside and given the opportunity to retain and instruct counsel before being asked questions about prior alcohol consumption or requested to perform sobriety tests.

First, we are concerned here with the use of a vehicle on a highway. This Court has recognized that, while movement in a vehicle involves a “liberty” interest in a general sense, it cannot be equated to the ordinary freedom of movement of the individual that constitutes one of the fundamental values of our democratic society. Rather, it is a licensed activity that is subject to regulation and control for the protection of life and property: see *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 35. The need for regulation and control of the use of vehicles on the highway is heightened both because of the high prevalence of the activity and its inherent dangers.

Second, the effective regulation and control of this activity give rise to a unique challenge when it comes to protecting users of the highway from the menace posed by drinking and driving. This challenge arises from the fact that drinking and driving is not in and of itself illegal. It is only driving with an impermissible amount of alcohol in one’s body, or driving when one’s faculties are impaired, that

le cadre d’une société libre et démocratique conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de répondre dans l’affirmative aux questions 1, 2 et 3. Il n’est pas nécessaire de répondre aux autres questions.

V. Analyse

A. *Le contexte factuel*

Comme dans la plupart des affaires relatives à la *Charte*, le contexte factuel de ces deux pourvois revêt une importance cruciale pour répondre aux questions dont notre Cour est saisie. Les facteurs suivants régissent la question de savoir si, alors qu’ils se trouvaient au bord de la route, MM. Elias et Orbanski auraient dû être pleinement informés de leur droit à l’assistance d’un avocat et avoir l’occasion d’y recourir avant qu’on les interroge relativement à leur consommation préalable d’alcool ou qu’on leur demande de se soumettre aux tests de sobriété.

Premièrement, c’est l’utilisation d’un véhicule sur la route qui nous intéresse en l’espèce. Notre Cour a reconnu que si le fait de se déplacer dans un véhicule met en cause un droit à la « liberté » au sens large du terme, ce droit ne peut pas être assimilé à la liberté de circulation que nous connaissons et qui constitue l’une des valeurs fondamentales de notre société démocratique. Il s’agit plutôt d’une activité assujettie à une réglementation et à un contrôle en vue de la protection de la vie des personnes et de la propriété : voir *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 35. La nécessité de réglementer et de contrôler l’utilisation des véhicules sur les routes s’impose d’autant plus que beaucoup de personnes se livrent à cette activité qui comporte des dangers inhérents.

Deuxièmement, la réglementation et le contrôle efficaces de cette activité posent un défi unique lorsqu’il s’agit de protéger les automobilistes contre la menace que représente l’alcool au volant. Ce défi tient au fait que la conduite en état d’ébriété n’est pas en soi illégale. Seule la conduite avec un taux d’alcoolémie dans le corps dépassant les limites permises — ou la conduite avec facultés affaiblies — est

23

24

25

is criminalized. The line between the permissible and the impermissible is not always easy to discern, and the necessary screening can only be achieved through “field” enforcement by police officers. It follows that these officers must be equipped to conduct this screening, though with minimal intrusion on the individual motorist’s *Charter* rights.

criminalisée. Il n’est pas toujours facile de tracer la ligne de démarcation entre ce qui est permis et ce qui ne l’est pas, et le travail de détection qui s’impose ne peut être assuré que par des policiers « sur le terrain ». Il s’ensuit que ces agents doivent être outillés pour faire ce travail de détection, et ce en portant le moins possible atteinte aux droits que la *Charte* garantit aux automobilistes.

26

Third, the challenge in this area of law enforcement is increased by the fact that the activity in question is ongoing and the drinking driver who has exceeded permissible limits presents a continuing danger on the highway. The aim is to screen drivers at the road stop, not at the scene of the accident. Hence, effective screening at the roadside is necessary to ensure the safety of the drivers themselves, their passengers, and other users of the highway. Effective screening should also be achieved with minimal inconvenience to the legitimate users of the highway.

Troisièmement, le défi que présente ce domaine de l’application de la loi est accentué par le fait que l’activité en question a un caractère continu et que le conducteur en état d’ébriété qui a dépassé les limites permises représente une menace constante sur les routes. L’objectif consiste à soumettre les conducteurs à un contrôle au barrage routier, et non pas sur les lieux de l’accident. Ainsi, des mesures de détection routière efficaces s’avèrent nécessaires pour assurer la sécurité des automobilistes eux-mêmes, de leurs passagers et des autres usagers de la route. La mise en œuvre de mesures de détection efficaces devrait également incommoder le moins possible les usagers légitimes de la route.

27

Fourth, it is important to recognize that the need for regulation and control is achieved through an interlocking scheme of federal and provincial legislation. The provincial legislative scheme includes driver licensing, vehicle safety and highway traffic rules. At the federal level, the primary interest lies in deterring and punishing the commission of criminal offences involving motor vehicles. Control of drinking and driving is not confined exclusively to the laying of criminal charges after a criminal offence has been committed. Roadside screening techniques contemplated by provincial legislation provide a mechanism for combatting the continuing danger presented by the drinking driver, even if the driver may not ultimately be found to have reached a criminal level of impairment. Examples of such provisions in the Manitoba *Highway Traffic Act* applicable at the roadside include s. 263.1(1), which permits a peace officer to suspend a driver’s licence if the officer has reason to believe that the driver’s blood alcohol level exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood or if the driver refuses to comply with a demand for a breath or blood sample made under s. 254 of the *Criminal Code*.

Quatrièmement, il importe de reconnaître que l’interrelation entre la législation fédérale et la législation provinciale permet de répondre à la nécessité de réglementer et de contrôler. Le cadre législatif provincial comprend la délivrance des permis de conduire, la sécurité des véhicules et les règles du code de la route. Au palier fédéral, l’intérêt premier consiste en la dissuasion et la punition des infractions criminelles impliquant des véhicules automobiles. Le contrôle de l’alcool au volant ne se limite pas exclusivement au dépôt d’accusations criminelles à la suite de la perpétration d’une infraction criminelle. Des techniques de détection routières envisagées par des lois provinciales fournissent un mécanisme permettant de lutter contre le danger toujours présent que pose le conducteur en état d’ébriété même si, en définitive, son état d’ébriété ne sera pas toujours considéré avoir atteint la limite qui en fait un acte criminel. Comme exemple de ces dispositions du *Code de la route* du Manitoba qui s’appliquent aux contrôles routiers, le par. 263.1(1) permet à l’agent de la paix de suspendre le permis d’un conducteur s’il a des motifs de croire que l’alcoolémie de ce dernier

Hence, although the issues on these appeals arise in the context of criminal trials, their resolution must nonetheless take into account both federal and provincial legislative schemes. The Court must carefully balance the *Charter* rights of motorists against the policy concerns of both Parliament and the provincial legislatures.

Another important contextual factor to consider is that both cases are concerned with the interaction between police officers and motorists at the roadside during this screening procedure from the time they are pulled over by the police to the time they are either allowed to continue on their way, or are arrested for a criminal offence related to drinking and driving. In each case, the driver was ultimately arrested and charged with impaired driving and driving “over 80”. However, no issue is raised about compliance with the *Charter* upon and following the arrest and demand for breath samples. Both Orbanski and Elias were promptly and fully informed of their right to counsel upon arrest and given the opportunity to exercise their right before providing samples of breath for the purpose of analysis. The question is whether they should have been afforded their right before certain screening measures were effected — in Orbanski’s case, before he was asked to perform sobriety tests, and in Elias’s case, before he was asked whether he had been drinking.

B. *The Right to Counsel*

Section 10 of the *Charter* provides that:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

dépasse 80 milligrammes d’alcool par 100 millilitres de sang, ou si le conducteur refuse d’obtempérer à un ordre de fournir un échantillon d’haleine ou de sang qui lui a été donné en vertu de l’art. 254 du *Code criminel*. Ainsi, les questions soulevées dans le présent pourvoi se posent dans le cadre des procès criminels, mais leur résolution doit néanmoins prendre en compte les régimes législatifs tant fédéral que provincial. Notre Cour doit établir un équilibre délicat entre les droits des automobilistes garantis par la *Charte* et les considérations de politique générale qui préoccupent le Parlement et les législateurs des provinces.

Autre facteur contextuel important, les deux affaires dont nous sommes saisis concernent l’interaction entre policiers et automobilistes à l’occasion d’une procédure de détection routière et ce, dès l’interception du véhicule par la police jusqu’au moment où l’automobiliste est autorisé à poursuivre son chemin ou est arrêté pour une infraction criminelle reliée à l’alcool au volant. Dans ces deux affaires, le conducteur a finalement été arrêté et accusé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 ». Aucune question ne se pose toutefois quant au respect de la *Charte* lors de l’arrestation et par la suite, à l’occasion de la demande de prélèvement d’échantillons d’haleine. MM. Orbanski et Elias ont tous deux été promptement et pleinement informés de leur droit à l’assistance d’un avocat dès leur arrestation, et tous deux ont eu l’occasion d’exercer leur droit avant de fournir des échantillons d’haleine pour analyse. Il s’agit de savoir s’il fallait leur permettre d’exercer ce droit avant la prise de certaines mesures de détection — dans le cas de M. Orbanski, avant qu’on lui demande de se soumettre à des tests de sobriété et, dans le cas de M. Elias, avant qu’on lui demande s’il avait bu.

B. *Le droit à l’assistance d’un avocat*

L’article 10 de la *Charte* prévoit ce qui suit :

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

(a) d’être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

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

(c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

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

c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

30

Although we are concerned here solely with the s. 10(b) right to counsel, it is helpful to look at s. 10 in its entirety. The right to counsel is triggered from the moment a driver is "detained" within the meaning of s. 10. It is not every delay occasioned by a communication between a person and a police officer or other state authority that will amount to a detention within the meaning of the *Charter*: see, for example, *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 521, and *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1074, where this Court found that "it would be absurd to suggest that routine questioning by a customs officer constitutes a detention for the purposes of s. 10(b)".

Bien que seul le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) nous intéresse en l'espèce, il est utile d'examiner tout le texte de l'art. 10. Le droit à l'assistance d'un avocat entre en jeu dès la « détention » du conducteur au sens de l'art. 10. Tout délai occasionné par la communication entre une personne et un policier ou autre agent de l'État ne sera pas assimilable à une détention au sens de la *Charte* : voir par exemple *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 521, et *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1074, où notre Cour a statué qu'« il serait absurde de laisser croire qu'un interrogatoire de routine effectué par un douanier constitue une détention aux fins de l'al. 10b) ».

31

The Crown conceded that Orbanski and Elias were each detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter* when pulled over by the police. In my view, this concession was well founded. In each case, the degree of compulsion or coercion necessary for there to be detention was present as defined in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 641-42, and reiterated in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640. It also accords with the meaning of "detained" under s. 9 as defined in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257. It may be more readily apparent how being stopped and pulled over by the police amounts to a detention for s. 10 purposes when s. 10(a) of the *Charter* is considered. I suspect every motorist would fully expect "to be informed promptly of the reasons" why he or she is being stopped.

Le ministère public a admis que MM. Orbanski et Elias ont été détenus au sens de l'al. 10b) de la *Charte* lorsque leur véhicule a été intercepté par la police. À mon avis, cette admission était bien fondée. Dans les deux cas, on trouvait le degré de contrainte ou de coercition requis pour qu'il y ait détention au sens que notre Cour a donné à ce terme dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 641-642, et qu'elle a réitéré dans *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640. Cette admission est aussi conforme au sens du terme « détention » que l'on trouve à l'art. 9 et qui est défini dans *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, et dans *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257. Compte tenu de l'al. 10a) de la *Charte*, on peut comprendre plus facilement pourquoi l'interception et l'immobilisation d'un véhicule par un policier équivaut à une détention pour l'application de l'art. 10. Je suppose que chaque automobiliste s'attendrait parfaitement à être « informé dans les plus brefs délais des motifs » pour lesquels on l'interpelle.

32

Therefore, there is no issue that the s. 10(b) right to counsel was triggered in each of these cases. It is also conceded on these appeals that neither Orbanski nor Elias was provided with his right to counsel during the period of detention at the roadside from

Par conséquent, personne ne conteste que le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) s'appliquait dans ces deux affaires. Il est également admis dans les deux pourvois que ni M. Orbanski, ni M. Elias n'ont pu se prévaloir de ce droit lorsqu'ils ont

the time they were pulled over by the police until the time of their arrest.

The s. 10(b) right to counsel, however, is not absolute. It is subject, under s. 1 of the *Charter*, “to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. The analysis under s. 1 of the *Charter* involves two separate components: the proposed limit must be prescribed by law and, if it is, it must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. Although both components of the s. 1 justification test must be addressed, the crucial question raised in the courts below and before this Court is whether there was any limit on the right to counsel “prescribed by law”.

C. *A Limit Prescribed by Law*

The Court of Appeal in Orbanski’s case and a majority in Elias’s case were of the view that the police power, if any, to question a driver about prior alcohol consumption or to request the performance of sobriety tests could not constitute a “prescription by law” because there was no corresponding legal duty on the driver to answer the inquiries or to comply with the request. With respect, it is my view that this was the crux of the error made by the courts below.

Although the Manitoba Court of Appeal was correct in its conclusion that neither common law nor statutory law in Manitoba compels a driver to perform sobriety tests or to answer police questions about sobriety, the presence or absence of penal consequences for non-compliance with the officer’s requests does not assist in determining whether the law prescribes a limit on the right to counsel. As I will explain, a prescribed limit arose in these cases by necessary implication from the operating

été détenus au bord de la route, du moment où ils ont été interceptés par les policiers jusqu’au moment de leur arrestation.

Le droit à l’assistance d’un avocat garanti à l’al. 10b) n’est cependant pas absolu. Il peut être restreint, aux termes de l’article premier de la *Charte*, « 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 ». L’analyse fondée sur l’article premier de la *Charte* comporte deux volets distincts : la restriction proposée doit être prescrite par une règle de droit et, si c’est le cas, elle doit être raisonnable et sa justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Bien qu’il faille traiter des deux éléments du critère relatif à la justification de l’article premier, la question cruciale soulevée devant les tribunaux de juridiction inférieure et devant cette Cour consiste à savoir si le droit à l’assistance d’un avocat était restreint par une « règle de droit ».

C. *Une restriction prescrite par une règle de droit*

La Cour d’appel dans le cas de M. Orbanski et la majorité dans le cas de M. Elias ont conclu que le pouvoir des policiers, le cas échéant, d’interroger un conducteur relativement à sa consommation préalable d’alcool ou de lui ordonner de se soumettre à des tests de sobriété ne pouvait être « prescrit par une règle de droit » puisque le conducteur n’était pas assujéti à une obligation légale correspondante de répondre aux questions ou d’obtempérer. En toute déférence, je suis d’avis qu’il s’agit là du point crucial sur lequel les tribunaux de juridiction inférieure ont commis une erreur.

La Cour d’appel du Manitoba a conclu à juste titre qu’un conducteur n’est pas tenu par la common law ni par une loi manitobaine de se soumettre à des tests de sobriété ou de répondre aux questions des policiers à ce sujet, mais la présence ou l’absence de conséquences pénales pour défaut d’obtempérer aux demandes des policiers ne nous aide pas à déterminer si une règle de droit prescrit une restriction au droit à l’assistance d’un avocat. Comme je l’expliquerai, dans ces deux affaires,

33

34

35

requirements of the governing provincial and federal legislative provisions.

36

It is settled law that a prescribed limit may be implied from the operating requirements of a statute. In *Therens*, Le Dain J. described the meaning of the words “prescribed by law” as follows (at p. 645):

Section 1 requires that the limit be prescribed by law, that it be reasonable, and that it be demonstrably justified in a free and democratic society. The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule. [Emphasis added.]

37

Manitoba has recently amended its *Highway Traffic Act* to provide an express limit on the right to counsel. The relevant provision reads as follows:

76.1(6) A peace officer is not required to inform a driver or passenger of his or her right to counsel, or to give the driver or passenger the opportunity to consult counsel, before doing anything subsection (4) or (5) authorizes. [Subs. (4) permits a peace officer to demand that a driver provide information and driving documents to the officer. It also permits the officer to conduct field sobriety tests or question the driver about his or her drinking. Subs. (5) permits the officer to request relevant information from the passenger of the vehicle.]

However, these amendments had not been passed at the time Orbanski and Elias were stopped. As a result, there was no express limitation on the right to counsel found in the statute at issue in this appeal. The question is whether such a limitation was implicit in the operating requirements of the legislation existing at the time.

une restriction prescrite découlait, par implication nécessaire, du mécanisme établi par les dispositions législatives fédérales et provinciales applicables.

Il est bien établi en droit qu’une restriction prescrite peut découler des conditions d’application d’une loi. Dans l’arrêt *Therens*, le juge Le Dain a décrit en ces termes le sens des mots « prescrite par une règle de droit » (p. 645) :

L’article 1 exige que cette restriction soit prescrite par une règle de droit, qu’elle soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. L’exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l’art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d’une loi ou d’un règlement, ou de ses conditions d’application. La restriction peut aussi résulter de l’application d’une règle de *common law*. [Je souligne.]

Le Manitoba a modifié récemment son *Code de la route* de façon à prévoir expressément une restriction du droit à l’assistance d’un avocat. La disposition est formulée comme suit :

76.1(6) Avant de prendre les mesures que le paragraphe (4) ou (5) autorise, l’agent de la paix n’est pas tenu d’informer le conducteur ou les passagers qu’ils ont le droit de consulter un avocat ni de leur donner la possibilité de le faire. [Le paragraphe (4) permet à l’agent de la paix de demander à un conducteur de lui fournir des renseignements ainsi que les documents relatifs à la conduite du véhicule. Il permet également à l’agent d’administrer un test de sobriété sur place et d’interroger le conducteur sur sa consommation d’alcool. Le paragraphe (5) permet à l’agent de recueillir des renseignements pertinents des passagers d’un véhicule.]

Ces modifications n’avaient cependant pas encore été adoptées au moment où MM. Orbanski et Elias ont été interceptés. Ainsi, la loi en cause dans le présent pourvoi ne prévoyait aucune restriction expresse au droit à l’assistance d’un avocat. Il faut se demander si une restriction de ce genre découlait implicitement des conditions d’application de la loi alors en vigueur.

An example of a limitation of the s. 10(b) Charter right to counsel resulting implicitly from the operating requirements of a statute can be found in *Thomsen*. In that case, Le Dain J. for the Court held that, when interpreted in the context of the two-hour time limit within which a breathalyzer test was to be administered, s. 234.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 254(2)), implied that the rights of a roadside detainee under s. 10(b) were to be abridged (*Thomsen*, at pp. 652-53). This limit was found to be constitutional.

Is there such a limit in these cases? Unlike the situation in *Thomsen*, the screening measures utilized in this case were not expressly authorized by statute. It therefore becomes necessary to determine first, whether the police actions were nonetheless lawful under the statutory scheme and second, whether an implicit limitation on the right to counsel results from the operating requirements of that scheme.

(a) The Scope of Police Authority to Check the Sobriety of Drivers

It is not disputed that the police had the right to stop Orbanski and Elias. In each case, the driver was stopped pursuant to the general stop power under s. 76.1(1) (then s. 76.1) of the *Manitoba Highway Traffic Act*:

76.1(1) A peace officer, in the lawful execution of his or her duties and responsibilities, may require the driver of a motor vehicle to stop, and the driver of the motor vehicle, when signalled or requested to stop by a peace officer who is readily identifiable as such, shall immediately come to a safe stop and remain stopped until permitted by the peace officer to depart.

(As amended by S.M. 1989-90, c. 4, s. 3.)

The police were unquestionably acting in the lawful execution of their duties and responsibilities when they stopped Orbanski after observing his erratic driving. There is also no question that they

On trouve dans l'arrêt *Thomsen* un exemple d'une restriction au droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte* qui découle implicitement des conditions d'application d'une loi. Dans cette affaire, le juge Le Dain a affirmé au nom de la Cour que le par. 234.1(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 254(2)), lorsqu'on l'interprète dans le contexte de la limite de deux heures dans laquelle l'alcootest doit être pratiqué, sous-entend que les droits garantis par l'al. 10b) au conducteur détenu au bord de la route doivent être restreints (*Thomsen*, p. 652-653). Cette restriction a été jugée constitutionnelle.

Est-ce qu'il y a une telle restriction dans les affaires en l'espèce? Contrairement à la situation exposée dans l'arrêt *Thomsen*, les mesures de détection pratiquées en l'espèce n'étaient pas autorisées expressément par la loi. Il devient donc nécessaire de déterminer d'abord si, dans le régime législatif alors en vigueur, les mesures prises par les policiers étaient quand même légitimes et ensuite, si une restriction au droit à l'assistance d'un avocat découle implicitement des conditions d'application de ce régime législatif.

a) L'étendue du pouvoir des policiers de vérifier la sobriété des conducteurs

Nul ne conteste que les policiers avaient le droit d'ordonner à MM. Orbanski et Elias de s'arrêter. Dans un cas comme dans l'autre, le conducteur a été interpellé sur le fondement du pouvoir général d'arrêter des véhicules prévu au par. 76.1(1) (alors l'art. 76.1) du *Code de la route* du Manitoba :

76.1(1) L'agent de la paix qui agit dans l'exercice légitime de ses fonctions peut ordonner au conducteur d'un véhicule automobile de s'arrêter. Le conducteur du véhicule automobile à qui un agent de la paix aisément identifiable signale ou demande de s'arrêter est tenu de le faire immédiatement et de ne repartir qu'avec la permission de l'agent de la paix.

(Modifié par L.M. 1989-1990, ch. 4, art. 3.)

Les policiers agissaient incontestablement dans l'exercice légitime de leurs fonctions lorsqu'ils ont interpellé M. Orbanski en constatant sa conduite mal assurée. Il ne fait aucun doute non plus qu'ils

38

39

40

were acting lawfully when they stopped Elias even though the stop was made at random. The legality and constitutionality of random vehicle stops pursuant to general statutory vehicle stop powers was confirmed in *Ladouceur*, in which a general provision in the Ontario *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980, c. 198, virtually identical to s. 76.1(1) of the Manitoba Act was reviewed for *Charter* compliance.

41

It is also settled law that the police have the authority to check the sobriety of drivers. This authority was found to exist at common law in *Dedman*. More pertinently, it was also found in statute in *Ladouceur*, where this Court held that checking the sobriety of drivers was one of the purposes underlying the general statutory vehicle stop powers. It is the same kind of general statutory power that is in question on these appeals. As the Court stated in *Ladouceur*, police officers can stop persons under such statutory power only for legal reasons — in the circumstances of that case (as here), for reasons related to driving a car such as checking the driver's licence and insurance, *the sobriety of the driver* and the mechanical fitness of the vehicle (p. 1287).

42

The Manitoba Court of Appeal drew a distinction between Manitoba's general vehicle stop power found in s. 76.1 and more specific legislation such as that found in Ontario's s. 48(1) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, which expressly authorizes police officers to check if there are grounds to make a demand under s. 254 of the *Criminal Code*. Section 254 of the *Criminal Code* authorizes the police to make a demand on proper grounds for suitable samples for testing in an approved screening device or in a breathalyzer. Screening measures such as questioning drivers about prior alcohol consumption and requesting them to perform sobriety tests were found to be authorized under s. 48(1) of the Ontario *Highway Traffic Act*: see *R. v. Saunders* (1988), 41 C.C.C.

agissaient de façon légitime lorsqu'ils ont interpellé — quoique par hasard — M. Elias. La légalité et la constitutionnalité des arrêts de véhicules au hasard conformément aux pouvoirs généraux conférés par la loi ont été confirmées dans l'arrêt *Ladouceur*, dans lequel une disposition générale du *Code de la route* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 198, presque identique au par. 76.1(1) de la Loi du Manitoba, a été examinée au plan de sa conformité avec la *Charte*.

Il est également bien établi en droit que les policiers sont autorisés à vérifier la sobriété des conducteurs. Dans l'arrêt *Dedman*, la Cour a conclu que ce pouvoir existe en common law. Plus pertinemment encore, ce pouvoir peut aussi être prévu par la loi, comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *Ladouceur* en statuant que la vérification de la sobriété des conducteurs était l'un des objectifs sous-jacents aux pouvoirs généraux en matière d'arrêt de véhicules. Le même genre de pouvoir général prévu par la loi est en cause dans ces pourvois. Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Ladouceur*, en vertu de ce pouvoir que leur accorde la loi, les policiers peuvent interpellier des personnes uniquement pour des motifs fondés sur la loi — dans cette affaire (comme en l'espèce), pour des motifs liés à la conduite d'une automobile comme la vérification du permis de conduire, des assurances, de *la sobriété du conducteur* ainsi que de l'état mécanique du véhicule (p. 1287).

La Cour d'appel du Manitoba a établi une distinction entre le pouvoir général d'arrêter des véhicules prévu à l'art. 76.1 de la loi du Manitoba et une disposition législative plus précise comme celle que l'on trouve au par. 48(1) du *Code de la route* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.8, qui autorise expressément les policiers à vérifier s'il existe des motifs de formuler une demande fondée sur l'art. 254 du *Code criminel*. L'article 254 du *Code criminel* permet au policier d'ordonner, pour des motifs qui le justifient, le prélèvement d'échantillons valables à des fins d'analyse au moyen d'un appareil de détection approuvé ou d'un alcootest. Des mesures de détection telles que le fait d'interroger les conducteurs relativement à leur consommation préalable d'alcool et de leur ordonner de se

(3d) 532 (Ont. C.A.), and *R. v. Smith* (1996), 105 C.C.C. (3d) 58 (Ont. C.A.).

In my view, the absence of a specific provision authorizing police officers to check the sobriety of drivers cannot detract from the powers that are necessarily implicit under the general statutory vehicle stop provision. In addition, police officers in Manitoba are of course authorized to exercise the powers contained in s. 254 of the *Criminal Code* under the authority of the *Code* itself. That one of the underlying purposes of the general stop power provided in s. 76.1(1) of the Manitoba *Highway Traffic Act* is to control impaired driving is further evidenced from other sections of the Act that expressly refer to s. 254 of the *Criminal Code*:

265(1) When, on demand of a peace officer made under section 254 of the *Criminal Code* (Canada) in relation to the operation or care and control of a motor vehicle or off-road vehicle, a person provides a sample of his or her breath which, on analysis by an approved screening device as defined in that section, registers "Warn" or another word, letter or indication that the approved screening device is designed to register when calibrated as required under subsection (9), the peace officer shall request the person to surrender his or her driver's licence.

265(2) When, on demand of a peace officer made under section 254 of the *Criminal Code* (Canada) in relation to the operation or care and control of a motor vehicle or off-road vehicle, a person provides a sample of his or her breath which, on analysis by an instrument approved as suitable for the purpose of section 258 of the *Criminal Code* (Canada), indicates that the concentration of alcohol in the person's blood is 50 milligrams or more of alcohol in 100 millilitres of blood, the peace officer shall request the person to surrender his or her driver's licence.

Hence, it cannot be disputed that the police had the general power, indeed the duty, to check the sobriety of Orbanski and Elias and that, logically, certain measures could lawfully be taken to fulfill this duty. What is questioned in these cases is whether those measures included the right to ask the driver questions about prior alcohol

soumettre aux tests de sobriété ont été considérées permises en vertu du par. 48(1) du *Code de la route* de l'Ontario : voir *R. c. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532 (C.A. Ont.), et *R. c. Smith* (1996), 105 C.C.C. (3d) 58 (C.A. Ont.).

À mon avis, l'absence d'une disposition précise autorisant les policiers à vérifier la sobriété des conducteurs n'altère en rien les pouvoirs qui sont nécessairement implicites en vertu de la disposition législative générale en matière d'arrêt de véhicules. De plus, il va de soi que les policiers au Manitoba sont autorisés à exercer les pouvoirs prévus à l'art. 254 du *Code criminel* en vertu de ce même *Code*. Il ressort en outre d'autres dispositions du *Code de la route* du Manitoba renvoyant expressément à l'art. 254 du *Code criminel* qu'un des objectifs qui sous-tendent le pouvoir général d'arrêter des véhicules prévu au par. 76.1(1) est de contrôler la conduite avec facultés affaiblies :

265(1) Si, sur ordre d'un agent de la paix prévu à l'article 254 du *Code criminel* (Canada) à l'égard de la conduite ou de la garde et du contrôle d'un véhicule automobile ou d'un véhicule à caractère non routier, une personne donne un échantillon d'haleine qui, après analyse au moyen d'un appareil de détection approuvé au sens de cet article, indique « Avertissement » ou tout autre terme, lettre ou désignation que l'appareil affiche lorsqu'il est étalonné conformément au paragraphe (9), l'agent de la paix demande à la personne de lui remettre son permis de conduire.

265(2) Si, sur ordre d'un agent de la paix prévu à l'article 254 du *Code criminel* (Canada) à l'égard de la conduite ou de la garde et du contrôle d'un véhicule automobile ou d'un véhicule à caractère non routier, une personne donne un échantillon d'haleine qui, après analyse au moyen d'un instrument approuvé et jugé convenable pour l'application de l'article 258 du *Code criminel* (Canada), indique que le taux d'alcoolémie de la personne est de 50 milligrammes au moins par 100 millilitres de sang, l'agent de la paix demande à la personne de lui remettre son permis de conduire.

Ainsi, on ne saurait contester que la police avait le pouvoir général, et même le devoir, de vérifier la sobriété de MM. Orbanski et Elias et qu'en toute logique, certaines mesures pouvaient légitimement être prises en ce sens. On conteste toutefois dans ces affaires le fait que ces mesures englobaient le droit d'interroger le conducteur relativement à sa

consumption and request that he perform sobriety tests.

45

The screening of drivers necessarily requires a certain degree of interaction between police officers and motorists at the roadside. It is both impossible to predict all the aspects of such encounters and impractical to legislate exhaustive details as to how they must be conducted. On this point, I respectfully disagree with the analysis of my colleague Justice LeBel. As I read his reasons, unless a statute prescribes specific investigatory measures, a police officer has a duty to provide motorists with their right to counsel before taking any steps to assess their sobriety. For example, in Mr. Elias's case, my colleague takes the view that police officers can only ask motorists about alcohol consumption before they contact counsel if legislation permits it. Presumably, the same reasoning would apply in respect of any general question designed to assess the sobriety of the driver. On that approach, a police officer would be well advised to provide motorists with their right to counsel as soon as they rolled down their window. In my view, this would result in longer and often unnecessary detentions. While statutory provisions such as the recent Manitoba amendments can provide more guidance and certainty on the scope of permissible investigatory measures, it is my view that many of the powers set out in the amendments are implicit in the existing Manitoba legislation. The recognition of these powers is not carved out of whole cloth from common law principles to suit the occasion — these powers are part of a longstanding statutory scheme that permits police officers to stop drivers and check their sobriety. The scope of justifiable police conduct will not always be defined by express wording found in a statute but, rather, according to the purpose of the police power in question and by the particular circumstances in which it is exercised. Hence, it is inevitable that common law principles will need to be invoked to determine the scope of permissible police action under any statute. In this context, it becomes particularly important to keep in mind that any enforcement scheme must allow sufficient flexibility to be effective. The police power to check for sobriety, as any other power,

consommation préalable d'alcool et de lui ordonner de se soumettre aux tests de sobriété.

La détection des conducteurs en état d'ébriété exige nécessairement un certain degré d'interaction entre les policiers et les automobilistes au bord de la route. Il est à la fois impossible de prédire tous les aspects de ces rapports et peu pratique de prévoir de manière exhaustive dans la loi la procédure à suivre en pareille situation. Sur ce point, je ne puis accepter l'analyse que fait mon collègue le juge LeBel. Si je comprends bien ses motifs, à moins qu'une loi ne prescrive des mesures d'enquête précises, un policier a le devoir de permettre aux automobilistes d'exercer leur droit à l'assistance d'un avocat avant de prendre toute mesure en vue d'évaluer leur sobriété. À titre d'exemple, dans le cas de M. Elias, mon collègue estime que les policiers ne peuvent interroger un automobiliste au sujet de sa consommation d'alcool avant qu'il communique avec un avocat que si la loi le permet. Il faut supposer que le même raisonnement s'appliquerait à l'égard de toute question d'ordre général visant à évaluer la sobriété du conducteur. Selon cette façon de faire, le policier serait bien avisé de permettre aux automobilistes d'exercer leur droit à l'assistance d'un avocat dès qu'ils abaissent la vitre de la portière. À mon avis, cela entraînerait des périodes de détention plus longues et souvent inutiles. Si des dispositions législatives telles les modifications apportées récemment au Manitoba peuvent offrir plus de précision et de certitude quant à la portée des mesures d'enquête permises, j'estime que bon nombre des pouvoirs qu'énoncent ces modifications sont déjà implicitement prévues dans la loi du Manitoba. La reconnaissance de ces pouvoirs n'est pas taillée d'une seule pièce dans les principes de common law en fonction de l'occasion — ces pouvoirs s'inscrivent dans un régime législatif qui permet depuis longtemps aux policiers d'intercepter les conducteurs et de vérifier leur sobriété. La portée de la conduite justifiable des policiers ne sera pas toujours définie par des termes explicitement prévus dans la loi, mais plutôt selon l'objet du pouvoir policier en question et en fonction des circonstances particulières de son exercice. Ainsi, il faudra inévitablement invoquer

is not without its limits; it is circumscribed, in the words of the majority of this Court in *Dedman* by that which is “necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference” (p. 35).

Doherty J.A. provided a useful delineation of the scope of the police power to check the sobriety of drivers at the roadside in *Smith* where he stated that “a procedure cannot be reasonable . . . unless it can be performed at the site of the detention, with dispatch, with no danger to the safety of the detainee and with minimal inconvenience to the detainee” (p. 73).

Whether a particular screening measure will fall within the scope of authorized police action is a question that necessarily calls for a case-specific inquiry. In more obvious cases of drinking and driving, observation of the driver alone may suffice for effective screening. But one can think of many examples in which observation of the driver through the open car window will not be sufficient to enable the officer to draw the line between those drivers with a permissible amount of alcohol in their body and those who have reached the impermissible level.

Before turning to the facts of the case before us, let me address one additional argument made during this appeal. It was argued that asking questions about alcohol consumption falls outside the scope of reasonable police screening measures because it introduces an added element of self-incrimination. For this reason, Elias raised the additional question of whether his rights under

les principes de la common law pour déterminer la portée des mesures policières permises aux termes de toute loi. Dans ce contexte, il devient particulièrement important de ne pas oublier que pour être efficace, un régime d'application de la loi doit permettre assez de souplesse. À l'instar de tout autre pouvoir, le pouvoir policier en matière de vérification de la sobriété n'est pas absolu; il est circonscrit, pour reprendre les termes employés par la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Dedman*, par ce qui est « nécessaire à l'accomplissement du devoir particulier de la police et [. . .] doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet public poursuivi par cette atteinte » (p. 35).

Le juge d'appel Doherty a cerné de façon utile la portée du pouvoir policier de vérifier la sobriété des conducteurs au bord de la route lorsqu'il a déclaré dans l'arrêt *Smith* qu'une [TRADUCTION] « mesure ne saurait être raisonnable [. . .] si elle ne peut être prise sur les lieux de la détention, promptement, sans compromettre la sécurité du détenu et en lui causant le moins d'inconvénient possible » (p. 73).

La question de savoir si la prise d'une mesure de détection en particulier relève de la conduite policière permise appelle nécessairement un examen au cas par cas. Dans les cas plus évidents de conduite en état d'ébriété, le seul fait d'observer le conducteur peut être une mesure de détection assez efficace. On peut cependant penser à de nombreux exemples où l'observation du conducteur par l'ouverture de la vitre de la portière ne sera pas suffisante pour permettre au policier de distinguer les conducteurs qui ont dans le sang une quantité d'alcool permise de ceux dont l'alcoolémie a atteint un niveau inacceptable.

Avant d'aborder les faits de l'espèce, je tiens à traiter d'un autre argument soulevé dans le présent pourvoi. On a fait valoir que le fait de poser des questions relatives à la consommation d'alcool déborde le cadre des mesures de détection policières raisonnables parce que cela fait intervenir un élément additionnel d'auto-incrimination. Pour cette raison, M. Elias a soulevé une autre question,

46

47

48

s. 7 of the *Charter* had been violated. The same argument was made and rejected in *Smith* by Doherty J.A. I agree with his analysis of this issue. As he aptly pointed out, the different methods used to assess impairment at the roadside do not involve different degrees of self-incrimination because almost all the information relevant to assessing impairment during a regulatory police stop will come from the accused. Physical sobriety tests, roadside questioning regarding alcohol consumption, and roadside questioning in order to assess whether the driver's speech is slurred are all intended to use evidence emanating from the driver in order to assess the driver's level of impairment (*Smith*, at p. 74). Compliance with the right against self-incrimination protected in s. 7 is essentially achieved by the police informing a detainee of his or her rights under s. 10(b) (*Smith*, at p. 80; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 177). In effect, Elias's assertion that the roadside conduct of the police in this case violated his rights under s. 7 is a reassertion of his rights under s. 10(b). Nothing further would be gained by considering the driver's s. 7 rights.

celle de savoir s'il y a eu atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Le même argument a été présenté au juge d'appel Doherty qui l'a rejeté dans l'arrêt *Smith*. Je fais mienne son analyse de cette question. Comme il l'a fait remarquer à juste titre, les différentes méthodes servant à constater l'état d'ébriété au bord de la route ne supposent pas des degrés différents d'auto-incrimination car presque tous les renseignements pertinents à cette question à l'occasion d'un arrêt réglementaire ordonné par la police proviendront de l'accusé. Les tests de sobriété physique, les questions posées au bord de la route au sujet de la consommation d'alcool et celles permettant d'évaluer la cohérence des propos du conducteur visent toutes à obtenir des éléments de preuve émanant du conducteur en vue d'apprécier le degré d'ébriété de celui-ci (*Smith*, p. 74). Le policier qui informe le détenu de ses droits garantis par l'al. 10b) se trouve essentiellement à respecter le droit de ne pas s'incriminer protégé par l'art. 7 (*Smith*, p. 80; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 177). En fait, en affirmant qu'en l'espèce, les agissements du policier au bord de la route ont porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7, M. Elias réaffirme ses droits garantis par l'al. 10b). Il n'y aurait rien d'autre à gagner d'une analyse des droits garantis aux conducteurs par l'art. 7.

49

To return to the case-specific inquiry relevant to this appeal, in *Orbanski*, the officer asked the driver if he had been drinking, to which Orbanski answered that he had had one beer at two o'clock. Similarly, in *Elias*, the driver was asked whether he had been drinking, and he replied that he had. In both cases, the driver's answer was part of the information used by the officer to form the reasonable suspicion necessary to request a roadside breath sample in the case of *Elias*, and the reasonable and probable grounds necessary to request a breathalyzer test in the case of *Orbanski*. The questions were relevant, involved minimal intrusion and did not go beyond what was necessary for the officer to carry out his duty to control traffic on the public roads in order to protect life and property. In my view, the police officers

Pour revenir à l'analyse du cas précis qui fait l'objet du présent pourvoi, dans l'affaire *Orbanski*, l'agent de police a demandé à M. Orbanski s'il avait bu, ce à quoi M. Orbanski a répondu qu'il avait consommé une bière à deux heures. De même, dans l'affaire *Elias*, le conducteur s'est fait demander s'il avait bu, ce à quoi il a répondu par l'affirmative. Dans les deux cas, la réponse fournie par le conducteur faisait partie des renseignements à la base des soupçons raisonnables qu'a eus l'agent de police et qui lui ont permis d'exiger sur place un échantillon d'haleine dans le cas de M. Elias, et à la base des motifs raisonnables et probables permettant d'exiger du conducteur qu'il se soumette à un alcootest dans le cas de M. Orbanski. Les questions étaient pertinentes, ne causaient qu'une atteinte minimale et n'allaient pas au-delà de ce qui était nécessaire à

were authorized in each case to make such inquiries.

The police officer was also authorized to ask Orbanski to perform a physical sobriety test at the roadside. As I have indicated, the inquiry is always case specific. In this case, the request made to Orbanski fell within the scope of reasonable and necessary measures. Having observed Orbanski's erratic driving and having detected the smell of liquor emanating from the vehicle, the officer requested that the accused step out of the vehicle to perform some sobriety tests. The tests involved reciting the alphabet, walking heel to toe, and following the officer's finger with his eyes. The trial judge specifically held that these tests were reasonable and necessary:

In my view the interference with liberty in this case was necessary for the carrying out of the police duties described above. The police constable suspected that the appellant had been driving while his ability to drive was impaired by alcohol. However, he did not think that he had reasonable and probable grounds to demand that the appellant take a breathalyzer test. He requested the sobriety tests in order to see whether his suspicions were well founded, — whether he could obtain reasonable and probable grounds for a demand for a breathalyzer test. There is nothing in the evidence to indicate that a roadside breath testing device was available. The sobriety tests were therefore necessary. [p. 189]

The officer was quickly able to determine whether there were grounds to make a breathalyzer request under s. 254(3) of the *Criminal Code*.

I therefore conclude in each case that the measures fell within the scope of reasonable police authority conferred by necessary implication from the operational requirements of the combined provincial and federal statutes. However, as discussed earlier, the operational requirements of a statute will only constitute a limit prescribed by law to the extent that their fulfilment is incompatible with the motorist's right to counsel. This brings me to the next inquiry.

l'accomplissement par l'agent de son devoir de surveillance de la circulation sur les routes en vue de protéger la vie des personnes et les biens. À mon avis, les policiers étaient dans les deux cas autorisés à poser ces questions.

Le policier pouvait également demander à M. Orbanski de se soumettre sur place à un test de sobriété physique. Comme je l'ai indiqué, l'examen se fait toujours au cas par cas. En l'espèce, l'ordre intimé à M. Orbanski entrait dans le cadre des mesures raisonnables et nécessaires. Après avoir remarqué la conduite irrégulière de M. Orbanski et senti une odeur d'alcool provenant du véhicule, l'agent a demandé à l'accusé de descendre de son véhicule pour subir quelques tests de sobriété. Celui-ci devait réciter l'alphabet, marcher en touchant du talon la pointe du pied et suivre des yeux le doigt de l'agent. Le juge du procès a tout particulièrement conclu que ces tests étaient raisonnables et nécessaires :

[TRADUCTION] À mon sens, l'atteinte à la liberté en l'espèce était nécessaire à l'exercice des fonctions policières décrites précédemment. L'agent de police a soupçonné l'appelant d'avoir conduit alors que ses facultés étaient affaiblies par l'alcool. Il ne croyait toutefois pas détenir des motifs raisonnables et probables de demander à l'appelant de se soumettre à un alcootest. Il a demandé les tests de sobriété pour vérifier si ses soupçons étaient bien fondés — s'il pouvait avoir des motifs raisonnables et probables de lui faire subir un alcootest. La preuve n'indique pas qu'il avait à sa disposition un alcootest. Les tests de sobriété étaient donc nécessaires. [p. 189]

L'agent a pu rapidement savoir s'il existait des motifs d'exiger un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*.

Je conclus donc dans les deux cas que les mesures relevaient du pouvoir raisonnable des policiers que leur confèrent par déduction nécessaire les conditions d'application des lois provinciale et fédérale. Cependant, tel qu'indiqué précédemment, les conditions d'application d'une loi ne constitueront une restriction prescrite par une règle de droit que dans la mesure où le respect de ces conditions est incompatible avec le droit du conducteur à l'assistance d'un avocat. Cela m'amène à la partie suivante de l'analyse.

50

51

(b) The Implied Limit on the Right to Counsel

52

It is important to keep in mind that compliance with s. 10(b) requires not only that detainees be informed of their right and of the means available to exercise it, but that they be provided with a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel. The question is whether there was an implied limit on such right in these cases. In *Thomsen*, this Court held that the exercise of the right to counsel was incompatible with the operational requirements underlying the demand for a sample for analysis in a roadside screening device made pursuant to s. 234.1(1) of the *Criminal Code* (now s. 254(2)). In determining that there was an implicit limitation on the right to counsel prescribed by s. 234.1(1), the Court adopted the reasoning of Finlayson J.A. in *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.), and concluded as follows, at p. 653:

That there is to be no opportunity for contact with counsel prior to compliance with a s. 234.1(1) demand is, in my opinion, an implication of the terms of s. 234.1(1) when viewed in the context of the breath testing provisions of the *Criminal Code* as a whole. A s. 234.1(1) roadside screening device test is to be administered at roadside, at such time and place as the motorist is stopped, and as quickly as possible, having regard to the outside operating limit of two hours for the breathalyzer test which it may be found to be necessary to administer pursuant to s. 235(1) of the *Code*.

In my view, it logically follows from *Thomsen* that a limit on the right to counsel is also prescribed during the roadside screening techniques utilized in these cases. If a limit on the right to counsel is prescribed during compliance with a s. 254(2) demand for a sample for analysis in the roadside screening device, then the limit must necessarily be prescribed during the screening measures preceding the demand, conducted with the very objective of determining whether there is a reasonable suspicion justifying the demand. Similarly, the limit must necessarily be prescribed during the screening measure that is the functional equivalent to the roadside screening device, namely, a technique conducted with the very objective of determining whether there are

b) La restriction implicite du droit à l'assistance d'un avocat

Il importe de se rappeler que le respect de l'al. 10(b) exige non seulement que les détenus soient informés de leur droit et des moyens de l'exercer, mais qu'on leur offre également une occasion raisonnable d'exercer le droit à l'assistance d'un avocat. Il s'agit de savoir si, dans les cas qui nous occupent, ce droit comportait une restriction implicite. Dans l'arrêt *Thomsen*, notre Cour a conclu que l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat était incompatible avec les conditions d'application qui sous-tendent la sommation faite en vertu du par. 234.1(1) du *Code criminel* (maintenant le par. 254(2)) pour le prélèvement d'un échantillon pour analyse au moyen d'un appareil de détection. Pour déterminer qu'il existait une restriction implicite au droit à l'assistance d'un avocat prescrite au par. 234.1(1), la Cour a adopté le raisonnement du juge Finlayson dans *R. c. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.), pour conclure en ces termes, à la p. 653 :

À mon avis, le fait qu'il ne doit pas y avoir d'occasion de communiquer avec un avocat avant d'obtempérer à la sommation faite en vertu du par. 234.1(1) découle des termes de ce paragraphe lorsqu'ils sont examinés en fonction de l'ensemble des dispositions du *Code criminel* relatives à l'alcootest. L'alcootest que prévoit le par. 234.1(1) doit être pratiqué sur le bord de la route, au moment et à l'endroit où l'automobiliste est arrêté, et aussi rapidement que possible compte tenu du délai de deux heures imparti pour l'éthylométrie qu'on peut juger nécessaire de pratiquer conformément au par. 235(1) du *Code*.

À mon avis, il découle logiquement de l'arrêt *Thomsen* qu'une restriction du droit à l'assistance d'un avocat est également prescrite pendant que l'on pratique les tests de détection routiers utilisés dans les affaires en cause. Si une restriction du droit à l'assistance d'un avocat est prescrite pendant que le conducteur obtempère à la sommation faite en vertu du par. 254(2) pour le prélèvement d'un échantillon à des fins d'analyse au moyen d'un appareil de détection, alors la restriction doit nécessairement être prescrite pendant que l'on prend les mesures de détection qui précèdent la sommation et qui sont prises justement dans le but de déterminer si un soupçon raisonnable justifie la sommation. De même, la restriction doit nécessairement être prescrite

reasonable and probable grounds justifying a s. 254(3) demand for a breath or blood sample.

I therefore conclude that the limit on the s. 10(b) rights of the drivers in both cases were “prescribed by law”. The remaining question is whether such limit is reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society.

D. Justification for the Limit on the Right to Counsel

There are four criteria for assessing whether a limit on a *Charter* right is reasonable and justified: (1) the objective of the law must be sufficiently important; (2) there must be a rational connection between the limit and the objective; (3) the infringement of the right must be no more than is necessary to meet the objective; and (4) there must be proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measure that limits the right or freedom protected by the *Charter* (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835).

There is no question that reducing the carnage caused by impaired driving continues to be a compelling and worthwhile government objective.

As discussed earlier, because of the nature of the activity, it is necessary that the police be empowered to use effective roadside screening methods to assess the level of impairment of drivers so as to ensure the safety of all users of the highways. Hence the use of reasonable screening methods within the scope that we have discussed, and the implicit abridgment of the right to counsel, are rationally connected to the state objective.

The infringement on the right to counsel is also no more than necessary to meet the objective. As described earlier, the scope of authorized police

pendant que l'on prend la mesure de détection qui est l'équivalent fonctionnel de l'appareil de détection, soit un moyen technique pris dans le but même de déterminer s'il existe des motifs raisonnables justifiant une sommation faite en vertu du par. 254(3) pour le prélèvement d'un échantillon d'haleine ou de sang.

Je conclus donc que dans les deux cas, les droits des conducteurs garantis par l'al. 10b) étaient « restreints [. . .] par une règle de droit ». Il reste à savoir si cette restriction est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

D. La justification de la restriction du droit à l'assistance d'un avocat

Quatre critères permettent de juger si une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable et justifiée : (1) l'objectif poursuivi par la loi doit être suffisamment important; (2) il doit y avoir un lien rationnel entre la restriction et l'objectif; (3) l'atteinte au droit ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif; (4) il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets salutaires des mesures restreignant un droit ou une liberté protégé par la *Charte* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835).

Il va de soi que réduire le carnage attribuable à l'alcool au volant demeure pour le gouvernement un objectif impérieux et valable.

Comme je l'ai indiqué précédemment, en raison de la nature de l'activité qu'ils exercent, les policiers doivent être habilités à employer des méthodes efficaces de détection pour évaluer le degré d'ébriété des conducteurs afin d'assurer la sécurité de tous les usagers de la route. Ainsi, le recours à des mesures de détection raisonnables à l'intérieur des paramètres que nous avons décrits, et l'atteinte implicite au droit à l'assistance d'un avocat, sont rationnellement liés à l'objectif poursuivi par l'État.

Également, l'atteinte au droit à l'assistance d'un avocat ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif. Comme je l'ai

53

54

55

56

57

measures is carefully limited to what is reasonably necessary to achieve the purpose of screening drivers for impaired driving. Further, the limitation on the right to counsel has strict temporal limits — there is no question that the motorist who is not allowed to continue on his way but, rather, is requested to provide a breath or blood sample, is entitled to the full protection of the *Charter* right to counsel.

indiqué, la portée des mesures policières permises est soigneusement limitée à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif consistant à détecter les conducteurs en état d'ébriété. De plus, la restriction du droit à l'assistance d'un avocat est strictement limitée dans le temps — il ne fait aucun doute que l'automobiliste qui n'est pas autorisé à poursuivre sa route mais qui doit fournir un échantillon d'haleine ou de sang bénéficie de l'entière protection du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*.

58

Finally, the limitation meets the proportionality test. As the Crown concedes, the evidence obtained as a result of the motorist's participation without the right to counsel can only be used as an investigative tool to confirm or reject the officer's suspicion that the driver might be impaired. It cannot be used as direct evidence to incriminate the driver: see *R. v. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 (Ont. C.A.), at pp. 128-31, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiii; *R. v. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288 (Ont. C.A.); *R. v. Ellerman*, [2000] 6 W.W.R. 704 (Alta. C.A.); and *R. v. Roy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 243 (Que. C.A.). The rationale for this limitation was first set out in *Milne* and is founded on the purpose of the s. 10(b) right to counsel. This Court described the purpose of the right to counsel in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, in these words, at p. 191:

Enfin, la restriction respecte le critère de la proportionnalité. Comme le ministère public l'admet, la preuve obtenue grâce à la participation de l'automobiliste privé du droit à l'assistance d'un avocat peut servir uniquement de moyen d'enquête pour confirmer ou écarter les soupçons du policier quant à l'état d'ébriété du conducteur. Cette preuve ne peut servir directement à incriminer le conducteur : voir *R. c. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 (C.A. Ont.), p. 128-131, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xiii; *R. c. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288 (C.A. Ont.); *R. c. Ellerman*, [2000] 6 W.W.R. 704 (C.A. Alb.); et *R. c. Roy* (1997), 28 M.V.R. (3d) 313 (C.A. Qué.). La justification de cette restriction a d'abord été établie dans l'arrêt *Milne* et repose sur l'objet du droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b). Dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, cette Cour a décrit en ces termes l'objet du droit à l'assistance d'un avocat à la p. 191 :

The purpose of the right to counsel guaranteed by s. 10(b) of the *Charter* is to provide detainees with an opportunity to be informed of their rights and obligations under the law and, most importantly, to obtain advice on how to exercise those rights and fulfil those obligations: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43. This opportunity is made available because, when an individual is detained by state authorities, he or she is put in a position of disadvantage relative to the state. Not only has this person suffered a deprivation of liberty, but also this person may be at risk of incriminating him- or herself. Accordingly, a person who is "detained" within the meaning of s. 10 of the *Charter* is in *immediate need* of legal advice in order to protect his or her right against self-incrimination and to assist him or her in regaining his or her liberty: *Brydges*, [[1990] 1 S.C.R. 190] at p. 206; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77; and *Prosper* [[1994] 3 S.C.R. 236]. [Emphasis in original.]

L'objet du droit à l'assistance d'un avocat que garantit l'al. 10b) de la *Charte* est de donner à la personne détenue la possibilité d'être informée des droits et des obligations que la loi lui reconnaît et, ce qui est plus important, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits et de remplir ces obligations : *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1242 et 1243. Cette possibilité lui est donnée, parce que, étant détenue par les représentants de l'État, elle est désavantagée par rapport à l'État. Non seulement elle a été privée de sa liberté, mais encore elle risque de s'incriminer. Par conséquent, la personne « détenue » au sens de l'art. 10 de la *Charte* a *immédiatement* besoin de conseils juridiques, afin de protéger son droit de ne pas s'incriminer et d'obtenir une aide pour recouvrer sa liberté: *Brydges*, [[1990], 1 R.C.S. 190], p. 206; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 176 et 177; et *Prosper* [[1994], 3 R.C.S. 236]. [Souligné dans l'original.]

As noted by Moldaver J.A. in *Milne*, at p. 131, it is not difficult to find proportionality in so far as the liberty interest of the detained motorist is concerned because roadside screening techniques “take but a little time and cause only minor inconvenience to the motorist”. He stated, however, that “the same cannot be said about the ‘risk of incrimination’ component if, in fact, the motorist can be compelled to create self-incriminating evidence that can later be used at trial” (p. 131). I agree with this conclusion. As stated in *Milne*, this limitation applies only to evidence obtained from the compelled direct participation by the motorist in roadside tests and, in our case, police questioning about alcohol consumption. Moldaver J.A. explained further, at p. 132:

I am not referring to observations the officer might make of the driver while carrying out other authorized duties. Thus, by way of example, an officer may observe signs of impairment in a driver, such as a strong odour of alcohol, blood-shot and glassy eyes, dilated pupils, slurred speech, unsteadiness of gait upon the driver exiting the vehicle, or other similar signs. These observations would be admissible at trial to prove impairment.

In each case before the Court, the impugned evidence was adduced at trial solely to confirm the police officers’ grounds for making the breathalyzer demand. Each driver was informed and given the opportunity to exercise his s. 10(b) right upon arrest and before he was requested to provide incriminating evidence through breath samples. The abridgment of the s. 10(b) right was strictly confined for the purpose of roadside screening and was constitutional.

For these reasons, I conclude that while both Elias and Orbanski were detained for the purpose of s. 10(b), hence triggering the right to counsel, the operational requirements of the statutory regimes in place in Manitoba prescribed a limitation of the right to counsel. This limitation is justifiable in a free and democratic society given the importance of detecting and deterring drunk driving, the highly

Comme l’a fait remarquer le juge d’appel Moldaver dans *Milne*, p. 131, il n’est pas difficile de conclure à la proportionnalité lorsque le droit à la liberté de l’automobiliste détenu est en cause parce que les mesures de détection routières [TRADUCTION] « ne prennent que peu de temps et dérangent peu l’automobiliste ». Toutefois, le juge a affirmé que [TRADUCTION] « l’on ne peut en dire autant de l’élément ‘risque d’incrimination’ si, en fait, on peut obliger l’automobiliste à créer une preuve incriminante qui peut plus tard servir au procès » (p. 131). Je souscris à cette conclusion. Selon l’arrêt *Milne*, cette restriction s’applique uniquement à la preuve obtenue par la participation directe et obligatoire de l’automobiliste aux tests routiers et, dans le cas qui nous occupe, à l’interrogatoire du policier au sujet de la consommation d’alcool. Le juge Moldaver a ajouté l’explication qui suit, à la p. 132 :

[TRADUCTION] Je ne fais pas allusion à ce que l’agent pourrait observer du conducteur dans l’exercice d’autres fonctions autorisées. Ainsi, par exemple, un agent peut observer des signes d’ébriété d’un conducteur, comme une forte odeur d’alcool, ses yeux vitreux et injectés de sang, ses pupilles dilatées, son articulation difficile, sa démarche chancelante en sortant du véhicule, ou d’autres signes semblables. Ces observations seraient admissibles au procès pour prouver l’état d’ébriété.

Dans les deux affaires dont notre Cour est saisie, la preuve attaquée a été présentée au procès uniquement pour confirmer les motifs du policier pour exiger l’alcooltest. Chaque conducteur a été informé de son droit garanti par l’al. 10(b) et a eu l’occasion de l’exercer lorsqu’il a été arrêté et avant qu’on lui demande de fournir des éléments de preuve incriminants au moyen d’échantillons d’haleine. L’atteinte au droit garanti à l’al. 10(b) a été limitée strictement aux mesures de détection routières et était constitutionnelle.

Pour ces motifs, je conclus que même si MM. Elias et Orbanski étaient détenus et que l’al. 10(b) s’appliquait et leur donnait dès lors droit à l’assistance d’un avocat, les conditions d’application des régimes législatifs en place au Manitoba prescrivaient une restriction au droit à l’assistance d’un avocat. Cette restriction est justifiable dans le cadre d’une société libre et démocratique, compte tenu de

regulated nature of driving on public roads, the limits placed by the common law on the types of screening that can be conducted at the roadside, and the limited use that can be made of the compelled evidence collected during the screening process.

E. *Section 24(2) Exclusion of Evidence*

61 Since the limitation on the rights of the accused were prescribed by law and were justifiable under s. 1 of the *Charter*, there is no need to determine if the evidence obtained during the roadside questioning and sobriety tests should nonetheless be admitted under s. 24(2).

VI. Disposition

62 The appeal in *Orbanski* is dismissed and the order for a new trial is confirmed. The Crown's appeal in *Elias* on the question of the s. 10(b) infringement of the *Charter* is allowed and the order for a new trial is confirmed. In accordance with the judgment of this Court dated February 12, 2004, Mr. Elias is awarded his costs of the appeal on a solicitor-client basis. His request for leave to cross-appeal is denied.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting in *Elias*) —

I. Introduction

63 In the *Orbanski* case, I agree that the appeal should be dismissed and that the order for a new trial should stand. With respect, though, I adopt the path chosen by the Manitoba Court of Appeal. In short, the action of the police at the roadside infringed s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Neither statute nor common law limited the appellant's *Charter* rights. As a result,

l'importance de détecter la conduite en état d'ébriété et de dissuader ce comportement, de la nature hautement réglementée de la conduite d'un véhicule sur les routes, des limites imposées par la common law à l'égard des mesures de détection susceptibles d'être prises au bord de la route et des fins limitées auxquelles peut servir l'élément de preuve auto-incriminant recueilli au cours du processus de détection.

E. *L'exclusion de la preuve fondée sur le par. 24(2)*

Puisque la restriction aux droits de l'accusé était prescrite par une règle de droit et était justifiable au regard de l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de déterminer si la preuve obtenue lors de l'interrogatoire et de l'administration des tests de sobriété au bord de la route devrait néanmoins être admise sous le régime du par. 24(2).

VI. Dispositif

Le pourvoi dans *Orbanski* est rejeté et l'ordonnance d'un nouveau procès est confirmée. Le pourvoi formé par le ministère public dans *Elias* concernant la question de l'atteinte au droit garanti par l'al. 10b) de la *Charte* est accueilli et l'ordonnance d'un nouveau procès est confirmée. Conformément au jugement qu'elle a rendu le 12 février 2004, la Cour accorde à M. Elias ses dépens de l'appel sur une base avocat-client. Sa demande d'autorisation d'interjeter un pourvoi incident est rejetée.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL (dissentant dans *Elias*) —

I. Introduction

Dans l'affaire *Orbanski*, je suis aussi d'avis que le pourvoi devrait être rejeté et l'ordre de tenir un nouveau procès confirmé. Avec égards, cependant, j'adopte le raisonnement suivi par la Cour d'appel du Manitoba. En résumé, l'intervention de la police au bord de la route portait atteinte à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ni les textes législatifs ni la common law ne limitaient

the infringement was unjustified. Nevertheless, despite the conscriptive nature of the evidence, a proper interpretation and application of s. 24(2) of the *Charter* require that it be admitted. In the *Elias* case, I would dismiss the Crown's appeal. I would hold that there was an unjustified breach of s. 10(b) of the *Charter*. Given the particular and limited nature of the appeal, this outcome would have no effect on the decision of the Manitoba Court of Appeal to order a new trial.

The facts and the judicial history of these cases are set out in my colleague's reasons. I will return to them only as required by specific aspects of my reasons. I will begin by dealing with the problem of the infringement of s. 10(b) of the *Charter*. I will then turn to the exclusion of evidence and the application of s. 24(2), but only in respect of the *Orbanski* appeal, because our Court denied Mr. Elias leave to cross-appeal.

II. The Infringement of Section 10(b) Rights

The relevant facts are not in dispute. I will briefly review them first in *Orbanski* and then in *Elias*.

At the roadside, a police officer asked Orbanski to perform sobriety tests. The officer told Orbanski that the tests were voluntary and that he could contact a lawyer, although he did not give him the standard *Charter* warning and did not inform him that duty counsel or legal aid was available. Orbanski declined to call a lawyer and performed the sobriety tests. He failed them and was arrested for impaired driving. At the RCMP detachment, after he had been read his rights and had spoken to a lawyer, he failed the breathalyzer test. He was then charged with impaired driving and driving over the legal limit.

At trial, the issue became partly one of exclusion of evidence. Orbanski asked the trial judge to

les droits reconnus à l'appelant par la *Charte*. Par conséquent, l'atteinte était injustifiée. Pourtant, en dépit du fait qu'elle a été obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, la preuve devrait être admise selon une interprétation et une application correctes du par. 24(2) de la *Charte*. Dans l'affaire *Elias*, je rejetterais le pourvoi du ministère public. Je conclurais qu'il y a eu violation injustifiée de l'al. 10(b) de la *Charte*. Étant donné la nature particulière et limitée du pourvoi, ce résultat n'aurait aucun effet sur la décision de la Cour d'appel du Manitoba d'ordonner un nouveau procès.

Les faits et l'historique judiciaire de ces affaires sont exposés dans les motifs de ma collègue. Je n'y reviendrai que lorsque l'exigent des aspects spécifiques de mes motifs. Je traiterai tout d'abord du problème de la violation de l'al. 10(b) de la *Charte*. J'examinerai ensuite l'exclusion de la preuve et l'application du par. 24(2), mais seulement dans le pourvoi *Orbanski*, parce que notre Cour a refusé d'autoriser le pourvoi incident de M. Elias.

II. L'atteinte aux droits prévus à l'al. 10b)

Les faits pertinents ne soulèvent aucune contestation. Je les rappellerai brièvement — d'abord ceux de l'affaire *Orbanski* et ensuite, ceux de l'affaire *Elias*.

Au bord de la route, un agent de police a demandé à M. Orbanski de se soumettre à des tests de sobriété. L'agent lui a dit qu'il n'était pas tenu de s'y soumettre et qu'il pouvait communiquer avec un avocat, mais sans lui faire la mise en garde habituelle relative à la *Charte* et sans l'informer qu'il pouvait consulter un avocat de service ou un avocat de l'aide juridique. M. Orbanski a renoncé à appeler un avocat et il s'est soumis aux tests de sobriété, qu'il a échoués. Il a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies. Au poste de la GRC, après qu'on l'eut informé de ses droits et qu'il eut parlé à un avocat, il a échoué l'alcootest. Il a alors été accusé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise.

Au procès, le débat a notamment porté sur l'exclusion de la preuve. M. Orbanski a demandé au

64

65

66

67

exclude, under s. 24(2), the evidence of the failed sobriety tests and the breathalyzer readings, because of the infringement of his s. 10(b) rights at the roadside. The Crown responded first that, if there had been an infringement, it had resulted from a limit prescribed by law, either by statute or by common law rules, and that the limit was justified under s. 1. In addition, it is the Crown's position that even if it had been unable to justify the infringement, the evidence should not have been excluded.

68

As for Elias, two police officers observed him leaving a Winnipeg hotel late one winter night and driving away. He was stopped. An officer smelled alcohol. Questions were put to Elias about his drinking. He failed a screening test, was arrested and informed of his rights and, after speaking to a lawyer, underwent the breathalyzer test, after which he was charged with impaired driving and driving while over the legal limit. After a trial, at which he was acquitted, and subsequent appeals, a majority of the Manitoba Court of Appeal found, as in *Orbanski*, that there had been an unjustified infringement of his s. 10(b) rights. The same majority then considered the issue of exclusion of evidence. It decided that the results of the screening device test and the breathalyzer test should have been admitted in evidence. One judge, in dissent, would have found no infringement of *Charter* rights. As a result, the Court of Appeal affirmed the judgment of the summary conviction appeal judge quashing the acquittal and ordering a new trial.

69

It is thus necessary in both appeals to determine whether there is a "limi[t] prescribed by law", in the words of s. 1 of the *Charter*. If not, there is no justification for the infringement of the right to counsel. In my view, there is no such limit here. While the Crown concedes that the relevant Manitoba statute does not expressly limit the right to counsel, it asserts that such a limit flows impliedly from the statute and from the operational requirements of the interlocking provincial and federal schemes

juge du procès, en se fondant sur le par. 24(2), d'exclure la preuve de l'échec aux tests de sobriété et les résultats de l'alcootest en raison de la violation, au bord de la route, de ses droits garantis à l'al. 10b). Le ministère public a répondu, premièrement, que si une telle violation s'était produite, elle découlait d'une restriction prescrite par une règle de droit, établie soit dans un texte législatif, soit par la common law, et que la restriction était justifiée conformément à l'article premier. En outre, le ministère public fait valoir que la preuve n'aurait pas dû être exclue, même s'il n'avait pas réussi à justifier la violation.

En ce qui concerne M. Elias, deux agents de police l'ont vu quitter un hôtel de Winnipeg tard dans la nuit, l'hiver et prendre le volant. Ils l'ont interpellé. Un agent a senti une odeur d'alcool. Les policiers ont demandé à M. Elias s'il avait bu. Il a échoué le test effectué au moyen d'un appareil de détection, a été arrêté et informé de ses droits. Après avoir parlé avec un avocat, il a subi l'épreuve de l'alcootest et a été accusé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise. Après un procès qui s'est terminé par un acquittement et les appels subséquents, la Cour d'appel du Manitoba à la majorité a conclu, comme dans l'affaire *Orbanski*, à une atteinte injustifiée à ses droits énoncés à l'al. 10b). La même majorité a ensuite étudié la question de l'exclusion de la preuve. Elle a conclu que la preuve fournie par l'appareil de détection et par l'alcootest aurait dû être admise. Le juge dissident n'aurait pas conclu à une atteinte aux droits prévus par la *Charte*. La Cour d'appel a ainsi confirmé le jugement du juge d'appel des poursuites sommaires, qui avait annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Il faut ainsi déterminer, dans les deux pourvois, si les droits des accusés ont été « restreints [. . .] par une règle de droit », selon le libellé de l'article premier de la *Charte*. Si tel n'est pas le cas, l'atteinte au droit à l'assistance d'un avocat n'est pas justifiée. À mon avis, les droits des accusés n'ont pas été restreints en l'espèce. Le ministère public a admis que la loi du Manitoba en cause ne restreint pas expressément le droit à l'assistance d'un avocat. Il soutient cependant que telle restriction découle

to control and deter drunk driving. It also invokes common law rules governing the duties and powers of police officers. Most respectfully, this argument is essentially a utilitarian one based on expediency rather than legal principles. Drunk driving is evil. Drunk driving is dangerous. Drunk drivers must be swiftly taken off the road. If there is something missing in the statute, let us read in the necessary powers. Failing that, let us go to the common law and find or create something there.

It is not appropriate to adopt a strained legal interpretation to sidestep inconvenient *Charter* rights for the greater good. Curtailing *Charter* protections through the inventive use of the law-making powers of the courts is even less acceptable. Doing so turns the country's legal system upside down. Ironically enough, while *Charter* rights relating to the criminal justice system were developed by the common law, the common law would now be used to trump and restrict them.

There is no doubt that drunk driving is an evil and a serious danger. Nevertheless, it is not the only such problem that the criminal law and the criminal justice system must address. A criminal code does not address the most savoury aspects of human life, nor does it usually deal with paragons of virtue. The criminal law is concerned with child molesters, killers, small- and big-time thieves, drug traffickers, arsonists, terrorists or gangs, drunk drivers and more. Its purpose is to deter and, where deterrence fails, to punish the guilty. Unfortunately, on occasion, its net catches an innocent suspect or accused, as courts have had to acknowledge from time to time. Thus, the criminal law and now the *Charter* have given rise to principles, rules and processes, which normally govern the operation of the criminal justice system regardless of who the accused is or what charges he is facing. State action is constrained. Law enforcement moves less smoothly and efficiently in

implicitement de la loi en question et des conditions d'application des régimes provincial et fédéral interreliés visant à réprimer la conduite en état d'ébriété et à en dissuader les citoyens. Il invoque également les règles de la common law régissant les devoirs et attributions des agents de police. Avec beaucoup d'égards, l'argument devient essentiellement utilitaire et repose sur la commodité et non sur le droit. La conduite en état d'ébriété est un fléau. Elle est dangereuse. Il faut retirer rapidement de la route les conducteurs ivres. S'il y a une lacune dans le texte de loi, considérons les pouvoirs nécessaires comme en faisant implicitement partie. À défaut, tournons-nous vers la common law, et trouvons-y ce qu'il faut ou créons-le.

On ne saurait recourir à une interprétation juridique forcée pour esquiver, au nom d'un bien supérieur, des droits encombrants prévus par la *Charte*. Restreindre les protections établies dans la *Charte* par l'exercice inventif des pouvoirs législatifs des tribunaux est encore moins acceptable. Tout le système juridique du pays s'en trouverait bouleversé. Assez ironiquement, alors que les droits prévus à la *Charte* en ce qui a trait au système de justice pénale ont été élaborés par la common law, on utiliserait maintenant cette même common law pour les court-circuiter et les restreindre.

La conduite en état d'ébriété constitue un fléau et un grave danger, cela ne fait aucun doute. Il ne s'agit cependant pas du seul problème de ce genre que le droit criminel et le système de justice pénale doivent affronter. Un code criminel ne vise pas les aspects les plus sympathiques de la vie humaine, et il ne s'adresse habituellement pas à des paragons de vertu. Le droit criminel s'intéresse aux agresseurs d'enfants, aux tueurs, aux petits et aux grands voleurs, aux trafiquants de drogue, aux incendiaires, aux terroristes ou aux gangs, aux conducteurs en état d'ébriété, etc. Il vise à dissuader, et lorsque la dissuasion échoue, à punir le coupable. Malheureusement, il arrive qu'un suspect ou un accusé innocent soit pris dans ses filets, comme les tribunaux ont dû le reconnaître à l'occasion. Le droit criminel, et plus récemment la *Charte*, ont ainsi donné naissance à des principes, à des règles et à des mécanismes qui régissent normalement le fonctionnement du

70

71

the views of some. At least, after a few centuries, the path of the criminal law no longer leads from the gloom and filth of Newgate to a dance in the sky at Tyburn after a brief encounter with a hanging judge. As things stand, the criminal process, even in respect of drunk drivers, is governed by principles of fundamental justice that are set out clearly in the *Charter*.

72 It is tempting to view the question of the right to counsel as nitpicking and equivalent to quibbling about the number of angels on a pinhead. The right to counsel cannot be reduced to such concerns, as our Court has constantly held in cases where the right to counsel or the right to silence have been at stake under s. 7 and s. 10 of the *Charter*.

73 Lamer C.J. stressed the importance of this right ten years ago in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173. In his view, s. 10(b) of the *Charter* has a dual purpose of ensuring that detainees are informed about their rights and obligations and that they receive adequate information as to how to exercise those rights or fulfill those obligations:

The purpose of the right to counsel guaranteed by s. 10(b) of the *Charter* is to provide detainees with an opportunity to be informed of their rights and obligations under the law and, most importantly, to obtain advice on how to exercise those rights and fulfill those obligations: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43. This opportunity is made available because, when an individual is detained by state authorities, he or she is put in a position of disadvantage relative to the state. Not only has this person suffered a deprivation of liberty, but also this person may be at risk of incriminating him- or herself. Accordingly, a person who is "detained" within the meaning of s. 10 of the *Charter* is in *immediate* need of legal advice in order to protect his or her right against self-incrimination and to assist him or her in regaining his or her liberty: *Brydges*, at p. 206; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77;

système de justice pénale — peu importe qui est l'accusé, peu importe les accusations qui pèsent sur lui. L'intervention de l'État est soumise à des restrictions. L'application de la loi, aux yeux de certains, en est moins fluide, moins efficace. Mais au moins, quelques siècles plus tard, le chemin du droit criminel ne conduit plus des cellules sombres et crasseuses de la prison de Newgate à une danse dans le ciel de Tyburn après une rencontre expéditive avec un juge impitoyable, amateur de pendaison. Dans l'état actuel des choses, le processus pénal, même pour les conducteurs en état d'ébriété, demeure régi par les principes de justice fondamentale clairement énoncés dans la *Charte*.

Il est tentant de considérer les discussions sur la question du droit à l'assistance d'un avocat comme des chinoïseries, des arguties sur le sexe des anges. Or le droit à l'assistance d'un avocat ne saurait être réduit à de telles considérations, comme notre Cour l'a constamment rappelé dans des décisions portant sur ce droit ou sur le droit de garder le silence, au regard des art. 7 et 10 de la *Charte*.

Le juge en chef Lamer a souligné l'importance de ce droit il y a dix ans dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173. Selon lui, l'al. 10b) de la *Charte* possède un double objet, soit d'informer les personnes détenues de leurs droits et obligations, et de veiller à ce qu'elles reçoivent une information adéquate quant à la façon d'exercer ces droits ou de s'acquitter de ces obligations :

L'objet du droit à l'assistance d'un avocat que garantit l'al. 10b) de la *Charte* est de donner à la personne détenue la possibilité d'être informée des droits et des obligations que la loi lui reconnaît et, ce qui est plus important, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits et de remplir ces obligations: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1242 et 1243. Cette possibilité lui est donnée, parce que, étant détenue par les représentants de l'État, elle est désavantagée par rapport à l'État. Non seulement elle a été privée de sa liberté, mais encore elle risque de s'incriminer. Par conséquent, la personne « détenue » au sens de l'art. 10 de la *Charte* a *immédiatement* besoin de conseils juridiques, afin de protéger son droit de ne pas s'incriminer et d'obtenir une aide pour recouvrer sa liberté : *Brydges*, à la p. 206; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 176 et 177; et *Prosper*. L'alinéa 10b) habilite la personne détenue à

and *Prosper*. Under s. 10(b), a detainee is entitled as of right to seek such legal advice “without delay” and upon request. As this Court suggested in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394, the right to counsel protected by s. 10(b) is designed to ensure that persons who are arrested or detained are treated fairly in the criminal process. [Emphasis in original; p. 191.]

Our Court has never deviated from this doctrine. Its jurisprudence recognizes that “the right to counsel under s. 10(b) is about providing detainees with meaningful choices. . .” (*Bartle*, at p. 193). Detention triggers this basic constitutional right. A violation of the right is a breach of the *Charter*, unless it is justified by a rule of law.

As I mentioned above, the Crown does not dispute that, on the facts of these cases, Orbanski and Elias were denied their rights while being detained at the roadside. For example, in the *Orbanski* case, the information provided by the police officer did not satisfy the information requirement set out in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, although the detainee was told that he could call a lawyer, which he declined to do. The Crown argues at this point that there is a rule of law which limits the right to counsel. In my colleague’s view, the relevant statutes do not include such a rule; its existence derives, rather, from the “operational requirements” of the control of driving and traffic, as well as of roadside screening.

In the end, the rule would be found in the common law powers of police officers and would be justified under s. 1 of the *Charter*.

The rule is thus said to flow from the statutory authority of a police officer to stop vehicles in order to check the sobriety of drivers. For this purpose, the officer is not limited to visual observation of the drivers, but may ask them to undergo sobriety tests or to answer questions about their alcohol intake, as in the cases of Mr. Orbanski and Mr. Elias. The authority for such requests is said to derive first from the operational requirements of the relevant statutes. In addition, it is said to be authorized by the

recourir de plein droit à l’assistance d’un avocat « sans délai » et sur demande. Comme l’a dit notre Cour dans l’arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 394, le droit à l’assistance d’un avocat prévu à l’al. 10b) vise à assurer le traitement équitable dans le processus pénal des personnes arrêtées ou détenues. [Souligné dans l’original; p. 191.]

Notre Cour n’a jamais dévié de cette doctrine. Sa jurisprudence reconnaît que « l’objet du droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) est de [. . .] permettre [à la personne détenue] de faire un choix valable . . . » (*Bartle*, p. 193). La détention fait entrer en jeu ce droit constitutionnel fondamental. La violation de ce droit est contraire à la *Charte*, à moins qu’elle soit justifiée par une règle de droit.

Comme je l’ai mentionné, le ministère public ne conteste pas le fait que dans les présentes affaires, MM. Orbanski et Elias se sont vu refuser l’exercice de leurs droits pendant qu’ils étaient détenus au bord de la route. Par exemple, dans l’affaire *Orbanski*, les renseignements donnés par l’agent de police ne satisfaisaient pas à l’exigence énoncée dans *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, même si on a dit au détenu qu’il pouvait appeler un avocat, ce qu’il n’a pas voulu faire. Le ministère public plaide à cet égard qu’il existe une règle de droit qui limite le droit à l’assistance d’un avocat. Selon ma collègue, les lois en cause ne prévoient pas une telle règle; son existence découle plutôt des « conditions d’application » de la réglementation sur la conduite et la circulation et de celle relative à la détection routière.

En dernière analyse, la règle en question résiderait dans les pouvoirs conférés aux agents de police par la common law et serait justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

Cette règle découlerait du pouvoir conféré par la loi aux agents de police d’intercepter des véhicules afin de vérifier la sobriété des conducteurs. À cette fin, le pouvoir des agents ne se limite pas à l’observation visuelle du conducteur; ils peuvent lui demander de se soumettre à des tests de sobriété ou de répondre à des questions sur sa consommation d’alcool, comme ils l’ont fait dans les cas de M. Orbanski et de M. Elias. Le pouvoir de formuler de telles demandes tiendrait en premier lieu des

74

75

76

77

common law rules regarding the discharge of the duties of police officers.

78

The argument based on so-called operational requirements of the statutes is an ambiguous one. Further reflection about its nature, basis and potential effects might be useful. This concept was discussed in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, in which our Court interpreted s. 234.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 254(2)). The operational requirements concept was used as an interpretive aid to read a limit on the rights of motorists detained at the roadside into the *Criminal Code* (p. 653). The limit was nevertheless based on the words of the statute, interpreted broadly in their context and in accordance with their purpose. The operational requirements of a statute do not somehow stand apart from the statute as a distinct source of legal powers and obligations somewhere between statute law and common law.

79

In the present appeal, contrary to the situation in *Thomsen*, the power to request sobriety tests or to put questions to the driver regarding his or her consumption is found nowhere in the statutes, not even implicitly or by giving them a broad interpretation. The operational requirements are not used to interpret the statute but seem to merge into the content of and justification for the common law rule, which, according to the Crown's argument, already exists and would in any event authorize the action of the police officers on the street or at the roadside.

80

In the absence of a statutory basis, the operational requirement argument seems to relate more to the justification for a limit than to the existence of the limit. This argument appears to flow from the premise that a particular limitation on constitutional rights is necessary. Because it is necessary, the courts will then create it. At the last stage of this

conditions d'application des lois pertinentes. En outre, il serait autorisé par les règles de la common law concernant l'exécution de leurs fonctions par les agents de police.

L'argument fondé sur de soi-disant conditions d'application des textes législatifs demeure ambigu. Il serait sans doute utile de tenter d'en approfondir la nature, le fondement et les effets possibles. Cette notion a été analysée dans *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640. Notre Cour a alors interprété le par. 234.1(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 254(2)). À cette occasion, elle a eu recours à la notion de conditions d'application pour considérer, par interprétation, que le *Code criminel* contenait implicitement une restriction des droits des automobilistes détenus au bord de la route (p. 653). La restriction n'en restait pas moins fondée sur le libellé du texte législatif, interprété d'une façon large, dans son contexte et en conformité avec son objet. Il ne s'agissait pas d'un cas où les conditions d'application d'une loi étaient complètement extérieures à celle-ci, formant une source distincte de pouvoirs et d'obligations juridiques qui se situeraient quelque part entre le texte législatif et la common law.

Dans le présent pourvoi, contrairement à la situation sur laquelle portait l'arrêt *Thomsen*, le pouvoir de demander à un conducteur de se soumettre à des tests de sobriété ou de l'interroger sur sa consommation d'alcool ne figure nulle part dans les textes législatifs, même implicitement ou selon une interprétation large. Les conditions d'application ne sont pas utilisées pour interpréter le texte législatif; elles semblent plutôt se fondre dans la teneur et la justification de la règle de common law qui, selon l'argument du ministère public, existe déjà et autoriserait de toute façon la mesure que prennent les agents de police sur la rue ou au bord de la route.

En l'absence d'un fondement législatif, l'argument des conditions d'application paraît relié davantage à la justification d'une restriction qu'à l'existence de celle-ci. Cet argument découle apparemment de la prémisse suivant laquelle une restriction particulière de certains droits constitutionnels est nécessaire. Parce que cette restriction est nécessaire, les

process, these same courts will determine whether the limit they have placed on constitutional rights can be justified under s. 1 of the *Charter* on the basis of the same necessity which was used to justify the creation of the limit. Circularity is the hallmark of this chain of reasoning, which appears to conflate the process of creating the common law rule with the process of justifying it. The difficulties attendant on such a process appear to confirm the need for prudence in exercising judicial powers to develop the common law in areas which are highly regulated and where Parliament and the legislatures have been active.

The adoption of a rule limiting *Charter* rights on the basis of what amounts to a utilitarian argument in favour of meeting the needs of police investigations through the development of common law police powers would tend to give a potentially uncontrollable scope to the doctrine developed in the *Waterfield-Dedman* line of cases, which — and we sometimes forget such details — the court that created it took care not to apply on the facts before it (*R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.)). The doctrine would now be encapsulated in the principle that what the police need, the police get, by judicial fiat if all else fails or if the legislature finds the adoption of legislation to be unnecessary or unwarranted. The courts would limit *Charter* rights to the full extent necessary to achieve the purpose of meeting the needs of the police. The creation of and justification for the limit would arise out of an initiative of the courts. In the context of cases such as those we are considering here, this kind of judicial intervention would pre-empt any serious *Charter* review of the limits, as the limits would arise out of initiatives of the courts themselves.

We must bear in mind the differing constitutional functions and responsibilities of the courts on the one hand, and of legislatures on the other. Also, legislatures are better equipped to investigate and assess the need for enhanced police powers

tribunaux vont alors la créer. À la dernière étape de la démarche, les mêmes tribunaux détermineront si cette restriction des droits constitutionnels peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*, et invoqueront la nécessité qui a déjà servi à justifier la création de cette restriction. Ce raisonnement, qui porte l'empreinte de la circularité, paraît amalgamer le mécanisme de la création de la règle de common law et le mécanisme par lequel on la justifiera. Les difficultés que cela suscite semblent confirmer la nécessité d'aborder avec prudence l'exercice de pouvoirs judiciaires pour élaborer la common law dans des domaines fortement réglementés où le Parlement comme les législateurs provinciaux se sont montrés actifs.

L'adoption d'une règle restreignant des droits énoncés à la *Charte* sur la base de ce qui revient à un argument utilitaire fondé sur les besoins des enquêtes policières, par l'élaboration de pouvoirs policiers en common law, tend à conférer une portée potentiellement incontrôlable à la doctrine élaborée dans les arrêts *Waterfield* et *Dedman* alors que — nous oublions parfois de tels détails — le tribunal qui l'a créée avait bien pris soin de ne pas l'appliquer aux faits dont il était saisi (*R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.)). Cette doctrine se résumerait maintenant au principe suivant lequel la police obtient les pouvoirs dont elle a besoin, par décision judiciaire si les autres moyens échouent ou si le législateur juge qu'il serait inutile ou injustifié d'adopter une loi. Les tribunaux restreindraient les droits énoncés à la *Charte* dans toute la mesure nécessaire pour réaliser l'objectif consistant à répondre aux besoins des policiers. La création de la restriction et sa justification se feraient à l'initiative des tribunaux. Dans le contexte d'affaires comme celles sur lesquelles nous avons maintenant à statuer, le fait d'envisager ce type d'intervention judiciaire empêcherait tout examen sérieux des restrictions à la lumière de la *Charte*, puisqu'elles auraient leur origine dans des initiatives des tribunaux eux-mêmes.

Il ne faut pas perdre de vue les différentes fonctions et responsabilités constitutionnelles des tribunaux, d'une part, et du législateur, d'autre part. De même, le législateur est mieux en mesure d'examiner et d'évaluer la nécessité d'accorder plus de

and to integrate required changes into the relevant statutory scheme as a whole. In this constitutional context, where the use of the operational requirement concept is relevant, a more prudent approach to the interplay between the concept and *Charter* values and rules would appear to be advisable. Otherwise, the lodestar of our constitutional law would become the needs of the police, which would be a new coda to the old Latin dictum “*Salus reipublicae suprema lex*”. In the present appeals, this is in fact the gist of the prosecution’s argument. It comes down to a few propositions: By statute, the police already have the undisputed power to stop drivers at the roadside. They have the duty and power to check the drivers’ sobriety. For this purpose, they must be authorized to conduct case-specific investigations in the course of which they must be allowed to use the most appropriate methods in the circumstances. Although it is conceded that drivers are under no obligation to perform the tests or to answer the questions, for the sake of investigative efficiency they must not be reminded of their constitutional rights. There appears to be some concern that they might otherwise choose to exercise them. Counsel for one of the interveners said as much at the hearing:

... to sum it up, simply put, if they [randomly stopped drivers] were warned, just like if they were advised of their right to counsel, they might very well choose not to answer or not to participate. . . . [Transcript, at p. 82]

In this manner, effective law enforcement would come to depend on individuals’ ignorance of their legal rights. It might be useful to reflect on the very apposite comments of Fish J.A., writing for a unanimous Quebec Court of Appeal in *R. v. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248:

Clearly, the police are no more required to *insist* on consultation with counsel than to *impose* the right to silence. Holding the police to unacceptably onerous requirements would be unfair, unwise and, very likely, counter-productive.

pouvoirs aux policiers et d’intégrer les modifications requises dans l’ensemble du régime législatif applicable. Dans ce contexte constitutionnel, si le recours à la notion de conditions d’application s’avère indiqué, il semblerait dès lors judicieux d’adopter une approche plus prudente à l’égard de l’interaction entre cette notion et les valeurs et règles de la *Charte*. Sinon, notre droit constitutionnel évoluerait en fonction des besoins de la police — une nouvelle variation sur la vieille maxime latine « *Salus reipublicae suprema lex* ». C’est en cela que consiste pour l’essentiel la thèse du ministère public dans les présents pourvois. Cette thèse se résume en quelques propositions : selon la législation, les policiers détiennent déjà le droit indiscuté d’intercepter les conducteurs au bord de la route. Ils ont le devoir et le pouvoir de vérifier leur sobriété. À cette fin, ils doivent être autorisés à procéder aux vérifications exigées par la situation, au cours desquelles il faut leur permettre de recourir aux méthodes les plus appropriées dans les circonstances. Bien qu’on reconnaisse que les conducteurs ne sont pas tenus de subir les tests ou de répondre aux questions, l’efficacité des contrôles exige qu’on ne leur rappelle pas leurs droits constitutionnels. On semble craindre que, informés de ces droits, ils puissent choisir de les exercer. C’est ce qu’a déclaré l’avocat d’un des intervenants à l’audience :

[TRADUCTION] ... pour résumer, et pour l’exprimer simplement, s’ils [les conducteurs interceptés au hasard] étaient avisés, tout comme s’ils avaient été informés de leur droit à l’assistance d’un avocat, ils pourraient très bien choisir de ne pas répondre ou de ne pas participer. . . [Transcription, p. 82]

L’efficacité de l’application de la loi en viendrait ainsi à dépendre du fait que les conducteurs ignorent leurs droits. On pourrait utilement réfléchir à ces observations on ne peut plus pertinentes du juge Fish, qui s’exprimait ainsi au nom d’une Cour d’appel du Québec unanime dans *R. c. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248 :

[TRADUCTION] De toute évidence, la police n’est pas davantage tenue d’*insister* sur la consultation d’un avocat que d’*imposer* le droit au silence. Il serait injuste, malavisé et très probablement contre-productif d’astreindre la police à des exigences trop grandes.

None the less, the right to counsel is now constitutionally entrenched and I see no evil, practical or philosophical, in an officer ensuring that it has been respected. If it has, confirmation by the officer will protect the integrity of his evidence; if not, his inquiry might at least prevent an inadvertent constitutional breach.

In *R. v. Jacoy* . . . [1988] 2 S.C.R. 548 [at p. 563] . . . , and again in *R. v. Debot*, . . . [1989] 2 S.C.R. 1140 [at p. 1173], Madam Justice Wilson said, “The right to counsel is surely the main safeguard to the citizen that his or her other rights will be respected”. If the exercise of this right is a threat to our system of justice, then our system of justice, not the right to counsel, should be openly and honestly questioned. [Emphasis in original; p. 254.]

Granting a power to police which does not impose a corresponding duty on the citizen to cooperate with the investigation can hardly be said to create a rule of law for the purposes of s. 1 of the *Charter*. The refusal of my colleague Charron J. to give such a scope to a police power under the common law suggests that the existence of a highly regulated environment on public roads and of interlocking and cooperative federal and provincial schemes in this area calls for a solution other than the creation of common law powers through judicial intervention. The existence of complex legislative and regulatory systems and a tradition of frequent and proactive intervention by Parliament and the provincial legislatures point in the opposite direction. The situation is completely different from those where our Court felt the need to develop common law rules in respect of police actions when there were gaps of long standing in the law, as was the case with the investigative detention of passers-by in *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, or with strip searches in *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83. A number of legislatures have already dealt with the gap at issue in the present appeals (see, for example, *Highway Safety Code*, R.S.Q., c. C-24.2, s. 636.1; *R. v. Tremblay* (1995), 105 C.C.C. (3d) 91 (Que. C.A.)). In Manitoba itself, the legislature had at the time of the hearing adopted amendments to *The Highway Traffic Act*, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, in the *Highway Traffic Amendment Act (Police Powers Respecting Unsafe Drivers and Miscellaneous*

Néanmoins, le droit à l’assistance d’un avocat est maintenant inscrit dans la Constitution et je ne vois rien de mal, sur les plans pratique ou philosophique, à ce qu’un agent s’assure qu’il ait été respecté. S’il l’a été, la confirmation obtenue par l’agent protégera l’intégrité de la preuve recueillie; s’il ne l’a pas été, cette vérification pourrait au moins empêcher qu’un droit constitutionnel soit violé par inadvertance.

Dans l’arrêt *R. c. Jacoy* [. . .] [1988] 2 R.C.S. 548 [p. 563] [. . .], et aussi dans l’arrêt *R. c. Debot*, [. . .] [1989] 2 R.C.S. 1140 [p. 1173], Madame la juge Wilson a déclaré : « Le droit à l’assistance d’un avocat est certainement, pour le citoyen, la principale garantie que ses autres droits seront respectés ». Si l’exercice de ce droit est une menace pour notre système de justice, c’est notre système de justice, et non le droit à l’assistance d’un avocat, qui devrait être ouvertement et honnêtement remis en question. [Souligné dans l’original; p. 254.]

Il serait difficile de prétendre que le fait d’octroyer à la police un pouvoir qui n’impose pas au citoyen une obligation correspondante de coopérer à l’enquête établit une règle de droit, au sens de l’article premier de la *Charte*. Le refus de ma collègue la juge Charron de conférer une telle portée à un pouvoir policier découlant de la common law donne à penser que la présence d’un contexte de réglementation très poussée sur les routes publiques ainsi que de régimes fédéraux et provinciaux fondés sur l’interrelation et la coopération dans ce domaine exigent une solution autre que la création de pouvoirs de common law par l’intervention judiciaire. La présence de systèmes législatifs et de réglementation complexes ainsi qu’une tradition d’intervention fréquente et proactive de la part du Parlement et des législateurs provinciaux indiquent plutôt l’autre direction. La situation diffère totalement de celles où notre Cour a ressenti le besoin d’élaborer certaines règles de common law en matière d’action policière lorsqu’il y avait depuis longtemps des failles dans le droit, comme dans le cas de la détention de passants aux fins d’enquête dans *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, ou des fouilles à nu dans *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83. Dans certaines provinces, le législateur a déjà agi pour combler la faille en cause dans les présents pourvois (voir, par exemple, le *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 636.1; *R. c. Tremblay* (1995), 21 M.V.R. (3d) 201 (C.A. Qué.)). Au Manitoba même, le législateur avait, lors de l’audience, adopté

Amendments), S.M. 2004, c. 11. The amendments came into force on December 18, 2004. Among other things, the amendments grant police officers the power to require that detained drivers perform sobriety tests or answer questions about their alcohol consumption. Failure to cooperate has become a provincial offence. Moreover, s. 76.1(6) of the *Highway Traffic Act* expressly suspends the right to counsel during those investigations. It relieves the police officer of the obligation to read the driver his rights under s. 10(b) of the *Charter*.

84

These provisions are clear. They state legal rules which grant powers or impose obligations. They place limits on *Charter* rights. Those limits may be challenged, and I do not intend to express premature views about the outcome of such a challenge. Nevertheless, these provisions would place a court in a better position to inquire into proper limits on the relevant constitutional rights and to decide whether the limits meet the proper standards. As things now stand in the two cases now before us, in order to secure the conviction of Mr. Orbanski, which could not be successfully challenged on other grounds anyway, and to answer a hypothetical question in the case of Mr. Elias, our Court makes a needless foray into territory that would have been better left to the legislature.

III. The Exclusion of Evidence and Section 24(2) of the Charter

85

As I mentioned above, the issue of the exclusion of the evidence under s. 24(2) of the *Charter* arises only in the *Orbanski* appeal. It is not before our Court in *Elias* and I do not intend to comment on its application in that case. In my opinion, despite the violation of Mr. Orbanski's constitutional rights, the evidence obtained by the police should not have been excluded. A proper application of s. 24(2) does

des modifications au *Code de la route*, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, dans la *Loi modifiant le Code de la route (pouvoirs de la police concernant les conducteurs dangereux et modifications diverses)*, L.M. 2004, ch. 11. Ces modifications, entrées en vigueur le 18 décembre 2004, confèrent notamment aux agents de police le pouvoir d'ordonner aux conducteurs détenus de se soumettre à des tests de sobriété ou de répondre à des questions sur leur consommation d'alcool. Le refus de coopérer est devenu une infraction provinciale. D'autre part, le par. 76.1(6) du *Code de la route* suspend expressément le droit à l'assistance d'un avocat pendant ces vérifications. Cette disposition libère l'agent de police de l'obligation d'informer le conducteur de ses droits en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*.

Les dispositions sont claires. Elles énoncent des règles de droit qui octroient des pouvoirs ou imposent des obligations. Elles instaurent des restrictions aux droits prévus par la *Charte*. Ces restrictions pourraient être attaquées et je n'ai pas l'intention d'exprimer un point de vue prématuré quant à l'issue d'éventuelles contestations. Il n'en demeure pas moins que, dans le contexte de ces dispositions, les tribunaux seraient mieux en mesure d'examiner le caractère approprié des restrictions aux droits constitutionnels en cause, et de décider si elles satisfont aux normes applicables. Dans l'état actuel des deux affaires qui nous occupent, pour obtenir à l'égard de M. Orbanski une condamnation qui, en tout cas sur la base d'autres motifs, ne pourrait pas être attaquée avec succès, et pour répondre à une question hypothétique dans le cas de M. Elias, notre Cour s'engage inutilement sur un terrain qu'il aurait mieux valu laisser au législateur.

III. L'exclusion de la preuve et le par. 24(2) de la Charte

Comme je l'ai mentionné, la question de l'exclusion de la preuve fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* ne se pose que dans le pourvoi *Orbanski*. Dans *Elias*, notre Cour n'en est pas saisie et je n'ai pas l'intention de faire des observations sur son application dans cette affaire. À mon avis, malgré la violation des droits constitutionnels de M. Orbanski, la preuve obtenue par la police n'aurait pas dû être

not warrant the exclusion of the evidence. In this respect, Philp J.A. writing for the majority in the Court of Appeal, reached the appropriate conclusion when he decided that the evidence should be admitted.

Undoubtedly, the present case is not a proper one for a full-fledged review of the problems surrounding the interpretation and the method of application of s. 24(2), especially in the context of what is a partial dissent. Nevertheless, some general comments appear to be in order, because concerns about a quasi-automatic exclusion of evidence may have an impact on the definition of constitutional rights in the criminal process by Canadian courts.

It is likely that few *Charter* provisions have generated so much academic comment, conflicting jurisprudential developments, media rhetoric or just plain uneasiness as s. 24(2). Since the *Charter* came into force, our Court has returned on many occasions to the interpretation and application of this provision. It has developed and refined methods of analysis and application. Despite all these efforts, doubts and misunderstandings remain. They arise mostly from views which attempt to read into the jurisprudence of our Court the creation of an exclusionary rule in the case of conscriptive evidence.

I do not intend to review all the details of the development of our jurisprudence. Two defining moments in this development occurred in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607.

In *Collins*, Lamer J., as he then was, created the basic analytical method which has governed the application of s. 24(2) since that time. This method relies first on a classification of relevant factors. Despite the wide range of potentially relevant factors, Lamer J. stated that they can be organized in three broad categories. The first one includes those relating to trial fairness, the second, the seriousness of the breach, and the third, the effect of

écartée. Une application correcte du par. 24(2) ne justifie pas l'exclusion de cette preuve. À cet égard, le juge Philp, qui a rédigé le jugement majoritaire de la Cour d'appel, est parvenu à la conclusion appropriée en décidant que cette preuve devait être admise.

La présente affaire ne se prête certainement pas à un examen approfondi des problèmes relatifs à l'interprétation et à la méthode d'application du par. 24(2), surtout dans le cadre de ce qui constitue une dissidence partielle. Néanmoins, certaines observations de nature générale semblent de mise, du fait que des préoccupations relatives à l'exclusion quasi automatique de la preuve pourraient avoir une incidence sur la définition de droits constitutionnels dans le processus pénal par les tribunaux canadiens.

Peu de dispositions de la *Charte*, sans doute, ont suscité autant de commentaires de juristes, de développements jurisprudentiels contradictoires, de rhétorique médiatique ou de simple malaise que le par. 24(2). Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, notre Cour est revenue à maintes reprises sur l'interprétation et l'application de cette disposition. Elle a élaboré et perfectionné des méthodes d'analyse et d'application. Or, malgré tous ces efforts, des doutes et des malentendus subsistent. Ils proviennent pour la plupart de points de vue qui tentent de voir, dans la jurisprudence de notre Cour, la création d'une règle d'exclusion dans les cas de preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même.

Je n'entends pas examiner dans le détail l'évolution de notre jurisprudence. Les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, marquent toutefois deux moments essentiels de cette évolution.

Dans l'arrêt *Collins*, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a créé la méthode analytique fondamentale qui régit depuis lors l'application du par. 24(2). Cette méthode est fondée en premier lieu sur une classification des facteurs pertinents. Malgré la gamme étendue de facteurs susceptibles d'être pertinents, le juge Lamer s'est dit d'avis qu'ils peuvent être répartis en trois grandes catégories. La première comprend les facteurs

86

87

88

89

excluding the evidence on the reputation of the administration of justice. He also pointed out that the adoption of s. 24(2) abolished the traditional *Wray* principle, which focussed on the reliability and relevance of the evidence rather than on the circumstances under which it had been obtained (*R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272). At the same time, s. 24(2) should not be confused with a pure exclusionary rule.

90

In *Collins*, Lamer J. indicated that a very important factor in the analysis would be the nature of the evidence. He found that the use of real evidence obtained in a manner that violated the *Charter* would rarely render a trial unfair, but that this would change whenever the accused was conscripted against himself. The use of such evidence would most likely turn the trial into an unfair one. Nevertheless, nothing in *Collins*, or in the judgments rendered by our Court in the following years, even suggested that the *Charter* had imposed an exclusionary rule. Rather, the *Charter* had granted judges a structured discretion to assess the impact of the breach of constitutional rights on the obtaining of the evidence in order to determine whether it should be excluded.

91

Stillman returned to the problems of the structure and the process of the exercise of the judicial discretion to exclude evidence obtained in breach of *Charter* rights. The reasons of Cory J. certainly put considerable emphasis on the classification of the nature of the evidence and on its impact on the fairness of the trial. On this occasion, Cory J. summarized the recommended analytical steps in the application of s. 24(2) as follows:

1. Classify the evidence as conscriptive or non-conscriptive based upon the manner in which the evidence was obtained. If the evidence is non-conscriptive, its admission will not render the trial unfair and the court will proceed to consider

touchant l'équité du procès, la deuxième, les facteurs ayant trait à la gravité de la violation de la *Charte* et la troisième, les facteurs relatifs à l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il a également souligné que l'adoption du par. 24(2) a écarté le principe traditionnel de l'arrêt *Wray*, axé sur la fiabilité et la pertinence de la preuve plutôt que sur les circonstances dans lesquelles elle a été obtenue (*R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272). D'autre part, le par. 24(2) ne devrait pas être confondu avec une règle d'exclusion pure et simple.

Dans l'arrêt *Collins*, le juge Lamer a indiqué qu'un facteur très important, dans l'analyse, résiderait dans la nature de la preuve. Il a déclaré que l'utilisation d'une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* rendra rarement un procès inéquitable, mais qu'il en va différemment lorsque l'accusé est conscrit contre lui-même. L'utilisation d'une preuve obtenue de cette manière rendra très probablement le procès inéquitable. Malgré cela, ni l'arrêt *Collins* ni les jugements rendus par notre Cour les années suivantes ne donnent à penser que la *Charte* a imposé une règle d'exclusion. La *Charte* a plutôt accordé aux juges un pouvoir discrétionnaire structuré pour apprécier l'incidence de la violation de droits constitutionnels sur l'obtention de la preuve, afin de déterminer si celle-ci devrait être exclue.

Dans l'arrêt *Stillman*, la Cour est revenue sur les problèmes liés à la structure du pouvoir discrétionnaire judiciaire d'écarter des preuves obtenues en violation de droits énoncés dans la *Charte*, et sur la façon dont ce pouvoir doit être exercé. Les motifs du juge Cory accordent indubitablement une importance considérable à la classification de la nature de la preuve et à son incidence sur l'équité du procès. À cette occasion, le juge Cory a résumé dans les termes suivants les étapes de l'analyse requise pour l'application du par. 24(2) :

1. Qualifier la preuve soit de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, soit de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, selon la manière dont elle a été obtenue. Si la preuve est une preuve *non* obtenue en mobilisant l'accusé

the seriousness of the breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

2. 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.
3. If the evidence is found to be conscriptive and the Crown demonstrates on a balance of probabilities that it would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will generally not render the trial unfair. However, the seriousness of the *Charter* breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice will have to be considered. [Emphasis in original; para. 119.]

Stillman generated concerns that our Court was creating an exclusionary rule based primarily on the nature of the evidence. These views were based, at least in part, on the opinion that the strong presumptive link between the use of conscriptive evidence and its impact on the fairness of the trial reduced the application of s. 24(2) to a narrow bright-line rule, based mainly on the legal characterization of the evidence, that did not permit effective consideration to be given to other relevant factors.

Neither the reasons of Cory J. in *Stillman* nor a number of recent pronouncements of our Court in cases such as *R. v. Fliss*, [2002] 1 S.C.R. 535, 2002 SCC 16; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; or *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, have gone that far. Our Court has remained mindful of the principle that the *Charter* did not establish a pure exclusionary rule. It attaches

contre lui-même, son utilisation ne rendra pas le procès inéquitable et le tribunal passera à l'examen de la gravité de la violation et de l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

2. 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.
3. Si l'on conclut que la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et si le ministère public démontre, 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 ne rendra alors généralement pas le procès inéquitable. Toutefois, il faudra examiner la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. [Souligné dans l'original; par. 119.]

L'arrêt *Stillman* a amené certains à craindre que notre Cour fût en train de créer une règle d'exclusion reposant essentiellement sur la nature de la preuve. Ces craintes découlaient, en partie du moins, de l'opinion suivant laquelle le fort lien de présomption entre l'utilisation d'une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même et son incidence sur l'équité du procès réduisait l'application du par. 24(2) à une règle stricte et très nette fondée principalement sur la caractérisation juridique de la preuve, qui ne permettait pas une véritable prise en compte d'autres facteurs pertinents.

Or, ni les motifs du juge Cory dans *Stillman* ni plusieurs décisions récentes de notre Cour, dans des arrêts comme *R. c. Fliss*, [2002] 1 R.C.S. 535, 2002 CSC 16, *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, ou *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, ne sont allés aussi loin. Notre Cour s'est toujours souvenue du principe que la *Charte* n'a pas établi une règle d'exclusion pure et simple. Elle

considerable importance to the nature of the evidence. It is constantly concerned about the potential impact of the admission of conscriptive evidence obtained in breach of a *Charter* right on the fairness of a criminal trial. Nevertheless, while this part of the analysis is often determinative of the outcome, our Court has not suggested that the presence of conscriptive evidence that has been obtained illegally is always the end of the matter and that the other stages and factors of the process become irrelevant.

94

For example, in *Buhay*, Arbour J. reasserted that, generally speaking, when the admission of conscriptive evidence is liable to jeopardize the fairness of the trial, it may also bring the administration of justice into disrepute. For this reason, it will have to be excluded (para. 49). At the same time, she stressed the comprehensive nature of the intellectual process leading to a decision on the exclusion of evidence. In the end, this process amounts to finding a proper balance between competing interests and values at stake in the criminal trial, between the search for truth and the integrity of the trial (Arbour J., at para. 73; see also: Binnie J. in *Fliss*, at para. 89). All the *Collins* factors remain relevant throughout this delicate and nuanced inquiry.

95

The same approach was recommended by Bastarache J. in his reasons in *Law*. He acknowledged that there is agreement that the admission of conscriptive evidence, unlike “real evidence”, will usually affect the fairness of the trial. But Bastarache J. did not accept that *Stillman* and the jurisprudence of our Court had turned s. 24(2) into an automatic exclusionary rule which applies whenever courts must rule on the admissibility of illegally obtained conscriptive evidence. The views of the Court in *Stillman* reflect concerns about the continuing effect of self-incrimination throughout the trial (see *Law*, at paras. 33-34). Although exclusion will often occur at the end of the process, it is not automatic. The inquiry into the admissibility of the evidence must reach the last stage so that it can be determined whether the admission of the

attache une importance considérable à la nature de la preuve. Elle est toujours soucieuse de l'effet que pourrait produire sur l'équité d'un procès pénal l'admission d'une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même en violation d'un droit énoncé dans la *Charte*. Cependant, même si ce volet de l'analyse est souvent déterminant quant à l'issue, notre Cour n'a jamais laissé entendre que la présence d'une preuve illégalement obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même met toujours un terme au débat et que les autres étapes et facteurs du processus perdent toute pertinence.

Dans l'arrêt *Buhay*, par exemple, la juge Arbour a réaffirmé que, d'une manière générale, lorsque l'admission d'une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même est susceptible de compromettre l'équité du procès, elle peut également déconsidérer l'administration de la justice. Pour cette raison, elle devra être écartée (par. 49). En même temps, elle a souligné la nature globale du processus intellectuel conduisant à une décision sur l'exclusion de la preuve. Au bout du compte, ce processus revient à trouver le juste équilibre entre les intérêts opposés et les valeurs en jeu dans le procès pénal, entre la recherche de la vérité et l'intégrité du procès (la juge Arbour, par. 73; voir aussi le juge Binnie dans *Fliss*, par. 89). Tous les facteurs de l'arrêt *Collins* demeurent pertinents tout au long de cet examen délicat et nuancé.

La même approche est recommandée dans les motifs du juge Bastarache dans l'arrêt *Law*. Selon lui, on s'entend pour dire que l'admission d'une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même aura habituellement une incidence sur l'équité du procès, contrairement à l'admission d'une « preuve matérielle ». Mais le juge Bastarache refuse de conclure que l'arrêt *Stillman* et la jurisprudence de notre Cour aient fait du par. 24(2) une règle d'exclusion automatique s'appliquant chaque fois que les tribunaux sont appelés à statuer sur l'admissibilité d'une preuve obtenue illégalement en mobilisant l'accusé contre lui-même. Les opinions exprimées par la Cour dans *Stillman* traduisent certaines craintes à l'égard de l'effet persistant de l'auto-incrimination tout au long du procès (voir *Law*, par. 33-34). Bien que le processus aboutisse souvent à l'exclusion

evidence would bring the administration of justice into disrepute.

The application of s. 24(2) remains a delicate matter. The purpose of the provision is to safeguard the integrity of the justice system, which requires a strong emphasis on assuring the fairness of the criminal trial. At the same time, the concept of fairness should not be reduced to a ritual incantation that spares judges from any further thought once the word is said.

The concept of fairness is a rich and complex one. It concerns the rights not only of the accused, but also of society, to the proper administration of the law, as McLachlin J. (as she then was) pointed out in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562:

At base, a fair trial is a trial that appears fair, both from the perspective of the accused and the perspective of the community. A fair trial must not be confused with the most advantageous trial possible from the accused's point of view: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362, *per* La Forest J. Nor must it be conflated with the perfect trial; in the real world, perfection is seldom attained. A fair trial is one which satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness to the accused. [para. 45]

The creation and application of a rule, based on a presumption that conscriptive evidence necessarily affects the fairness of a trial, of almost automatic exclusion whenever such evidence is involved might be viewed as a clear and effective method to manage aspects of the criminal trial. Nevertheless, our Court has never adopted such a rule, which could not be reconciled with the structure and the wording of s. 24(2).

In some cases, the second stage of the procedure, at which the seriousness of the breach is evaluated, is difficult to divorce from the first stage of the analysis, which addresses the nature of the infringement of rights and of the evidence. It may well be

de la preuve, cela n'est pas automatique. L'examen relatif à l'admissibilité de la preuve doit parvenir au dernier stade, afin qu'il soit déterminé si son admission est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'application du par. 24(2) demeure une affaire délicate. Cette disposition vise à préserver l'intégrité du système de justice, ce qui oblige à attacher une grande importance à la nécessité de garantir l'équité du procès pénal. Il faut cependant éviter de ramener le concept de l'équité au niveau d'une incantation rituelle qui dispenserait les juges de pousser plus loin la réflexion une fois que le mot a été prononcé.

Le concept d'équité représente une notion riche et complexe. Il concerne non seulement les droits de l'accusé, mais aussi ceux de la société au regard de la bonne administration de la loi, comme l'a souligné la juge McLachlin (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562 :

Au départ, un procès équitable est un procès qui paraît équitable, tant du point de vue de l'accusé que de celui de la collectivité. Il ne faut pas confondre un procès équitable avec le procès le plus avantageux possible du point de vue de l'accusé : *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362, le juge La Forest. Il ne faut pas l'assimiler non plus au procès parfait; dans la réalité, la perfection est rarement atteinte. Le procès équitable est celui qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé. [par. 45]

La création et l'application d'une règle prévoyant l'exclusion quasi automatique de toute preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, fondée sur la présomption qu'une telle preuve a nécessairement une incidence sur l'équité du procès, pourraient être considérées comme une méthode claire et efficace de gérer certains aspects du procès pénal. Néanmoins, notre Cour n'a jamais adopté une telle règle, qui serait inconciliable avec l'économie et le libellé du par. 24(2).

Dans certains cas, il est difficile de dissocier la deuxième étape de l'analyse, au cours de laquelle est appréciée la gravité de la violation, et la première étape, qui porte sur la nature de la violation des droits et la nature de la preuve. La recherche d'un

96

97

98

99

impossible to properly balance the competing interests at stake in the evaluation of the fairness of the criminal trial and in the final judgment call as to whether to allow the inclusion of the evidence without considering the seriousness of the infringement and its impact. It may be impossible to divorce the different stages of the analysis, given the logical and factual interplay between them in many cases. The Manitoba Court of Appeal held so, and I agree with its analysis and its conclusion.

juste équilibre entre les intérêts en opposition, dans l'évaluation de l'équité du procès pénal et dans la décision finale quant à l'opportunité d'autoriser l'utilisation de la preuve, peut très bien se révéler impossible sans une prise en considération de la gravité de la violation et de son incidence. Il peut s'avérer impossible de dissocier les différents stades de l'analyse, en raison de leurs interrelations logiques et factuelles dans bien des cas. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel du Manitoba, et je souscris à son analyse et à sa conclusion.

100 In this appeal, it would not be accurate to describe the evidence as non-conscriptive. Although there was no physical compulsion or violence, the evidence was created by the improper use of state power. The argument that there is no compulsion in such circumstances ignores the reality of many such situations. Given the power commonly granted to police officers and the authority with which they are invested, such encounters at the roadside are perceived as intimidating by the accused. He or she feels the presence of an agent of the state and that agent's power in law enforcement matters. In accordance with *Stillman*, the evidence at issue remains conscriptive evidence, but exclusion does not necessarily follow.

Dans le présent pourvoi, il serait inexact de décrire la preuve comme n'ayant pas été obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même. Bien qu'il n'y ait pas eu de contrainte ou de violence physique, la preuve a été créée par une utilisation irrégulière du pouvoir de l'État. L'argument selon lequel il n'y a pas de contrainte dans de telles circonstances ne tient pas compte de ce qui se passe en réalité dans bon nombre de situations de ce genre. Vu le pouvoir habituellement accordé aux agents de police et l'autorité dont ils sont investis, l'accusé perçoit comme intimidantes les rencontres de ce genre au bord de la route. Il ressent la présence d'un représentant de l'État et son pouvoir en matière d'application de la loi. Conformément à l'arrêt *Stillman*, la preuve en cause demeure une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, mais cela ne doit pas nécessairement entraîner son exclusion.

101 In the present case, as the Court of Appeal found, although the evidence is conscriptive, the breach does not warrant exclusion of the evidence. The *Charter* rights at stake are important, but not every *Charter* breach rises to the same level of seriousness and requires the same kind of remedy, especially the exclusion of evidence. Courts must carefully review the circumstances and nature of the infringement.

En l'espèce, bien que la preuve ait été obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, la violation, comme l'a conclu la Cour d'appel, ne justifie pas son exclusion. Les droits énoncés dans la *Charte* qui sont en jeu sont importants, mais toute violation de ces droits n'a pas la même gravité et n'exige pas la même réparation, en particulier celle qui consiste dans l'exclusion de la preuve. Les tribunaux doivent examiner attentivement les circonstances et la nature de la violation.

102 Giving incomplete information, apparently in good faith, at the roadside does not rise to the same level of seriousness as sending someone back to another country to face torture and death, holding a suspect incommunicado at a police station

Le fait de donner, apparemment en toute bonne foi, une information incomplète au bord de la route, ne présente pas le même niveau de gravité que celui d'expulser une personne dans un autre pays où elle risque la torture et la mort, ou encore

for interrogation or denying a suspect a genuine opportunity to communicate with a lawyer. To refuse to concede that the *Charter* may apply to a wide range of very different situations and that its implementation requires careful attention to context and a sensitive analysis would in the end be to trivialize it.

Although I have found a *Charter* breach, it is clear from the evidence that Mr. Orbanski did receive some information. In a very broad sense, some of the duties imposed on the police officer were met. Mr. Orbanski appears to have been given incomplete information about his own rights, but he understood what they were and declined to exercise them.

As a result, I do not think that the breach went to the fairness of the trial. It was a minor infringement of an admittedly important *Charter* right. It did not warrant the exclusion of the evidence. I would find that in these circumstances, to exclude the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

IV. Disposition

For these reasons, I would concur with my colleague in the case of Mr. Orbanski and dismiss the appeal. As I indicated above, I would dismiss the Crown's appeal in the *Elias* case.

Appeal dismissed in Orbanski. Appeal allowed in Elias with costs, LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant in Orbanski: Pinx Campbell Inness, Winnipeg.

Solicitor for the respondent in Orbanski/appellant in Elias: Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitors for the respondent in Elias: Brodsky & Company, Winnipeg.

celui de détenir un suspect dans un poste de police pour l'interroger en lui refusant tout contact avec l'extérieur ou en le privant de toute possibilité matérielle de communiquer avec un avocat. Le refus d'admettre que la *Charte* puisse s'appliquer à toute une gamme de situations très différentes et que sa mise en œuvre exige une grande attention au contexte et une analyse fine, conduirait au bout du compte à la banaliser.

Bien que je conclue à une violation de la *Charte*, il ressort clairement de la preuve que M. Orbanski a reçu certaines informations. En un sens très large, certaines des obligations imposées à l'agent de police ont été remplies. Il semble que M. Orbanski ait reçu une mise en garde incomplète au sujet de ses droits, mais il a compris en quoi ils consistaient et il a renoncé à les exercer.

En conséquence, je ne pense pas que la violation ait pu nuire à l'équité du procès. Il s'agissait d'une atteinte mineure à un droit, certes important, énoncé dans la *Charte*. Cette violation ne justifiait pas l'exclusion de la preuve. Je concluais que, dans de telles circonstances, l'exclusion de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

IV. Dispositif

Pour ces motifs, je souscrirais à l'avis de ma collègue dans le cas de M. Orbanski et je rejetterais le pourvoi. Comme je l'ai indiqué précédemment, je rejetterais le pourvoi du ministère public dans l'affaire *Elias*.

Pourvoi rejeté dans Orbanski. Pourvoi accueilli dans Elias avec dépens, les juges LEBEL et FISH sont dissidents.

Procureurs de l'appellant dans Orbanski : Pinx Campbell Inness, Winnipeg.

Procureur de l'intimée dans Orbanski/appelante dans Elias : Justice Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé dans Elias : Brodsky & Company, Winnipeg.

103

104

105

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Saskatchewan Justice, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Saskatchewan Justice, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Faculty of Law, Queen's University, Kingston.

Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Faculté de droit, Université Queen's, Kingston.

**Cabot Insurance Company Limited and
Rex Gilbert Moore, deceased, by his
Administratrix, Muriel Smith** *Appellants*

v.

Peter Ryan *Respondent*

INDEXED AS: RYAN v. MOORE

Neutral citation: 2005 SCC 38.

File No.: 29849.

2004: December 7; 2005: June 16.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, LeBel,
Deschamps, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Limitation of actions — Survival of action against deceased — Limitation periods — Estoppel by convention — Estoppel by representation — Discoverability rule — Confirmation of cause of action — Limitation period under Survival of Actions Act expiring one year after death of party to action or six months after date when letters of administration granted — Statement of claim for damages in relation to motor vehicle accident issued against defendant within two-year limitation period prescribed by Limitations Act — Defendant's death unknown to plaintiff until after shorter limitation period in Survival of Actions Act had expired — Whether doctrine of estoppel by convention or by representation applicable to prevent defendant from raising limitation defence — Whether confirmation of cause of action or discoverability rule applicable to extend limitation period of Survival of Actions Act — Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, c. S-32, s. 5 — Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1, ss. 5, 16.

Estoppel — Estoppel by convention — Requirements — Whether requirements of doctrine of estoppel by convention met.

Estoppel — Estoppel by representation — Limitation of actions — Whether defendant's silence regard-

**Cabot Insurance Company Limited et feu
Rex Gilbert Moore, représenté par son
administratrice Muriel Smith** *Appellants*

c.

Peter Ryan *Intimé*

RÉPERTORIÉ : RYAN c. MOORE

Référence neutre : 2005 CSC 38.

N° du greffe : 29849.

2004 : 7 décembre; 2005 : 16 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE
TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Prescription — Survie d'une action intentée contre une personne décédée — Délais de prescription — Préclusion par convention — Préclusion par assertion de fait — Règle de la possibilité de découvrir le dommage — Confirmation de la cause d'action — Délai de prescription prévu par la Survival of Actions Act expirant un an après le décès d'une partie à une action ou six mois après la date de délivrance de lettres d'administration — Déclaration relative à un préjudice résultant d'un accident d'automobile déposée contre le défendeur avant l'expiration du délai de prescription de deux ans fixé par la Limitations Act — Demandeur apprenant le décès du défendeur seulement après l'expiration du délai de prescription plus court établi par la Survival of Actions Act — La règle de la préclusion par convention ou par assertion de fait empêche-t-elle le défendeur d'invoquer la prescription comme moyen de défense? — La confirmation de la cause d'action ou la règle de la possibilité de découvrir le dommage a-t-elle pour effet de prolonger le délai de prescription prévu par la Survival of Actions Act? — Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, ch. S-32, art. 5 — Limitations Act, S.N.L. 1995, ch. L-16.1, art. 5, 16.

Préclusion — Préclusion par convention — Conditions — Les conditions de la règle de la préclusion sont-elles remplies?

Préclusion — Préclusion par assertion de fait — Prescription — Le silence du défendeur concernant le

ing shorter limitation period constitutes representation grounding estoppel.

On November 27, 1997, three vehicles operated by the respondent R, the appellant M, and a third party were involved in an accident. R decided to pursue a personal injury claim against M. He was unaware that, on December 26, 1998, M had died of causes unrelated to the accident. On February 16, 1999, Letters of Administration were granted to M's administratrix. On October 28, 1999, R issued his statement of claim naming M as the defendant; it was within the two-year limitation period prescribed by the *Limitations Act*, but outside the limitation period under the *Survival of Actions Act*, namely one year after the death of a party to an action or six months after letters of administration are granted. The appellant insurer sought an order striking out the statement of claim for being out of time. R also filed an application to amend the name of the defendant in the statement of claim. The Supreme Court of Newfoundland and Labrador denied the insurer's application to have the action dismissed and granted R's application. The Court of Appeal allowed, in part, both the appeal and cross-appeal, concluding that the *Survival of Actions Act* applied to the action, but that the appellants were nevertheless estopped from relying upon the shorter limitation period.

Held: The appeal should be allowed on the issue of estoppel and the statement of claim struck out. The decision of the Court of Appeal should otherwise be affirmed. There are no reasons based on any legal doctrine to preclude M's estate or the insurer from relying on the *Survival of Actions Act* limitation period.

The discoverability rule does not apply to the *Survival of Actions Act*. This rule cannot be relied on where, as here, the limitation period is explicitly linked by the governing legislation to a fixed event unrelated to the injured party's knowledge or the basis of the cause of action. By using a specific event as the starting point of the "limitation clock" under the *Survival of Actions Act*, the legislature displaced the discoverability rule in all situations to which the *Survival of Actions Act* applies. [24-25] [27]

Section 16 of the *Limitations Act* does not apply to the *Survival of Actions Act* either. Any confirmation of the cause of action would have no effect on the *Survival of Actions Act* limitation period because the *Survival of Actions Act* does not create a cause of action but simply confers a right to pursue a claim notwithstanding the fact

délati de prescription plus court constitue-t-il une assertion justifiant la préclusion?

Un accident impliquant trois véhicules conduits par l'intimé R, l'appellant M et une tierce personne est survenu le 27 novembre 1997. R a décidé d'intenter une action pour préjudice corporel contre M. Il ignorait que, le 26 décembre 1998, M était décédé de causes non liées à l'accident. Le 16 février 1999, des lettres d'administration ont été délivrées à l'administratrice de M. Le 28 octobre 1999, R a déposé sa déclaration désignant M comme défendeur; ce dépôt a été fait avant l'expiration du délai de prescription de deux ans fixé par la *Limitations Act*, mais après celle du délai de prescription prévu par la *Survival of Actions Act*, qui est d'un an suivant la date du décès d'une partie à une action ou de six mois suivant la délivrance de lettres d'administration. L'assureur appellant a sollicité une ordonnance de radiation de la déclaration pour cause de tardiveté. R a également présenté une demande de modification du nom de la partie défenderesse inscrit dans la déclaration. La Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador a rejeté la demande de l'assureur visant à obtenir le rejet de l'action et a accueilli la demande de R. La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel principal et l'appel incident, concluant que la *Survival of Actions Act* s'appliquait à l'action, mais que les appelants étaient néanmoins préclus d'invoquer le délai de prescription plus court.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en ce qui concerne la question de la préclusion et la déclaration est radiée. La décision de la Cour d'appel est par ailleurs confirmée. Il n'y avait aucune raison fondée sur quelque règle juridique d'empêcher la succession de M ou l'assureur d'invoquer le délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act*.

La règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s'applique pas à la *Survival of Actions Act*. Cette règle ne peut pas être invoquée dans les cas où, comme en l'espèce, la loi applicable lie expressément le délai de prescription à un événement déterminé qui n'a rien à voir avec le moment où la partie lésée en prend connaissance ou avec le fondement de la cause d'action. En désignant un fait particulier comme élément déclencheur du « compte à rebours de la prescription », le législateur a écarté la règle de la possibilité de découvrir le dommage dans tous les cas où la *Survival of Actions Act* s'applique. [24-25] [27]

L'article 16 de la *Limitations Act* ne s'applique pas non plus à la *Survival of Actions Act*. Une confirmation de la cause d'action n'aurait aucun effet sur le délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* parce que cette loi ne crée pas une cause d'action, mais ne fait que conférer un droit d'intenter une action malgré le décès

that one of the parties has died. In any event, there was no confirmation of the cause of action in this case, as there was no admission of liability through the letters sent between the parties' representatives or through the payments made by the insurer to R's counsel for property damage or for medical reports. The letters and payments were intended only to promote the investigation and early resolution of certain aspects of the claim. [37] [42] [45-48]

The requirements to establish estoppel by convention — a communicated shared assumption between the parties, reliance on the shared assumption and detriment — are not met. None of the letters exchanged by R's counsel and the adjuster with respect to R's personal injury claim prove the existence of a common assumption that M was alive or that the limitation defence would not be relied on. The letters lack clarity and certainty. Even if one could conclude that there was a mutual assumption between the parties, it cannot realistically be asserted that R communicated to the appellants that he shared the mistaken assumption. Moreover, R not only did not rely on the alleged assumption, but his conduct does not show an intention to affect the legal relations between the parties. The record does not disclose that R changed his position in any way on the basis of this alleged mutual assumption. Rather, the evidence suggests that he never put his mind to the shorter *Survival of Actions Act* limitation period. Given that there was no shared assumption or reliance, the detriment requirement does not need to be addressed. It should be noted, however, that a detriment is not established by a reduced limitation period. [63-66] [70-72] [75]

Finally, R cannot rely on estoppel by representation. Estoppel by representation cannot arise from silence unless a party is under a duty to speak. In the present case, there was no duty on the appellants to advise R of a limitation period, to assist him in the prosecution of the claim, or to advise him of the consequences of the death of one of the parties. [76-77]

Cases Cited

Referred to: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Page v. Austin* (1884), 10 S.C.R. 132; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *Snow v. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182; *Payne v. Brady* (1996), 140 D.L.R. (4th) 88,

de l'une des parties. De toute façon, la cause d'action n'a pas été confirmée en l'espèce étant donné que ni les lettres (échangées entre les représentants des parties) ni les paiements effectués (par l'assureur à l'avocat de R pour le préjudice matériel ou des rapports médicaux) ne traduisent une reconnaissance de responsabilité. Les lettres et les paiements étaient seulement destinés à faire avancer l'enquête et à favoriser le règlement rapide de certains aspects de la demande d'indemnité. [37] [42] [45-48]

Les conditions pour qu'il y ait préclusion par convention — présupposition commune communiquée entre les parties, avoir agi sur la foi de cette présupposition commune (acte de confiance) et préjudice — ne sont pas remplies. Aucune des lettres que l'avocat de R et l'expert en sinistres ont échangées relativement à l'action pour préjudice corporel de R n'établit l'existence d'une présupposition commune que M était vivant ou que la prescription ne serait pas invoquée comme moyen de défense. Ces lettres manquent de clarté et de certitude. Même si on pouvait conclure à l'existence d'une présupposition commune des parties, on ne saurait réalistement affirmer que R a informé les appelants qu'il partageait leur présupposition erronée. De plus, non seulement R ne s'est-il pas fié à la présupposition dont on allègue l'existence, mais encore sa conduite ne démontre aucune intention de modifier les rapports juridiques entre les parties. Le dossier ne montre pas que R a modifié de quelque façon que ce soit sa situation en raison de la présupposition commune dont on allègue l'existence. La preuve indique plutôt qu'il n'a jamais songé au délai de prescription plus court prévu par la *Survival of Actions Act*. Étant donné l'absence de présupposition commune ou d'acte de confiance, il n'est pas nécessaire d'examiner le critère du préjudice. Toutefois, il y a lieu de souligner qu'un délai de prescription plus court n'est pas une preuve de préjudice. [63-66] [70-72] [75]

Enfin, R ne peut pas invoquer la préclusion par assertion de fait. La préclusion par assertion de fait ne peut pas découler d'un silence, à moins qu'une partie ne soit tenue de parler. En l'espèce, les appelants n'étaient pas tenus d'informer R de l'existence d'un délai de prescription, de l'aider à intenter son action ou de l'aviser des conséquences du décès de l'une des parties. [76-77]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Page c. Austin* (1884), 10 R.C.S. 132; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *Snow c. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182; *Payne c. Brady* (1996), 140 D.L.R. (4th) 88,

leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xiii; *Burt v. LeLacheur* (2000), 189 D.L.R. (4th) 193; *Waschkowski v. Hopkinson Estate* (2000), 47 O.R. (3d) 370; *Canadian Red Cross Society (Re)*, [2003] O.J. No. 5669 (QL); *Edwards v. Law Society of Upper Canada (No. 1)* (2000), 48 O.R. (3d) 321; *MacKenzie Estate v. MacKenzie* (1992), 84 Man. R. (2d) 149; *Justice v. Cairnie Estate* (1993), 105 D.L.R. (4th) 501; *Good v. Parry*, [1963] 2 All E.R. 59; *Surrendra Overseas Ltd. v. Government of Sri Lanka*, [1977] 2 All E.R. 481; *Podovnikoff v. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716; *Wheaton v. Palmer* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 304; *MacKay v. Lemley* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 382; *Harper v. Cameron* (1892), 2 B.C.R. 365; *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84; *National Westminster Finance NZ Ltd. v. National Bank of NZ Ltd.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 548; *The "Indian Grace"*, [1998] 1 Lloyd's L.R. 1; *The "August Leonhardt"*, [1985] 2 Lloyd's L.R. 28; *The "Vistafford"*, [1988] 2 Lloyd's L.R. 343; *Canacemal Investment Inc. v. PCI Realty Corp.*, [1999] B.C.J. No. 2029 (QL); *Capro Investments Ltd. v. Tartan Development Corp.*, [1998] O.J. No. 1763 (QL); *Troop v. Gibson*, [1986] 1 E.G.L.R. 1; *Hillingdon London Borough v. ARC Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 3278 (QL); *Baird Textile Holdings Ltd. v. Marks & Spencer plc*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 737, [2001] EWCA Civ 274; *John v. George*, [1995] E.W.J. No. 4375 (QL); *Seechurn v. ACE Insurance S.A.-N.V.*, [2002] 2 Lloyd's L.R. 390, [2002] EWCA Civ 67; *Litwin Construction (1973) Ltd. v. Pan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 459; *Vancouver City Savings Credit Union v. Norenger Development (Canada) Inc.*, [2002] B.C.J. No. 1417 (QL), 2002 BCSC 934; *32262 B.C. Ltd. v. Companions Restaurant Inc.* (1995), 17 B.L.R. (2d) 227; *Grundt v. Great Boulder Proprietary Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87.

Statutes and Regulations Cited

Fatal Accidents Act, R.S.N.L. 1990, c. F-6.
Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1, ss. 5, 16.
Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, c. S-32, ss. 2, 5, 8(1).

Authors Cited

Bower, George Spencer. *The Law Relating to Estoppel by Representation*, 4th ed. by P. Feltham, D. Hochberg and T. Leech. London: LexisNexis UK, 2004.
Chitty on Contracts, vol. 1, 29th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.
Dawson, T. Brettel. "Estoppel and obligation: the modern role of estoppel by convention" (1989), 9 L.S. 16.

autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xiii; *Burt c. LeLacheur* (2000), 189 D.L.R. (4th) 193; *Waschkowski c. Hopkinson Estate* (2000), 47 O.R. (3d) 370; *Canadian Red Cross Society (Re)*, [2003] O.J. No. 5669 (QL); *Edwards c. Law Society of Upper Canada (No. 1)* (2000), 48 O.R. (3d) 321; *MacKenzie Estate c. MacKenzie* (1992), 84 Man. R. (2d) 149; *Justice c. Cairnie Estate* (1993), 105 D.L.R. (4th) 501; *Good c. Parry*, [1963] 2 All E.R. 59; *Surrendra Overseas Ltd. c. Government of Sri Lanka*, [1977] 2 All E.R. 481; *Podovnikoff c. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716; *Wheaton c. Palmer* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 304; *MacKay c. Lemley* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 382; *Harper c. Cameron* (1892), 2 B.C.R. 365; *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) c. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84; *National Westminster Finance NZ Ltd. c. National Bank of NZ Ltd.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 548; *The « Indian Grace »*, [1998] 1 Lloyd's L.R. 1; *The « August Leonhardt »*, [1985] 2 Lloyd's L.R. 28; *The « Vistafford »*, [1988] 2 Lloyd's L.R. 343; *Canacemal Investment Inc. c. PCI Realty Corp.*, [1999] B.C.J. No. 2029 (QL); *Capro Investments Ltd. c. Tartan Development Corp.*, [1998] O.J. No. 1763 (QL); *Troop c. Gibson*, [1986] 1 E.G.L.R. 1; *Hillingdon London Borough c. ARC Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 3278 (QL); *Baird Textile Holdings Ltd. c. Marks & Spencer plc*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 737, [2001] EWCA Civ 274; *John c. George*, [1995] E.W.J. No. 4375 (QL); *Seechurn c. ACE Insurance S.A.-N.V.*, [2002] 2 Lloyd's L.R. 390, [2002] EWCA Civ 67; *Litwin Construction (1973) Ltd. c. Pan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 459; *Vancouver City Savings Credit Union c. Norenger Development (Canada) Inc.*, [2002] B.C.J. No. 1417 (QL), 2002 BCSC 934; *32262 B.C. Ltd. c. Companions Restaurant Inc.* (1995), 17 B.L.R. (2d) 227; *Grundt c. Great Boulder Proprietary Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87.

Lois et règlements cités

Fatal Accidents Act, R.S.N.L. 1990, ch. F-6.
Limitations Act, S.N.L. 1995, ch. L-16.1, art. 5, 16.
Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, ch. S-32, art. 2, 5, 8(1).

Doctrine citée

Bower, George Spencer. *The Law Relating to Estoppel by Representation*, 4th ed. by P. Feltham, D. Hochberg and T. Leech. London : LexisNexis UK, 2004.
Chitty on Contracts, vol. 1, 29th ed. London : Sweet & Maxwell, 2004.
Dawson, T. Brettel. « Estoppel and obligation : the modern role of estoppel by convention » (1989), 9 L.S. 16.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Mew, Graeme. *The Law of Limitations*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.

Wilken, Sean. *Wilken and Villiers: The Law of Waiver, Variation and Estoppel*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Wells C.J.N. and Cameron, Roberts and Welsh J.J.A., and Russell J. (*ex officio*)) (2003), 224 Nfld. & P.E.I.R. 181, 669 A.P.R. 181, 50 E.T.R. (2d) 8, [2003] N.J. No. 113 (QL), 2003 NLCA 19, reversing, in part, a decision of Orsborn J. (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 211, 615 A.P.R. 211, 18 C.P.C. (5th) 95, 41 E.T.R. (2d) 287, 19 M.V.R. (4th) 120, [2001] N.J. No. 284 (QL). Appeal allowed.

Sandra R. Chaytor and Jorge P. Segovia, for the appellants.

Ian F. Kelly, Q.C., and *Gregory A. French*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J.— We are asked to decide whether or not a shortened limitation period under s. 5 of the *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32 (see Appendix), applicable upon the death of one of the parties to an action, can be enforced against a party who had no knowledge of the death until after the limitation period had expired. The respondent, Peter Ryan (“Ryan”), argues that the answer should be no; he invoked in front of our Court and in the courts below a number of legal principles which I shall address: discoverability, confirmation, estoppel by convention and estoppel by representation. The issue of estoppel was raised for the first time by the Court of Appeal itself.

The discoverability rule dictates that a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

Mew, Graeme. *The Law of Limitations*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2004.

Wilken, Sean. *Wilken and Villiers : The Law of Waiver, Variation and Estoppel*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (le juge en chef Wells et les juges Cameron, Roberts et Welsh et le juge Russell (*ex officio*)) (2003), 224 Nfld. & P.E.I.R. 181, 669 A.P.R. 181, 50 E.T.R. (2d) 8, [2003] N.J. No. 113 (QL), 2003 NLCA 19, qui a infirmé, en partie, une décision du juge Orsborn (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 211, 615 A.P.R. 211, 18 C.P.C. (5th) 95, 41 E.T.R. (2d) 287, 19 M.V.R. (4th) 120, [2001] N.J. No. 284 (QL). Pourvoi accueilli.

Sandra R. Chaytor et Jorge P. Segovia, pour les appelants.

Ian F. Kelly, c.r., et *Gregory A. French*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — La Cour est appelée à décider si le délai de prescription plus court que l’art. 5 de la *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, ch. S-32 (voir l’annexe), prévoit en cas de décès de l’une des parties à une action peut s’appliquer à une partie qui n’a pris connaissance du décès qu’après l’expiration du délai de prescription. L’intimé Peter Ryan prétend qu’il faut répondre par la négative; il a invoqué, devant notre Cour et devant les tribunaux d’instance inférieure, un certain nombre de règles juridiques que je vais examiner : la possibilité de découvrir le dommage, la confirmation, la préclusion par convention et la préclusion par assertion de fait. C’est la Cour d’appel elle-même qui a soulevé pour la première fois la question de la préclusion.

Selon la règle de la possibilité de découvrir le dommage, une cause d’action prend naissance, pour les besoins de la prescription, au moment où les faits substantiels sur lesquels repose cette cause d’action

the plaintiff by the exercise of reasonable diligence (*Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at p. 224).

3 Section 16(1) of the *Limitations Act*, S.N.L. 1995, c. L-16.1 (see Appendix), prescribes that confirmation of a cause of action occurs when a person acknowledges the cause of action of another person or makes a payment in respect of that cause of action. Thus, at that moment, the limitation clock is restarted, and the time before the date of the confirmation will not be counted.

4 Estoppel by convention operates where the parties have agreed that certain facts are deemed to be true and to form the basis of the transaction into which they are about to enter (G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at p. 140, note 302). If they have acted upon the agreed assumption, then, as regards that transaction, each is estopped against the other from questioning the truth of the statement of facts so assumed if it would be unjust to allow one to go back on it (G. S. Bower, *The Law Relating to Estoppel by Representation* (4th ed. 2004), at pp. 7-8).

5 Estoppel by representation requires a positive representation made by the party whom it is sought to bind, with the intention that it shall be acted on by the party with whom he or she is dealing, the latter having so acted upon it as to make it inequitable that the party making the representation should be permitted to dispute its truth, or do anything inconsistent with it (*Page v. Austin* (1884), 10 S.C.R. 132, at p. 164).

6 None of these doctrines can find application in the present case. I will address each of these doctrines and in most cases adopt the reasons of the Court of Appeal with mere comment. One legal concept requires more attention from this Court, given that it is being asked to develop a legal test with regard to its application: estoppel by convention.

ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable (*Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, p. 224).

Le paragraphe 16(1) de la *Limitations Act*, S.N.L. 1995, ch. L-16.1 (voir l'annexe), prévoit qu'une cause d'action est confirmée si une personne reconnaît la cause d'action appartenant à autrui ou si elle effectue un paiement à l'égard de cette cause d'action. Ainsi, le compte à rebours recommence dès lors, et le temps écoulé avant la date de confirmation ne compte pas.

Il peut y avoir préclusion par convention lorsque les parties ont convenu de présupposer que certains faits sont véridiques et constituent le fondement de l'opération qu'elles s'appêtent à conclure (G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4^e éd. 1999), p. 140, note 302). Si les parties ont agi sur la foi de cette présupposition conventionnelle, alors, en ce qui concerne l'opération, chaque partie est précluse, par rapport à l'autre, de mettre en doute la véracité ainsi présupposée de l'exposé des faits, dans le cas où il serait injuste de permettre à l'une d'elles de revenir sur cette présupposition (G. S. Bower, *The Law Relating to Estoppel by Representation* (4^e éd. 2004), p. 7-8).

Pour que la préclusion par assertion de fait s'applique, une assertion positive doit avoir été faite par la partie que l'on souhaite voir liée par celle-ci afin que la partie avec qui elle traitait agisse sur la foi de cette assertion, et cette dernière doit avoir agi sur la foi de l'assertion de sorte qu'il serait inéquitable de permettre à l'auteur de l'assertion d'en mettre en doute la véracité ou d'agir de quelque manière incompatible avec elle (*Page c. Austin* (1884), 10 R.C.S. 132, p. 164).

Aucune de ces règles n'est applicable en l'espèce. Je vais examiner chacune de celles-ci et, dans la plupart des cas, approuver les motifs de la Cour d'appel en ajoutant un simple commentaire. Une notion juridique mérite que notre Cour s'y attarde davantage étant donné qu'elle est appelée à établir un critère juridique d'application : la préclusion par convention.

I. BackgroundA. *Facts*

On November 27, 1997, three vehicles were involved in an accident. They were operated by the respondent, Ryan, the appellant, Rex Gilbert Moore, and a third party (not involved in this matter), David Crummey. Ryan decided to pursue a personal injury claim against Moore. He was unaware that, on December 26, 1998, Moore had died of causes unrelated to the accident. On February 16, 1999, Letters of Administration were granted to Moore's administratrix, Muriel Smith. On October 28, 1999, Ryan issued his statement of claim; it was within the two-year limitation period prescribed by the *Limitations Act*, but outside the applicable six-month limitation period from the granting of the letters of administration under the *Survival of Actions Act*. Ryan argues that the appellant is estopped from relying upon the shorter limitation period. Alternatively, he argues that the discoverability principle or the confirmation rule apply to extend this shorter limitation period.

As this case is centred on issues related to limitation periods, it is important to recollect the important events leading up to this litigation:

November 27, 1997 The accident

November 28, 1997 Cabot Insurance Co. ("Cabot Insurance") appoints adjuster Brian Lacey to look after the claim against its insured Moore. Ryan retains counsel who contacts the adjuster advising of his retainer and that Ryan, while his injuries are being assessed, will pursue his property damage claim directly with the adjuster.

I. ContexteA. *Les faits*

Un accident impliquant trois véhicules est survenu le 27 novembre 1997. Ces véhicules étaient conduits par l'intimé M. Ryan, l'appelant Rex Gilbert Moore, ainsi qu'une tierce personne (non partie à l'instance), David Crummey. M. Ryan a décidé d'intenter une action pour préjudice corporel contre M. Moore. Il ignorait que, le 26 décembre 1998, M. Moore était décédé de causes non liées à l'accident. Le 16 février 1999, des lettres d'administration ont été délivrées à Muriel Smith, l'administratrice de M. Moore. M. Ryan a déposé sa déclaration le 28 octobre 1999, soit avant l'expiration du délai de prescription de deux ans fixé par la *Limitations Act*, mais après celle du délai de prescription de six mois qui, aux termes de la *Survival of Actions Act*, commence à courir à partir de la délivrance de lettres d'homologation ou d'administration. M. Ryan prétend que l'appelant est préclus d'invoquer le délai de prescription plus court. Subsidiairement, il fait valoir que ce délai plus court peut être prolongé en vertu de la règle de la possibilité de découvrir le dommage ou de la règle de la confirmation.

Étant donné que la présente affaire porte sur des questions liées aux délais de prescription, il importe de rappeler les principaux faits à l'origine du litige :

27 novembre 1997 L'accident

28 novembre 1997 Cabot Insurance Co. (« Cabot Insurance ») nomme l'expert en sinistres Brian Lacey qui s'occupera de la demande d'indemnité dont fait l'objet son assuré M. Moore. M. Ryan retient les services d'un avocat, qui communique avec l'expert en sinistres pour l'informer de son mandat et l'aviser qu'en attendant que ses blessures soient évaluées M. Ryan lui présentera directement sa demande d'indemnité pour préjudice matériel.

December 1997 – December 1998	Cabot Insurance pays Ryan’s property damage claim directly to him. Correspondence is exchanged between Ryan’s counsel and the adjuster concerning Ryan’s medical condition, the adjuster seeking documentation and updates on Ryan’s condition, and the counsel providing the information requested. The counsel forwards Ryan’s hospital chart to the adjuster, for which Cabot Insurance reimburses counsel the \$40 fee.	décembre 1997 – décembre 1998	Cabot Insurance verse directement à M. Ryan une indemnité pour préjudice matériel. L’avocat de M. Ryan et l’expert en sinistres échangent une correspondance concernant l’état de santé de M. Ryan, l’expert en sinistres sollicitant des documents et des mises à jour sur l’état de santé de M. Ryan, et l’avocat fournissant les renseignements demandés. L’avocat fait parvenir à l’expert en sinistres le dossier hospitalier de M. Ryan, pour lequel Cabot Insurance rembourse à l’avocat des frais de 40 \$.
<i>December 26, 1998</i>	<i>Moore dies at age 75 from causes unrelated to the accident.</i>	<i>26 décembre 1998</i>	<i>M. Moore décède à l’âge de 75 ans de causes non liées à l’accident.</i>
January 25, 1999	The adjuster writes to Ryan’s counsel seeking medical information and reiterating that the insurer would pay a reasonable fee for a medical report. He refers to Moore as “Our Insured”.	25 janvier 1999	L’expert en sinistres écrit à l’avocat de M. Ryan pour obtenir des renseignements médicaux et réitérer que l’assureur est disposé à payer des frais raisonnables pour un rapport médical. Il désigne M. Moore comme étant [TRADUCTION] « Notre assuré ».
<i>February 16, 1999</i>	<i>Letters of Administration of the Estate of Rex Moore are granted to Muriel Smith.</i>	<i>16 février 1999</i>	<i>Des lettres d’administration de la succession de Rex Moore sont délivrées à Muriel Smith.</i>
April 5, 1999	Ryan’s counsel forwards to the adjuster an invoice for a medical report of Ryan’s examination by an orthopaedic surgeon.	5 avril 1999	L’avocat de M. Ryan fait parvenir à l’expert en sinistres une facture pour un rapport d’examen médical de M. Ryan par un chirurgien orthopédique.
July 29, 1999	The adjuster forwards to Ryan’s counsel a cheque for payment of the medical report. The cheque is payable to	29 juillet 1999	L’expert en sinistres envoie à l’avocat de M. Ryan un chèque pour payer le rapport médical. Le chèque est à l’ordre du

	Dr. Landells. He refers to Moore as "Our Insured".		D ^r Landells. Il désigne M. Moore comme étant [TRANSDUCTION] « Notre assuré ».
<i>August 16, 1999</i>	<i>Six months have passed since the grant of letters of administration of Moore's estate.</i>	<i>16 août 1999</i>	<i>Six mois se sont écoulés depuis la délivrance des lettres d'administration de la succession de M. Moore.</i>
October 28, 1999	The statement of claim is issued naming Rex Moore as defendant.	28 octobre 1999	Dépôt de la déclaration désignant Rex Moore comme défendeur.
February 10, 2000	Ryan's counsel writes to the adjuster seeking payment for the cost of obtaining the chart from Ryan's family physician. He refers to Moore as "Your Insured".	10 février 2000	L'avocat de M. Ryan écrit à l'expert en sinistres pour lui demander de payer les frais exigés pour le dossier tenu par le médecin de famille de M. Ryan. Il désigne M. Moore comme étant [TRANSDUCTION] « Notre assuré ».
March 2, 2000	Ryan's counsel writes to the adjuster requesting payment for the chart of another physician. He refers to Moore as "Your Insured".	2 mars 2000	L'avocat de M. Ryan écrit à l'expert en sinistres pour lui demander de payer les frais exigés pour le dossier tenu par un autre médecin. Il désigne M. Moore comme étant [TRANSDUCTION] « Notre assuré ».
<i>May 18, 2000</i>	<i>The adjuster learns of Moore's death.</i>	<i>18 mai 2000</i>	<i>L'expert en sinistres apprend le décès de M. Moore.</i>
<i>September 22, 2000</i>	<i>Ryan's counsel learns of Moore's death after attempting to serve the statement of claim.</i>	<i>22 septembre 2000</i>	<i>L'avocat de M. Ryan apprend le décès de M. Moore après avoir tenté de signifier la déclaration.</i>
October 24, 2000	Ryan's counsel suggests to Cabot Insurance's claims examiner, Valerie Moore, in a meeting (to discuss claims unrelated to this case) that there might be a problem with the limitation period.	24 octobre 2000	Lors d'une réunion (tenue pour discuter de demandes non liées à la présente affaire), l'avocat de M. Ryan laisse entendre à Valerie Moore, une rédactrice sinistres de Cabot Insurance, que le délai de prescription pourrait poser un problème.

November 9, 2000 Cabot Insurance refuses to settle Ryan's claim because the action is outside the limitation period.

9 novembre 2000 Cabot Insurance refuse de régler la demande de M. Ryan parce que l'action a été intentée après l'expiration du délai de prescription.

9 Cabot Insurance applied to intervene in the proceedings and sought an order striking out the statement of claim for being out of time. It further claimed that the statement of claim naming a dead person as defendant was a nullity and was not capable of being amended. Ryan also filed an application to amend the statement of claim to describe the defendant as "Rex Moore, Deceased, by his administratrix, Muriel Smith".

Cabot Insurance a présenté une demande d'intervention dans l'instance et a sollicité une ordonnance de radiation de la déclaration pour cause de tardiveté. Elle a, en outre, fait valoir que la déclaration désignant une personne décédée comme défenderesse était nulle et ne pouvait pas être modifiée. M. Ryan a également présenté une demande de modification de la déclaration en vue de désigner le défendeur comme étant [TRADUCTION] « Feu Rex Moore, représenté par son administratrice Muriel Smith ».

B. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 211

B. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 211

10 At the Supreme Court of Newfoundland and Labrador, Orsborn J. denied Cabot Insurance's application to have the action dismissed. First, he held that the discoverability rule did not apply to postpone the running of the *Survival of Actions Act* limitation period, since the fact of death was not an element of the cause of action and was not required to complete the cause of action (paras. 50-51). Second, Orsborn J. held that the confirmation provisions of s. 16 of the *Limitations Act* are not expressly confined to the limitation periods fixed by the *Limitations Act*. He saw no reason in principle why a cause of action continued under the *Survival of Actions Act* could not be confirmed and the limitation period fixed by that Act thus continued. He concluded that Cabot Insurance's payment for the medical report on July 29, 1999 constituted a confirmation of Ryan's cause of action. Since the action was commenced within six months of this payment, the proceeding was still within the short *Survival of Actions Act* limitation period and was not statute barred (paras. 52-63). Third, Orsborn J. concluded that in any event, on the facts of this case, the cause of action against Moore was not a cause of action to which the *Survival of Actions Act* applies. The *Survival of Actions Act* permits a cause of action to survive "for the benefit of or against" an estate

Le juge Orsborn de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador a rejeté la demande de Cabot Insurance visant à obtenir le rejet de l'action. Premièrement, il a conclu que la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s'appliquait pas pour reporter le point de départ du délai de prescription prévu par la *Survival of Actions Act*, étant donné que le décès en tant que tel ne constituait pas un élément de la cause d'action et n'était pas nécessaire pour compléter la cause d'action (par. 50-51). Deuxièmement, le juge Orsborn a estimé que l'application des dispositions de l'art. 16 de la *Limitations Act*, relatives à la confirmation, n'était pas expressément limitée aux délais de prescription fixés par la *Limitations Act*. Il ne voyait pas pourquoi, en principe, une cause d'action ayant subsisté en vertu de la *Survival of Actions Act* ne pouvait pas être confirmée de manière à maintenir le délai de prescription fixé par cette loi. Il a conclu que le paiement du 29 juillet 1999, que Cabot Insurance avait effectué pour le rapport médical, confirmait la cause d'action de M. Ryan. Étant donné que les procédures avaient été engagées dans les six mois suivant ce paiement, l'action respectait encore le court délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* et n'était pas prescrite (par. 52-63). Troisièmement, le juge Orsborn

(s. 2(b)). The *Survival of Actions Act* deals with the potential acquisition or dissipation of estate assets. However, in this case, Ryan's claim poses no risk to the assets of the estate. Instead, the risk lies on the insurer. Moore was a defendant in name only, and the real party to the action was the insurer. Thus, Ryan's cause of action was not extinguished on Moore's death (paras. 66-76). Fourth, Orsborn J. held that if Ryan's cause of action had not been confirmed and if the *Survival of Actions Act* was indeed applicable (which he held it was not), then the action would have been a nullity for being commenced outside the limitation period. However, as this was not the case, the plaintiff was not statute barred.

C. *Court of Appeal of Newfoundland and Labrador* (2003), 224 Nfld. & P.E.I.R. 181, 2003 NLCA 19

(1) Wells C.J. (for the majority)

The majority of the Court of Appeal allowed, in part, both the appeal and cross-appeal. The applications judge's order to permit the intervention of Cabot Insurance and the amendment of the statement of claim was affirmed. Wells C.J. held that the applications judge made no error in considering the existence of insurance in determining whether or not the action posed a financial risk to the estate. He nevertheless held that the applications judge erred in holding that the cause of action against Moore is a cause of action to which the *Survival of Actions Act* did not apply. The court explained that unless the *Survival of Actions Act* applies, the action will be a nullity. The right to institute a tort action after death, or continue an action after death, derives from the statute. Without such a statute, this right does not otherwise exist.

a décidé que, de toute façon, compte tenu des faits de la présente affaire, la cause d'action contre M. Moore n'était pas visée par la *Survival of Actions Act*. Cette loi permet qu'une cause d'action survive [TRADUCTION] « au profit » d'une succession ou « contre » celle-ci (al. 2b)). Elle traite de l'acquisition ou de la dissipation potentielles d'éléments d'actif de la succession. En l'espèce, cependant, la demande de M. Ryan ne présente aucun risque pour les biens de la succession. C'est plutôt l'assureur qui est exposé à un risque. M. Moore n'avait de défendeur que le nom, la véritable partie à l'action étant l'assureur. La cause d'action de M. Ryan ne s'était donc pas éteinte au décès de M. Moore (par. 66-76). Quatrièmement, le juge Orsborn a conclu que, si la cause d'action de M. Ryan n'avait pas été confirmée et que la *Survival of Actions Act* était effectivement applicable (ce qui n'était pas le cas, selon lui), alors l'action aurait été nulle pour cause de tardiveté. Toutefois, comme ce n'était pas le cas, l'action du demandeur n'était pas prescrite.

C. *Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador* (2003), 224 Nfld. & P.E.I.R. 181, 2003 NLCA 19

(1) Le juge en chef Wells (au nom des juges majoritaires)

La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli en partie l'appel principal et l'appel incident. Elle a confirmé l'ordonnance du juge des requêtes autorisant l'intervention de Cabot Insurance et la modification de la déclaration. Le juge en chef Wells a conclu que le juge des requêtes n'avait commis aucune erreur en tenant compte de l'existence d'une assurance pour décider si l'action présentait un risque financier pour la succession. Il a néanmoins décidé que le juge des requêtes avait commis une erreur en concluant que la cause d'action contre M. Moore n'était pas visée par la *Survival of Actions Act*. La cour a expliqué que, à moins que la *Survival of Actions Act* ne s'applique, l'action était nulle. Le droit d'intenter une action délictuelle après le décès, ou de poursuivre une action après le décès, découle de la Loi. En l'absence d'une telle loi, ce droit n'existe pas.

12 The majority agreed with the applications judge that the discoverability rule does *not* apply to postpone the running of the limitation period under the *Survival of Actions Act*. Concluding that the limitation period in the statute runs from an event that occurs without regard to the injured party's knowledge, the majority deemed that allowing the application of the discoverability rule would disrupt the exception to the common law rule, the courts thereby intruding into the legislature's jurisdiction.

13 The majority disagreed with Orsborn J.'s holding that the confirmation provisions of the *Limitations Act* also apply to the limitation period under the *Survival of Actions Act*. Wells C.J. held that s. 16 of the *Limitations Act* provides confirmation of a cause of action and not of the right to commence it. The majority pointed out that the nature of the cause of action, or whether it is confirmed, is not relevant to the date of death or of grant of probate which triggers the limitation period created by the *Survival of Actions Act*. Confirmation did not arise in relation to the limitation period stemming from the *Limitations Act* because the statement of claim was issued within two years of the collision, i.e. within the prescribed delay.

14 Turning to the last issue, the majority held that Moore's estate and Cabot Insurance were barred by the principle of estoppel from relying on the fact of Moore's death and the granting of letters of administration. The particular form of estoppel invoked was estoppel by convention. Wells C.J., having reviewed Canadian and foreign authorities and decisions, concluded that estoppel by convention was established (para. 79). The majority held that detrimental reliance was not required. Consequently, Cabot Insurance and Moore were estopped from pleading that Moore died or that letters of

Les juges majoritaires ont partagé l'opinion du juge des requêtes selon laquelle la règle de la possibilité de découvrir le dommage *ne s'applique pas* pour reporter le point de départ du délai de prescription prévu par la *Survival of Actions Act*. Concluant que le délai de prescription prévu par la Loi court à compter de la date d'un événement qui survient, peu importe que la partie lésée en ait connaissance ou non, les juges majoritaires ont considéré que l'application de la règle de la possibilité de découvrir le dommage aurait pour effet d'écartier l'exception à cette règle de common law, les tribunaux se trouvant alors à empiéter sur la compétence du législateur.

Les juges majoritaires ont exprimé leur désaccord avec la conclusion du juge Orsborn selon laquelle les dispositions de la *Limitations Act* relatives à la confirmation s'appliquent également au délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act*. Le juge en chef Wells a statué que l'art. 16 de la *Limitations Act* prévoit la confirmation d'une cause d'action et non du droit d'intenter une action. Les juges majoritaires ont souligné que la nature de la cause d'action ou la question de savoir si la cause d'action est confirmée n'est pas pertinente en ce qui concerne la date de décès ou la délivrance de lettres d'homologation qui marque le point de départ du délai de prescription établi par la *Survival of Actions Act*. La question de la confirmation ne se posait pas en ce qui concernait le délai de prescription résultant de la *Limitations Act* étant donné que la déclaration avait été déposée dans les deux ans suivant la collision, c'est-à-dire dans le délai prévu.

Quant au dernier point, les juges majoritaires ont conclu que la règle de la préclusion empêchait la succession de M. Moore et Cabot Insurance d'invoquer le décès en tant que tel de M. Moore et la délivrance de lettres d'administration. La forme de préclusion invoquée était la préclusion par convention. Après avoir passé en revue la doctrine et la jurisprudence canadiennes et étrangères, le juge en chef Wells a décidé que la préclusion par convention était établie (par. 79). Les juges majoritaires considéraient qu'aucun acte de confiance préjudiciable n'était nécessaire. Cabot Insurance et M. Moore

administration were granted prior to May 2000 in order to invoke the shorter *Survival of Actions Act* limitation period. As a result, nullity could not be established and the statement of claim was amended to name the administratrix of Moore as defendant in the action.

(2) Cameron J.A. (dissenting)

In dissenting reasons, concurred in by Welsh J.A., Cameron J.A. disagreed with the estoppel analysis and held that it did not apply to the case at bar. After analysing case law and doctrine, she concluded that mutual misunderstanding (both parties assuming that Moore was alive) did not amount to a common assumption. The dissenting judges did not find that the letters sent by Cabot Insurance to Ryan's counsel referring to "Our Insured: Rex Moore" formed the basis on which the parties governed their conduct. The failure to commence the action within the *Survival of Actions Act's* limitation period was *not* due to any arrangement between the parties, and consequently, there was no reliance on any convention. Therefore, this principle did not apply. Ryan's action was therefore time barred. The dissenting judges would have allowed the appeal.

II. Analysis

A. *Discoverability*

(1) Statutory Limitation Periods

The situation here is governed by two limitation periods: s. 5 of the *Limitations Act* (see Appendix) and s. 5 of the *Survival of Actions Act*. The limitation period in s. 5 of the *Limitations Act* applies initially. Section 5 of the *Survival of Actions Act* superimposes itself on s. 5 at a later point in time, but does not eliminate it. This follows from the fact that the *Survival of Actions Act* does not create a new cause of action, as will be explained later.

étaient donc préclus d'invoquer le délai de prescription plus court fixé par la *Survival of Actions Act* en faisant valoir que M. Moore était décédé ou que des lettres d'administration avaient été délivrées avant le mois de mai 2000. Par conséquent, la nullité ne pouvait pas être établie et la déclaration a été modifiée de manière à désigner l'administratrice de M. Moore comme partie défenderesse dans l'action.

(2) La juge Cameron (dissidente)

Dans ses motifs dissidents, auxquels le juge Welsh a souscrit, la juge Cameron s'est dite en désaccord avec l'analyse de la préclusion et a décidé que cette règle ne s'appliquait pas en l'espèce. Après avoir analysé la jurisprudence et la doctrine, elle a conclu qu'une méprise de part et d'autre (les deux parties ayant cru que M. Moore était vivant) ne constituait pas une présupposition commune. Les juges dissidents n'ont pas considéré que les lettres portant la mention [TRADUCTION] « Notre assuré : Rex Moore » que Cabot Insurance avait envoyées à l'avocat de M. Ryan avaient déterminé la conduite des parties. L'omission d'intenter l'action avant l'expiration du délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* n'était *pas* le fruit d'un arrangement entre les parties, si bien que l'on ne s'était fondé sur aucune convention. Par conséquent, cette règle ne s'appliquait pas. L'action de M. Ryan était donc prescrite. Les juges dissidents auraient accueilli l'appel.

II. Analyse

A. *La possibilité de découvrir le dommage*

(1) Les délais de prescription légaux

Deux délais de prescription s'appliquent en l'espèce : celui prévu par l'art. 5 de la *Limitations Act* (voir l'annexe) et celui prévu par l'art. 5 de la *Survival of Actions Act*. Le délai de prescription établi par l'art. 5 de la *Limitations Act* s'applique au départ. Il se superpose, par la suite, au délai fixé par l'art. 5 de la *Limitations Act*, sans toutefois l'éliminer. Cela découle du fait que la *Survival of Actions Act* ne crée pas une nouvelle cause d'action, comme je l'expliquerai plus loin.

17 Pursuant to s. 5 of the *Limitations Act*, a person can bring an action for damages in respect of injury based on contract or tort within two years of the date on which the right to do so arose. Ryan, by issuing a statement of claim on October 28, 1999, naming Rex Moore as the defendant, therefore, met the prescribed limitation period in the *Limitations Act*. Nevertheless, unknown to the parties, Rex Moore had died on December 26, 1998, altering the fact scenario.

18 As stated by the Court of Appeal, it is well known that at common law a personal action in tort is extinguished on the death of the victim or the wrongdoer: *actio personalis moritur cum persona* (see G. Mew, *The Law of Limitations* (2nd ed. 2004), at p. 253). Being unable to sue the estate of a deceased tortfeasor was particularly severe as it left injured survivors of motor vehicle accidents without any means of recovery. This led legislatures to enact statutes to diminish the hardship of the common law rule. The *Fatal Accidents Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-6, and the *Survival of Actions Act* were such statutes. Under the *Fatal Accidents Act*, the estate of a person who died as a result of the accident, or the survivors of that person, are accorded the right to maintain an action for death by wrongful act. Also, pursuant to s. 2 of the *Survival of Actions Act* (see Appendix), an action vested in or existing against a person who has died can be maintained by or against the deceased person's estate. However, s. 5 of the *Survival of Actions Act* prohibits an action brought six months after letters of probate or administration of the estate of the deceased have been granted, and after the expiration of one year from the date of death. Hence, the provision is meant to keep the action "alive" for a specific period of time. The *Survival of Actions Act* imposes an additional limitation period. As eloquently affirmed by Orsborn J., the *Survival of Actions Act* does not create a cause of action. It grafts its provision onto an existing cause of action, one which is complete in all of its elements before the operation of the *Survival of Actions Act* (para. 45).

Aux termes de l'art. 5 de la *Limitations Act*, une action en dommages-intérêts pour préjudice, fondée sur une inexécution de contrat ou sur un délit, peut être intentée dans les deux ans suivant la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter. En déposant, le 28 octobre 1999, une déclaration désignant Rex Moore comme défendeur, M. Ryan a donc respecté le délai de prescription fixé par la *Limitations Act*. Cependant, Rex Moore était décédé le 26 décembre 1998, à l'insu des parties, ce qui modifiait le scénario.

Comme l'a affirmé la Cour d'appel, il est bien connu qu'en common law une action délictuelle personnelle s'éteint au décès de la victime ou de l'auteur de la faute : *actio personalis moritur cum persona* (voir G. Mew, *The Law of Limitations* (2^e éd. 2004), p. 253). L'incapacité de poursuivre la succession de l'auteur d'un délit civil décédé était particulièrement lourde de conséquences du fait qu'elle privait de toute possibilité d'indemnisation les survivants blessés d'un accident d'automobile. Cela a amené des législatures à adopter des lois destinées à adoucir la règle de common law. La *Fatal Accidents Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F-6, et la *Survival of Actions Act* comptent parmi ces lois. Aux termes de la *Fatal Accidents Act*, la succession d'une personne décédée à la suite d'un accident ou les personnes qui lui survivent ont le droit d'intenter une action pour décès causé par une faute. De plus, aux termes de l'art. 2 de la *Survival of Actions Act* (voir l'annexe), une action appartenant à une personne décédée ou existant contre elle peut être intentée par ou contre sa succession. Toutefois, l'art. 5 de la *Survival of Actions Act* prévoit qu'aucune action ne peut être intentée après les six mois qui suivent la délivrance de lettres d'homologation ou d'administration de la succession de la personne décédée et après l'expiration d'un délai d'un an suivant la date du décès. Cette disposition vise donc à assurer la « survie » de l'action pendant une période déterminée. La *Survival of Actions Act* fixe un autre délai de prescription. Comme le juge Orsborn l'a si bien dit, la *Survival of Actions Act* ne crée pas une cause d'action. Elle greffe sa disposition sur une cause d'action existante dont tous les éléments sont présents avant que la *Survival of Actions Act* soit appliquée (par. 45).

In the case at bar, the *Survival of Actions Act* has the effect of shortening the time period within which the action could be taken because “an action founded in tort may only be taken by or against the estate of a deceased person if it is commenced within that period of time that is common to both limitations periods”: *per* Wells C.J., at para. 37.

Ryan argues that the *Survival of Actions Act* contemplates that a cause of action can arise under the *Survival of Actions Act*. I fail to see how the expression “[c]auses of action under this Act” or “an action . . . under this Act” found in ss. 8(1) and 5 respectively can be seen to indicate the *creation* of a new cause of action. The *Survival of Actions Act* expressly contemplates the *survival* of causes of action *existing* against a person who has died (s. 2). I take that to mean that the cause of action existed prior to the application of the *Survival of Actions Act*. The survival of a cause of action for a time and its creation are two different things.

(2) Discoverability: The Judge-Made Rule

The debate concerning the use of the discoverability principle in tort actions has been settled by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, *Central Trust* and *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6.

The discoverability principle provides that “a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence”: *Central Trust*, at p. 224. In some provinces, the discoverability rule has been codified by statute; in others, it has been deemed redundant because of other remedial provisions.

While discoverability has been qualified in the past as a “general rule” (*Central Trust*, at p. 224; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, at

En l’espèce, la *Survival of Actions Act* a pour effet de raccourcir le délai dans lequel l’action pourrait être intentée parce qu’[TRADUCTION] « une action délictuelle ne peut être intentée par ou contre la succession d’une personne décédée que pendant la période de chevauchement des deux délais de prescription » : le juge en chef Wells, par. 37.

Selon M. Ryan, la *Survival of Actions Act* prévoit qu’une cause d’action peut prendre naissance en vertu de ses dispositions. Je ne vois pas comment les expressions [TRADUCTION] « causes d’action en vertu de la présente loi » ou « action [. . .] intentée en vertu de la présente loi », contenues respectivement au par. 8(1) et à l’art. 5, peuvent être considérées comme indiquant la *création* d’une nouvelle cause d’action. La *Survival of Actions Act* prévoit expressément la *survie* des causes d’action *existant* contre une personne décédée (art. 2). À mon avis, cela signifie que la cause d’action existait avant que la *Survival of Actions Act* soit appliquée. La création d’une cause d’action et sa survie pendant un certain temps sont deux choses différentes.

(2) La possibilité de découvrir le dommage : la règle prétorienne

Dans les arrêts *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, *Central Trust* et *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, notre Cour a tranché le débat concernant l’application de la règle de la possibilité de découvrir le dommage dans les actions délictuelles.

Selon la règle de la possibilité de découvrir le dommage, « une cause d’action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d’action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l’être s’il avait fait preuve de diligence raisonnable » : *Central Trust*, p. 224. Dans certaines provinces, la règle de la possibilité de découvrir le dommage a été codifiée; dans d’autres provinces, elle a été jugée redondante à cause de l’existence d’autres dispositions réparatrices.

Bien qu’elle ait été qualifiée, par le passé, de « règle générale » (*Central Trust*, p. 224; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, par. 36), la règle

19

20

21

22

23

para. 36), it must not be applied systematically without a thorough balancing of competing interests (*Peixeiro*, at para. 34). The rule is an interpretative tool for construing limitation statutes. I agree with the Manitoba Court of Appeal when it writes:

In my opinion, the judge-made discoverability rule is nothing more than a rule of construction. Whenever a statute requires an action to be commenced within a specified time from the happening of a specific event, the statutory language must be construed. When time runs from “the accrual of the cause of action” or from some other event which can be construed as occurring only when the injured party has knowledge of the injury sustained, the judge-made discoverability rule applies. But, when time runs from an event which clearly occurs without regard to the injured party’s knowledge, the judge-made discoverability rule may not extend the period the legislature has prescribed. [Emphasis added.]

(*Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200, at p. 206)

See also *Peixeiro*, at para. 37; *Snow v. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182 (Nfld. C.A.).

24

Thus, the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador is correct in stating that the rule is “generally” applicable where the commencement of the limitation period is related by the legislation to the arising or accrual of the cause of action. The law does not permit resort to the judge-made discoverability rule when the limitation period is explicitly linked by the governing legislation to a fixed event unrelated to the injured party’s knowledge or the basis of the cause of action (see *Mew*, at p. 55).

(3) Discoverability Principle Does Not Apply to the *Survival of Actions Act*

25

Ryan submits that the discoverability rule applies to the limitation period contained in s. 5 of the *Survival of Actions Act*. He argues that the

de la possibilité de découvrir le dommage ne doit pas être appliquée systématiquement sans une évaluation complète des intérêts opposés (*Peixeiro*, par. 34). Cette règle est un outil d’interprétation des lois qui établissent des délais de prescription. Je partage l’opinion de la Cour d’appel du Manitoba lorsqu’elle écrit :

[TRADUCTION] À mon avis, la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage n’est rien de plus qu’une règle d’interprétation. Dans tous les cas où une loi indique que l’action en justice doit être intentée dans un certain délai après un événement donné, il faut interpréter les termes de cette loi. Lorsque ce délai court à partir du « moment où naît la cause d’action » ou de tout autre événement qui peut être interprété comme ne survenant qu’au moment où la victime prend connaissance du dommage, c’est la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage qui s’applique. Toutefois, si le délai court à compter de la date d’un événement qui survient clairement, et sans égard à la connaissance qu’en a la victime, cette règle ne peut prolonger le délai fixé par le législateur. [Je souligne.]

(*Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200, p. 206)

Voir également les arrêts *Peixeiro*, par. 37, et *Snow c. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182 (C.A.T.-N.).

Par conséquent, la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a raison de dire que la règle s’applique [TRADUCTION] « généralement » lorsque la loi lie le point de départ du délai de prescription à la naissance de la cause d’action. Il n’est pas permis, en droit, de recourir à la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage dans les cas où la loi applicable lie expressément le délai de prescription à un événement déterminé qui n’a rien à voir avec le moment où la partie lésée en prend connaissance ou avec le fondement de la cause d’action (voir *Mew*, p. 55).

(3) La règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s’applique pas à la *Survival of Actions Act*

M. Ryan fait valoir que la règle de la possibilité de découvrir le dommage s’applique au délai de prescription prévu à l’art. 5 de la *Survival of Actions*

limitation period should not begin to run until he knew, or ought reasonably to have known, the material facts which determine (i) his cause of action under the *Survival of Actions Act* and (ii) the limitation period. In sum, Ryan claims that the death of Moore is integral to the cause of action and that the limitation period should not start to run until he knew that he had a cause of action against the estate of Rex Moore. The appellants submit that the discoverability rule does not apply to the *Survival of Actions Act* as it would transcend the logic of statutory interpretation and the scheme enacted by the legislature. In addition, they say that the rule does not apply where time runs from a fixed event.

Like the Court of Appeal, I am of the view that the appellants' position is correct. For ease of reference, I reproduce s. 5 of the *Survival of Actions Act*:

5. An action shall not be brought under this Act unless proceedings are started within 6 months after letters of probate or administration of the estate of the deceased have been granted and proceedings shall not be started in an action under this Act after the expiration of 1 year after the date of death of the deceased.

Pursuant to the *Survival of Actions Act*, the limitation period is triggered by the death of the defendant or the granting by a court of the letters of administration or probate. The section is clear and explicit: time begins to run from one of these two specific events. The Act does not establish a relationship between these events and the injured party's knowledge. I agree with the appellants that knowledge is not a factor: the death or granting of the letters occurs regardless of the state of mind of the plaintiff. We face here a situation in respect of which, as recognized by this Court in *Peixeiro*, the judge-made discoverability rule does not apply to extend the period the legislature has prescribed. Thus, I

Act. Il prétend que ce délai de prescription ne devrait commencer à courir qu'à partir du moment où il a pris connaissance, ou aurait raisonnablement dû prendre connaissance, des faits substantiels déterminants en ce qui concerne (i) sa cause d'action en vertu de la *Survival of Actions Act* et (ii) le délai de prescription. Somme toute, M. Ryan affirme que le décès de M. Moore fait partie intégrante de la cause d'action et que le délai de prescription ne devait commencer à courir qu'à partir du moment où il a découvert qu'il avait une cause d'action contre la succession de Rex Moore. Les appelants soutiennent que la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s'applique pas à la *Survival of Actions Act* étant donné qu'elle transcenderait la logique de l'interprétation des lois et du régime établi par le législateur. Ils ajoutent que la règle ne s'applique pas lorsque le délai a pour point de départ un fait déterminé.

À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que la position des appelants est correcte. Pour en faciliter la consultation, je reproduis l'art. 5 de la *Survival of Actions Act* :

[TRADUCTION]

5. Aucune action ne peut être intentée en vertu de la présente loi à moins que les procédures ne soient engagées dans les six mois suivant la délivrance de lettres d'homologation ou d'administration de la succession de la personne décédée, et, pour les besoins d'une action fondée sur la présente loi, les procédures ne doivent pas être engagées après l'expiration d'un an suivant la date du décès de la personne en question.

Aux termes de la *Survival of Actions Act*, le délai de prescription court à compter du décès du défendeur ou de la délivrance, par un tribunal, de lettres d'administration ou d'homologation. L'article est clair et explicite : le délai commence à courir au moment où survient l'un de ces deux faits particuliers. La Loi n'établit aucun lien entre ces faits et le moment où la partie lésée en prend connaissance. Je conviens avec les appelants que la connaissance n'est pas un facteur à considérer : le décès ou la délivrance des lettres survient indépendamment de l'état d'esprit du demandeur. En l'espèce, nous nous trouvons devant une situation où, comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Peixeiro*, la règle prétorienne de

26

27

agree with the Court of Appeal that by using a specific event as the starting point of the “limitation clock”, the legislature was displacing the discoverability rule in all the situations to which the *Survival of Actions Act* applies.

28 A number of the appellate courts have dealt with the question of discoverability in the context of actions by or against estates of deceased persons. The appellants rely extensively on *Payne v. Brady* (1996), 140 D.L.R. (4th) 88 (Nfld. C.A.), leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xiii. While the facts of that case are very similar to the present, it is not clear whether the Court of Appeal of Newfoundland decided that the rule of discoverability did not apply because death is always a possibility or because the appellant Payne had ample time after she became aware of the death of Brady to commence her action. What is clear is the point advanced by O’Neill J.A.: the death of a prospective defendant and the possibility of a shortened period to commence an action is a reality that claimants and their counsel have to guard against: *Payne*, at p. 94.

29 The Nova Scotia Court of Appeal decision in *Burt v. LeLacheur* (2000), 189 D.L.R. (4th) 193, is invoked by the respondent. However, the reasoning of that case cannot be applied in the case at bar. In *Burt*, the Court of Appeal held that the discoverability rule applied to s. 10 of the *Fatal Injuries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 163. The Nova Scotia Court of Appeal stated its position in the following manner (at p. 208):

If the discoverability rule applies to a limitation period running from “when the damages were sustained” (*Peixeiro*) and from “the final determination of the action against the insured” (*Grenier*), I think it is not unreasonable to apply it to the period one year after the death so as to start time running only when the claimant knows or ought to know that the death might be a wrongful one. This, having in mind the statutory scheme of the *Fatal*

la possibilité de découvrir le dommage ne s’applique pas pour prolonger le délai fixé par le législateur. Je suis donc d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’en désignant un fait particulier comme élément déclencheur du « compte à rebours de la prescription », le législateur se trouvait à écarter la règle de la possibilité de découvrir le dommage dans tous les cas où la *Survival of Actions Act* s’applique.

Un certain nombre de cours d’appel ont examiné la question de la possibilité de découvrir le dommage dans le contexte d’actions intentées par ou contre les successions de personnes décédées. Les appelants invoquent abondamment l’arrêt *Payne c. Brady* (1996), 140 D.L.R. (4th) 88 (C.A.T.-N.), autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xiii. Bien que les faits de cet arrêt ressemblent énormément à ceux de la présente affaire, on ne sait pas clairement si la Cour d’appel de Terre-Neuve y a décidé que la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s’appliquait pas parce que le décès est toujours une possibilité ou parce que l’appelante Payne avait eu amplement le temps d’intenter son action après avoir appris le décès de M. Brady. Ce qui est clair, c’est la remarque du juge O’Neill : le décès d’un éventuel défendeur et la possibilité d’un délai de prescription plus court sont des réalités contre lesquelles les demandeurs et leurs avocats doivent se prémunir (*Payne*, p. 94).

L’intimé invoque l’arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse *Burt c. LeLacheur* (2000), 189 D.L.R. (4th) 193. Toutefois, le raisonnement adopté dans cette affaire ne peut pas s’appliquer en l’espèce. Dans l’arrêt *Burt*, la Cour d’appel a conclu que la règle de la possibilité de découvrir le dommage s’appliquait à l’art. 10 de la *Fatal Injuries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 163. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a exposé son point de vue en ces termes (p. 208) :

[TRADUCTION] Si la règle de la possibilité de découvrir le dommage s’applique à un délai de prescription qui court à compter de la date « où les dommages ont été subis » (*Peixeiro*) et du « règlement final de l’action intentée contre l’assuré » (*Grenier*), je ne pense pas qu’il soit déraisonnable de l’appliquer à ce délai un an après le décès de sorte qu’il ne commence à courir qu’au moment où le demandeur prend connaissance ou aurait

Injuries Act, is no greater a stretch of the language than was made by the courts in *Peixeiro*, *Grenier* and other cases, all for the purpose of preventing a potential injustice.

We must avoid the accusation of usurping the role of the Legislature, but in my opinion to apply the discoverability rule here is consistent with what has already been done before. On the true consideration of s. 10 of the *Fatal Injuries Act*, time does not run simply from a fixed event, but from constituent elements of the cause of action created by the statute. [Emphasis added.]

In *Burt*, the death of a person for which an action can be brought under the *Fatal Injuries Act* does not merely refer to the time of death as provided in the *Survival of Actions Act*, but to a “wrongful” death. It is not an event totally unrelated to the accrual of the cause of action. Hence, the death of the person there is in fact a “constituent elemen[t] of the cause of action”, contrary to the present case.

In my view, the case that best assists this Court in the present matter is the one giving rise to the Ontario Court of Appeal’s decision in *Waschkowski v. Hopkinson Estate* (2000), 47 O.R. (3d) 370. The court had to determine the possible application of the discoverability rule to s. 38(3) of the *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23, the statutory provision in Ontario permitting an action in tort by or against the estate of a deceased person and limiting the period during which such actions may be commenced. Abella J.A., as she then was, concluded, at para. 16, that the discoverability rule did not apply to the section since the state of actual or attributed knowledge of an injured person in a tort claim is not germane when a death has occurred. She explained at paras. 8-9:

In s. 38(3) of the *Trustee Act*, the limitation period runs from a death. Unlike cases where the wording of the limitation period permits the time to run, for example,

dû prendre connaissance du fait qu’il se pourrait que le décès ait été causé par la faute d’autrui. Compte tenu de l’économie de la *Fatal Injuries Act*, ce n’est pas aller plus loin que les tribunaux l’ont fait dans les arrêts *Peixeiro*, *Grenier* et autres, toujours dans le but d’écarter un risque d’injustice.

Bien qu’il nous faille éviter d’être accusés d’usurper le rôle du législateur, j’estime qu’appliquer la règle de la possibilité de découvrir le dommage en l’espèce est compatible avec ce qui a déjà été fait. Un examen attentif de l’art. 10 de la *Fatal Injuries Act* révèle que le délai commence à courir non pas simplement à compter du moment où survient un fait déterminé, mais dès que sont établis les éléments constitutifs de la cause d’action créée par la loi. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Burt*, la mention du décès d’une personne qui peut faire l’objet d’une action fondée sur la *Fatal Injuries Act* renvoie non pas simplement au moment du décès, comme c’est le cas dans la *Survival of Actions Act*, mais à un décès « causé par la faute d’autrui ». Il ne s’agit pas d’un fait dépourvu de tout lien avec la naissance de la cause d’action. Par conséquent, le décès de la personne dans cette affaire est, en fait, un « élém[en]t constituti[f] de la cause d’action », contrairement à ce qui se passe en l’espèce.

À mon avis, l’affaire la plus utile à notre Cour en l’espèce est celle qui est à l’origine de l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *Waschkowski c. Hopkinson Estate* (2000), 47 O.R. (3d) 370. La cour devait décider si la règle de la possibilité de découvrir le dommage pouvait être appliquée au par. 38(3) de la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23, la disposition législative ontarienne qui prévoit qu’une action délictuelle peut être intentée par ou contre la succession d’une personne décédée et qui limite le délai dans lequel ces actions peuvent être intentées. La juge Abella (maintenant juge de notre Cour) a conclu, au par. 16, que la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s’appliquait pas à cette disposition puisque, dans une action délictuelle, l’état des connaissances d’une personne lésée ou celui qu’on lui attribue n’a aucune pertinence en cas de décès. Elle a expliqué ceci, aux par. 8-9 :

[TRADUCTION] Aux termes du par. 38(3) de la *Loi sur les fiduciaires*, le délai de prescription court à compter d’un décès. Contrairement aux affaires dans lesquelles

30

31

from “when the damage was sustained” (*Peixeiro*) or when the cause of action arose (*Kamloops*), there is no temporal elasticity possible when the pivotal event is the date of a death. Regardless of when the injuries occurred or matured into an actionable wrong, s. 38(3) of the *Trustee Act* prevents their transformation into a legal claim unless that claim is brought within two years of the death of the wrongdoer or the person wronged.

The underlying policy considerations of this clear time limit are not difficult to understand. The draconian legal impact of the common law was that death terminated any possible redress for negligent conduct. On the other hand, there was a benefit to disposing of estate matters with finality. The legislative compromise in s. 38 of the *Trustee Act* was to open a two-year window, making access to a remedy available for a limited time without creating indefinite fiscal vulnerability for an estate. [Emphasis added.]

See also *Canadian Red Cross Society (Re)*, [2003] O.J. No. 5669 (QL) (C.A.), and *Edwards v. Law Society of Upper Canada (No. 1)* (2000), 48 O.R. (3d) 321 (C.A.).

32

Ryan’s cause of action arose prior to Moore’s death and Ryan was well aware of his cause of action both before Moore’s death and before the expiration of the *Survival of Actions Act* limitation period. In fact, the day following the accident, Ryan retained a solicitor to pursue a claim for damages against Moore for injuries alleged to have resulted from the accident. At that point, Ryan could have sued Moore as all the elements of his cause of action were known. He did not need to have knowledge of the death in question to prove his claim or issue and serve the statement of claim. Moore’s subsequent death had no impact whatsoever on the accrual of Ryan’s cause of action. Consequently, I agree with the conclusion of the applications judge, at para. 50:

The fact of death is of no relevance to the cause of action in question. It is not an element of the cause of action and is not required to complete the cause of action. Whatever the nature of the cause of action, it is existing

le délai de prescription peut, en raison de sa formulation, avoir pour point de départ, par exemple, la date « où les dommages ont été subis » (*Peixeiro*) ou le moment où la cause d’action a pris naissance (*Kamloops*), aucune élasticité temporelle n’est possible lorsque la date de décès est l’élément décisif. Peu importe le moment où le préjudice a été causé ou est devenu une faute ouvrant droit à une action, le par. 38(3) de la *Loi sur les fiduciaires* empêche qu’il donne lieu à une action en justice, à moins que cette action ne soit intentée dans les deux ans suivant le décès de l’auteur de la faute ou de la personne lésée.

Les considérations de politique générale qui sous-tendent ce délai précis ne sont pas difficiles à comprendre. L’effet juridique draconien de la common law était que le décès écartait toute possibilité de réparation pour une conduite négligente. Par contre, il était avantageux de régler les questions de succession de manière définitive. Le compromis législatif à l’art. 38 de la *Loi sur les fiduciaires* consistait à ouvrir une brèche de deux ans afin de donner accès à une réparation pendant un temps limité, sans placer indéfiniment une succession dans une situation de vulnérabilité financière. [Je souligne.]

Voir aussi *Canadian Red Cross Society (Re)*, [2003] O.J. No. 5669 (QL) (C.A.), et *Edwards c. Law Society of Upper Canada (No. 1)* (2000), 48 O.R. (3d) 321 (C.A.).

La cause d’action de M. Ryan a pris naissance avant le décès de M. Moore, et M. Ryan était bien au fait de sa cause d’action tant avant le décès de M. Moore qu’avant l’expiration du délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act*. En réalité, M. Ryan a, le lendemain de l’accident, retenu les services d’un avocat en vue d’intenter une action en dommages-intérêts contre M. Moore pour des blessures qui auraient été causées par l’accident. M. Ryan aurait alors pu poursuivre M. Moore étant donné que tous les éléments de sa cause d’action étaient connus. Il n’avait pas besoin d’être au courant du décès en question pour établir le bien-fondé de sa demande ou pour déposer et signifier sa déclaration. Le décès subséquent de M. Moore n’avait absolument aucune incidence sur la naissance de la cause d’action de M. Ryan. En conséquence, je suis d’accord avec la conclusion du juge des requêtes, au par. 50 :

[TRADUCTION] Le décès en tant que tel n’a aucune pertinence en ce qui concerne la cause d’action en question. Il ne constitue pas un élément de la cause d’action et n’est pas nécessaire pour compléter la cause d’action.

and complete before the *Survival of Actions Act* operates, in the case of a death, to maintain it and provide a limited time window within which it must be pursued. The fact of the death is irrelevant to the cause of action and serves only to provide a time from which the time within which to bring the action is to be calculated.

A further reason for the non-application of the discoverability rule is the evident impact such a rule would have on the distribution of assets to the beneficiaries. Without a time limit, an executor or an administrator would not feel free to distribute the assets of an estate until all reasonable possibilities of claim had been addressed. This would be cumbersome and unrealistic. "An estate should not be held to ransom interminably by the advancement of claims which are not proceeded with in a timely manner": *MacKenzie Estate v. MacKenzie* (1992), 84 Man. R. (2d) 149 (Q.B.), at para. 18, cited in *Justice v. Cairnie Estate* (1993), 105 D.L.R. (4th) 501 (Man. C.A.), at p. 510.

The *Survival of Actions Act* is itself a legislative exception to a common law rule. Thus, it would displace the intention of the legislature to "stretch" the limitation period. Borrowing the words of Marshall J.A. in *Snow*, at para. 43, to apply the rule of construction of reasonable discoverability to such a provision would be tantamount to mounting a fiction transcending the limits of logical statutory interpretation. Hence, it would constitute an impermissible incursion into the legislative process.

(4) Special Circumstances

Ryan submits, as an alternative, that if the discoverability rule does not apply, the limitation period should be extended because of the "special circumstances" principle. He claims that, pursuant to this principle, fairness and justice require that an innocent plaintiff should not be deprived of compensation through no fault of his own. This argument was not invoked in front of the applications judge or the Court of Appeal, and is not supported by any evidence; under these circumstances, it is, in my view, without merit.

Quelle que soit la nature de la cause d'action, elle existe et est complète avant que la *Survival of Actions Act* s'applique, en cas de décès, pour la maintenir et fixer un délai limité dans lequel l'action devra être intentée. Le décès en tant que tel n'est pas pertinent en ce qui concerne la cause d'action et sert seulement de point de départ pour calculer le délai dans lequel l'action devra être intentée.

Une autre raison de ne pas appliquer la règle de la possibilité de découvrir le dommage est l'incidence évidente que cette règle aurait sur la distribution de l'actif aux bénéficiaires. En l'absence d'un délai, un exécuteur ou un administrateur hésiterait à distribuer l'actif d'une succession avant d'avoir examiné toutes les possibilités raisonnables de réclamation, ce qui serait peu pratique et irréaliste. [TRADUCTION] « Une succession ne devrait pas être gardée indéfiniment en otage par des réclamations non traitées promptement » : *MacKenzie Estate c. MacKenzie* (1992), 84 Man. R. (2d) 149 (B.R.), par. 18, cité dans l'arrêt *Justice c. Cairnie Estate* (1993), 105 D.L.R. (4th) 501 (C.A. Man.), p. 510.

La *Survival of Actions Act* constitue en soi une exception législative à la règle de common law. « Prolonger » le délai de prescription aurait pour effet d'écarter l'intention du législateur. Comme l'a dit le juge Marshall dans l'arrêt *Snow*, au par. 43, appliquer à une telle disposition la règle d'interprétation de la possibilité raisonnable de découvrir le dommage reviendrait à créer une fiction qui transcenderait les limites de l'interprétation logique des lois. Du même coup, il s'agirait d'une incursion inacceptable dans le processus législatif.

(4) Circonstances spéciales

Subsidiairement, M. Ryan fait valoir que, si la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s'applique pas, le délai de prescription doit être prolongé en raison du principe des « circonstances spéciales ». Il soutient que selon ce principe, l'équité et la justice commandent qu'un demandeur innocent ne soit pas privé d'indemnisation s'il n'a lui-même commis aucune faute. Cet argument n'a été avancé ni devant le juge des requêtes ni devant la Cour d'appel, et ne repose sur aucun élément de preuve; dans ces circonstances, je le considère non fondé.

33

34

35

B. Confirmation

36 Ryan claims that the confirmation of the cause of action pursued under s. 16 of the *Limitations Act* applies to extend the limitation period contained in s. 5 of the *Survival of Actions Act*. He argues that the correspondence exchanged between Cabot Insurance's adjuster and his previous counsel, the payment made by Cabot Insurance for his property damage claim, as well as a payment of \$500 to his previous counsel for a medical report, prove acknowledgment (as contemplated by the *Limitations Act*) and therefore confirmation.

37 The appellants submit that s. 16 of the *Limitations Act* does not apply to the *Survival of Actions Act*. They claim that any confirmation of the cause of action would have no effect on the *Survival of Actions Act* limitation period because the *Survival of Actions Act* does not create a cause of action but simply confers a right to pursue a claim notwithstanding the fact that one of the parties has died. Finally, they argue that there was no confirmation of the cause of action in this case as there was no admission of liability through the letters nor the payments made.

38 I agree with the appellants' position as accepted by the Court of Appeal.

39 The relevant portions of s. 16 of the *Limitations Act* provide:

16. (1) A confirmation of a cause of action occurs where a person

- (a) acknowledges that cause of action, right or title of another person; or
- (b) makes a payment in respect of that cause of action, right or title of another.

(2) Where a person against whom an action lies confirms that cause of action, the time before the date of that confirmation shall not count when determining the limitation period for a person having the benefit of the confirmation against the person bound by that confirmation.

B. Confirmation

M. Ryan prétend que la confirmation de la cause d'action prévue à l'art. 16 de la *Limitations Act* s'applique pour prolonger le délai de prescription fixé à l'art. 5 de la *Survival of Actions Act*. Il fait valoir que l'échange de correspondance entre l'expert en sinistres de Cabot Insurance et son ancien avocat, le paiement effectué par Cabot Insurance relativement à sa demande d'indemnité pour préjudice matériel et le versement de 500 \$ à son ancien avocat pour un rapport médical prouvent qu'il y a eu reconnaissance (comme le prévoit la *Limitations Act*) et donc confirmation.

Les appelants soutiennent que l'art. 16 de la *Limitations Act* ne s'applique pas à la *Survival of Actions Act*. Selon eux, une confirmation de la cause d'action n'aurait aucun effet sur le délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* parce que cette loi ne crée pas une cause d'action, mais ne fait que conférer un droit d'intenter une action malgré le décès de l'une des parties. Enfin, ils affirment que la cause d'action n'a pas été confirmée en l'espèce étant donné que ni les lettres ni les paiements effectués ne traduisent une reconnaissance de responsabilité.

Je partage le point de vue des appelants, qui a été retenu par la Cour d'appel.

Voici les parties pertinentes de l'art. 16 de la *Limitations Act* :

[TRADUCTION]

16. (1) Une cause d'action est confirmée si, selon le cas, une personne :

- a) reconnaît cette cause d'action, ce droit ou ce titre appartenant à autrui;
- b) effectue un paiement à l'égard de cette cause d'action, de ce droit ou de ce titre appartenant à autrui.

(2) En cas de confirmation, la période antérieure à la date de la confirmation est exclue du calcul de la prescription de l'action de la personne qui bénéficie de cette confirmation par rapport à celle qui est liée par celle-ci.

(3) Subsection (2) applies only to a right of action where the confirmation is given before the expiration of the limitation period for that right of action.

(5) In order to be effective a confirmation must be in writing and signed by

- (a) the person against whom that cause of action lies; or
- (b) his or her agent

and given to the person or agent of the person having the benefit of that cause of action.

When a person acknowledges the cause of action of another person or makes a payment in respect of that cause of action, a confirmation of that cause of action occurs. Consequently, the time accrued before the date of that confirmation shall not be considered when determining the limitation period (s. 16(2)). Confirmation must, of course, be made prior to the expiration of the limitation period (s. 16(3)).

Section 16 can only apply to a limitation period which limits the time during which an action may be taken. Since the limitation period which arises under the *Survival of Actions Act* supersedes the first limitation period of the *Limitations Act*, and does not create or revive an action, but merely permits it to continue, s. 16 cannot apply to it as found by the Court of Appeal (para. 67).

Even if this were not the case, the facts here do not support a finding of confirmation on the part of the appellants. I will address this issue briefly as a matter of principle.

In order to establish confirmation, one of two events must be proven: (1) that the party acknowledged the cause of action; or (2) that there was a payment made in respect of the cause of action (see *Mew*, at p. 115).

The term “acknowledges” as used in s. 16(1)(a) of the *Limitations Act* has been described by Lord Denning in *Good v. Parry*, [1963] 2 All E.R. 59 (C.A.), at p. 61, as requiring an “admission”. While

(3) Le paragraphe (2) ne vise un droit d'action que si la confirmation a lieu avant l'expiration du délai de prescription applicable à ce droit d'action.

(5) La confirmation est valide si elle est consignée dans un écrit, signée par l'une des personnes suivantes et remise à la personne qui bénéficie de cette cause d'action ou à son mandataire :

- a) soit la personne visée par la cause d'action,
- b) soit son mandataire.

Il y a confirmation lorsqu'une personne reconnaît la cause d'action d'autrui ou effectue un paiement à l'égard de cette cause d'action. Par conséquent, la période antérieure à la date de cette confirmation est exclue du calcul du délai de prescription (par. 16(2)). La confirmation doit évidemment avoir lieu avant l'expiration du délai de prescription (par. 16(3)).

L'article 16 ne peut s'appliquer qu'au délai dans lequel une action peut être intentée. Comme l'a conclu la Cour d'appel, l'art. 16 ne peut pas s'appliquer au délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* étant donné qu'il supplante le premier délai de prescription fixé par la *Limitations Act* et ne crée pas et ne relance pas une action, mais lui permet simplement de suivre son cours (par. 67).

Même si ce n'était pas le cas, les faits de la présente affaire ne permettent pas de conclure à une confirmation de la part des appelants. Je vais, par principe, examiner brièvement cette question.

Pour prouver qu'il y a eu confirmation, il est nécessaire d'établir l'existence de l'un des deux faits suivants : (1) la partie a reconnu la cause d'action, ou (2) un paiement a été effectué à l'égard de la cause d'action (voir *Mew*, p. 115).

Le terme « *acknowledges* » (« reconnaît ») utilisé à l'al. 16(1)a) de la *Limitations Act* a été décrit par lord Denning, dans l'arrêt *Good c. Parry*, [1963] 2 All E.R. 59 (C.A.), p. 61, comme nécessitant une

40

41

42

43

44

care must be shown when applying English case law, as the English *Limitation Act*, 1939, 2 & 3 Geo. 6, c. 21, does not provide for the acknowledgment of the “cause of action” but the acknowledgment of the “claim”, it is still persuasive authority for the present interpretation.

45 Thus, a party can only be held to have acknowledged the claim if that party has in effect admitted his or her liability to pay that which the claimant seeks to recover (see *Surrendra Overseas Ltd. v. Government of Sri Lanka*, [1977] 2 All E.R. 481 (Q.B.)). As the British Columbia Court of Appeal concluded in *Podovnikoff v. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716, at p. 721, a person can acknowledge as a bare fact that someone has asserted (by making a claim) a cause of action against him, without acknowledging any liability. Simple acknowledgment of the “existence” of a cause of action is insufficient to meet the requirements of s. 16(1)(a). Acknowledgment must involve acknowledgment of some liability.

46 Consequently, the letters from the adjuster to Ryan’s counsel (i.e. letters of November 18, 1998 and January 25, 1999) do not restart the clock as they do not constitute an admission of liability on the part of Cabot Insurance. These were obviously only requests for information and part of the normal investigation process. As submitted by the appellants, if mere investigation of claims were to constitute confirmation, then potential defendants, in order to protect limitation defence, would have no choice but to refuse to investigate until a statement of claim is issued. This would destroy the possibility of early settlements and lead to increased litigation and costs.

47 The same conclusion applies to the second way that confirmation can occur, through payment. Of importance is the fact that both payments mentioned by Ryan, payments for Ryan’s medical chart

« admission » (« admission »). Bien que la jurisprudence anglaise doive être appliquée avec prudence, étant donné qu’en Angleterre la *Limitation Act*, 1939, 2 & 3 Geo. 6, ch. 21, prévoit non pas la reconnaissance de la « cause d’action » mais la reconnaissance de la « demande d’indemnité », cette jurisprudence reste convaincante pour les besoins de l’interprétation en l’espèce.

Ainsi, il est possible de conclure qu’une partie a reconnu la demande d’indemnité seulement si elle a effectivement admis qu’elle était tenue de payer ce que le demandeur tente de recouvrer (voir *Surrendra Overseas Ltd. c. Government of Sri Lanka*, [1977] 2 All E.R. 481 (B.R.)). Comme l’a conclu la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, dans l’arrêt *Podovnikoff c. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716, p. 721, une personne peut simplement reconnaître que quelqu’un a fait valoir (en présentant une demande d’indemnité) une cause d’action contre elle sans reconnaître quelque responsabilité que ce soit. La simple reconnaissance de l’« existence » d’une cause d’action est insuffisante pour satisfaire aux exigences de l’al. 16(1)a). La reconnaissance doit comporter une admission de responsabilité quelconque.

Par conséquent, les lettres (du 18 novembre 1998 et du 25 janvier 1999) que l’expert en sinistres a envoyées à l’avocat de M. Ryan ne font pas recommencer le compte à rebours étant donné qu’elles ne constituent pas une reconnaissance de responsabilité de la part de Cabot Insurance. Il est évident que ces lettres n’étaient que des demandes de renseignements et faisaient partie du processus normal d’enquête. Comme l’ont prétendu les appelants, si le simple fait d’enquêter sur une demande devait constituer une confirmation, alors pour conserver le droit d’invoquer la prescription comme moyen de défense, les défendeurs éventuels n’auraient d’autre choix que de refuser d’enquêter jusqu’à ce qu’une déclaration soit déposée. Cela écarterait la possibilité d’un règlement rapide et entraînerait une augmentation de l’incidence et du coût des procès.

La même conclusion s’applique à la deuxième façon de confirmer, c’est-à-dire au moyen d’un paiement. Il importe de souligner que les deux paiements mentionnés par M. Ryan, à savoir ceux effectués pour

and Dr. Landells' medical report, were not evidence of liability by Cabot Insurance; nor did they indemnify Ryan, at least in part, for damages caused by the accident. Thus, they cannot be payments in respect of the "cause of action". Ryan relies on the Newfoundland Court of Appeal decision in *Wheaton v. Palmer* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 304, for the proposition that a payment made to a physician, but sent to the plaintiff's solicitor will constitute confirmation. With respect, I am of the view that the Court of Appeal erred in this determination. I prefer the contrary position of the British Columbia Court of Appeal in *MacKay v. Lemley* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 382, at para. 21. Payment for a medical report with a cheque payable to a physician, but sent to the plaintiff's solicitor, does not constitute confirmation of the plaintiff's cause of action:

The mere fact that the payment, although made payable to the doctor, was directed through the lawyer's office for forwarding does not, in my view, bring the payment into the express wording of the section. The payment here, as in *Germyn*, was intended to pay to the doctor. The doctor was not a person through whom the appellant could claim. This was not a reimbursement to anyone for having paid for the medical report but a direct payment to the doctor by [the Insurance Corporation of British Columbia].

The purpose for which these types of payments and correspondence are made is critical. In this case, they were not intended as admissions of liability, but only to promote investigation and early resolution of certain aspects of the claim.

C. Estoppel

Moore's estate and Cabot Insurance submit that the majority of the Court of Appeal erred when it concluded that they were estopped from relying on the fact of Moore's death and the granting of letters of administration, thus preventing them from arguing that Ryan's action was outside the *Survival of Actions Act* limitation period. They claim that neither estoppel by convention nor estoppel by

le dossier médical de M. Ryan et le rapport médical du Dr Landells, ne constituaient pas une preuve de responsabilité de la part de Cabot Insurance, et n'indemnisait pas non plus M. Ryan, en partie du moins, pour le préjudice causé par l'accident. Ainsi, ils ne sauraient être des paiements à l'égard de la « cause d'action ». M. Ryan se fonde sur la décision rendue par la Cour d'appel de Terre-Neuve dans l'affaire *Wheaton c. Palmer* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 304, pour affirmer qu'un paiement fait à un médecin, mais envoyé à l'avocat du demandeur, constitue une confirmation. En toute déférence, j'estime que cette décision de la Cour d'appel est erronée. Je préfère le point de vue contraire que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a exprimé dans l'arrêt *MacKay c. Lemley* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 382, par. 21. Le paiement pour un rapport médical, effectué par chèque à l'ordre d'un médecin mais envoyé à l'avocat du demandeur, ne constitue pas une confirmation de la cause d'action du demandeur :

[TRADUCTION] J'estime que le simple fait d'avoir transmis par le bureau de l'avocat le paiement destiné au médecin n'en fait pas un paiement au sens du libellé exprès de la disposition. Le paiement effectué en l'espèce était, comme dans l'affaire *Germyn*, destiné au médecin. Le médecin n'était pas une personne dont l'appelant pouvait se servir comme intermédiaire pour présenter une demande d'indemnité. Il s'agissait non pas d'un remboursement destiné à une personne ayant payé le rapport médical, mais d'un paiement direct fait au médecin par [l'Insurance Corporation of British Columbia].

Le but de ces types de paiement et de correspondance est crucial. En l'espèce, ils étaient censés non pas constituer une reconnaissance de responsabilité, mais seulement faire avancer l'enquête et favoriser le règlement rapide de certains aspects de la demande d'indemnité.

C. La préclusion

La succession de M. Moore et Cabot Insurance soutiennent que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de conclure qu'ils étaient préclus d'invoquer le décès en tant que tel de M. Moore et la délivrance des lettres d'administration, ce qui les empêchait de faire valoir que l'action de M. Ryan avait été intentée après l'expiration du délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act*. Elles

48

49

representation applies to the facts of the present case. Ryan argues that the appellants are precluded or estopped from relying on the limitation period in the *Survival of Actions Act* because of the application of either of these two types of estoppel.

50 While the principle of estoppel is often referred to in connection with cases of waiver, election, abandonment, acquiescence and laches, in the context of commercial and contractual relationships, the case law in Canada on this subject is not as abundant as that in the United Kingdom. It is therefore useful for this Court to address the issue in some detail, especially where it has long been accepted that estoppels are to be received with caution and applied with care (see *Harper v. Cameron* (1892), 2 B.C.R. 365 (Div. Ct.), at p. 383).

51 The state of the law of estoppel was articulated by Lord Denning in *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.), at p. 122; as follows:

The doctrine of estoppel is one of the most flexible and useful in the armoury of the law. But it has become overloaded with cases. That is why I have not gone through them all in this judgment. It has evolved during the last 150 years in a sequence of separate developments: proprietary estoppel, estoppel by representation of fact, estoppel by acquiescence, and promissory estoppel. At the same time it has been sought to be limited by a series of maxims: estoppel is only a rule of evidence, estoppel cannot give rise to a cause of action, estoppel cannot do away with the need for consideration, and so forth. All these can now be seen to merge into one general principle shorn of limitations. When the parties to a transaction proceed on the basis of an underlying assumption — either of fact or of law — whether due to misrepresentation or mistake makes no difference — on which they have conducted the dealings between them — neither of them will be allowed to go back on that assumption when it would be unfair or unjust to allow him to do so. If one of them does seek to go back on it, the courts will give the other such remedy as the equity of the case demands.

prétendent que ni la préclusion par convention ni la préclusion par assertion de fait ne s'applique aux faits de la présente affaire. Selon M. Ryan, les appellants sont préclus d'invoquer le délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* en raison de l'application de l'un ou l'autre de ces deux types de préclusion.

Bien que la règle de la préclusion soit souvent mentionnée à l'égard d'affaires de renonciation, d'exercice d'un choix, d'abandon, d'acquiescement et de manque de diligence dans le contexte de rapports commerciaux et contractuels, la jurisprudence canadienne sur ce sujet n'est pas aussi abondante que celle du Royaume-Uni. Il est donc utile que notre Cour procède à un examen assez approfondi de la question, d'autant plus qu'il est reconnu depuis longtemps que les préclusions doivent être admises avec prudence et appliquées avec soin (voir *Harper c. Cameron* (1892), 2 B.C.R. 365 (Div. Ct.), p. 383).

Dans l'arrêt *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) c. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.), p. 122, lord Denning a décrit ainsi l'état du droit en matière de préclusion :

[TRADUCTION] La règle de la préclusion est l'une des plus souples et des plus utiles de l'arsenal du droit. Cependant, elle a été appliquée dans une multitude d'affaires. C'est pourquoi je ne les ai pas toutes examinées dans le présent jugement. Cette règle a connu, au cours des 150 dernières années, une évolution en plusieurs étapes : la préclusion propriétaire, la préclusion par assertion de fait, la préclusion par acquiescement et la préclusion promissoire. On a par ailleurs cherché à en limiter la portée au moyen d'une série de maximes : la préclusion n'est qu'une règle de preuve, la préclusion ne peut pas donner naissance à une cause d'action, la préclusion n'élimine pas la nécessité de s'interroger, et ainsi de suite. On peut maintenant considérer que toutes ces maximes forment une seule règle générale dénuée de restriction. Lorsque les parties à une opération se fondent sur une présupposition sous-jacente — de fait ou de droit — peu importe qu'elle découle d'une affirmation inexacte ou d'une erreur — qui a guidé leurs rapports —, aucune d'elles ne peut revenir sur cette présupposition lorsqu'il serait inéquitable ou injuste de lui permettre de le faire. Si l'une des parties souhaite revenir sur la présupposition, les tribunaux accorderont à l'autre partie la réparation qui s'impose en equity.

The jurisprudence discloses six types of estoppel: estoppel by representation of fact, proprietary estoppel, promissory estoppel, estoppel by convention, estoppel by deed and estoppel by negligence (see Bower, at pp. 3-9). I will examine here the ones at the centre of this dispute, estoppel by convention and estoppel by representation.

(1) Estoppel by Convention

(a) *Definition and Principles*

The origin of the doctrine of estoppel by convention can be traced to estoppel by deed for which sealing and delivery were essential, and for which the foundation of duty lay not in the agreement itself, or any reliance thereon, but in the formal solemnity of the deed, reflecting the concern of ancient jurisprudence with form as opposed to substance. The modern rule has evolved enormously (see Bower, at pp. 179-80; T. B. Dawson, "Estoppel and obligation: the modern role of estoppel by convention" (1989), 9 *L.S.* 16).

Bower defines the modern concept of estoppel by convention as follows (at p. 180):

An estoppel by convention, it is submitted, is an estoppel by representation of fact, a promissory estoppel or a proprietary estoppel, in which the relevant proposition is established, not by representation or promise by one party to another, but by mutual, express or implicit, assent. This form of estoppel is founded, not on a representation made by a representor and believed by a representee, but on an agreed statement of facts or law, the truth of which has been assumed, by convention of the parties, as a basis of their relationship. When the parties have so acted in their relationship upon the agreed assumption that the given state of facts or law is to be accepted between them as true, that it would be unfair on one for the other to resile from the agreed assumption, then he will be entitled to relief against the other according to whether the estoppel is as to a matter of fact, or promissory, and/or proprietary.

Six types de préclusion se dégagent de la jurisprudence : la préclusion par assertion de fait, la préclusion propriétaire, la préclusion promissoire, la préclusion par convention, la préclusion du fait d'un acte formaliste et la préclusion fondée sur la négligence (voir Bower, p. 3-9). J'examinerai ici celles qui sont au cœur du présent litige, soit la préclusion par convention et la préclusion par assertion de fait.

(1) Préclusion par convention

a) *Définition et principes*

Les origines de la règle de la préclusion par convention remontent à la préclusion du fait d'un acte formaliste, pour laquelle le cachetage et la remise étaient essentiels et où le fondement de l'obligation résidait non pas dans la convention elle-même, ou dans le fait de s'y fier, mais dans le caractère solennel et officiel de l'acte, ce qui traduisait l'intérêt de la jurisprudence ancienne pour la forme plutôt que pour le fond. La règle moderne a changé énormément (voir Bower, p. 179-180; T. B. Dawson, « Estoppel and obligation : the modern role of estoppel by convention » (1989), 9 *L.S.* 16).

Bower définit ainsi la notion moderne de préclusion par convention (p. 180) :

[TRADUCTION] La préclusion par convention, soustient-on, est une préclusion par assertion de fait, une préclusion promissoire ou une préclusion propriétaire où la proposition pertinente est établie non par voie d'assertion ou de promesse faite par une partie à une autre, mais par voie d'assentiment réciproque, exprès ou implicite. Cette forme de préclusion repose non pas sur une assertion faite par une personne et crue par celle à qui elle est destinée, mais sur un exposé conjoint des faits ou du droit dont la véracité est supposée constituer, par convention entre les parties, un fondement de leurs rapports. Lorsque, dans leurs rapports, les parties ont agi en fonction de la présupposition conventionnelle qu'elles devraient tenir pour véridique l'état de fait ou de droit en question, de sorte qu'il serait inéquitable pour l'une d'elles que l'autre revienne sur cette présupposition conventionnelle, alors cette partie aura un recours contre l'autre selon qu'il s'agit d'une préclusion relative à une question de fait, ou encore d'une préclusion promissoire ou propriétaire, ou les deux à la fois.

55 S. Wilken, *Wilken and Villiers: The Law of Waiver, Variation and Estoppel* (2nd ed. 2002), at p. 223, affirms that estoppel by convention will occur where:

(i) the parties have established, by their construction of their agreement or a common apprehension as to its legal effect, a convention basis; (ii) on that basis the parties have regulated their subsequent dealings; (iii) one party would suffer detriment if the other were to be permitted to resile from that convention.

See also *Chitty on Contracts* (29th ed. 2004), vol. 1, at p. 283.

56 The Court of Appeal of Newfoundland and Labrador, after a review of the case law in the United Kingdom and in Canada, formulated the following four elements which need to be proven (at para. 79):

- (i) The evidence establishes an assumption in common between the parties as to a state of facts;
- (ii) The parties have adopted the common assumption as the conventional basis for a transaction into which they have entered;
- (iii) The dispute in respect of which the estoppel by convention is asserted arises out of that transaction; and,
- (iv) A detriment would flow to the party asserting the estoppel if the other party is permitted to resile from the assumed stated facts.

These requirements were accepted by the respondent.

57 The appellants submit that there are six requirements for the estoppel by convention. They cite as support the New Zealand Court of Appeal decision in *National Westminster Finance NZ Ltd. v. National Bank of NZ Ltd.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 548, at p. 550. In fact, they simply advocate a more detailed description of the requirements also found in other foreign cases.

58 The jurisprudence in the United Kingdom is indeed abundant in contrast to that in Canada (see,

Dans *Wilken and Villiers : The Law of Waiver, Variation and Estoppel* (2^e éd. 2002), p. 223, S. Wilken affirme qu'il y a préclusion par convention lorsque :

[TRADUCTION] (i) les parties ont, par leur interprétation de leur convention ou par leur compréhension commune de ses effets juridiques, établi un fondement conventionnel; (ii) les parties ont réglé leurs rapports subséquents sur ce fondement; (iii) une des parties subirait un préjudice s'il était permis à l'autre partie de revenir sur cette convention.

Voir également *Chitty on Contracts* (29^e éd. 2004), vol. 1, p. 283.

Après avoir examiné la jurisprudence du Royaume-Uni et du Canada, la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a énoncé les quatre éléments suivants qui doivent être prouvés (par. 79) :

[TRADUCTION]

- (i) la preuve établit l'existence d'une présupposition commune aux parties quant à un état de fait;
- (ii) les parties ont adopté la présupposition commune comme fondement conventionnel de l'opération qu'elles ont conclue;
- (iii) le litige à l'égard duquel la préclusion par convention est invoquée découle de cette opération;
- (iv) la partie qui invoque la préclusion subirait un préjudice s'il était permis à l'autre partie de revenir sur l'état de fait présupposé.

L'intimé a reconnu ces conditions.

Les appelants affirment que six conditions doivent être remplies pour qu'il y ait préclusion par convention. À l'appui de cette affirmation, ils citent l'arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande *National Westminster Finance NZ Ltd. c. National Bank of NZ Ltd.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 548, p. 550. En fait, ils préconisent simplement une description plus détaillée des conditions qui sont également énoncées dans d'autres décisions étrangères.

La jurisprudence du Royaume-Uni est effectivement abondante comparativement à celle qui existe

e.g., *The "Indian Grace"*, [1998] 1 Lloyd's L.R. 1 (H.L.), at p. 10; *The "August Leonhardt"*, [1985] 2 Lloyd's L.R. 28 (C.A.), at pp. 34-35; *The "Vistafford"*, [1988] 2 Lloyd's L.R. 343 (C.A.), at pp. 349-53).

This Court is not bound by any of the above analytical frameworks. After having reviewed the jurisprudence in the United Kingdom and Canada as well as academic comments on the subject, I am of the view that the following criteria form the basis of the doctrine of estoppel by convention:

- (1) The parties' dealings must have been based on a shared assumption of fact or law: estoppel requires manifest representation by statement or conduct creating a mutual assumption. Nevertheless, estoppel can arise out of *silence* (impliedly).
- (2) A party must have conducted itself, i.e. acted, in reliance on such shared assumption, its actions resulting in a change of its legal position.
- (3) It must also be unjust or unfair to allow one of the parties to resile or depart from the common assumption. The party seeking to establish estoppel therefore has to prove that detriment will be suffered if the other party is allowed to resile from the assumption since there has been a change from the presumed position.

See Wilken, at pp. 227-28; *Canacemal Investment Inc. v. PCI Realty Corp.*, [1999] B.C.J. No. 2029 (QL) (S.C.), at para. 35; *Capro Investments Ltd. v. Tartan Development Corp.*, [1998] O.J. No. 1763 (QL) (Gen. Div.), at para. 31.

(b) *Application of the Law*

The majority of the Court of Appeal held that estoppel by convention applied in the circumstances of this case. It concluded that there was an assumption between the parties as to a state of facts, namely: that Moore was alive; that the parties adopted this assumption as the basis upon which

au Canada (voir, par exemple, *The « Indian Grace »*, [1998] 1 Lloyd's L.R. 1 (H.L.), p. 10; *The « August Leonhardt »*, [1985] 2 Lloyd's L.R. 28 (C.A.), p. 34-35; *The « Vistafford »*, [1988] 2 Lloyd's L.R. 343 (C.A.), p. 349-353).

Notre Cour n'est liée par aucun des cadres analytiques susmentionnés. Après avoir examiné la jurisprudence du Royaume-Uni et du Canada ainsi que les commentaires de certains auteurs sur le sujet, j'estime que les critères suivants constituent le fondement de la règle de la préclusion par convention :

- (1) Les rapports des parties doivent avoir reposé sur une présupposition de fait ou de droit commune : la préclusion exige qu'une assertion manifeste émanant d'une déclaration ou d'une conduite ait créé une présupposition commune. La préclusion peut néanmoins résulter (implicitement) d'un *silence*.
- (2) Une partie doit avoir agi sur la foi de cette présupposition commune, et ses actes doivent avoir entraîné une modification de sa situation juridique.
- (3) Il doit également être injuste ou inéquitable de permettre à l'une des parties de revenir sur la présupposition commune ou de s'en écarter. La partie qui cherche à établir la préclusion doit donc démontrer que, s'il est permis à l'autre partie de revenir sur la présupposition, elle subira un préjudice en raison du changement de la situation présupposée.

Voir Wilken, p. 227-228; *Canacemal Investment Inc. c. PCI Realty Corp.*, [1999] B.C.J. No. 2029 (QL) (C.S.), par. 35; *Capro Investments Ltd. c. Tartan Development Corp.*, [1998] O.J. No. 1763 (QL) (Div. gén.), par. 31.

b) *Application du droit*

La Cour d'appel, à la majorité, a décidé que la préclusion par convention s'appliquait en l'espèce. Elle a conclu que les parties avaient présupposé l'existence d'un état de fait, à savoir que M. Moore était vivant, que les parties avaient convenu d'agir sur la foi de cette présupposition dans leurs

their transactions relating to Ryan's claim were to be conducted; that the dispute in respect of which the estoppel was asserted arose out of the transactions between the parties in dealing with Ryan's claim; and that detriment would flow to Ryan if Moore's estate or the insurer were permitted to resile from the common assumption. As will be evidenced from the analysis below, I cannot agree with this conclusion.

(i) Assumption Shared and Communicated

61 The crucial requirement for estoppel by convention, which distinguishes it from the other types of estoppel, is that at the material time both parties must be of "a like mind" (*Troop v. Gibson*, [1986] 1 E.G.L.R. 1 (C.A.), at p. 5; *Hillingdon London Borough v. ARC Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 3278 (QL) (C.A.), at para. 49). The court must determine what state of affairs the parties have accepted, and decide whether there is sufficient certainty and clarity in the terms of the convention to give rise to any enforceable equity: *Troop*, at p. 6; see also *Baird Textile Holdings Ltd. v. Marks & Spencer plc*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 737, [2001] EWCA Civ 274, at para. 84.

62 While it may not be necessary that the assumption by the party raising estoppel be created or encouraged by the estopped party, it must be shared in the sense that each is aware of the assumption of the other (*John v. George*, [1995] E.W.J. No. 4375 (QL) (C.A.), at para. 37). Mutual assent is what distinguishes the estoppel by convention from other types of estoppel (Bower, at p. 184). The courts have described communications complying with this requirement as "crossing the line". In *The "August Leonhardt"*, at pp. 34-35, Kerr L.J. held that

[a]ll estoppels must involve some statement or conduct by the party alleged to be estopped on which the alleged representee was entitled to rely and did rely. In this sense all estoppels may be regarded as requiring some manifest representation which crosses the line between representor and representee, either by

opérations relatives à la demande de M. Ryan, que le litige à l'égard duquel la préclusion était invoquée découlait des opérations que les parties avaient conclues en traitant la demande de M. Ryan, et que M. Ryan subirait un préjudice s'il était permis à la succession de M. Moore ou à l'assureur de revenir sur la présupposition commune. Comme le montrera l'analyse ci-dessous, je ne puis souscrire à cette conclusion.

(i) Présupposition commune et communiquée

La condition essentielle de la préclusion par convention, qui la distingue des autres types de préclusion, est que les deux parties soient, au moment pertinent, [TRADUCTION] « sur la même longueur d'onde » (*Troop c. Gibson*, [1986] 1 E.G.L.R. 1 (C.A.), p. 5; *Hillingdon London Borough c. ARC Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 3278 (QL) (C.A.), par. 49). La cour doit déterminer quel état de fait a été accepté par les parties, et décider si les conditions de la convention sont assez claires et dénuées d'ambiguïté pour donner naissance à un droit exécutoire en equity : *Troop*, p. 6; voir également *Baird Textile Holdings Ltd. c. Marks & Spencer plc*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 737, [2001] EWCA Civ 274, par. 84.

Même s'il se peut qu'il ne soit pas nécessaire que la présupposition de la partie qui invoque la préclusion ait été créée ou encouragée par la partie précluse, elle doit être commune en ce sens que chacune des parties est au courant de la présupposition de l'autre (*John c. George*, [1995] E.W.J. No. 4375 (QL) (C.A.), par. 37). C'est l'assentiment réciproque qui distingue la préclusion par convention des autres types de préclusion (Bower, p. 184). Les tribunaux ont affirmé que les communications qui satisfont à cette exigence sont celles [TRADUCTION] « qui passent » de leur auteur à leur destinataire. Dans l'arrêt *The « August Leonhardt »*, p. 34-35, le lord juge Kerr a conclu que

[TRADUCTION] [t]oute préclusion doit comporter une déclaration ou une conduite de la partie qui serait précluse, à laquelle le prétendu destinataire de l'assertion était en droit de se fier et s'est effectivement fié. En ce sens, toute préclusion peut être considérée comme nécessitant une assertion manifeste émanant soit d'une

statement or conduct. It may be an express statement or it may be implied from conduct, e.g. a failure by the alleged representor to react to something said or done by the alleged representee so as to imply a manifestation of assent which leads to an estoppel by silence or acquiescence. Similarly, in cases of so-called estoppels by convention, there must be some mutually manifest conduct by the parties which is based on a common but mistaken assumption. . . .

There cannot be any estoppel unless the alleged representor has said or done something, or failed to do something, with the result that — across the line between the parties — his action or inaction has produced some belief or expectation in the mind of the alleged representee, so that, depending on the circumstances, it would thereafter no longer be right to allow the alleged representor to resile by challenging the belief or expectation which he has engendered. To that extent at least, therefore, the alleged representor must be open to criticism. [Emphasis added.]

See also *The “Vistafjord”*, at p. 350. Thus, it is not enough that each of the two parties acts on an assumption not communicated to the other (*The “Indian Grace”*, at p. 10). Further, the estopped party must have, at the very least, communicated to the other that he or she is indeed sharing the other party’s (*ex hypothesi*) mistaken assumption (*John*, at para. 81; Bower, at p. 184).

In the present case, the record discloses 14 letters exchanged by Ryan’s counsel and the adjuster with respect to the respondent’s personal injury claim (A.R., vol. II, at pp. 150-70). However, none of these prove the existence of a common assumption. The letters lack clarity and certainty. The mere fact that communications occurred between the parties does not establish that they both assumed that Moore was alive. It is unlikely the question of whether Moore was alive or dead crossed the minds of either the appellants or the respondent. The fact that Ryan’s counsel had originally diarized the claim as having a two-year limitation period under the *Limitations Act* shows that he had not turned his mind to the possibility of a shorter limitation period under the *Survival of*

déclaration soit d’une conduite, qui passe de son auteur à son destinataire. Cette assertion peut prendre la forme d’une déclaration expresse ou découler implicitement d’une conduite, comme l’omission du prétendu auteur de l’assertion de réagir à quelque chose qui a été dit ou fait par son prétendu destinataire, qui semble manifester un assentiment donnant lieu à une préclusion par silence ou acquiescement. De même, dans les soi-disant cas de préclusion par convention, les parties doivent adopter une conduite manifeste de part et d’autre qui est fondée sur une présupposition commune, mais erronée. . . .

Il ne saurait y avoir de préclusion à moins que le prétendu auteur de l’assertion n’ait dit ou fait quelque chose, ou omis de faire quelque chose, de sorte que — de manière générale entre les parties — son action ou son inaction a fait naître une certaine croyance ou attente dans l’esprit du prétendu destinataire de l’assertion, qui fait que, selon les circonstances, il ne serait plus acceptable de permettre au prétendu auteur de l’assertion de revenir sur celle-ci en contestant la croyance ou l’attente qu’elle a engendrée. Par conséquent, le prétendu auteur de l’assertion doit, tout au moins dans cette mesure, prêter le flanc à la critique. [Je souligne.]

Voir également *The « Vistafjord »*, p. 350. Il ne suffit donc pas que chacune des deux parties agisse sur la foi d’une présupposition non communiquée à l’autre (*The « Indian Grace »*, p. 10). En outre, la partie précluse doit, à tout le moins, avoir informé l’autre partie qu’elle partageait effectivement sa présupposition erronée (*ex hypothesi*) (*John*, par. 81; Bower, p. 184).

En l’espèce, le dossier révèle que l’avocat de M. Ryan et l’expert en sinistres ont échangé 14 lettres relativement à l’action pour préjudice corporel de l’intimé (d.a., vol. II, p. 150-170). Cependant, aucune de ces lettres n’établit l’existence d’une présupposition commune. Les lettres manquent de clarté et de certitude. Le seul fait que des communications aient eu lieu entre les parties n’établit pas qu’elles ont toutes les deux présupposé que M. Moore était vivant. Il est peu probable que la question de savoir si M. Moore était vivant ou mort ait traversé l’esprit des appelants ou de l’intimé. Le fait que l’avocat de M. Ryan ait, au départ, inscrit dans son calendrier que l’action était assujettie à un délai de prescription de deux ans en vertu de la *Limitations Act* démontre qu’il n’avait pas songé à la possibilité qu’un délai

Actions Act. Effectively, this Court is in the presence of mutual ignorance, not mutual assumption.

64 Ryan submits, and it was agreed by the Court of Appeal, that the subject line in the letters exchanged between his counsel and the adjuster which read “Your Insured: Rex Moore” or “Our Insured: Rex Moore” is self-explanatory and indicates an assumption by both parties, that Moore was alive. I strongly disagree. This is an unrealistic interpretation of the subject line in the letters. Such an expression can mean one thing only: the named insured under the automobile insurance policy was Rex Moore. The words are a mere identification of the file the undersigned is dealing with. The Court of Appeal erred by giving weight to the subject line of these letters, which, properly interpreted, provide no evidence of a mutual assumption that Moore was alive.

65 Nor did the fact that the parties were conferring without regard to the limitation period establish a shared assumption that the limitation defence would not be relied on. The letters contain limited and simple requests for details of the claim, and do not establish a convention between the parties (see *Hillingdon London Borough*, at paras. 57 and 60; *Seechurn v. ACE Insurance S.A.-N.V.*, [2002] 2 Lloyd’s L.R. 390, [2002] EWCA Civ 67, at p. 396). In fact, the matter did not proceed beyond the preliminary stage of investigating the merits of the personal injury claim. There were no negotiations or settlement discussions, no admission of liability, and no agreement to forego a possible limitation defence.

66 Even if one could conclude that there was a mutual assumption between the parties, I am of the view that it cannot realistically be asserted that the respondent communicated to the appellants that he indeed shared the mistaken assumption. In this regard, I agree with the dissenting members of the Court of Appeal when they affirm (at para. 108):

de prescription plus court s’applique en vertu de la *Survival of Actions Act*. En réalité notre Cour se trouve en présence d’une ignorance de part et d’autre et non d’une présupposition commune.

M. Ryan prétend, ce dont la Cour d’appel a convenu, que l’objet des lettres échangées par son avocat et l’expert en sinistres, qui se lit [TRADUCTION] « Votre assuré : Rex Moore » ou « Notre assuré : Rex Moore », est éloquent et indique que les deux parties présupposaient que M. Moore était vivant. Je ne suis pas du tout d’accord. Il s’agit là d’une interprétation irréaliste de l’objet de ces lettres. Une telle mention ne peut signifier qu’une chose : la personne assurée en vertu de la police d’assurance automobile était Rex Moore. Ces mots ne servent qu’à identifier le dossier dont traite le signataire de la lettre. La Cour d’appel a commis une erreur en accordant de l’importance à la mention de l’objet de ces lettres qui, interprétée correctement, n’établit pas l’existence d’une présupposition commune que M. Moore était vivant.

Le fait que les parties se soient entretenues sans tenir compte du délai de prescription n’établissait pas non plus l’existence d’une présupposition commune que la prescription ne serait pas invoquée comme moyen de défense. Ces lettres renferment de simples demandes de détails concernant l’action et n’établissent pas l’existence d’une convention entre les parties (voir *Hillingdon London Borough*, par. 57 et 60; *Seechurn c. ACE Insurance S.A.-N.V.*, [2002] 2 Lloyd’s L.R. 390, [2002] EWCA Civ 67, p. 396). En fait, l’affaire n’a pas dépassé le stade préliminaire de l’enquête relative au bien-fondé de l’action pour préjudice corporel. Il n’y a eu aucune négociation ou discussion de conciliation, aucune reconnaissance de responsabilité ou entente de renonciation à la possibilité d’invoquer la prescription comme moyen de défense.

Même si on pouvait conclure à l’existence d’une présupposition commune des parties, j’estime qu’on ne saurait réalistement affirmer que l’intimé a informé les appelants qu’il partageait effectivement leur présupposition erronée. À cet égard, je suis du même avis que les juges dissidents de la Cour d’appel lorsqu’ils affirment (par. 108) :

It is true that both parties assumed Mr. Moore was alive. That, as noted above, is not sufficient to establish estoppel by convention. Prior to Mr. Moore's death, any reference to him implying he was alive was a reflection of the truth at that time. That cannot be said to be a communication which becomes the basis of a convention that they will proceed on the assumption that Mr. Moore is alive, even beyond his death. There is no direct or circumstantial evidence which would lead to such a conclusion. The question becomes: could any agreement have arisen after Mr. Moore's death? The two letters written by the adjuster after Mr. Moore's death were in error when they said "Our insured – Rex Moore" but there is no communication to the other party and acceptance that they are to govern their future conduct on that basis.

(ii) Detrimental Reliance

The appellants submit that detrimental reliance is a requirement that must be proven in order to find convention estoppel. I agree. The Court of Appeal erred in finding this condition fulfilled by simple proof that a detriment would flow to the party asserting the estoppel if the other party were permitted to resile from the assumed stated facts, without a finding of reliance.

The jurisprudence and academic comments support the requirement of detrimental reliance as lying at the heart of true estoppel (see Bower, at pp. 6 and 184; *John*, at para. 86; *Hillingdon London Borough; The "August Leonhardt"*, at p. 35; *Litwin Construction (1973) Ltd. v. Pan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 459 (B.C.C.A.), at pp. 469-70; *Canacemal*, at paras. 33-35; *Vancouver City Savings Credit Union v. Norenger Development (Canada) Inc.*, [2002] B.C.J. No. 1417 (QL), 2002 BCSC 934, at para. 74; *32262 B.C. Ltd. v. Companions Restaurant Inc.* (1995), 17 B.L.R. (2d) 227 (B.C.S.C.), at pp. 235-36).

Detrimental reliance encompasses two distinct, but interrelated, concepts: reliance and detriment. The former requires a finding that the party seeking to establish the estoppel changed his or her course of conduct by acting or abstaining from acting in reliance upon the assumption, thereby altering his

[TRADUCTION] Il est vrai que les deux parties ont pré-supposé que M. Moore était vivant. Comme nous l'avons déjà souligné, cela n'est pas suffisant pour établir la préclusion par convention. Avant le décès de M. Moore, toute mention de son nom laissant entendre qu'il était vivant reflétait alors la réalité. On ne saurait dire que cela constitue une communication sur la foi de laquelle les parties ont convenu d'agir en présupposant que M. Moore serait vivant, même après son décès. Aucune preuve directe ou indirecte ne permet d'arriver à une telle conclusion. Il faut alors se demander si une convention aurait pu survenir après le décès de M. Moore. Les deux lettres écrites par l'expert en sinistres après le décès de M. Moore étaient erronées lorsqu'elles mentionnaient « Notre assuré – Rex Moore », mais aucune partie n'a informé l'autre partie ou accepté que cela déterminerait leur conduite future.

(ii) L'acte de confiance préjudiciable

Selon les appelants, l'acte de confiance préjudiciable est une condition dont l'existence doit être prouvée pour que l'on puisse conclure à la préclusion par convention. Je suis d'accord. La Cour d'appel a eu tort de conclure que, pour que cette condition soit remplie, il suffisait de prouver que la partie invoquant la préclusion subirait un préjudice s'il était permis à l'autre partie de revenir sur l'état de fait présumé, sans qu'il soit nécessaire de conclure à l'existence d'un acte de confiance.

La jurisprudence et la doctrine confirment que la condition de l'acte de confiance préjudiciable est au cœur de la véritable préclusion (voir Bower, p. 6 et 184; *John*, par. 86; *Hillingdon London Borough; The « August Leonhardt »*, p. 35; *Litwin Construction (1973) Ltd. c. Pan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 459 (C.A.C.-B.), p. 469-470; *Canacemal*, par. 33-35; *Vancouver City Savings Credit Union c. Norenger Development (Canada) Inc.*, [2002] B.C.J. No. 1417 (QL), 2002 BCSC 934, par. 74; *32262 B.C. Ltd. c. Companions Restaurant Inc.* (1995), 17 B.L.R. (2d) 227 (C.S.C.-B.), p. 235-236).

L'acte de confiance préjudiciable englobe deux notions distinctes, mais connexes : l'acte de confiance et le préjudice. La première notion exige de conclure que la partie qui cherche à établir la préclusion a modifié sa conduite en agissant ou en s'abstenant d'agir sur la foi de la présupposition, ce

67

68

69

or her legal position. If the first step is met, the second requires a finding that, should the other party be allowed to abandon the assumption, detriment will be suffered by the estoppel raiser because of the change from his or her assumed position (see Wilken, at p. 228; *Grundt v. Great Boulder Proprietary Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641 (Austl. H.C.), at p. 674).

70

Returning to the case at bar, even if one were to assume the existence of a communicated common assumption between the parties, there is no evidence that the respondent relied on this assumption. The evidence suggests that the respondent never put his mind to the shorter *Survival of Actions Act* limitation period. First, Ryan's counsel diarized the matter as a two-year limitation period. Second, the issue of estoppel by convention was raised for the first time by the Court of Appeal itself and was never discussed before the applications judge. Moreover, in the affidavit of Ryan's counsel, nowhere does he state that he believed that the adjuster intended him to act or refrain from acting in reliance on any agreement (A.R., vol. II, at pp. 137-46). From the date of the accident, November 27, 1997, to the expiry of the *Survival of Actions Act* limitation period, August 16, 1999, there was never any discussion by the respondent of the limitation period. On October 24, 2000, when Ryan's counsel indicated for the first time to Cabot Insurance's claim examiner that there might be a problem with the limitation period, he did not refer to a mutual understanding that Moore was to be treated as being alive for the purposes of Ryan's claim, nor did he raise the existence of an agreement.

71

It was not open to Ryan's counsel to refrain from bringing an action against Rex Gilbert Moore based solely on the limited communications between counsel. The letters relied upon were limited to the collection of medical information and documentation about Ryan's alleged injuries — nothing more. I have already spoken about the subject line; one

qui a eu pour effet de modifier sa situation juridique. Lorsque la première étape est franchie, la deuxième exige de conclure que, s'il est permis à l'autre partie de revenir sur la présupposition, la partie invoquant la préclusion subira un préjudice en raison du changement de sa situation présupposée (voir Wilken, p. 228; *Grundt c. Great Boulder Proprietary Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641 (H.C. Austr.), p. 674).

Pour revenir aux faits de la présente affaire, même si on présumait l'existence d'une présupposition commune communiquée entre les parties, rien ne prouve que l'intimé s'est fié à cette présupposition. La preuve indique que l'intimé n'a jamais songé au délai de prescription plus court prévu par la *Survival of Actions Act*. Premièrement, l'avocat de M. Ryan a inscrit dans son calendrier que l'affaire était assujettie à un délai de prescription de deux ans. Deuxièmement, la question de la préclusion par convention a été soulevée pour la première fois par la Cour d'appel elle-même et n'a jamais été débattue devant le juge des requêtes. En outre, dans son affidavit, l'avocat de M. Ryan ne mentionne nulle part qu'il croyait que l'expert en sinistres souhaitait qu'il agisse ou s'abstienne d'agir sur la foi d'une convention quelconque (d.a., vol. II, p. 137-146). Entre la date de l'accident, soit le 27 novembre 1997, et la date d'expiration du délai de prescription prévu par la *Survival of Actions Act*, soit le 16 août 1999, l'intimé n'a jamais discuté du délai de prescription. Lorsque, le 24 octobre 2000, l'avocat de M. Ryan a indiqué pour la première fois à la rédactrice sinistres de Cabot Insurance que le délai de prescription pourrait poser un problème, il n'a pas mentionné que les parties s'étaient entendues pour traiter M. Moore comme s'il était vivant pour les besoins de la demande de M. Ryan et n'a pas soulevé non plus l'existence d'une convention.

Il n'était pas loisible à l'avocat de M. Ryan de s'abstenir de poursuivre Rex Gilbert Moore en raison seulement des communications limitées qui ont eu lieu entre les avocats. Les lettres invoquées ne concernaient que le rassemblement de renseignements et de documents médicaux concernant les blessures qu'aurait subi M. Ryan, rien de plus. J'ai

cannot disregard the fact that all negotiations/communications were also done on a “without prejudice” basis.

Consequently, I agree with the dissenting members of the Court of Appeal that the respondent not only did not rely on this alleged assumption, but his conduct does not show an intention to affect the legal relations between the parties. The record does not disclose that the respondent changed in any way his position on the basis of this alleged mutual assumption.

(iii) Detriment

Once the party seeking to establish estoppel shows that he acted on a shared assumption, he must prove detriment. For the plea to succeed, it must be unjust or unfair to allow a party to resile from the common assumption (Wilken, at p. 228). It is often said that the fact that there will have been a change from the presumed legal position will facilitate the establishment of detriment: “This is because there is an element of injustice inherent within the concept of the shared assumption — one party has acted unjustly in allowing the belief or expectation to ‘cross the line’ and arise in the other’s mind”: Wilken, at p. 228.

This final requirement of estoppel has been described as proving that it would be “unjust”, “unconscionable” or “unfair” to permit a party to resile from the mutual assumption (see, e.g., Bower, at p. 181; *John; The “Indian Grace”*; *The “Vistafford”*). However, it may be preferable to refrain from using “unconscionable”, in order to avoid confusion with this last concept which has developed a special meaning in relation to inequality of bargaining power in the law of contracts (where we speak of unconscionable transactions, for instance) (see *Litwin Construction*, at p. 468).

In the case at bar, given that there was no shared assumption or reliance, the detriment criterion does not need to be addressed. I would note, however,

déjà parlé de la mention de l’objet; on ne peut faire abstraction du fait que toutes les négociations et communications ont également été effectuées sous réserve de tous droits.

Par conséquent, je suis d’accord avec les juges dissidents de la Cour d’appel pour dire que non seulement l’intimé ne s’est pas fié à la présupposition dont on allègue l’existence, mais encore sa conduite ne démontre aucune intention de modifier les rapports juridiques entre les parties. Le dossier ne montre pas que l’intimé a modifié de quelque façon que ce soit sa situation en raison de la présupposition commune dont on allègue l’existence.

(iii) Préjudice

Dès que la partie qui cherche à établir la préclusion démontre qu’elle a agi sur la foi d’une présupposition commune, elle doit prouver l’existence d’un préjudice. Pour que ce moyen soit retenu, il doit être injuste ou inéquitable de permettre à une partie de revenir sur la présupposition commune (Wilken, p. 228). On dit souvent que le fait qu’il y ait eu modification de la situation juridique présumée facilite l’établissement de l’existence d’un préjudice : [TRADUCTION] « Cela est dû au fait que la notion de présupposition commune comporte forcément un élément d’injustice — une partie a agi de manière injuste en permettant que la croyance ou l’attente “passe” dans l’esprit de l’autre » : Wilken, p. 228.

On a dit que cette dernière condition de la préclusion prouve qu’il serait « injuste », « inique » ou « inéquitable » de permettre à une partie de revenir sur la présupposition commune (voir, par exemple, Bower, p. 181; *John; The “Indian Grace”*; *The “Vistafford”*). Cependant, il peut être préférable de s’abstenir d’utiliser le mot « inique » afin d’éviter toute confusion avec cette dernière notion, qui a pris un sens particulier en ce qui concerne l’inégalité du pouvoir de négociation en droit des contrats (où l’on parle d’opérations iniques, par exemple) (voir *Litwin Construction*, p. 468).

En l’espèce, étant donné l’absence de présupposition commune ou d’acte de confiance, il n’est pas nécessaire d’examiner le critère du préjudice.

72

73

74

75

that a detriment is not established by a reduced limitation period, as suggested by the respondent. Limitation periods and prescriptions, in the diverse areas of the law, have the similar effect and impact. The *Survival of Actions Act* has provided a benefit not available at common law; this benefit cannot legitimately be characterized as unfair and unjust.

(2) Estoppel by Representation

76

Where there is no shared assumption, as in the present case, there can be no estoppel by convention, no matter how unjust the other party's conduct may appear to be. However, in some circumstances, the party seeking to establish estoppel may be able to rely on estoppel by representation, an alternative here advocated by the respondent. The added difficulty in such a case is that an estoppel by representation cannot arise from silence unless a party is under a duty to speak. Silence or inaction will be considered a representation if a legal duty is owed by the representor to the representee to make a disclosure, or take steps, the omission of which is relied upon as creating an estoppel: see Wilken, at p. 227; Bower, at pp. 46-47.

77

Ryan submits that in the present case silence constituted a representation grounding estoppel because there was a duty to disclose relevant information as it would be unfair for the appellants to benefit from non-disclosure. I disagree. In the present case, there was no duty on the appellants, who were at the time only potential defendants, to advise Ryan of a limitation period, to assist him in the prosecution of the claim, or to advise him of the consequences of the death of one of the parties. There is no fiduciary or contractual relationship here (contrast with *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87). The appellants had no duty to exercise reasonable care, nor to divulge any information.

Je tiens toutefois à souligner qu'un délai de prescription plus court n'est pas une preuve de préjudice, comme l'a laissé entendre l'intimé. Le délai de prescription et la prescription ont, dans les divers domaines du droit, un effet et une incidence similaires. La *Survival of Actions Act* procure un avantage que n'offre pas la common law; on ne saurait légitimement qualifier cet avantage d'inéquitable et injuste.

(2) Préclusion par assertion de fait

En l'absence de présupposition commune, comme c'est le cas en l'espèce, il ne peut y avoir de préclusion par convention, aussi injuste que puisse paraître la conduite de l'autre partie. Toutefois, dans certaines circonstances, la partie qui cherche à établir la préclusion peut être en mesure d'invoquer la préclusion par assertion de fait, une solution que l'intimé préconise en l'espèce. La difficulté additionnelle qui se pose dans un tel cas tient au fait que la préclusion par assertion de fait ne peut pas découler d'un silence, à moins qu'une partie ne soit tenue de parler. Le silence ou l'inaction seront considérés comme une assertion si l'auteur de l'assertion avait envers le destinataire de celle-ci une obligation légale de divulguer ou de prendre des mesures, et que l'omission de le faire est invoquée comme donnant lieu à la préclusion : voir Wilken, p. 227; Bower, p. 46-47.

M. Ryan prétend que, dans la présente affaire, le silence constituait une assertion justifiant la préclusion parce qu'il y avait une obligation de divulguer les renseignements pertinents due au fait qu'il serait inéquitable que les appelants profitent de l'absence de divulgation. Je ne suis pas d'accord. En l'espèce, les appelants, qui n'étaient à l'époque que des défendeurs éventuels, n'étaient pas tenus d'informer M. Ryan de l'existence d'un délai de prescription, de l'aider à intenter son action ou de l'aviser des conséquences du décès de l'une des parties. Il n'existe aucun rapport fiduciaire ou contractuel en l'espèce (contrairement à l'affaire *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87). Les appelants n'étaient tenus ni de faire preuve de diligence raisonnable ni de divulguer quelque renseignement que ce soit.

Hence, there was no representation, no duty to speak, no intention to affect legal relations and no reliance in this case.

III. Conclusion

The legislature created an exception to the common law rule by enacting the *Survival of Actions Act*. It extended the rights of the parties to permit them to continue an action against a deceased. The relevant provision modifies the common law. It is not this Court's role to interfere with the scheme established by the legislature.

There are no reasons based on estoppel, or any other legal doctrine, to preclude Moore's estate or Cabot Insurance from relying on the *Survival of Actions Act* limitation period. Accordingly, I would allow the appeal on the issue of estoppel, affirm the decision of the Court of Appeal on the other issues, and strike the statement of claim, with costs throughout, at all levels of court.

APPENDIX

Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1

5. [Limitation period 2 years] Following the expiration of 2 years after the date on which the right to do so arose, a person shall not bring an action

- (a) for damages in respect of injury to a person or property, including economic loss arising from the injury whether based on contract, tort or statutory duty;

16. [Confirmation] (1) A confirmation of a cause of action occurs where a person

- (a) acknowledges that cause of action, right or title of another person; or
- (b) makes a payment in respect of that cause of action, right or title of another.

Il n'y avait donc, en l'espèce, aucune assertion, aucune obligation de parler, aucune intention de modifier les rapports juridiques ni aucun acte de confiance.

III. Conclusion

Le législateur a créé une exception à la règle de common law en édictant la *Survival of Actions Act*. Il a élargi la portée des droits des parties afin de leur permettre de poursuivre une action contre une personne décédée. La disposition pertinente modifie la common law. Il n'appartient pas à notre Cour de modifier le régime établi par le législateur.

Il n'y a aucune raison fondée sur la préclusion ou quelque autre règle juridique d'empêcher la succession de M. Moore ou Cabot Insurance d'invoquer le délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act*. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne la question de la préclusion, de confirmer la décision de la Cour d'appel relativement aux autres questions et de radier la déclaration, avec dépens dans toutes les cours.

ANNEXE

Limitations Act, S.N.L. 1995, ch. L-16.1

[TRADUCTION]

5. [Délai de prescription de 2 ans] Les actions suivantes se prescrivent par deux ans suivant la date à laquelle a pris naissance le droit de les intenter :

- a) l'action en dommages-intérêts pour préjudice corporel ou matériel, y compris la perte économique découlant du préjudice, que ce soit pour un délit, une inexécution de contrat ou un manquement à une obligation légale;

16. [Confirmation] (1) Une cause d'action est confirmée si, selon le cas, une personne :

- a) reconnaît cette cause d'action, ce droit ou ce titre appartenant à autrui;
- b) effectue un paiement à l'égard de cette cause d'action, de ce droit ou de ce titre appartenant à autrui.

78

79

80

(2) Where a person against whom an action lies confirms that cause of action, the time before the date of that confirmation shall not count when determining the limitation period for a person having the benefit of the confirmation against the person bound by that confirmation.

(3) Subsection (2) applies only to a right of action where the confirmation is given before the expiration of the limitation period for that right of action.

. . .

(5) In order to be effective a confirmation must be in writing and signed by

- (a) the person against whom that cause of action lies; or
- (b) his or her agent

and given to the person or agent of the person having the benefit of that cause of action.

Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, c. S-32

2. [Causes of action to survive] Actions and causes of action

- (a) vested in a person who has died; or
- (b) existing against a person who has died,

shall survive for the benefit of or against his or her estate.

5. [Limitation of action] An action shall not be brought under this Act unless proceedings are started within 6 months after letters of probate or administration of the estate of the deceased have been granted and proceedings shall not be started in an action under this Act after the expiration of 1 year after the date of death of the deceased.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Cox Hanson O'Reilly Matheson, St. John's.

Solicitors for the respondent: Curtis, Dawe, St. John's.

(2) En cas de confirmation, la période antérieure à la date de la confirmation est exclue du calcul de la prescription de l'action de la personne qui bénéficie de cette confirmation par rapport à celle qui est liée par celle-ci.

(3) Le paragraphe (2) ne vise un droit d'action que si la confirmation a lieu avant l'expiration du délai de prescription applicable à ce droit d'action.

. . .

(5) La confirmation est valide si elle est consignée dans un écrit, signée par l'une des personnes suivantes et remise à la personne qui bénéficie de cette cause d'action ou à son mandataire :

- a) soit la personne visée par la cause d'action,
- b) soit son mandataire.

Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, ch. S-32

[TRANSLATION]

2. [Survie des causes d'action] Les actions et causes d'action :

- a) appartenant à une personne décédée survivent au profit de sa succession;
- b) existant contre une personne décédée survivent contre sa succession.

5. [Prescription des actions] Aucune action ne peut être intentée en vertu de la présente loi à moins que les procédures ne soient engagées dans les six mois suivant la délivrance de lettres d'homologation ou d'administration de la succession de la personne décédée, et, pour les besoins d'une action fondée sur la présente loi, les procédures ne doivent pas être engagées après l'expiration d'un an suivant la date du décès de la personne en question.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Cox Hanson O'Reilly Matheson, St. John's.

Procureurs de l'intimé : Curtis, Dawe, St. John's.

**Minister of Citizenship
and Immigration** *Appellant/Respondent
on motion*

v.

**Léon Mugesera, Gemma Uwamariya,
Irenée Rutema, Yves Rusi,
Carmen Nono, Mireille Urumuri and
Marie-Grâce Hoho** *Respondents/Applicants*

and

**League for Human Rights of B'nai Brith
Canada, PAGE RWANDA, Canadian Centre
for International Justice, Canadian Jewish
Congress, University of Toronto, Faculty of
Law — International Human Rights Clinic,
and Human Rights Watch** *Interveners*

**INDEXED AS: MUGESERA v. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

Neutral citation: 2005 SCC 39.

File No.: 30025.

Hearing and judgment: December 8, 2004.

Reasons delivered: June 28, 2005.

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

**MOTION FOR A PERMANENT STAY OF
PROCEEDINGS**

Practice — Abuse of process — Motion for permanent stay of proceedings — Motion alleging Minister's decision to appeal strongly influenced by certain organizations — Appointment to Supreme Court of Canada of judge whose spouse chaired committee of one of these organizations — Allegation of abuse of power in respect of this appointment — Whether permanent stay of proceedings should be granted owing to abuse of process.

Courts — Supreme Court of Canada — Bias — Voluntary recusal of judge whose spouse chaired committee

**Ministre de la Citoyenneté
et de l'Immigration** *Appellant/Intimé à la
requête*

c.

**Léon Mugesera, Gemma Uwamariya,
Irenée Rutema, Yves Rusi,
Carmen Nono, Mireille Urumuri et
Marie-Grâce Hoho** *Intimés/Requérants*

et

**Ligue des droits de la personne de B'nai
Brith Canada, PAGE RWANDA, Le Centre
canadien pour la justice internationale,
Congrès juif canadien, University of
Toronto, Faculty of Law — International
Human Rights Clinic et Human Rights
Watch** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MUGESERA c. CANADA (MINISTRE DE
LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)**

Référence neutre : 2005 CSC 39.

N° du greffe : 30025.

Audition et jugement : 8 décembre 2004.

Motifs déposés : 28 juin 2005.

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

**REQUÊTE EN SUSPENSION DÉFINITIVE DES
PROCÉDURES**

Pratique — Abus de procédure — Requête en suspension définitive des procédures — Requête alléguant que la décision d'un ministre d'interjeter appel a été fortement influencée par certains organismes — Nomination à la Cour suprême du Canada d'une juge dont le conjoint a été président d'un comité de l'un de ces organismes — Allégation d'abus de pouvoir relativement à cette nomination — Y a-t-il lieu de prononcer la suspension définitive des procédures pour cause d'abus de procédure?

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Partialité — Récusation volontaire d'une juge dont le conjoint

of one of interveners — Whether fact that there ground for one of Court's members to recuse him or herself compromises impartiality of entire court.

Shortly before the hearing by this Court of an appeal from a decision setting aside an order to deport M and members of his family, counsel for M filed a motion for a permanent stay of proceedings. The motion was based on two grounds: an alleged abuse of power by the then Minister of Citizenship and Immigration and the current Minister of Justice, and an apprehension of bias on the part of this Court as a whole. It is alleged that, strongly influenced by Jewish individuals and organizations, the Ministers decided to appeal the Federal Court of Appeal's judgment and have M deported at all costs. To this end, the current Minister of Justice allegedly plotted to have one of the two new members of the Court appointed. Despite the voluntary recusal of the judge in question, it is also alleged that the mere presence on the Court of a judge whose spouse chaired the War Crimes Committee of the Canadian Jewish Congress, an intervener in the case at bar, would impair the ability of the balance of its members to remain impartial.

Held: The motion should be dismissed.

The motion is unacceptable from every point of view. It constitutes an unqualified and abusive attack on the integrity of the judges of the Court and systematically refers to irresponsible innuendo. The only abuse of process from this motion lies at the feet of M and his counsel. The Minister availed himself of a recourse provided for by law in respect of a matter of public policy and was granted leave to appeal. This decision was made and endorsed by a succession of members of the federal cabinet at various stages in the proceedings. Bias on the Court's part has not been established either. None of the judges who were scheduled to hear and have now heard the appeal were involved in the case. If there is a duty on the part of one member of our Court to recuse him or herself, it is an astounding proposition to suggest that the same duty automatically attaches to the rest of the Court or compromises the integrity of the whole Court. [14-16]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Wewaykum Indian Band*

a été président d'un comité de l'un des intervenants — L'existence d'un motif de récusation particulier à l'un des membres de la Cour met-elle en cause l'impartialité de l'ensemble du tribunal?

Peu avant l'audition d'un pourvoi devant notre Cour contre un arrêt annulant une ordonnance d'expulsion de M et des membres de sa famille, l'avocat de M dépose une requête en suspension définitive des procédures. La requête s'appuie sur deux motifs : l'abus de pouvoir allégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de l'époque et de l'actuel ministre de la Justice et la partialité appréhendée de l'ensemble de notre Cour. Il est allégué que, fortement influencés par des individus et des organismes juifs, les ministres auraient décidé d'interjeter appel du jugement de la Cour d'appel fédérale et d'obtenir à tout prix l'expulsion de M. Pour obtenir ce résultat, le ministre actuel de la Justice aurait manœuvré pour faire nommer l'un des deux nouveaux membres de la Cour. Malgré la récusation volontaire de la juge concernée, il est également allégué que la seule présence au sein de la Cour d'une juge dont le conjoint a été président du comité sur les crimes de guerre du Congrès juif canadien, intervenant dans la présente affaire, porterait atteinte à la capacité de ses autres membres de demeurer impartiaux.

Arrêt : La requête est rejetée.

La requête est inadmissible à tous les points de vue. Elle comporte une véritable attaque contre l'intégrité des juges de la Cour et elle utilise systématiquement l'insinuation et la spéculation irresponsables. Le seul abus de procédure dans cette affaire est celui que provoque cette requête. Il n'est attribuable qu'à M et à son avocat. Le ministre a exercé un recours prévu par la loi relativement à une question d'intérêt public et il a obtenu l'autorisation d'engager le pourvoi. Cette décision a été prise et partagée par des membres successifs du cabinet fédéral à des étapes différentes de la procédure. La partialité de la Cour n'a pas non plus été établie. Aucun des juges qui devaient entendre et qui ont entendu le pourvoi n'a été impliqué dans l'affaire. Même si un membre de notre Cour se trouve dans l'obligation de se récuser, on ne saurait prétendre avec le moindre sérieux que les autres membres de la Cour doivent automatiquement se récuser ou que cette situation compromet l'intégrité de l'ensemble de la Cour. [14-16]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *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; *Bande indienne*

v. Canada, [2003] 2 S.C.R. 259, 2003 SCC 45; *Gillet v. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42.

Statutes and Regulations Cited

Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2.

MOTION for a permanent stay of proceedings.
Motion dismissed.

Bernard Laprade, for the appellant/respondent on the motion.

Guy Bertrand and *Josianne Landry-Allard*, for the respondents/applicants.

Written submissions only by *Benjamin Zarnett*, *Francy Kussner* and *Daniel Cohen*, for the interveners the Canadian Jewish Congress, the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic and Human Rights Watch.

English version of the judgment delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR, BASTARACHE, BINNIE, LEBEL, DESCHAMPS, FISH AND CHARRON JJ. — On December 8, 2004, we reserved judgment on an appeal of the Minister of Citizenship and Immigration from a decision of the Federal Court of Appeal setting aside a deportation order against the respondents, Léon Mugesera and his wife and children. Shortly before the date set for the hearing the respondents filed a motion seeking a permanent stay of all proceedings. After hearing submissions by the respondents, the motion was dismissed as being devoid of merit and improper in advancing scandalous allegations.

I. Introduction

The respondent Mugesera and members of his family were admitted into Canada as permanent residents in 1993. In 1995, the Minister of Citizenship and Immigration decided to deport them pursuant to the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. In the Minister's opinion, Mugesera had been granted landing in Canada by reason of a misrepresentation of a material fact and had committed or incited others to commit murder, genocide or crimes

Wewaykum c. Canada, [2003] 2 R.C.S. 259, 2003 CSC 45; *Gillet c. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42.

Lois et règlements cités

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2.

REQUÊTE en suspension définitive des procédures. Requête rejetée.

Bernard Laprade, pour l'appellant/intimé à la requête.

Guy Bertrand et *Josianne Landry-Allard*, pour les intimés/requérants.

Argumentation écrite seulement par *Benjamin Zarnett*, *Francy Kussner* et *Daniel Cohen*, pour les intervenants le Congrès juif canadien, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch.

Le jugement suivant a été rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LES JUGES MAJOR, BASTARACHE, BINNIE, LEBEL, DESCHAMPS, FISH ET CHARRON — Nous avons mis en délibéré, le 8 décembre 2004, un pourvoi du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui annulait une ordonnance d'expulsion prononcée contre les intimés Léon Mugesera, son épouse et ses enfants. Peu de temps avant la date prévue pour l'audition, les intimés ont présenté une requête en suspension définitive des procédures. Après avoir entendu la plaidoirie des intimés, nous avons rejeté cette requête aussi dépourvue de tout mérite en fait et en droit qu'inappropriée en raison du caractère scandaleux des allégations qu'elle comporte.

I. Introduction

L'intimé, M. Mugesera, et les membres de sa famille ont été admis en résidence permanente au Canada en 1993. En 1995, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a décidé de les expulser, en vertu de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2. À son avis, M. Mugesera aurait obtenu le droit d'établissement au Canada par suite d'une fausse indication sur un fait important et commis ou incité à commettre des meurtres, un génocide ou

against humanity in Rwanda in 1992. Mugesera and his family contested this decision, first before the Adjudication Division, and then before the Appeal Division, of the Immigration and Refugee Board ([1998] I.A.D.D. No. 1972 (QL)). These administrative appeals were unsuccessful.

3 On an application for judicial review, the Federal Court of Canada, Trial Division found that some of the grounds for deportation were invalid, but that the deportation order itself was not: [2001] 4 F.C. 421, 2001 FCT 460. In the trial judge's view, the order remained valid in part. However, the Federal Court of Appeal set aside the Appeal Division's decision in its entirety and found the grounds on which it was based to be invalid: [2004] 1 F.C.R. 3, 2003 FCA 325. The court accordingly referred the matter back to the Appeal Division for reconsideration on the basis of the principles enunciated by the court in its reasons. The Minister of Citizenship and Immigration was then granted leave to appeal that judgment: [2004] 1 S.C.R. xi. The appeal, on which we reserved judgment, is being released with these reasons on the Motion.

4 As we mentioned above, shortly before the hearing of the appeal, counsel for the respondents, Mr. Bertrand, filed a motion with affidavits signed by himself and his clients. The motion, entitled [TRANSLATION] "Motion for a Permanent Stay of Proceedings", essentially asked us to terminate all proceedings against the applicants, and more specifically the Minister's appeal. The principal relief sought was that we dismiss the Minister's appeal without considering the merits of the case. The judgment of the Federal Court of Appeal would then apply in its entirety, and the deportation proceedings against the respondents would accordingly be stayed.

II. Grounds for the Motion

5 The respondents' motion is based on two grounds. The first relates to an allegation of abuse of power and abuse of process by the then Minister of Citizenship

des crimes contre l'humanité au Rwanda en 1992. M. Mugesera et les membres de sa famille ont attaqué cette décision devant la section d'arbitrage, puis devant la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ([1998] D.S.A.I. n° 1972 (QL)). Ces procédures d'appel administratif ont échoué.

Une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale du Canada, Section de première instance a entraîné l'invalidation de certains des motifs d'expulsion, mais non celle de l'ordre d'expulsion : [2001] 4 C.F. 421, 2001 CFPI 460. Selon le juge de première instance, cet ordre demeurait en partie bien fondé. Cependant, la Cour d'appel fédérale a annulé dans sa totalité la décision de la section d'appel et les motifs qui la soutenaient : [2004] 1 R.C.F. 3, 2003 CAF 325. Elle a alors renvoyé l'affaire devant la section d'appel pour qu'elle soit réexaminée sur la base des principes qu'elle a définis à cette occasion. Par la suite, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a obtenu l'autorisation de se pourvoir de ce jugement : [2004] 1 R.C.S. xi. Nous prononçons notre décision sur ce pourvoi, à l'égard duquel nous avons réservé notre jugement, en même temps que nous déposons les motifs concernant la requête.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, peu avant l'audition de l'appel, l'avocat des intimés, M^e Bertrand, a déposé une requête appuyée de sa propre déclaration assermentée ainsi que de celles de ses clients. Cette requête intitulée « Requête en suspension définitive des procédures » nous demandait en substance de mettre fin à l'ensemble des procédures engagées contre les requérants et plus précisément à l'appel du ministre. En effet, les conclusions principales recherchées demandaient que l'appel du ministre soit rejeté sans examen du fond du dossier. Les conclusions de la Cour d'appel fédérale se seraient alors appliquées intégralement, ce qui aurait entraîné l'arrêt de la procédure d'expulsion engagée contre les intimés.

II. Les motifs de la requête

La requête des intimés s'appuie sur deux motifs. Le premier concerne l'abus de pouvoir et l'abus de procédure allégués du ministre de la Citoyenneté et

and Immigration and the current Minister of Justice; the other relates to an apprehension of bias on the part of this Court as a whole.

We do not intend to reproduce all the allegations made in the motion, but we will briefly summarize its content. The particular focus of this proceeding is on the recent changes in the composition of our Court and the circumstances surrounding those changes, which, the respondents submit, support allegations of abuse of process and bias.

It is public knowledge that positions on this Court became vacant early in the summer of 2004 following the resignations of two judges, the Honourable Mr. Justice Frank Iacobucci and the Honourable Madam Justice Louise Arbour. Following a process that included a parliamentary review, two new members joined the Court late in the summer of 2004, namely the Honourable Madam Justice Rosalie Abella and the Honourable Madam Justice Louise Charron, who had both served on the Ontario Court of Appeal for many years.

Within days of her appointment, upon reading the list of cases scheduled to be heard in December 2004, Abella J. recused herself of her own accord on September 16, 2004. Her husband, as chair of the War Crimes Committee of the Canadian Jewish Congress, a party to these proceedings, had conveyed representations about this case to the then Minister of Citizenship and Immigration, the Honourable Denis Coderre. The Registrar of this Court immediately informed the parties that Abella J. would not be taking part in this appeal.

Two months after they were informed of the voluntary recusal of Abella J., the respondents filed the above-mentioned motion. The motion alleges that an extensive Jewish conspiracy was hatched to ensure that the Minister's appeal would succeed and that the respondent Mugesera and his family would be deported.

The motion and the supporting affidavits state that the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Justice and Attorney General

de l'Immigration de l'époque et du ministre actuel de la Justice; l'autre, la partialité appréhendée de l'ensemble de notre Cour.

Nous n'entendons pas reproduire ici toutes les allégations de la requête, mais nous résumerons brièvement son contenu. Cette procédure vise particulièrement des changements récents dans la composition de notre Cour et prétend tirer argument des circonstances qui les auraient entourés pour justifier des allégations d'abus de procédure et de partialité.

Il est de connaissance publique que des postes sont devenus vacants à notre Cour au début de l'été 2004 en raison des démissions de deux juges, les honorables Frank Iacobucci et Louise Arbour. À la suite d'une procédure qui comportait un examen parlementaire, deux nouveaux membres se sont joints à notre Cour à la fin de l'été 2004, les honorables Rosalie Abella et Louise Charron, qui appartenaient depuis plusieurs années à la Cour d'appel de l'Ontario.

Peu après sa nomination, en prenant connaissance du rôle d'audience prévu pour le mois de décembre 2004, la juge Abella s'est récusée de son propre chef le 16 septembre 2004. Son conjoint, en qualité de président du comité sur les crimes de guerre du Congrès juif canadien, organisme partie au présent dossier, avait communiqué des observations au sujet de l'affaire au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de l'époque, l'honorable Denis Coderre. La registraire de notre Cour a immédiatement informé les parties que la juge Abella ne participerait pas au pourvoi.

Deux mois après avoir été informés de la récusation volontaire de la juge Abella, les intimés ont déposé la requête que nous mentionnons plus haut. Celle-ci allègue l'existence d'un vaste complot juif pour garantir le succès du pourvoi du ministre et l'expulsion de l'intimé, M. Mugesera, et des membres de sa famille.

La requête et les déclarations assermentées produites à son soutien affirment que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de

6

7

8

9

10

of Canada were relentless and biased in their handling of the case. Strongly influenced by Jewish individuals and organizations, they are alleged to have decided to appeal the Federal Court of Appeal's decision and have Mr. Mugesera deported at all costs. To this end, the current Minister of Justice, the Honourable Irwin Cotler, allegedly plotted to have Justice Abella appointed to the Supreme Court of Canada, so she could sit on this appeal. All the members of this Court were said to be "contaminated" by her appointment and incapable of being impartial toward the respondents.

11 In summary, Mr. Bertrand's arguments and his personal affidavit evidence alleged influential members of the Jewish community manipulated the Canadian political system and the country's highest court for the sole purpose of having Mugesera deported, and it would be impossible for the respondents to receive a fair hearing as a consequence. The only solution, the respondents submitted, would be for the Court to acknowledge its inability to act impartially because of its contamination, and to grant a permanent stay of proceedings.

III. Principles Governing a Review of Abuse of Process and the Application of Judicial Impartiality

12 The legal framework for stays of proceedings and the principles defining the tests for judicial independence and the impartiality requirement are well known. On the one hand, the stay of proceedings is a drastic remedy for an abuse of process. In the case at bar, the relief sought by the respondents would mean that the substantive arguments filed by the Minister in this appeal in support of the validity of Mr. Mugesera's deportation order would never be reviewed in a definitive manner by the Court. Nor would the public's interest in having this review take place be protected. However, this decision must be made in a legal context in which this Court has in past decisions ruled that the stay of proceedings is a remedy that must be limited to the most serious cases, such as in situations involving abuse by the prosecution (*R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002

la Justice et procureur général du Canada ont fait preuve d'acharnement et de partialité dans ce dossier. Fortement influencés par des individus et des organismes juifs, ils auraient décidé d'interjeter appel du jugement de la Cour d'appel fédérale et d'obtenir à tout prix l'expulsion de M. Mugesera. Pour obtenir ce résultat, le ministre actuel de la Justice, l'honorable Irwin Cotler, aurait manœuvré pour faire nommer la juge Abella à la Cour suprême du Canada afin qu'elle puisse participer à l'audition du présent pourvoi. Tous les membres de notre Cour auraient supposément été « contaminés » par sa nomination et seraient incapables d'impartialité à l'égard des intimés.

En bref, l'argumentation de M^e Bertrand et sa déclaration assermentée déposée en preuve soutiennent que des membres influents de la communauté juive ont manipulé à leur gré le système politique canadien et la plus haute cour du Canada dans le seul but d'obtenir l'expulsion de M. Mugesera. Ce contexte ne permettrait pas aux intimés d'obtenir justice. Les intimés ne voient qu'une solution : la Cour devrait reconnaître son incapacité d'agir impartialement du fait qu'elle a été contaminée et prononcer la suspension définitive des procédures.

III. Les principes régissant le contrôle de l'abus de procédure et la mise en œuvre de l'impartialité judiciaire

Le cadre juridique de l'arrêt des procédures de même que les principes définissant les critères de l'indépendance judiciaire et l'exigence d'impartialité sont bien connus. D'une part, l'arrêt des procédures constitue une forme de réparation draconienne d'un abus de procédure. Dans l'espèce, la conclusion recherchée par les intimés signifierait que les moyens de fond soumis par le ministre dans cet appel, pour soutenir la validité de l'ordre d'expulsion de M. Mugesera, ne seraient jamais examinés de façon finale par notre Cour. L'intérêt public à ce que cet examen s'effectue ne serait pas non plus préservé. Cette décision doit toutefois se prendre dans un contexte juridique où la jurisprudence de notre Cour a statué qu'il faut réserver la réparation que constitue l'arrêt des procédures aux cas les plus graves, notamment dans les situations d'abus de la

SCC 12, at para. 53; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 59; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paras. 59 and 68).

On the other hand, we recently considered the principles that define the nature of a judge's duty of impartiality and how this duty is applied in the review of an application to vacate a judgment of this Court (see *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259, 2003 SCC 45). The duty of impartiality requires that judges approach all cases with an open mind (see para. 58). There is a presumption of impartiality. The burden of proof is on the party alleging a real or apprehended breach of the duty of impartiality, who must establish actual bias or a reasonable apprehension of bias. In the case at bar, the situation must be considered in the context of the role and operating procedures of a collegial court consisting of nine judges serving as Canada's court of final resort.

IV. Application of the Principles

As stated, this motion is flagrantly without basis in fact or in law. First, the Minister of Citizenship and Immigration, in deciding to appeal, availed himself to a recourse provided for by law in respect of a matter of public policy and was granted leave to appeal. It should be noted that his decision to appeal was made and endorsed by a succession of members of the federal cabinet at various stages in the proceedings, including the application for leave to appeal. The Honourable Irwin Cotler, currently the Minister of Justice, was not in Cabinet at the time.

Next, none of the judges who were scheduled to hear and have now heard the appeal were in any way involved in this case. No reasonable person would think, after Abella J. voluntarily recused herself, that her mere presence on the Court would impair the ability of the balance of its members to remain impartial. If there is a duty on the part of one

part de la poursuite (*R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 53; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 59; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 59 et 68).

D'autre part, nous avons examiné récemment les principes définissant la nature de l'obligation d'impartialité des juges et encadrant sa mise en œuvre à l'occasion de l'examen d'une demande visant l'annulation d'un jugement de notre Cour (voir *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, 2003 CSC 45). L'obligation d'impartialité exige que le juge aborde tout dossier avec un esprit ouvert (voir par. 58). Une présomption d'impartialité existe. Le fardeau de la preuve appartient à la partie qui soulève la violation réelle ou appréhendée de l'obligation d'impartialité. Il lui faut établir soit la partialité réelle, soit l'apparence raisonnable de partialité. Dans le présent cas, la situation doit s'apprécier aussi par rapport au rôle et au mode de fonctionnement d'une cour collégiale composée de neuf juges, siégeant en dernier ressort au Canada.

IV. Application des principes

Comme nous l'avons déjà souligné, l'absence de fondement de la requête est flagrant en fait comme en droit. D'abord, lorsqu'il a décidé d'interjeter appel, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a exercé un recours prévu par la loi relativement à une question d'intérêt public et il a obtenu l'autorisation d'engager le pourvoi. On remarquera d'ailleurs que cette décision a été prise et partagée par des membres successifs du cabinet fédéral à des étapes différentes de la procédure, notamment à celle de la requête pour autorisation de pourvoi. Cependant, le ministre actuel de la Justice, l'honorable Irwin Cotler, n'était pas membre du cabinet à l'époque.

Par ailleurs, aucun des juges qui devaient entendre et qui ont maintenant entendu le pourvoi n'a été impliqué, à quelque titre que ce soit, dans cette affaire. Aucune personne raisonnable ne croirait, après la récusation volontaire de la juge Abella, que sa seule présence au sein de la Cour porterait atteinte à la capacité de ses autres membres de demeurer

13

14

15

member of our Court to recuse him or herself, it is an astounding proposition to suggest that the same duty automatically attaches to the rest of the Court or compromises the integrity of the whole Court. To reach that conclusion would be to ascribe a singular fragility to the impartiality that a judge must necessarily show, and to the ability of judges to discharge the duties associated with impartiality in accordance with the traditions of our jurisprudence. The Quebec Court of Appeal helpfully noted these principles in a recent decision dismissing a motion to stay proceedings in which bias was alleged against all the judges of the Quebec Superior Court (*Gillet v. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42, *per* Robert C.J.Q. and Gendreau and Baudouin J.J.A.).

impartiaux. Même si un membre de notre Cour se trouve dans l'obligation de se récuser, on ne saurait prétendre avec le moindre sérieux que les autres membres de la Cour doivent automatiquement se récuser ou que cette situation compromette l'intégrité de l'ensemble de la Cour. Pareille conclusion attribuerait une singulière fragilité à l'indispensable impartialité des juges et à la capacité de ces derniers de respecter les obligations qui s'y rattachent, selon nos traditions juridiques. La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs rappelé utilement ces principes, lorsqu'elle a récemment déclaré irrecevable une requête en suspension des procédures fondée sur la partialité alléguée de l'ensemble des juges de la Cour supérieure du Québec (*Gillet c. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42, le juge en chef Robert et les juges Gendreau et Baudouin).

16

Although it is not our usual practice, the content of the motion and of its allegations compels us to point out that it is unprofessional and unacceptable. It constitutes an unqualified and abusive attack on the integrity of the Judges of this Court. In an attempt to establish the alleged Jewish conspiracy and abuse of process against the Mugeseras, this pleading systematically referred to irresponsible innuendo. In addition, it refers to exhibits that are irrelevant and whose content is entirely inappropriate and misleading. Thus, it is obvious from the motion and its supporting exhibits that it was drafted with little concern for the rigour, restraint and respect for the facts required of all lawyers involved in judicial proceedings as an officer of the court. We are compelled to say that none of the allegations in the motion, no portion of the affidavits filed in support of the motion, and none of the documents to which these affidavits refer justifies the motion with respect to members of this Court or to the appellant's decision to initiate and pursue this appeal. The only abuse of process from this motion lies at the feet of the respondent Mugesera and Mr. Bertrand.

Bien que cela ne soit pas coutumier, la teneur de la requête et de ses allégations nous oblige à en dénoncer le caractère inadmissible à tous les points de vue. Elle comporte une véritable attaque contre l'intégrité des juges de notre Cour. Pour tenter d'établir le prétendu complot juif et l'abus de procédure dont la famille Mugesera serait victime, cet acte de procédure utilise systématiquement l'insinuation et la spéculation irresponsables. Il invoque aussi des pièces sans pertinence, au contenu totalement inapproprié et trompeur. L'étude de la requête et des pièces à son soutien confirme l'emploi d'une méthode de rédaction peu soucieuse des exigences de rigueur, de modération et de respect des faits qui s'imposent à tout avocat, en sa qualité d'officier de justice, dans la mise en œuvre de la procédure judiciaire. Nous devons alors constater qu'aucune des allégations de la requête, qu'aucun élément des déclarations assermentées produites au soutien de celle-ci, qu'aucun des documents auxquels ces déclarations renvoient ne justifie la demande à l'égard des membres de notre Cour ou de la décision de l'appellant d'entamer et de poursuivre le présent appel. Le seul abus de procédure dans cette affaire est celui que provoque cette requête. Il n'est attribuable qu'à l'intimé, M. Mugesera, et à M^e Bertrand.

17

Regretfully, we must also mention that the motion and the documents filed in support of it include anti-Semitic sentiment and views that most might have

Avec regrets, nous devons aussi noter que la requête et la documentation produite comportent des éléments d'un discours antisémite que l'on

thought had disappeared from Canadian society, and even more so from legal debate in Canada. Our society is a diverse one, home to the widest variety of ethnic, linguistic and cultural groups. In this society, to resort to discourse and actions that profoundly contradict the principles of equality and mutual respect that are the foundations of our public life shows a lack of respect for the fundamental rules governing our public institutions and, more specifically, our courts and the justice system.

The motion is dismissed with costs.

Motion dismissed with costs.

Solicitor for the appellant/respondent on motion: Deputy Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the respondents/applicants: Guy Bertrand & Associés, Québec.

Solicitors for the interveners the Canadian Jewish Congress, the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch: Goodmans, Toronto.

aurait cru disparu de la société canadienne et encore plus des débats judiciaires au Canada. Notre société est une société diverse, connue comme un lieu d'accueil où vivent les groupes ethniques, linguistiques ou culturels les plus variés. Dans le cadre de cette société, l'appel à un type de discours et de moyens qui porte gravement atteinte aux principes d'égalité et de respect mutuel qui animent notre vie commune ne respecte guère les règles fondamentales du fonctionnement de nos institutions publiques et, particulièrement, de nos tribunaux et de notre système de justice.

La requête est rejetée avec dépens.

Requête rejetée avec dépens.

Procureur de l'appellant/intimé à la requête : Sous-procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs des intimés/requérants : Guy Bertrand & Associés, Québec.

Procureurs des intervenants le Congrès juif canadien, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch: Goodmans, Toronto.

**Minister of Citizenship and
Immigration** *Appellant*

v.

**Léon Mugesera, Gemma Uwamariya,
Irenée Rutema, Yves Rusi,
Carmen Nono, Mireille Urumuri and
Marie-Grâce Hoho** *Respondents*

and

**League for Human Rights of B'nai Brith
Canada, PAGE RWANDA, Canadian
Centre for International Justice, Canadian
Jewish Congress, University of Toronto,
Faculty of Law — International Human
Rights Clinic, and Human Rights
Watch** *Interveners*

**INDEXED AS: MUGESERA v. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

Neutral citation: 2005 SCC 40.

File No.: 30025.

2004: December 8; 2005: June 28.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Role of reviewing court of secondary level of appellate review — Federal Court of Appeal setting aside findings of fact of Immigration and Refugee Board (Appeal Division) and making its own evaluation of evidence — Whether Federal Court of Appeal exceeded scope of its judicial review function — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(4).

Immigration — Removal after admission — Offences committed outside Canada — Permanent resident alleged to have incited murder, genocide and hatred in speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Whether Federal Court of Appeal erred in finding speech did not constitute incitement to murder, genocide, or hatred — Whether

**Ministre de la Citoyenneté et de
l'Immigration** *Appelant*

c.

**Léon Mugesera, Gemma Uwamariya,
Irenée Rutema, Yves Rusi,
Carmen Nono, Mireille Urumuri et
Marie-Grâce Hoho** *Intimés*

et

**Ligue des droits de la personne de B'nai
Brith Canada, PAGE RWANDA, Le Centre
canadien pour la justice internationale,
Congrès juif canadien, University of
Toronto, Faculty of Law — International
Human Rights Clinic, et Human Rights
Watch** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MUGESERA c. CANADA (MINISTRE DE
LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)**

Référence neutre : 2005 CSC 40.

N° du greffe : 30025.

2004 : 8 décembre; 2005 : 28 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Rôle du tribunal siégeant en appel de la décision sur la demande de contrôle judiciaire — La Cour d'appel fédérale a écarté les conclusions de fait de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section d'appel) et s'est livrée à sa propre appréciation de la preuve — A-t-elle omis de s'en tenir à un contrôle judiciaire? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(4).

Immigration — Renvoi après admission — Infractions commises à l'étranger — Allégations reprochant à un résident permanent d'avoir incité au meurtre, au génocide et à la haine dans un discours prononcé au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de conclure que le discours ne constituait pas une

permanent resident should be deported — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 27(1)(a.1)(ii), (a.3)(ii).

Immigration — Removal after admission — Crime against humanity committed outside Canada — Permanent resident alleged to have committed crime against humanity because of speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Whether Federal Court of Appeal erred in finding that there were no reasonable grounds to believe speech constituted crime against humanity — Whether permanent resident should be deported — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1)(j), 27(1)(g).

Criminal law — Elements of offences — Incitement to murder — Incitement to genocide — Incitement to hatred — Permanent resident alleged to have incited murder, genocide and hatred in speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Deportation — Standard of proof set out in relevant sections of Immigration Act — Whether elements of offences made out — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 318(1), 319, 464(a) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 27(1)(a.1)(ii), (a.3)(ii).

Criminal law — Elements of offence — Crimes against humanity — Permanent resident alleged to have committed crimes against humanity because of speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Provisions of Criminal Code to be interpreted and applied in accordance with international law — Deportation — Standard of proof set out in relevant sections of Immigration Act — Whether elements of offence made out — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 7(3.76), (3.77) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 19(1)(j), 27(1)(g).

On November 22, 1992, M, an active member of a hard-line Hutu political party opposed to a negotiation process then under way to end the war, spoke to about 1,000 people at a meeting of the party in Rwanda. The content of the speech eventually led the Rwandan authorities to issue the equivalent of an arrest warrant against M, who fled the country shortly thereafter. In 1993, he successfully applied for permanent residence in Canada. In 1995, the Minister of Citizenship and Immigration commenced proceedings under ss. 27(1) and 19(1) of the

incitation au meurtre, au génocide et à la haine? — Le résident permanent doit-il être expulsé? — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 27(1)a.1)(ii), a.3)(ii).

Immigration — Renvoi après admission — Crime contre l'humanité commis à l'étranger — Allégation reprochant à un résident permanent d'avoir commis un crime contre l'humanité en prononçant un discours au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de conclure à l'absence de motifs raisonnables de penser que le discours constituait un crime contre l'humanité? — Le résident permanent doit-il être expulsé? — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)j), 27(1)g).

Droit criminel — Éléments constitutifs des infractions — Incitation au meurtre — Incitation au génocide — Incitation à la haine — Allégations reprochant à un résident permanent d'avoir incité au meurtre, au génocide et à la haine dans un discours prononcé au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — Expulsion — Norme de preuve prévue dans les dispositions applicables de la Loi sur l'immigration — Les éléments constitutifs des infractions ont-ils été établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 318(1), 319, 464a) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 27(1)a.1)(ii), a.3)(ii).

Droit criminel — Éléments constitutifs de l'infraction — Crime contre l'humanité — Allégation reprochant à un résident permanent d'avoir commis un crime contre l'humanité en prononçant un discours au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — Les dispositions du Code criminel doivent être interprétées et appliquées conformément au droit international — Expulsion — Norme de preuve prévue dans les dispositions applicables de la Loi sur l'immigration — Les éléments constitutifs de l'infraction ont-ils été établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 7(3.76), (3.77) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)j), 27(1)g).

Le 22 novembre 1992, M, un membre actif d'un parti politique hutu radical opposé au processus de négociation alors en cours pour mettre fin à la guerre, s'est adressé à quelque 1 000 personnes lors d'une assemblée du parti au Rwanda. La teneur de son discours a amené les autorités rwandaises à lancer contre lui l'équivalent d'un mandat d'arrestation, et il a fui le pays peu après. En 1993, sa demande de résidence permanente au Canada a été accueillie. En 1995, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a engagé la procédure prévue aux

Immigration Act to deport M on the basis that by delivering his speech, he had incited to murder, genocide and hatred, and had committed a crime against humanity. An adjudicator concluded that the allegations were valid and issued a deportation order against M. The Immigration and Refugee Board (Appeal Division) (“IAD”) upheld the decision. The Federal Court – Trial Division dismissed the application for judicial review on the allegations of incitement to commit murder, genocide or hatred, but allowed it on the allegation of crimes against humanity. The Federal Court of Appeal (“FCA”) reversed several findings of fact made by the IAD, found the Minister’s allegations against M to be unfounded and set aside the deportation order.

Held: The appeal should be allowed. The deportation order is valid and should be restored.

(1) *Standard of Review*

The FCA erred in its application of the standard of review. At the secondary level of appellate review, the court’s role is limited to determining, based on the correctness standard, whether the reviewing judge has chosen and applied the correct standard of review. In this case, the FCA exceeded the scope of its judicial review function when it engaged in a broad-ranging review and reassessment of the IAD’s findings of fact, even though it had not been demonstrated that the IAD had made a reviewable error on the applicable standard of reasonableness. The FCA did not focus on the reasonableness of the findings, but reviewed their correctness on its own view of the evidence. The IAD’s findings of fact, as stated by the panel member who wrote the main reasons, were based on a careful review of all the evidence and were reasonable. The FCA should have proceeded with the review of the Minister’s allegations on the basis of the facts as found by the IAD, including the findings of fact in relation to the interpretation of the speech. On questions of law, however, the standard of review is correctness. The IAD is thus not entitled to deference when it comes to defining the elements of a crime or whether the Minister’s burden of proof has been discharged. [35-36] [39-43] [59]

(2) *Incitement to Murder, Genocide and Hatred*

For the purposes of this case, where the Minister relies on a crime committed abroad, a conclusion that the elements of the crime in Canadian criminal law have been made out will be deemed to be determinative in respect of the commission of crimes under Rwandan criminal

par. 27(1) et 19(1) de la *Loi sur l’immigration* en vue d’obtenir l’expulsion de M au motif que, en prononçant son discours, il avait incité au meurtre, au génocide et à la haine, et commis un crime contre l’humanité. Un arbitre a conclu à la validité des allégations et ordonné l’expulsion de M. La Section d’appel de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (« SAI ») a confirmé la décision. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire quant aux allégations d’incitation au meurtre, au génocide et à la haine, mais l’a accueillie relativement à l’allégation de crime contre l’humanité. La Cour d’appel fédérale (« CAF ») a écarté plusieurs conclusions de fait de la SAI, elle a jugé non fondées les allégations du ministre formulées contre M et elle a annulé la mesure d’expulsion.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L’ordonnance d’expulsion est valide et doit être rétablie.

(1) *Norme de contrôle*

La CAF a mal appliqué la norme de contrôle. Le rôle du tribunal siégeant en appel de la décision sur la demande de contrôle judiciaire se limite à décider si, au regard de la norme de la décision correcte, le tribunal de révision a choisi et appliqué la bonne norme de contrôle. En l’espèce, la CAF a omis de s’en tenir à un contrôle judiciaire en s’engageant dans une révision générale et en appréciant de nouveau les conclusions de fait de la SAI même s’il n’avait pas été démontré, selon la norme de la raisonabilité, que la SAI avait commis une erreur susceptible de révision. La CAF ne s’est pas demandé si les conclusions étaient raisonnables, mais bien si elles étaient correctes compte tenu de sa propre appréciation de la preuve. Issues d’un examen minutieux de l’ensemble de la preuve, les conclusions de fait de la SAI, celles du membre de la formation ayant rédigé les motifs principaux, étaient raisonnables. La CAF aurait dû examiner les allégations du ministre en fonction des constatations de fait de la SAI, y compris les conclusions relatives à l’interprétation du discours. La norme de contrôle applicable à une question de droit est celle de la décision correcte. La SAI n’a donc pas droit à la déférence lorsqu’elle définit les éléments constitutifs d’un crime ou qu’elle détermine si le ministre s’est acquitté de son fardeau de preuve. [35-36] [39-43] [59]

(2) *Incitation au meurtre, au génocide et à la haine*

Pour les besoins du présent pourvoi, dans le cas d’un crime qui aurait été perpétré à l’étranger, lorsque les éléments constitutifs du crime sont établis en droit criminel canadien, ils sont réputés l’être également en droit criminel rwandais. En ce qui concerne les allégations

law. With respect to the specific allegations made pursuant to s. 27(1)(a.1)(ii) and (a.3)(ii) of the *Immigration Act*, the evidence adduced by the Minister must meet the civil standard of the balance of probabilities. The Minister must prove that, on the facts of this case as found on a balance of probabilities, the speech constituted an incitement to murder, genocide or hatred. [58-61]

In the case of the allegation of incitement to murder, the offence of counselling under s. 464(a) of the *Criminal Code* requires that the statements, viewed objectively, actively promote, advocate, or encourage the commission of the offence. The criminal act will be made out where the statements are (1) likely to incite, and (2) are made with a view to inciting the commission of the offence. An intention to bring about the criminal result will satisfy the requisite mental element for the offence. Here, the allegation of incitement to murder that is not committed is well founded. The IAD's findings of fact support the conclusion that viewed objectively, the message in M's speech was likely to incite, and was made with a view to inciting murder even if no murders were committed. M conveyed to his listeners, in extremely violent language, the message that they faced a choice of either exterminating the Tutsi, the accomplices of the Tutsi, and their own political opponents, or being exterminated by them. M intentionally gave the speech, and he intended that it result in the commission of murders. Given the context of ethnic massacres taking place at that time, M knew his speech would be understood as an incitement to commit murder. [64] [77-80]

As for the allegation of incitement to genocide (pursuant to s. 318 of the *Code*), the Minister does not need to establish a direct causal link between the speech and any acts of murder or violence. The criminal act requirement for incitement to genocide has two elements: the act of incitement must be direct and public. In order for a speech to constitute a direct incitement, the words used must be clear enough to be immediately understood by the intended audience. The guilty mind is an intent to directly prompt or provoke another to commit genocide. The person who incites must also have the specific intent to commit genocide. Intent can be inferred from the circumstances. In this case, the allegation of incitement to the crime of genocide is well founded. M's message was delivered in a public place at a public meeting and would have been clearly understood by the audience. M also had the requisite mental intent. He was aware that ethnic massacres were taking place when he advocated the killing of members of an identifiable group distinguished by ethnic origin with intent to destroy it in part. [85-89] [94-98]

fondées sur les sous-al. 27(1)a.1(ii) et a.3(ii) de la *Loi sur l'immigration*, la preuve offerte doit satisfaire à la norme civile de la prépondérance des probabilités. Le ministre doit démontrer, compte tenu des faits établis suivant la prépondérance des probabilités, que le discours constituait une incitation au meurtre, au génocide ou à la haine. [58-61]

Pour ce qui est de l'allégation d'incitation au meurtre, l'infraction prévue à l'al. 464a) du *Code criminel* — conseiller la commission d'un acte criminel — est commise si, considérées objectivement, les déclarations encouragent activement ou préconisent la commission de l'infraction. Elles sont criminelles lorsqu'elles (1) sont de nature à inciter à la perpétration de l'infraction et (2) visent la commission de l'infraction. L'intention d'obtenir le résultat criminel établira l'élément moral requis pour l'infraction. En l'espèce, l'allégation d'incitation au meurtre qui n'est pas perpétré est fondée. Les conclusions de fait de la SAI étaient la conclusion que, considéré objectivement, le message véhiculé par le discours de M était de nature à inciter au meurtre et avait ce but, même si aucun meurtre n'a été commis. M a expliqué à son auditoire, en des termes extrêmement violents, qu'il devait choisir entre exterminer les Tutsi, leurs complices et les opposants politiques ou être exterminé par eux. Il a prononcé le discours de manière délibérée et a voulu que la perpétration de meurtres en résulte. Vu le contexte — les massacres ethniques alors en cours —, M savait que son discours serait interprété comme une incitation au meurtre. [64] [77-80]

En ce qui concerne l'allégation d'incitation au génocide (au sens de l'art. 318 du *Code*), le ministre n'a pas à démontrer l'existence d'un lien de causalité direct entre le discours et un meurtre ou un acte de violence. Dans le cas de l'incitation au génocide, la perpétration de l'acte criminel comporte deux exigences : que l'incitation soit directe et qu'elle soit publique. Pour qu'un discours constitue une incitation directe, les mots employés doivent être suffisamment clairs pour être immédiatement compris par l'auditoire visé. L'intention criminelle s'entend de l'intention d'amener ou de provoquer directement autrui à commettre un génocide. L'incitateur doit aussi avoir l'intention spécifique de perpétrer un génocide. L'intention peut s'inférer des circonstances. En l'espèce, l'allégation d'incitation au crime de génocide est fondée. Le message de M a été communiqué au cours d'une assemblée publique tenue dans un lieu public et pouvait être clairement compris par l'auditoire. M avait également l'intention criminelle requise. Il savait que des massacres ethniques avaient lieu lorsqu'il a préconisé, dans un dessein de destruction partielle, l'assassinat des membres d'un groupe identifiable caractérisé par son origine ethnique. [85-89] [94-98]

Under s. 319(1) of the *Code*, the offence of inciting hatred against an identifiable group is committed if such hatred is incited by the communication, in a public place, of statements likely to lead to a breach of the peace; under s. 319(2), the offence is committed only by wilfully promoting hatred against an identifiable group through the communication of statements other than in private conversation. To promote hatred, more than mere encouragement is required. Only the most intense forms of dislike fall within the ambit of s. 319. The section does not require proof that the communication caused actual hatred. The guilty mind required by s. 319(1) is something less than intentional promotion of hatred. Under s. 319(2), the person committing the act must have had as a conscious purpose the promotion of hatred against the identifiable group or must have communicated the statements even though he or she foresaw that the promotion of hatred against that group was certain to result. In many instances, evidence of the mental element will flow from the establishment of the elements of the criminal act of the offence. The trier of fact must consider the speech objectively but with regard for the circumstances in which the speech was given, the manner and tone used, and the persons to whom the message was addressed. The court looks at the understanding of a reasonable person in the social and historical context. Here, the allegation of incitement to hatred was well founded. The IAD's analysis of the speech supports the inference that M intended to target Tutsi and encourage hatred of and violence against that group. His use of violent language and clear references to past ethnic massacres exacerbated the already vulnerable position of Tutsi in Rwanda in the early 1990s. [100-107]

The Minister has discharged his burden of proof. Based on the balance of probabilities, M committed the proscribed acts and is therefore inadmissible to Canada by virtue of s. 27(1) of the *Immigration Act*. [108]

(3) *Crimes Against Humanity*

Under s. 19(1)(j) of the *Immigration Act*, a person shall not be granted admission to Canada if there are "reasonable grounds to believe" that the person has committed a "crime against humanity" outside Canada. The "reasonable grounds to believe" standard requires something more than mere suspicion, but less than the standard applicable in civil matters of proof on the balance of probabilities. Reasonable grounds will exist where there is an objective basis for the belief which is based on compelling and credible information. This standard of proof applies to questions of fact. Whether the facts meet the requirements of a crime against humanity is a question

Suivant le par. 319(1) du *Code*, l'infraction d'incitation à la haine contre un groupe identifiable est commise par la communication en un endroit public de déclarations qui incitent à la haine et qui sont susceptibles d'entraîner une violation de la paix. L'infraction prévue au par. 319(2) est commise uniquement s'il y a fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée. Pour fomenter la haine, il faut davantage qu'un simple encouragement. Seules les formes d'aversion les plus intenses tombent sous le coup de l'art. 319. La disposition n'exige pas la preuve que la communication a effectivement suscité la haine. L'intention criminelle requise au par. 319(1) correspond à une infraction moins grave que la fomentation intentionnelle de la haine. Suivant le par. 319(2), l'auteur de l'acte doit avoir eu le dessein conscient de fomenter la haine contre un groupe identifiable ou avoir communiqué les déclarations même s'il était certain que la communication aurait cet effet. Souvent, l'élément moral ressortira de la preuve des éléments constitutifs de l'infraction. Le juge des faits doit considérer le discours d'un point de vue objectif, mais tenir compte des circonstances dans lesquelles il a été prononcé, de la manière et du ton employés, ainsi que de ses destinataires. Le tribunal se demande quelle compréhension en aurait une personne raisonnable eu égard au contexte social et historique. Dans la présente affaire, l'allégation d'incitation à la haine était fondée. L'analyse du discours par la SAI permet d'inférer que M visait les Tutsi et incitait à la haine et à la violence contre eux. La virulence de ses propos et les renvois non équivoques aux massacres ethniques antérieurs ont rendu encore plus précaire la situation des Tutsi au Rwanda au début des années 1990. [100-107]

Le ministre s'est acquitté de son fardeau de preuve. Suivant la prépondérance des probabilités, M a commis les actes prohibés et est donc non admissible au Canada par application du par. 27(1) de la *Loi sur l'immigration*. [108]

(3) *Crime contre l'humanité*

L'alinéa 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration* dispose qu'une personne est non admissible au Canada lorsqu'on peut « penser, pour des motifs raisonnables », qu'elle a commis un « crime contre l'humanité » à l'étranger. La norme des « motifs raisonnables [de penser] » exige davantage qu'un simple soupçon, mais reste moins stricte que la prépondérance des probabilités applicable en matière civile. La croyance doit essentiellement posséder un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi. Cette norme de preuve s'applique aux questions de fait. La question de savoir si les faits satisfont aux exigences d'un crime contre l'humanité

of law. The facts, as found on the “reasonable grounds to believe” standard, must show that the speech did constitute a crime against humanity in law. The evidence reviewed and relied upon by the panel member who wrote the main reasons for the IAD’s decision clearly meets the “reasonable grounds to believe” standard in that it consists of compelling and credible information that provides an objective basis for his findings of fact. [113-117]

Crimes against humanity, like all crimes, consist of a criminal act and a guilty mind. Under s. 7(3.76) of the *Criminal Code*, the criminal act for such a crime is made up of three elements: (1) one of the enumerated proscribed acts is committed; (2) the act occurs as part of a widespread or systematic attack; and (3) the attack is directed against any civilian population or any identifiable group. Based on the IAD’s findings of fact, each of these elements has been made out. [127-128] [170]

With respect to the first element, both the physical and mental elements of an underlying act must be made out. In the case at bar, there were two possible underlying acts: counselling of murder, and persecution by hate speech. For counselling of murder to be considered a crime against humanity under international law, murders must actually have been committed. The IAD’s finding that no murders were proven to have resulted from the speech therefore precludes a finding that M counselled murder within the meaning of s. 7(3.76), as interpreted in light of customary international law. The other possible underlying act, persecution, is a gross or blatant denial of fundamental rights on discriminatory grounds equal in severity to the other acts enumerated in s. 7(3.76). Hate speech, particularly when it advocates egregious acts of violence, may constitute persecution, even if it does not result in the commission of acts of violence. The requisite mental element for persecution is that the person committing the act must have intended to commit the persecutory act and must have committed the act with discriminatory intent. The requirement of discriminatory intent is unique to persecution. Here, M’s speech bears the hallmarks of a gross or blatant act of discrimination equivalent in severity to the other underlying acts listed in s. 7(3.76). Further, the IAD’s findings of fact amply support a finding that M committed the criminal act of persecution with the requisite discriminatory intent. [142] [147-150]

As for the last two elements, they require that the proscribed act take place in a particular context: a widespread or systematic attack, usually violent, directed

est une question de droit. Les faits établis selon la norme des « motifs raisonnables [de penser] » doivent prouver que le discours constituait en droit un crime contre l’humanité. Les éléments de preuve pris en compte par le membre de la formation ayant rédigé les motifs principaux de la SAI et auxquels il s’est fié satisfont clairement à la norme des « motifs raisonnables [de penser] » en ce qu’ils correspondent à des renseignements concluants et dignes de foi offrant un fondement objectif à ses conclusions de fait. [113-117]

Comme tous les crimes, celui perpétré contre l’humanité est constitué d’un acte criminel et d’une intention criminelle. Il appert du par. 7(3.76) du *Code criminel* que, dans le cas d’un crime contre l’humanité, l’acte criminel comporte trois éléments : (1) commission de l’un des actes prohibés énumérés, (2) perpétration dans le cadre d’une attaque généralisée ou systématique et (3) attaque dirigée contre une population civile ou un groupe identifiable. Au vu des conclusions de fait de la SAI, chacune de ces conditions est remplie. [127-128] [170]

En ce qui a trait à la première condition, l’élément physique de l’acte sous-jacent comme son élément moral doivent être établis. En l’espèce, deux actes sous-jacents sont possibles : conseiller l’assassinat et persécuter en prononçant un discours haineux. En droit international, pour qu’il y ait crime contre l’humanité, le fait de conseiller l’assassinat doit se solder par la perpétration d’un assassinat. Par conséquent, la conclusion de la SAI selon laquelle aucune preuve n’indiquait que le discours avait donné lieu à des assassinats empêche de conclure que M a conseillé l’assassinat au sens du par. 7(3.76) interprété à la lumière du droit international coutumier. L’autre acte criminel sous-jacent possible, la persécution, consiste dans la négation manifeste ou flagrante d’un droit fondamental, pour un motif discriminatoire, équivalant en gravité aux autres actes énumérés au par. 7(3.76). Le discours haineux, spécialement lorsqu’il préconise des actes de violence graves, peut constituer un acte de persécution même s’il n’a pas provoqué d’actes de violence. L’élément moral requis dans le cas de la persécution est l’intention de commettre l’acte de persécution et le fait d’être animé d’une intention discriminatoire. L’exigence de l’intention discriminatoire est propre à la persécution. En l’espèce, le discours porte la marque d’un acte manifeste ou flagrant de discrimination équivalant en gravité aux autres actes sous-jacents énumérés au par. 7(3.76). Les conclusions de fait de la SAI étaient amplement la conclusion que M a commis l’acte de persécution et qu’il avait l’intention discriminatoire requise. [142] [147-150]

Les deux autres conditions veulent que l’acte prohibé soit commis dans un certain contexte — une attaque généralisée ou systématique, habituellement violente,

against any civilian population. The widespread or systematic nature of the attack will ultimately be determined by examining the means, methods, resources and results of the attack upon a civilian population. There is currently no requirement in customary international law that a policy underlie the attack. Furthermore, the attack must be directed against a relatively large group of people, mostly civilians, who share distinctive features which identify them as targets of the attack. A link must be demonstrated between the act and the attack. In essence, the act must further the attack or clearly fit the pattern of the attack, but it need not comprise an essential or officially sanctioned part of it. A persecutory speech which encourages hatred and violence against a targeted group furthers an attack against that group. In this case, in view of the IAD's findings, M's speech was part of a systematic attack that was occurring in Rwanda at the time and was directed against Tutsi and moderate Hutu, two groups that were ethnically and politically identifiable and were a civilian population as this term is understood in customary international law. [153] [156-158] [161-170]

Section 7(3.76) requires, in addition to the mental element of the underlying act, that the person committing the act have knowledge of the attack and either know that his or her acts comprise part of it or take the risk that his or her acts will comprise part of it. Knowledge may be factually implied from the circumstances. The IAD's findings clearly indicate that M possessed the required culpable mental state. M was a well-educated man who was aware of his country's history, of past massacres of Tutsi and of the ethnic tensions in his country, and who knew that civilians were being killed merely by reason of ethnicity or political affiliation. Moreover, the speech itself left no doubt that M knew of the violent and dangerous state of affairs in Rwanda in the early 1990s. Lastly, a man of his education, status and prominence on the local political scene would necessarily have known that a speech vilifying and encouraging acts of violence against the target group would have the effect of furthering the attack. [172-177]

Since there are reasonable grounds to believe that M committed a crime against humanity, he is inadmissible to Canada by virtue of ss. 27(1)(g) and 19(1)(j) of the *Immigration Act*. [179]

Cases Cited

Applied: *R. v. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171; *Prosecutor v. Akayesu*, 9 IHRR 608 (1998), aff'd Case

dirigée contre une population civile. Le tribunal déterminera si l'attaque était généralisée ou systématique à la lumière des moyens, des méthodes et des ressources mis en œuvre, ainsi que de ses conséquences pour la population civile. Pour l'heure, le droit international coutumier n'exige pas qu'une politique sous-tende l'attaque. En outre, celle-ci doit être dirigée contre un groupe de personnes relativement important composé essentiellement de civils qui partagent des caractéristiques distinctives permettant de les identifier. Un lien doit être établi entre l'acte et l'attaque. En substance, l'acte doit soutenir l'attaque ou s'inscrire clairement dans l'ensemble des actes constituant l'attaque, mais il n'est pas nécessaire qu'il en forme une partie essentielle ou qu'il soit officiellement approuvé à ce titre. Un discours prônant la persécution par la fomentation de la haine et de la violence contre un groupe donné soutient l'attaque menée contre ce groupe. En l'espèce, vu les conclusions de la SAI, le discours de M s'inscrivait dans le cadre de l'attaque systématique alors menée au Rwanda contre les Tutsi et les Hutu modérés, deux groupes qui étaient identifiables en raison de leurs caractéristiques ethniques et politiques et qui formaient une population civile au sens du droit international coutumier. [153] [156-158] [161-170]

Le paragraphe 7(3.76) exige, outre l'élément moral correspondant à l'acte criminel sous-jacent, que l'auteur de l'acte connaisse l'existence de l'attaque et qu'il sache que son ou ses actes en font partie ou qu'il coure le risque que son ou ses actes en fassent partie. La connaissance peut s'inférer des circonstances. Les conclusions de la SAI indiquent clairement que M avait l'intention criminelle requise. M était un homme instruit parfaitement au courant de l'histoire de son pays, des massacres de Tutsi dans le passé et de l'existence de tensions ethniques. Il savait que des civils étaient tués du seul fait de leur origine ethnique ou de leur affiliation politique. De plus, il ressortait du discours lui-même que M était au courant de la situation violente et périlleuse qui existait au Rwanda au début des années 1990. Enfin, un homme aussi instruit, parvenu à un niveau élevé dans l'échelle sociale et influent sur la scène politique locale devait nécessairement savoir qu'un discours vilipendant le groupe cible et encourageant le recours à la violence contre lui soutiendrait l'attaque. [172-177]

Comme il existe des motifs raisonnables de penser qu'il a commis un crime contre l'humanité, M est non admissible au Canada suivant les al. 27(1)(g) et 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration*. [179]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171; *Procureur c. Akayesu*, Affaire n° ICTR-96-4-T,

No. ICTR-96-4-A, 1 June 2001; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Prosecutor v. Ruggiu*, 39 ILM 1338 (2000); *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, ICTY, Case Nos. IT-96-23-T-II & IT-96-23/1-T-II, 22 February 2001, aff'd Case Nos. IT-96-23-A & IT-96-23/1-A, 12 June 2002; *Prosecutor v. Blaskic*, 122 ILR 1 (2000); **overruled**: *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; **referred to**: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Aguebor v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 160 N.R. 315; *R. v. Ford* (2000), 145 C.C.C. (3d) 336; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, Case No. ICTR-99-52-T-I, 3 December 2003; *Canadian Jewish Congress v. North Shore Free Press Ltd. (No. 7)* (1997), 30 C.H.R.R. D/5; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85; *Société St-Jean-Baptiste de Montréal v. Hervieux-Payette*, [2002] R.J.Q. 1669; *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297; *Sabour v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (2000), 9 Imm. L.R. (3d) 61; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T-I, 6 December 1999; *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, ICTY, Case No. IT-95-14/2-T-III, 26 February 2001; *Prosecutor v. Kupreskic*, ICTY, Case No. IT-95-16-T-II, 14 January 2000; *Prosecutor v. Kayishema*, Case No. ICTR-95-1-T-II, 21 May 1999; *Prosecutor v. Mrksic, Radic and Sljivancanin*, 108 ILR 53 (1996); *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 1951, p. 15; *Prosecutor v. Tadic*, 112 ILR 1 (1997), aff'd in part 124 ILR 61 (1999).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).
Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24, ss. 4, 6.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 7(3.76), (3.77), 21, 22, 235, 318(1), (2), (4), 319, 464(a).
Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(c), (d).
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), (j), 27(1), (a.1)(ii), (a.3)(ii), (e), (g), 69.4(3).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.
Penal Code (Rwanda), ss. 91(4), 166, 311, 393.

2 septembre 1998, conf. par n° ICTR-96-4-A, 1^{er} juin 2001; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Procureur c. Ruggiu*, Affaire n° ICTR-97-32-I, 1^{er} juin 2000; *Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, TPIY, Affaire n° IT-96-23-T-II & IT-96-23/1-T-II, 22 février 2001, conf. par n° IT-96-23-A & IT-96-23/1-A, 12 juin 2002; *Procureur c. Blaskic*, TPIY, Affaire n° IT-95-14-T, 3 mars 2000; **arrêt rejeté** : *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; **arrêts mentionnés** : *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Aguebor c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 160 N.R. 315; *R. c. Ford* (2000), 145 C.C.C. (3d) 336; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Procureur c. Nahimana, Barayagwiza et Ngeze*, Affaire n° ICTR-99-52-T-I, 3 décembre 2003; *Canadian Jewish Congress c. North Shore Free Press Ltd. (No. 7)* (1997), 30 C.H.R.R. D/5; *R. c. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85; *Société St-Jean-Baptiste de Montréal c. Hervieux-Payette*, [2002] R.J.Q. 1669; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297; *Sabour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1615 (QL); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; *Procureur c. Rutaganda*, Affaire n° ICTR-96-3-T-I, 6 décembre 1999; *Procureur c. Kordic et Cerkez*, TPIY, Affaire n° IT-95-14/2-T-III, 26 février 2001; *Procureur c. Kupreskic*, TPIY, Affaire n° IT-95-16-T-II, 14 janvier 2000; *Procureur c. Kayishema*, Affaire n° ICTR-95-1-T-II, 21 mai 1999; *Procureur c. Mrksic, Radic et Sljivancanin*, TPIY, Affaire n° IT-95-13-R61, 3 avril 1996; *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J. Recueil 1951, p. 15; *Procureur c. Tadic*, TPIY, Affaire n° IT-94-1-T, 7 mai 1997, conf. en partie par n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 7(3.76), (3.77), 21, 22, 235, 318(1), (2), (4), 319, 464a).
Code pénal (Rwanda), art. 91(4), 166, 311, 393.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), (j), 27(1), a.1(ii), a.3(ii), e), g), 69.4(3).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(4)c), d).
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24, art. 4, 6.

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 U.N.T.S. 277, art. II, III(c).

Rome Statute of the International Criminal Court, A/CONF. 183/9, 17 July 1998, art. 7(2)(a).

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, U.N. Doc. S/RES/955, November 8, 1994.

Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, U.N. Doc. S/RES/827, May 25, 1993.

Authors Cited

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2nd rev. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

Mettraux, Guénaël. "Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda" (2002), 43 *Harv. Int'l L.J.* 237.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Décary, Létourneau and Pelletier J.J.A.), [2004] 1 F.C.R. 3, 232 D.L.R. (4th) 75, 309 N.R. 14, 31 Imm. L.R. (3d) 159, [2003] F.C.J. No. 1292 (QL), 2003 FCA 325, with supplementary reasons (2004), 325 N.R. 134, 40 Imm. L.R. (3d) 1, [2004] F.C.J. No. 710 (QL), 2004 FCA 157, varying the decision of Nadon J. (2001), 205 F.T.R. 29, [2001] 4 F.C. 421, [2001] F.C.J. No. 724 (QL), 2001 FCT 460. Appeal allowed.

Michel F. Denis, Normand Lemyre and Louise-Marie Courtemanche, Q.C., for the appellant.

Guy Bertrand and Josianne Landry-Allard, for the respondents.

David Matas, for the interveners the League for Human Rights of B'nai Brith Canada, PAGE RWANDA and the Canadian Centre for International Justice.

Written submissions only by *Benjamin Zarnett, Francy Kussner and Daniel Cohen*, for the interveners the Canadian Jewish Congress, the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch.

Traité et autres instruments internationaux

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 78 R.T.N.U. 277, art. II, III(c).

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, A/CONF. 183/9, 17 juillet 1998, art. 7(2)a).

Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, N.U. Doc. S/RES/827, 25 mai 1993.

Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, N.U. Doc. S/RES/955, 8 novembre 1994.

Doctrine citée

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2nd rev. ed. The Hague : Kluwer Law International, 1999.

Mettraux, Guénaël. « Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda » (2002), 43 *Harv. Int'l L.J.* 237.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Décary, Létourneau et Pelletier), [2004] 1 R.C.F. 3, 232 D.L.R. (4th) 75, 309 N.R. 14, 31 Imm. L.R. (3d) 159, [2003] A.C.F. n° 1292 (QL), 2003 CAF 325, avec motifs supplémentaires (2004), 325 N.R. 134, 40 Imm. L.R. (3d) 1, [2004] A.C.F. n° 710 (QL), 2004 CAF 157, qui a modifié une décision du juge Nadon (2001), 205 F.T.R. 29, [2001] 4 C.F. 421, [2001] A.C.F. n° 724 (QL), 2001 CFPI 460. Pourvoi accueilli.

Michel F. Denis, Normand Lemyre et Louise-Marie Courtemanche, c.r., pour l'appellant.

Guy Bertrand et Josianne Landry-Allard, pour les intimés.

David Matas, pour les intervenants la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada, PAGE RWANDA et Le Centre canadien pour la justice internationale.

Argumentation écrite seulement par *Benjamin Zarnett, Francy Kussner et Daniel Cohen*, pour les intervenants le Congrès juif canadien, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, et Human Rights Watch.

The following is the judgment delivered by

Version française du jugement rendu par

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR, BASTARACHE,
BINNIE, LEBEL, DESCHAMPS, FISH AND
CHARRON JJ. —

LA JUGE EN CHEF ET LES JUGES MAJOR,
BASTARACHE, BINNIE, LEBEL, DESCHAMPS, FISH
ET CHARRON —

I. Introduction

In this appeal, this Court is required to determine whether the Federal Court of Appeal erred in overturning a decision of the Immigration and Refugee Board (Appeal Division) that had found the respondent inadmissible to Canada pursuant to ss. 27(1)(a.1)(ii), 27(1)(a.3)(ii), 27(1)(g) and 19(1)(j) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2 (now replaced by the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27).

The outcome of the appeal hinges on the characterization of a speech delivered by the respondent Léon Mugesera in Rwanda in the Kinyarwanda language. The speech triggered a series of events that have brought the Government of Canada and Mr. Mugesera to this Court.

In short, the content of the speech led the Rwandan authorities to issue the equivalent of an arrest warrant against Mr. Mugesera, who fled the country shortly thereafter. He found temporary refuge in Spain. On March 31, 1993, he applied for permanent residence in Canada for himself, his wife, Gemma Uwamariya, and their five children, Irenée Rutema, Yves Rusi, Carmen Nono, Mireille Urumuri and Marie-Grâce Hoho. After the application was approved, the Mugesera family landed in Canada in August 1993.

In 1995, the Minister of Citizenship and Immigration became aware of allegations against the respondent and commenced proceedings under s. 27 of the *Immigration Act*. A permanent resident of Canada may be deported if it is determined, *inter alia*, that before or after being granted permanent residency, the individual committed criminal acts or offences. In this case, the speech was alleged to

I. Introduction

Notre Cour doit déterminer en l'espèce si la Cour d'appel fédérale a infirmé à tort la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section d'appel) a conclu à l'inadmissibilité de l'intimé au Canada en application des sous-al. 27(1)a.1(ii) et 27(1)a.3(ii) et des al. 27(1)g) et 19(1)j) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2 (désormais remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27).

L'issue du présent pourvoi tient à la qualification d'un discours prononcé par l'intimé Léon Mugesera au Rwanda en langue kinyarwanda, qui se trouve à l'origine de la série d'événements ayant mené à la présente instance devant notre Cour.

En résumé, la teneur du discours a amené les autorités rwandaises à lancer l'équivalent d'un mandat d'arrestation contre M. Mugesera, qui a fui le pays peu après pour se réfugier temporairement en Espagne. Le 31 mars 1993, il a présenté une demande de résidence permanente au Canada pour lui-même, son épouse, Gemma Uwamariya, et leurs cinq enfants, Irenée Rutema, Yves Rusi, Carmen Nono, Mireille Urumuri et Marie-Grâce Hoho. La demande a été acceptée, et la famille a obtenu le droit d'établissement au Canada à son arrivée au pays en août 1993.

En 1995, après avoir pris connaissance d'allégations contre l'intimé, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a engagé la procédure prévue à l'art. 27 de la *Loi sur l'immigration*. Cette disposition prévoit qu'un résident permanent du Canada peut être expulsé s'il est établi, notamment, qu'il a commis un acte criminel ou une infraction avant ou après l'obtention du droit d'établissement. En

1

2

3

4

constitute an incitement to murder, hatred and genocide, and a crime against humanity.

5 In July 1996, an adjudicator concluded that the allegations were valid and issued a deportation order against Mr. Mugesera and his family. The Immigration and Refugee Board (Appeal Division) (“IAD”) upheld the adjudicator’s decision and dismissed the respondents’ appeal ([1998] I.A.D.D. No. 1972 (QL)). The findings of fact and law were subject to judicial review in the Federal Court – Trial Division (“FCTD”) ((2001), 205 F.T.R. 29, 2001 FCT 460), and then in the Federal Court of Appeal (“FCA”). Décary J.A., writing for the FCA, reversed several findings of fact made by the IAD and reversed the deportation order, concluding that the Minister had not met his burden ([2004] 1 F.C.R. 3, 2003 FCA 325, with supplementary reasons (2004), 325 N.R. 134, 2004 FCA 157). The Minister has now appealed to this Court, and he asks that the IAD’s deportation order be confirmed.

6 This appeal raises a number of issues. First, we must consider the standard of review which a reviewing court should apply to findings of fact and conclusions of law. Second, we must apply the appropriate standard of review to determine the facts. This inquiry focuses on the interpretation of the contents of the speech which lies at the heart of these proceedings. Third, having determined the operative facts — what Mr. Mugesera said in the speech — we must apply the law to that speech to determine whether the legal requirements for a deportation order are met. This requires us to consider the provisions of the *Immigration Act* relating to the applicable standard of proof, and the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, relating to incitement to murder, incitement to hatred, incitement to genocide, and crimes against humanity.

7 For the reasons that follow, we would allow the appeal. The decision of the FCA should be set aside and the decision of the IAD in favour of deportation should be restored.

l’espèce, le discours était tenu pour une incitation au meurtre, à la haine et au génocide et pour un crime contre l’humanité.

En juillet 1996, un arbitre a conclu à la validité des allégations et a ordonné l’expulsion de M. Mugesera et de sa famille. La Section d’appel de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (« SAI ») a confirmé la décision de l’arbitre et rejeté l’appel des intimés ([1998] D.S.A.I. n° 1972 (QL)). Les conclusions de fait et de droit de la SAI ont été soumises au contrôle judiciaire de la Section de première instance de la Cour fédérale (« C.F. 1^{re} inst. ») ((2001), 205 F.T.R. 29, 2001 FCT 460), puis de la Cour d’appel fédérale (« CAF »). Au nom de la CAF, le juge Décary a infirmé plusieurs conclusions de fait de la SAI et annulé la mesure d’expulsion au motif que le ministre ne s’était pas acquitté de son fardeau de preuve ([2004] 1 R.C.F. 3, 2003 CAF 325, motifs supplémentaires (2004), 325 N.R. 134, 2004 CAF 157). Ce dernier a formé appel de la décision et demande à notre Cour de confirmer la mesure d’expulsion.

Le présent pourvoi soulève un certain nombre de questions. Premièrement, nous devons déterminer la norme de contrôle que le tribunal de révision doit appliquer à l’égard de conclusions de fait et de conclusions de droit. Deuxièmement, cette norme sera appliquée pour établir les faits, ce qui, en l’espèce, consiste essentiellement à interpréter le discours incriminé. Troisièmement, après avoir établi les faits pertinents — le contenu du discours de M. Mugesera —, il faut appliquer le droit à ces faits et décider si les conditions juridiques de l’expulsion sont réunies, ce qui exige l’examen des dispositions de la *Loi sur l’immigration* relatives à la norme de preuve applicable et de celles du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, relatives à l’incitation au meurtre, à la haine et au génocide et au crime contre l’humanité.

Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi. L’arrêt de la CAF doit être infirmé, et la décision de la SAI confirmant l’expulsion rétablie.

II. Background and Judicial History

A. *Overview of Rwandan History*

There is no doubt that genocide and crimes against humanity were committed in Rwanda between April 7 and mid-July 1994. Although we do not suggest that there is absolutely no connection between the events, it is important to be mindful that one cannot use the horror of the events of 1994 to establish the inhumanity of the speech of November 22, 1992. The allegations made against Mr. Mugesera must be analysed in their context, at the time of his speech.

In order to fully understand the content of the speech of November 22, 1992, it is necessary to situate the speech in the historical context in which it was given. “What we have is a speech delivered in a political context, to an audience that is already aware of several facts, but for which we need explanations if we are to follow it clearly” (IAD judgment, at para. 133).

We will not examine Rwandan history at length but will highlight some key facts and events that are relevant to the disposition of the issues on this appeal.

(1) The Political and Ethnic Context

Rwanda is a small, extremely hilly country in the Great Lakes region of Central Africa. In 1992 there were three officially recognized ethnic groups living in Rwanda: the Hutu, the Tutsi, and the Twa. The Hutu and the Tutsi were the two major ethnic groups as the Twa represented only about 1 percent of the population.

Although there are different explanations regarding the origin of and distinction between the two major ethnic groups, the IAD found that in 1992 a large number of Rwandans apparently believed the theory propagated by the colonists that the Tutsi were a distinct race who originated in Ethiopia. It was also common lore that the Tutsi had invaded and conquered Rwanda and enslaved its inhabitants, the Hutu (IAD judgment, at para. 45). The distinction between the groups was permanently entrenched at

II. Contexte et historique judiciaire

A. *Survol de l'histoire du Rwanda*

Il est avéré que, du 7 avril à la mi-juillet 1994, un génocide a eu lieu au Rwanda et que des crimes contre l'humanité y ont été perpétrés. Sans pour autant nier l'existence d'un lien entre les événements, il importe de rappeler que l'horreur de ce qui s'est produit en 1994 ne saurait établir l'inhumanité du discours du 22 novembre 1992. Les allégations formulées contre M. Mugesera doivent être analysées dans leur contexte, en se reportant au moment où le discours a été prononcé.

Pour bien comprendre sa teneur, il est nécessaire de situer le discours dans son contexte historique. « Nous avons affaire à un discours prononcé dans un cadre politique, devant un auditoire déjà au courant de plusieurs faits, mais pour lesquels nous avons besoin d'explications pour bien suivre » (jugement de la SAI, par. 134).

Sans exposer l'histoire du Rwanda en détail, nous rappellerons maintenant certains faits et événements pertinents pour le règlement des questions en litige.

(1) Le contexte politique et ethnique

Situé dans la région des Grands Lacs, le Rwanda est un petit pays très montagneux de l'Afrique centrale. En 1992, trois groupes ethniques y étaient officiellement reconnus : les Hutu, les Tutsi et les Twa. Les Hutu et les Tutsi formaient les deux principaux groupes ethniques, les Twa ne constituant qu'environ 1 pour 100 de la population.

Différentes thèses expliquent l'origine des deux principales ethnies et ce qui les distingue, mais la SAI a conclu que, en 1992, un grand nombre de Rwandais adhéraient apparemment à la théorie professée par les colonisateurs, savoir que les Tutsi formaient une race distincte, originaire d'Éthiopie. La croyance générale voulait aussi qu'ils aient envahi et conquis le Rwanda, puis réduit sa population, les Hutu, en esclavage (jugement de la SAI, par. 46). La distinction entre les groupes s'est figée avec la

8

9

10

11

12

the time of colonization and with the introduction of identification cards. The European colonial authorities, first German and then Belgian, favoured the Tutsi and used them to administer the colony.

colonisation et l'établissement de cartes d'identité. Les autorités coloniales européennes, d'abord allemandes, puis belges, ont favorisé les Tutsi et eu recours à leurs services pour l'administration de la colonie.

13 In 1959, shortly before the country gained independence, its first political parties were formed. They had ethnic rather than ideological foundations. The major Hutu party, the Parmehutu, won the June 1960 election. With the establishment of the first Republic in 1961, the entire Tutsi political and administrative structure was eliminated. In Rwanda, violence and harassment caused a large number of Tutsi to flee the country, mainly to Uganda. The IAD referred to the 1959-1961 revolution as the "crucial point of reference for three decades" (para. 49). A cycle of violence emerged. Tutsi in exile made incursions into Rwanda and each attack was followed by reprisals against Tutsi within the country. The IAD, at para. 26, described the situation as follows:

En 1959, peu avant l'accession du pays à l'indépendance, les premiers partis politiques ont été créés, et ce, sur des bases ethniques plutôt qu'idéologiques. Le principal parti hutu, le Parmehutu, a remporté les élections tenues en juin 1960. La naissance de la première république en 1961 s'est accompagnée de la destruction complète de la structure politique et administrative tutsi. La violence et le harcèlement ont incité un grand nombre de Tutsi à fuir, principalement en Ouganda. La SAI a qualifié la révolution de 1959-1961 de « point de référence crucial de trois décennies » (par. 50). Un cycle de violence a alors débuté. Les Tutsi en exil se sont livrés à des incursions au Rwanda. Chacune de leurs attaques a été suivie de représailles contre les Tutsi restés au pays. La SAI a décrit la situation comme suit (par. 27) :

Some refugees began to attack Rwanda in 1961 and tried to invade the country about a dozen times. These were the Inyenzi. After each attack, the Tutsi remaining in Rwanda suffered reprisals that were either spontaneous or organized by the authorities. And each time waves of refugees left Rwanda. Some relatively extensive massacres occurred in 1963 (5,000 to 8,000 deaths alone in Gikongoro prefecture).

Des réfugiés ont commencé à attaquer le Rwanda en 1961 et ont essayé d'envahir le pays une dizaine de fois. C'étaient les Inyenzi. Après chaque attaque, les Tutsi restés au Rwanda subissaient des représailles spontanées ou organisées par les autorités. Et à chaque fois des vagues de réfugiés quittaient le Rwanda. Des massacres plus importants ont eu lieu en 1963 (5 à 8 000 morts, seulement dans la préfecture de Gikongoro).

Further disturbances and massacres thrust more large groups into exile. An estimated 600,000 people, essentially Tutsi, left Rwanda between 1959 and 1973. [Footnotes omitted.]

D'autres troubles et massacres poussent encore à l'exil des groupes importants. On estime à 600 000 le nombre de personnes ayant quitté le Rwanda de 1959 à 1973, essentiellement des Tutsi. [Notes omises.]

14 In the wake of the massacres and of general discrimination in the period between 1963 and 1973, about one half of the Tutsi population left Rwanda (IAD judgment, at para. 49).

Entre 1963 et 1973, les massacres et la discrimination générale ont amené environ la moitié de la population tutsi à quitter le Rwanda (jugement de la SAI, par. 50).

15 On July 5, 1973, General Juvénal Habyarimana seized power in "a coup d'état". This was the advent of Rwanda's second Republic. The Mouvement révolutionnaire national pour le développement ("MRND"), a hard-line Hutu political party, became the sole official party. In July 1986, the government declared that the return of refugees was conditional upon their ability to support themselves. Rwanda was

Le 5 juillet 1973, le général Juvénal Habyarimana s'est emparé du pouvoir lors d'un « coup d'état », donnant ainsi naissance à la deuxième république. Le Mouvement révolutionnaire national pour le développement (« MRND »), un parti politique hutu partisan de la ligne dure, est devenu le seul parti officiel. En juillet 1986, le gouvernement a décrété que seuls les réfugiés aptes à subvenir à leurs besoins

not capable of settling the large numbers of refugees who had fled the country. Tutsi refugees were not able to return to Rwanda. This led to the creation of the Rwandan Patriotic Front ("RPF") in Kampala, Uganda. The RPF consisted of Rwandan refugees and former members of the Ugandan army. The objective of the exiles was to return to Rwanda.

In 1988, at an international conference of Rwandan refugees held in Washington, the Rwandan government reversed its position and a full right of return was affirmed. A special committee was created to deal with the problem of Rwandan refugees living in Uganda. The committee met a number of times to develop a plan for the return. Although this process created a "dynamic of confrontation" the period was one of relative peace (IAD judgment, at para. 26).

(2) The Early 1990s

On July 5, 1990, President Habyarimana announced a [TRANSLATION] "political *aggiornamento*" and his wish to create a multiparty government with a new constitution. In September, a [TRANSLATION] "national synthesis commission" on political reform was established. It began its work in October 1990.

The RPF invaded northern Rwanda on October 1, 1990. Mass arrests and the detention of alleged RPF accomplices, 90 percent of whom were Tutsi, followed. The Minister of Justice considered Tutsi intellectuals to be RPF accomplices. Several massacres were perpetrated by the Rwandan army. By the end of October, the Rwandan army had pushed the insurgents back across the Ugandan border. This marked the end of conventional warfare and the beginning of a protracted semi-guerilla war. Between October 1990 and January 1993 approximately 2,000 Tutsi were massacred. There were also reports that hundreds of civilians had been attacked and killed by the RPF.

In late March 1991, a draft political charter was published along with a preliminary draft constitution.

pouvaient rentrer au pays. Le Rwanda n'était pas en mesure d'accueillir tous ceux qui avaient fui le pays. L'impossibilité où se trouvaient les réfugiés tutsi de retourner au Rwanda a mené à la création à Kampala, en Ouganda, du Front patriotique rwandais (« FPR »), composé de réfugiés rwandais et d'anciens membres de l'armée ougandaise. L'objectif des exilés était de rentrer au Rwanda.

Lors de la Conférence internationale des réfugiés rwandais tenue à Washington en 1988, le gouvernement rwandais est revenu sur sa position, et le droit inconditionnel des réfugiés de rentrer au pays a été confirmé. Une commission spéciale sur les problèmes des réfugiés rwandais vivant en Ouganda a été créée. Ses membres se sont réunis à quelques reprises pour établir un plan de retour. Même si ce processus a donné lieu à une « logique de l'affrontement », la période a été marquée par une paix relative (jugement de la SAI, par. 27).

(2) Le début des années 1990

Le 5 juillet 1990, le président Habyarimana a annoncé un « *aggiornamento* politique » et exprimé le vœu de créer un gouvernement multipartite dans le cadre d'une nouvelle Constitution. En septembre, une « Commission nationale de synthèse » a été créée pour étudier la réforme des institutions politiques. Ses travaux ont débuté en octobre suivant.

Le 1^{er} octobre 1990, le FPR a envahi le nord du Rwanda. L'arrestation massive et la détention de présumés complices du FPR, dont 90 pour 100 étaient tutsi, ont suivi. Le ministre de la Justice considérait les intellectuels tutsi comme des complices du FPR. L'armée rwandaise a alors perpétré plusieurs massacres. À la fin d'octobre, elle avait repoussé les rebelles au-delà de la frontière ougandaise. La guerre classique a à ce moment pris fin pour faire place à une longue semi-guerilla. Entre octobre 1990 et janvier 1993, environ 2 000 Tutsi ont été massacrés. Le FPR aurait également attaqué et tué des centaines de civils.

Fin mars 1991, un projet de charte politique et un avant-projet de constitution ont été publiés. De

16

17

18

19

New political parties were created: the Mouvement démocratique républicain (“MDR”), the Parti social-démocrate (“PSD”), the Parti libéral (“PL”) and the Parti démocrate-chrétien (“PDC”). The PL was the only party that was more or less identified with the Tutsi. On April 28, 1991, President Habyarimana announced changes to the MRND: the party’s name was changed to Parti républicain national pour le développement et la démocratie, and members of its central committee would henceforth be elected. A new constitution introducing the multiparty system was adopted on June 10, 1991, and this was followed on June 18 by the promulgation of a new law on political parties.

20 In December 1991, Prime Minister Nsanzimana announced the creation of a new government made up entirely of MRND members with the exception of one minister of the PDC. Thousands of people protested against this decision. As a result, negotiations between the MRND and the opposition parties resumed in February 1992. These discussions led to the formation of a multiparty transitional government in April. In response, the MRND militia launched attacks in several parts of the country.

21 The RPF had not been included in the initial negotiations, but in May 1992 it occupied a small part of northern Rwanda, which forced the new government to negotiate with it. Three agreements between the government and the RPF were concluded in Arusha: a cease-fire agreement on July 12, a rule of law protocol on August 18, and the initial power-sharing agreement on October 30. The day after the signing of the protocol, there were massacres of Tutsi and moderate Hutu.

22 On November 15, 1992, President Habyarimana referred to the Arusha accords as a scrap of paper. Months of escalating violence followed. There were reports of massacres of Tutsi and of political opponents. Nevertheless, the Arusha talks were resumed in March of 1993, and on August 4, 1993 the Government and the RPF signed the final Arusha accords and ended the war that had begun on October 1, 1990.

nouveaux partis politiques ont vu le jour : le Mouvement démocratique républicain (« MDR »), le Parti social-démocrate (« PSD »), le Parti libéral (« PL ») et le Parti démocrate-chrétien (« PDC »). Seul le PL était plus ou moins identifié aux Tutsi. Le 28 avril 1991, le président Habyarimana a annoncé des changements : le MRND devenait le Parti républicain national pour le développement et la démocratie, et les membres de son Comité central allaient désormais être élus. Une nouvelle Constitution prévoyant le multipartisme a été adoptée le 10 juin 1991, puis une nouvelle loi sur les partis politiques a été promulguée le 18 juin.

En décembre 1991, le premier ministre Nsanzimana a annoncé la création d’un nouveau gouvernement entièrement formé de membres du MRND, à l’exception d’un représentant du PDC. Des milliers de personnes ont protesté contre cette décision. Les négociations ont donc repris en février 1992 entre le MRND et les partis d’opposition, menant à la formation, en avril, d’un gouvernement de transition multipartite. Les milices du MRND ont réagi en lançant des attaques dans plusieurs régions du pays.

Le FPR, qui n’avait pas participé aux négociations initiales, occupait en mai 1992 une petite partie du nord du pays, de sorte que le nouveau gouvernement a dû négocier avec lui. Trois accords sont intervenus à Arusha entre le gouvernement et le FPR : le cessez-le-feu du 12 juillet, le protocole du 18 août relatif à l’état de droit et l’accord initial relatif au partage du pouvoir signé le 30 octobre. Le lendemain de la signature du protocole, des Tutsi et des Hutu modérés ont été massacrés.

Le 15 novembre 1992, le président Habyarimana a qualifié les accords d’Arusha de chiffon de papier. Les mois suivants, la violence s’est intensifiée. Des massacres de Tutsi et d’opposants politiques ont été signalés. Les pourparlers d’Arusha ont néanmoins repris au mois de mars 1993 et, le 4 août suivant, le gouvernement et le FPR ont signé les accords finaux d’Arusha et mis fin à la guerre commencée le 1^{er} octobre 1990.

It was in this context of internal political and ethnic conflict that Mr. Mugesera made his speech. At the time, Mr. Mugesera was a well-educated and well-connected man. After receiving part of his higher education and completing a graduate degree in Canada, he returned to Rwanda, where he held teaching and public service positions. He also got involved in local politics. He was an active member of the MRND, the hard-line Hutu party which opposed the Arusha process.

On November 22, 1992, Mr. Mugesera delivered the speech which lies at the heart of this case. (See Appendix III. Paragraph numbering has been added to the speech for easier reference.) He spoke to about 1,000 people at a meeting of the MRND, at Kabaya in Gisenyi prefecture, just a few days after the speech in which President Habyarimana had described the Arusha agreements as a scrap of paper. As mentioned above, the contents of this speech led to an attempt to arrest Mr. Mugesera and to his flight to Canada, where he found refuge in August 1993.

B. *The Allegations Against Mr. Mugesera*

After receiving further information about the activities of Mr. Mugesera in Rwanda, the Minister of Citizenship and Immigration moved to deport the respondent and his family under s. 27 of the *Immigration Act*. The Minister alleged that the speech constituted an incitement to commit murder (A), an incitement to genocide and to hatred (B), and a crime against humanity (C). The Minister also alleged that by answering “no” on his permanent resident application to the question of whether he had been involved in a crime against humanity, Mr. Mugesera had misrepresented a material fact, contrary to the Act (D). A summary of the Minister’s allegations is attached as Appendix I.

At the hearing before this Court, the Minister dropped the allegation of misrepresentation of a material fact. As this allegation would have been the sole basis for a deportation order against the members of Mr. Mugesera’s family, the Minister no longer seeks to deport them.

C’est dans ce contexte de conflits politiques et ethniques internes que le discours a été prononcé. M. Mugesera était alors un homme instruit et influent. Après avoir fait une partie de ses études universitaires au Canada et y avoir obtenu un diplôme d’études supérieures, il était retourné au Rwanda, où il avait été enseignant et titulaire de charges publiques. Il s’était également engagé en politique. Il était membre actif du MRND, le parti hutu radical opposé aux accords d’Arusha.

Le 22 novembre 1992, quelques jours seulement après que le président Habyarimana eut qualifié les accords d’Arusha de chiffon de papier, M. Mugesera a prononcé le discours incriminé (voir l’annexe III; les paragraphes ont été numérotés pour faciliter la consultation) lors d’une assemblée du MRND tenue à Kabaya, dans la préfecture de Gisenyi, au Rwanda, devant environ 1 000 personnes. Rappelons que les propos qu’il a alors tenus sont à l’origine du mandat d’arrestation lancé contre lui et de son départ du Rwanda à destination du Canada, où il a trouvé refuge en août 1993.

B. *Allégations formulées contre M. Mugesera*

Après l’obtention de renseignements supplémentaires sur les activités de M. Mugesera au Rwanda, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration a demandé l’expulsion de l’intimé et de sa famille sous le régime de l’art. 27 de la *Loi sur l’immigration*. Il a allégué que le discours en cause constituait une incitation (A) au meurtre, (B) au génocide et à la haine, ainsi qu’un (C) crime contre l’humanité. Il a ajouté que, en répondant « non », dans sa demande de résidence permanente, à la question de savoir s’il avait participé à un crime contre l’humanité, M. Mugesera avait donné une fausse indication sur un fait important et contrevenu à la Loi (D). Ces allégations sont résumées à l’annexe I.

Lors de l’audience devant notre Cour, le ministre a abandonné l’allégation de fausse indication sur un fait important. Comme la mesure d’expulsion qui les visait reposait sur cette seule allégation, le ministre ne requiert plus l’expulsion des membres de la famille de M. Mugesera.

23

24

25

26

C. *The Proceedings Below*

27

The proceedings before the adjudicator, Pierre Turmel, went on for 29 days and involved 21 witnesses. In his decision of July 11, 1996, the adjudicator ordered the deportation from Canada of Mr. Mugesera, his wife, and their children, who appealed the decision to the IAD. Although a hearing before the IAD is in fact a hearing *de novo* and the IAD may consider new evidence, the parties agreed that all the evidence at first instance would be filed in full on the appeal. In addition, each of the parties called four witnesses. The hearing lasted 24 days. The IAD found that all the Minister's allegations were justified and dismissed the family's appeal.

28

Pierre Duquette wrote the main reasons for the IAD's decision. Based on his interpretation of the speech, he held that the allegations of incitement to murder, genocide and hatred had been established. In his opinion, the allegation of crimes against humanity had also been made out. Mr. Duquette concluded that there was insufficient evidence to find, on a balance of probabilities, that Mr. Mugesera was a member of the death squads, that he participated in massacres, or that the killings committed in Rwanda following the speech were specifically tied to the speech. The other two members of the panel, Yves Bourbonnais and Paule Champoux Ohrt, concurred in part with these reasons, but disagreed with Mr. Duquette's findings on the allegations that Mr. Mugesera incited others to commit murders and that one or more murders were committed as a result. They concluded, on a balance of probabilities, that murders were committed the day after the speech and that some of them were directly related to the speech. They also found that Mr. Mugesera was an Akazu and death squad member and that he participated in massacres. (The Akazu was a political and business network that was very close to President Habyarimana, and in particular to his wife's family. The Akazu was also one element of the death squads.) These acts constituted offences under ss. 91(4) of Book I and 311 of Book II of the Rwandan *Penal Code*, and would also have been crimes under ss. 22, 235 and 464(a) of the *Criminal Code*.

C. *Décisions des instances inférieures*

L'audience devant l'arbitre Pierre Turmel a duré 29 jours, et 21 témoins ont été entendus. Dans sa décision du 11 juillet 1996, l'arbitre a ordonné l'expulsion de M. Mugesera, de son épouse et de leurs enfants. Ces derniers ont porté la décision en appel. Même si la SAI tient en fait une audience *de novo* et peut recevoir de nouveaux éléments de preuve, les parties ont convenu de verser au dossier la totalité de la preuve présentée en première instance. Chacune des parties a en outre fait entendre quatre témoins. L'audience a duré 24 jours. La SAI a conclu au bien-fondé de chacune des allégations du ministre et a rejeté l'appel.

M. Pierre Duquette a rédigé les motifs principaux de la SAI. Se fondant sur son interprétation du discours, il a conclu au bien-fondé des allégations d'incitation au meurtre, au génocide et à la haine. Il a également estimé que l'allégation de crime contre l'humanité était fondée. À son avis, selon la prépondérance des probabilités, la preuve de l'appartenance de M. Mugesera aux escadrons de la mort, de sa participation aux massacres ou du lien entre son discours et les tueries survenues au Rwanda par la suite était insuffisante. Les deux autres membres de la formation, M. Yves Bourbonnais et M^{me} Paule Champoux Ohrt, ont souscrit à ses motifs, sauf quant à l'incitation au meurtre et à la perpétration d'un ou de plusieurs meurtres en conséquence. Ils ont conclu, suivant la prépondérance des probabilités, que des meurtres avaient été commis le lendemain du discours et que certains d'entre eux y étaient directement liés. Ils ont également conclu que M. Mugesera était membre de l'Akazu et des escadrons de la mort et qu'il avait participé à des massacres. (L'Akazu était un réseau politico-financier très proche du président Habyarimana et, plus particulièrement, de sa belle-famille. Il s'agissait aussi d'une composante des escadrons de la mort.) Ces actes constituaient des infractions suivant le par. 91(4) du livre premier et l'art. 311 du livre deuxième du *Code pénal* du Rwanda, et auraient également constitué des actes criminels suivant les art. 22 et 235 et l'al. 464a) du *Code criminel*.

Mr. Mugesera applied to the Federal Court for judicial review of the IAD's decision. On May 10, 2001, after a hearing that lasted 14 days, Nadon J. found that there was no basis for allegations C (crimes against humanity) and D (misrepresentation), but that allegations A (incitement to murder) and B (incitement to genocide and hatred) were valid. With regard to the IAD's analysis of the speech, Nadon J. found that Mr. Duquette's reasons evinced a painstaking and careful analysis based on the evidence. It was therefore impossible for him to conclude that the interpretation of the speech and the resulting findings of fact were unreasonable. He acknowledged the applicant's argument that an interpretation other than the one accepted by Mr. Duquette was possible and could have been accepted, but found that this was not a reason to intervene. The applicable principles of judicial review are clear: unless the impugned conclusions are patently unreasonable, the IAD's findings of fact are entitled to great deference. Nadon J. dismissed the application for judicial review on allegations A and B and allowed it on allegations C and D. In respect of allegation C, he concluded that because Mr. Duquette could not link the speech to murders or massacres, it could not in the circumstances constitute a crime against humanity. He referred the matter back to the IAD for reconsideration on this point of law.

In the FCA, Décary J.A., who wrote the main reasons for the court, held regarding the allegations of incitement to murder and incitement to genocide and hatred, that the initial decision by the Minister to seek deportation and the decisions of the adjudicator, the IAD and the FCTD were decisively influenced by a 1993 report of the International Commission of Inquiry ("ICI"). The IAD had acted in a patently unreasonable way by relying on the ICI's findings of fact. The ICI's conclusions regarding Mr. Mugesera lacked any credibility. The report should not have been taken into consideration.

In addition, Décary J.A. found that the IAD had made a patently unreasonable error in not accepting the testimony of Professor Angenot, one of Mr. Mugesera's experts, on the analysis of the speech;

M. Mugesera a saisi la CF 1^{re} inst. d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la SAI. Le 10 mai 2001, après 14 jours d'audience, le juge Nadon a conclu que les allégations C (crime contre l'humanité) et D (fausse indication) n'étaient pas fondées, mais que les allégations A (incitation au meurtre) et B (incitation au génocide et à la haine) l'étaient. Il a estimé que M. Duquette avait minutieusement analysé le discours en s'appuyant sur la preuve. Il lui était donc impossible de conclure qu'il l'avait mal interprété et que les conclusions de fait de la SAI étaient déraisonnables. Même s'il a concédé au demandeur qu'une autre interprétation que celle privilégiée par M. Duquette était possible et aurait pu être retenue, le juge Nadon a estimé qu'il ne s'agissait pas d'un motif d'intervention. Les principes régissant le contrôle judiciaire sont clairs : si elles ne sont pas manifestement déraisonnables, les conclusions de fait de la SAI justifient une grande déférence. Le juge Nadon a donc rejeté la demande de contrôle judiciaire quant aux allégations A et B, mais l'a accueillie relativement aux allégations C et D. Au sujet de l'allégation C, comme M. Duquette n'avait pu relier le discours à des meurtres ou à des massacres, il a conclu que ce discours ne pouvait constituer un crime contre l'humanité dans les circonstances. Il a renvoyé l'affaire à la SAI pour réexamen de ce point de droit.

Le juge Décary a rédigé les motifs majoritaires de la CAF. Selon lui, un rapport de la Commission internationale d'enquête (« CIE ») datant de 1993 avait exercé une influence déterminante sur la décision initiale du ministre d'engager la procédure d'expulsion, ainsi que sur les décisions de l'arbitre, de la SAI et de la CF 1^{re} inst. quant aux allégations d'incitation au meurtre, au génocide et à la haine. Il a estimé que, en s'appuyant sur les conclusions de fait de la CIE, la SAI avait agi de façon manifestement déraisonnable, que les conclusions de la CIE concernant M. Mugesera n'avaient aucune crédibilité et que son rapport n'aurait pas dû être pris en considération.

Le juge Décary a ajouté que la SAI avait aussi commis une erreur manifestement déraisonnable en ne retenant pas le témoignage de l'un des experts cités par M. Mugesera, le professeur Angenot. Après

Professor Angenot suggested that certain comments made in the speech had been misinterpreted. The FCA took the position that since the speech could be classified as political speech, it had to be accorded wide latitude and substantial protection under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Objectively speaking, if the speech and its context were analysed as a whole, the message of the speech did not incite to murder, hatred or genocide. As to the allegation of crimes against humanity, Décary J.A. found that the speech did not *prima facie* meet the requirement that the act be part of a widespread or systematic attack against the members of a civilian population for (in this case) reasons relating to ethnic origin. With respect to the situation on November 22, 1992, there was no evidence that the speech was part of a widespread or systematic attack. For this reason, Décary J.A. found that the allegations of crimes against humanity were unfounded.

III. Applicable Legislation

32 Extracts from the following legislation in force at the relevant time are set out in Appendix II of these reasons: the *Immigration Act*; the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7; the *Criminal Code* and the *Rwandan Penal Code*.

IV. Issues

33 Our Court must consider three related issues on this appeal. The first concerns the factual content of the speech and the question of whether the FCA exceeded its jurisdiction by substituting its own assessment of the evidence and failing to show due deference to the IAD's findings of fact. The second involves the legal characterization of the speech and the question of whether the FCA erred in law in finding that Mr. Mugesera did not incite to hatred, murder and genocide. The third issue is whether the FCA erred in law in finding that there were no reasonable grounds to conclude that Mr. Mugesera had committed a crime against humanity in Rwanda.

analyse du discours, ce témoin avait laissé entendre que certains passages avaient été mal interprétés. Le discours pouvant être qualifié de politique, la CAF a estimé que son auteur avait droit à une grande latitude et à une protection substantielle sous le régime de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. D'un point de vue objectif, le message transmis, si on analysait le discours dans son contexte global, n'incitait pas au meurtre, à la haine ou au génocide. En ce qui concerne l'allégation de crime contre l'humanité, le juge Décary a conclu que, de prime abord, le discours ne satisfaisait pas à l'exigence qu'un tel crime s'inscrive dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile pour des raisons liées, en l'occurrence, à l'origine ethnique. Aucun élément de preuve n'établissait que le discours du 22 novembre 1992 se situait alors dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique. Le juge Décary a donc conclu que l'allégation de crime contre l'humanité n'était pas fondée.

III. Dispositions législatives applicables

Les dispositions de la *Loi sur l'immigration*, de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch. F-7, du *Code criminel* et du *Code pénal* du Rwanda qui s'appliquaient pendant la période considérée sont reproduites à l'annexe II.

IV. Questions en litige

Notre Cour doit examiner trois questions connexes. Premièrement, quel est le contenu factuel du discours et la CAF a-t-elle outrepassé sa compétence en substituant sa propre appréciation de la preuve à celle de la SAI sans manifester la déférence voulue à l'égard des conclusions de fait de cette dernière? Deuxièmement, comment le discours doit-il être qualifié sur le plan juridique, et la CAF a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que M. Mugesera n'avait pas incité à la haine, au meurtre et au génocide? Troisièmement, la CAF a-t-elle commis une erreur de droit en statuant qu'aucun motif raisonnable ne permettait de conclure que M. Mugesera avait commis un crime contre l'humanité au Rwanda?

V. Analysis

A. *The Standard of Review*

The first issue we must consider in this appeal is whether the FCA improperly substituted its own findings of fact for those of the IAD. In discussing this issue, we must examine the role played by the FCA in the judicial review process and the manner in which it performed the judicial review function in this case.

(1) The Role of the Federal Court of Appeal

At the secondary level of appellate review, the court's role is limited to determining whether the reviewing judge has *chosen* and *applied* the correct standard of review. The question of what standard to select and apply is one of law and is subject to a correctness standard: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 43.

In the case at bar, we find that the FCA exceeded the scope of its judicial review function when it engaged in a broad-ranging review and reassessment of the IAD's findings of fact. It set aside those findings and made its own evaluation of the evidence even though it had not been demonstrated that the IAD had made a reviewable error on the applicable standard of reasonableness. Based on its own improper findings of fact, it then made errors of law in respect of legal issues which should have been decided on a standard of correctness.

Applications for judicial review of administrative decisions rendered pursuant to the *Immigration Act* are subject to s. 18.1 of the *Federal Court Act*. Paragraphs (c) and (d) of s. 18.1(4), in particular, allow the Court to grant relief if the federal commission erred in law or based its decision on an erroneous finding of fact. Under these provisions, questions of law are reviewable on a standard of correctness.

V. Analyse

A. *Norme de contrôle*

Premièrement, la CAF a-t-elle substitué à tort ses propres conclusions de fait à celles de la SAI? Pour trancher, il faut examiner la mission confiée à la CAF lors d'un contrôle judiciaire et la manière dont cette dernière s'en est acquittée en l'espèce.

(1) Le rôle de la Cour d'appel fédérale

Le rôle du tribunal siégeant en appel de la décision sur la demande de contrôle judiciaire se limite à décider si le tribunal de révision a *choisi et appliqué* la bonne norme de contrôle. Il s'agit d'une question de droit qui s'apprécie au regard de la norme de la décision correcte : *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 43.

En l'espèce, nous sommes d'avis que la CAF a omis de s'en tenir à un contrôle judiciaire, et s'est plutôt engagée dans une révision générale et une nouvelle appréciation des conclusions de fait de la SAI. Elle a écarté ces conclusions et procédé à sa propre évaluation de la preuve, même en l'absence de toute démonstration, compte tenu de la norme de la raisonnable, que la SAI avait commis une erreur susceptible de révision. Puis, se fondant sur les conclusions de fait qu'elle avait ainsi irrégulièrement tirées, elle a commis des erreurs de droit relativement à des questions juridiques, assujetties à la norme de la décision correcte.

L'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* régit la demande de contrôle judiciaire visant une décision administrative rendue sous le régime de la *Loi sur l'immigration*. Les alinéas 18.1(4)c) et d) disposent plus particulièrement que les mesures prévues ne peuvent être prises que si l'office fédéral a commis une erreur de droit ou fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée. Pour les besoins de ces dispositions, la norme de révision de la décision correcte s'applique à l'égard des questions de droit.

34

35

36

37

38 On questions of fact, the reviewing court can intervene only if it considers that the IAD “based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it” (*Federal Court Act*, s. 18.1(4)(d)). The IAD is entitled to base its decision on evidence adduced in the proceedings which it considers credible and trustworthy in the circumstances: s. 69.4(3) of the *Immigration Act*. Its findings are entitled to great deference by the reviewing court. Indeed, the FCA itself has held that the standard of review as regards issues of credibility and relevance of evidence is patent unreasonableness: *Aguebor v. Minister of Employment & Immigration* (1993), 160 N.R. 315, at para. 4.

(2) The Federal Court of Appeal Erred in Its Application of the Standard of Review

39 In the FCA, Décary J.A. concluded that “so far as the explanation and analysis of the speech are concerned” the IAD’s findings were patently unreasonable (para. 242). In concluding as it did, the FCA showed no deference to the IAD’s findings of fact and overstepped the boundaries of its judicial review function.

40 Décary J.A. based his conclusion on his own evaluation of the evidence: he reconsidered the relevance and weight to be accorded to the ICI’s Report, reassessed the IAD’s decision to reject Professor Angenot’s interpretation of the speech, and reassessed the reliability and credibility of witnesses. Without saying so, the FCA applied a standard of correctness and reviewed the evidence as if it were the trier of fact. In a judicial review process, it is not open to the reviewing court to reverse a decision because it would have arrived at a different conclusion. The FCA did not focus on the reasonableness of the findings, but reviewed their correctness based on its own view of the evidence.

En ce qui concerne la question de fait, le tribunal de révision ne peut intervenir que s’il est d’avis que l’office fédéral, en l’occurrence la SAI, « a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose » (al. 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*). La SAI peut fonder sa décision sur les éléments de preuve qui lui sont présentés et qu’elle estime crédibles et dignes de foi dans les circonstances : par. 69.4(3) de la *Loi sur l’immigration*. Le tribunal de révision doit manifester une grande déférence à l’égard de ses conclusions. La CAF a d’ailleurs elle-même statué que la norme de contrôle applicable à une décision sur la crédibilité et la pertinence de la preuve était celle de la décision manifestement déraisonnable : *Aguebor c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1993), 160 N.R. 315, par. 4.

(2) La Cour d’appel fédérale a-t-elle mal appliqué la norme de contrôle?

En statuant que, « en ce qui a trait à l’explication et à l’analyse du discours », les conclusions de la SAI étaient manifestement déraisonnables (par. 242), la CAF n’a manifesté aucune déférence à l’égard des conclusions de fait de la SAI et a excédé les limites de sa mission de contrôle judiciaire.

Le juge Décary s’est fondé sur sa propre appréciation de la preuve pour tirer cette conclusion. Il a reconsidéré la pertinence du rapport de la CIE et le poids à y accorder, réévalué la décision de la SAI de rejeter l’interprétation du discours proposée par le professeur Angenot et apprécié de nouveau la fiabilité et la crédibilité des témoins. Sans le préciser, la CAF a appliqué la norme de la décision correcte et a soupesé la preuve comme si elle avait été le juge des faits. Or, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, le tribunal de révision ne peut écarter une décision au motif qu’il aurait tiré une conclusion différente. La CAF ne s’est pas demandé si les conclusions de la SAI étaient raisonnables, mais bien si elles étaient correctes, compte tenu de sa propre appréciation de la preuve.

We find that the conclusions of Mr. Duquette of the IAD were based on a careful review of all the evidence before the arbitrator and the IAD. Mr. Duquette reviewed and considered each passage in light of all the expert testimony. He identified evidence that he found to be credible and trustworthy and based his decision on it. His findings of fact were well reasoned, including references to the evidence and indications of the weight he accorded to it. Mr. Duquette explained his reasons for preferring one witness's testimony over another, referred expressly to other evidence which pointed to a different conclusion and explained why that evidence was rejected.

The findings of fact as stated by Mr. Duquette for the IAD were reasonable and should not have been interfered with. The FCA should have proceeded with the review of the Minister's allegations based on the facts as found by the IAD. The FCA had no reason to revisit and reconsider the evidence or the IAD's findings of fact in relation to the interpretation of the speech.

In contrast, Nadon J., the reviewing judge of the FCTD, appropriately intervened to reject the findings of Mr. Bourbonnais and Ms. Champoux Ohrt as patently unreasonable. Nadon J. concluded that "there is no evidence to justify the conclusions" (para. 43). As Mr. Duquette found, no conclusive evidence on the record supported the specific finding that Mr. Mugesera was an Akazu or a death squad member, that he had participated in massacres, or that murders had been committed as a result of his speech of November 22, 1992. In the absence of evidence to justify the findings, the reviewing judge was correct to reject them as patently unreasonable.

The analysis of the Minister's allegations against Mr. Mugesera will proceed on the basis of the facts as found by Mr. Duquette of the IAD, including his interpretation of the respondent's speech.

Selon nous, M. Duquette, de la SAI, a tiré ses conclusions à l'issue d'un examen minutieux de l'ensemble de la preuve présentée à l'arbitre et à la SAI. Il a analysé chacun des passages du discours à la lumière de tous les témoignages d'experts. Il a relevé les éléments de preuve qu'il jugeait crédibles et dignes de foi et fondé sa décision sur eux. Ses conclusions factuelles étaient bien étayées, renvoyant à la preuve et précisant le poids qui lui était accordé. M. Duquette a expliqué pourquoi il avait préféré un témoignage à un autre, a fait expressément état d'éléments de preuve qui permettaient de tirer des conclusions différentes et a exposé les raisons pour lesquelles il les avait écartés.

Ses conclusions de fait étaient raisonnables et n'auraient pas dû être modifiées. La CAF aurait dû examiner les allégations du ministre en fonction des constatations de la SAI. Rien ne la justifiait de réexaminer la preuve ou les conclusions de fait de la SAI quant à l'interprétation du discours.

Saisi de la première demande de contrôle judiciaire, le juge Nadon, de la CF 1^{re} inst., a écarté à juste titre les conclusions de M. Bourbonnais et de M^{me} Champoux Ohrt au motif qu'elles étaient manifestement déraisonnables. Il a estimé que « rien dans la preuve ne justifiait les conclusions » (par. 43). Comme l'avait conclu M. Duquette, aucun élément de preuve irréfutable n'établissait que M. Mugesera avait fait partie de l'Akazu ou des escadrons de la mort, qu'il avait pris part aux massacres ou que des meurtres avaient été commis par suite de son discours du 22 novembre 1992. Faute de preuve étayant les conclusions, le juge de révision a eu raison de les tenir pour manifestement déraisonnables et de les rejeter.

Les allégations formulées par le ministre contre M. Mugesera seront donc analysées en fonction des conclusions de fait tirées par M. Duquette au nom de la SAI, y compris son interprétation du discours de l'intimé.

41

42

43

44

(3) The IAD's Interpretation of the Content of the Speech

45 Before proceeding to our examination of the Minister's allegations, it is necessary to review Mr. Duquette's analysis of the general meaning of the speech. This is essential because the factual meaning of the speech lies at the core of these allegations.

46 Mr. Mugesera's speech had been tape-recorded and subsequently transcribed. At the hearing before the adjudicator, it was proven that the transcript of the cassette ("composite No. 4") filed in that proceeding accurately represented the speech as given. This was officially acknowledged by Mr. Mugesera at a pre-hearing conference on January 30, 1997 (IAD judgment, at para. 134). At the initial hearing, a number of French translations of the transcript were considered. In particular, the adjudicator was invited to choose between a translation by Mr. Thomas Kamanzi (for the Minister) and another one by Mr. Eugène Shimamungu (for the respondent). The adjudicator preferred the Kamanzi version. There was considerable argument at the IAD hearing over which translation should be accepted, but during final submissions before the IAD, the respondents finally accepted Mr. Kamanzi's translation as a genuine rendition of the Kinyarwanda text.

47 Counsel for Mr. Mugesera argued that the speech was not an incitement to murder or violence but rather a call for elections, law enforcement, justice, and self-defence. Counsel also argued that the speech could not be understood as an incitement because of the use of the conditional tense.

48 Although it is accepted that Mr. Mugesera mentioned elections in the speech, Mr. Duquette concluded that "the call for elections does not override the earlier calls to violence" (para. 225). It is also worth noting, as Mr. Duquette pointed out, that when he discussed elections, Mr. Mugesera continually referred to the other parties as "Inyenzi", which literally means cockroaches, and said that they must go away. He stated:

(3) L'interprétation du discours et la détermination de sa teneur par la SAI

Puisque les allégations du ministre se fondent sur la signification véritable du discours, avant de les examiner, nous devons nous pencher sur l'analyse du sens général de ce discours par M. Duquette.

Le discours de M. Mugesera a été enregistré puis transcrit. Lors de l'audience devant l'arbitre, il a été démontré que la transcription de la cassette (« composite n° 4 ») versée au dossier correspondait en tous points au discours prononcé. M. Mugesera l'a reconnu officiellement au cours d'une conférence préparatoire tenue le 30 janvier 1997 (jugement de la SAI, par. 135). À l'audience initiale devant la SAI, un certain nombre de traductions de la transcription en français ont été examinées. L'arbitre a été invité à choisir entre celle de M. Thomas Kamanzi (proposée par le ministre) et celle de M. Eugène Shimamungu (proposée par l'intimé). L'arbitre a retenu la version de M. Kamanzi. La question du choix de la traduction a été longuement débattue, mais lors des plaidoiries finales, les intimés ont convenu que celle de M. Kamanzi reflétait fidèlement le texte en kinyarwanda.

L'avocat de M. Mugesera a fait valoir que le discours n'incitait pas au meurtre ou à la violence, mais prônait plutôt la tenue d'élections, l'application de la loi, la justice et la légitime défense. Il a également soutenu que l'emploi du conditionnel excluait toute incitation.

Même s'il a reconnu que M. Mugesera avait parlé d'élections dans son discours, M. Duquette a conclu que « l'appel aux élections n'effa[çait] pas les appels précédents à la violence » (par. 253). Comme il l'a signalé, lorsque M. Mugesera avait parlé d'élections, il avait continuellement qualifié les autres partis d'« inyenzi » — littéralement, de cancrelats — et affirmé qu'ils devaient partir :

[TRANSLATION] Let them pack their bags, let them get going, so that no one will return here to talk and no one will bring scraps claiming to be flags! [para. 28]

Mr. Duquette thus rejected Mr. Mugesera's contention that the speech conveyed a democratic spirit and that it was, above all, a call for elections.

Mr. Duquette also rejected Mr. Mugesera's argument that the speech was a plea for justice, law enforcement and self-defence. The speech could not be justified on the basis of self-defence because "[s]elf-defence cannot be used to defend against a threat of future harm, or to take the law into one's own hands as a preventive measure, or to avenge a past event" (para. 224). The speech urged the population to take the law into its own hands and this message went beyond a suggestion that proper law enforcement was necessary to restore order in the country. For example, while it was reasonable for Mr. Mugesera to advocate the prosecution of people who recruited soldiers for enemy armies, he passed the point of advocating law enforcement when he called on the population to "exterminate" those individuals:

[TRANSLATION] Why do they not arrest these parents who have sent away their children and why do they not exterminate them? Why do they not arrest the people taking them away and why do they not exterminate all of them? Are we really waiting till they come to exterminate us? [para. 16]

Given the context in which the reference to "extermination" was made, Mr. Duquette rejected Mr. Mugesera's explanation that the word should be understood to mean the imposition of the death penalty (which is lawful under the Rwandan *Penal Code*). Mr. Duquette explained this rejection, at para. 229:

This is not my reading of the speech. First, the verdict has already been rendered: the accused are guilty and must be sentenced to death. If they are not sentenced, the population must take matters into their own hands. The accused are sometimes clearly identified and sometimes simply members of a group and guilty for that.

Faites donc les (*sic*) plier bagage, qu'ils prennent le chemin du départ, de façon que plus personne ne revienne ici prendre la parole et que plus personne n'apporte des chiffons prétendus être des drapeaux! [par. 28]

M. Duquette a donc rejeté la prétention de M. Mugesera selon laquelle le discours avait été prononcé dans un esprit démocratique et avait appelé par-dessus tout à la tenue d'élections.

Il a également refusé de voir dans le discours un plaidoyer en faveur de la justice, de l'application de la loi et de la légitime défense. Le discours ne pouvait être justifié par la légitime défense, car il « ne peut pas y avoir légitime défense en cas de menace d'un mal futur, ni pour se faire justice de façon préventive, ni pour se venger d'un événement passé » (par. 252). Le discours exhortait la population à se faire justice elle-même. Il ne laissait pas simplement entendre que l'application régulière de la loi était nécessaire au rétablissement de l'ordre dans le pays. M. Mugesera aurait pu, par exemple, préconiser raisonnablement la poursuite en justice de ceux qui recrutaient des soldats pour les armées ennemies. Or, il ne s'est pas contenté de prôner l'application de la loi lorsqu'il a appelé la population à « exterminer » ces gens :

Pourquoi n'arrête-t-on pas ces parents qui ont envoyé leurs enfants et pourquoi ne les extermine-t-on pas? Pourquoi n'arrête-t-on pas ceux qui les amènent et pourquoi ne les extermine-t-on pas tous? Attendons-nous que ce soit réellement eux qui viennent nous exterminer? [par. 16]

Vu le contexte dans lequel le discours avait été prononcé, M. Duquette n'a pas retenu l'explication de M. Mugesera selon laquelle il fallait entendre par « extermination » le recours à la peine de mort (autorisé par le *Code pénal* rwandais) :

Ce n'est pas ma lecture du discours. D'abord, le verdict est déjà tombé : les accusés sont coupables et doivent être condamnés à la peine capitale. S'ils ne le sont pas, la population doit s'en occuper. Les accusés sont parfois bien identifiés et parfois font partie d'un groupe et sont coupables de faire partie du groupe. [par. 257]

51 To support his conclusion, Mr. Duquette also relied on the speech's many passages encouraging the population to attack before being attacked (para. 232).

52 Counsel for Mr. Mugesera argued that any action encouraged by Mr. Mugesera was dependent on an unfulfilled condition and that there was therefore no suggestion that action should be taken. Mr. Duquette considered this argument and dismissed it as being without merit (paras. 233-38). It was understood in the speech that the conditions had already been fulfilled: there is no question that action was actively encouraged.

53 The examples cited by Mr. Duquette adequately illustrate the point and justify his conclusions:

[TRANSLATION] . . . if someone strikes you on one cheek, you hit them twice . . . [para. 9]

It is well understood in this passage that the first blow had already been struck:

[TRANSLATION] . . . if one day someone attacks you with a gun, you will not come to tell us that we . . . did not warn you of it! [para. 19]

In the context of the speech, the word "if" means "when".

54 Finally, even in the case where the passage could appropriately be characterized as a conditional one, the threat was nonetheless real and the use of the conditional did not reduce it in any way:

[TRANSLATION] If anyone penetrates a cell, watch him and crush him: if he is an accomplice do not let him get away! Yes, he must no longer get away! [para. 24]

55 Mr. Duquette concluded his analysis as follows at paras. 242-45:

This speech was made in wartime (although a cease-fire was in effect) when a multi-party system was emerging. In this context, we may therefore expect strong language to be used. But the speech related to another context that must have been understood by both speaker and audience: the ethnic massacres. In mid-October 1990, a short time after the outbreak of the war, 348 Tutsi were killed within 48 hours in

À l'appui de sa conclusion, M. Duquette a également relevé de nombreux passages où la population était encouragée à attaquer avant de l'être elle-même (par. 260).

L'avocat de M. Mugesera a fait valoir que chacune des mesures encouragées par M. Mugesera était subordonnée à une condition qui ne s'était pas réalisée, de sorte qu'il n'y avait pas eu d'incitation à passer aux actes. Après réflexion, M. Duquette a jugé l'argument non fondé (par. 261-266). Le discours laissait entendre que les conditions s'étaient réalisées : il ne faisait aucun doute que l'orateur incitait l'auditoire à passer à l'action.

L'exemple donné par M. Duquette l'illustrait bien et justifiait ses conclusions :

. . . si on te donne une gifle sur une joue, tu leur en donneras deux sur une joue et ils s'effondreront par terre pour ne plus reprendre leurs esprits! [par. 9]

Il était bel et bien entendu que le premier coup avait déjà été porté :

. . . si un jour quelqu'un se voit attaquer au fusil par eux, vous ne veniez pas nous dire que nous qui représentons le parti ne vous avons pas averti (*sic*)! [par. 19]

Dans le contexte du discours, le mot « si » signifiait « quand ».

Enfin, même lorsque l'énoncé pouvait à juste titre être qualifié d'hypothétique, la menace demeurait réelle et le recours au conditionnel ne l'atténuait d'aucune façon :

Si quelqu'un pénètre dans la cellule, surveillez-le du regard et écrasez-le; s'il est complice qu'il ne puisse plus en sortir! Oui, qu'il ne puisse plus en sortir! [par. 24]

M. Duquette a conclu aux par. 270-273 :

Ce discours a été prononcé en temps de guerre (même s'il y avait alors une (*sic*) cessez-le-feu) et au moment où le multipartisme naissait. On peut donc s'attendre dans ce contexte à un langage véhément. Mais le discours s'insérait dans un autre contexte nécessairement connu de l'orateur et de l'auditoire : celui des massacres ethniques. À la mi-octobre 1990, peu de temps après le déclenchement de la guerre,

Kibilira and 18 in Satinsyi, two communes close to Kabaya where the speech was made. In March 1992, 5 Tutsi were killed in Kibilira. Also in March of that year, again in Gisenyi prefecture and in neighbouring Ruhengeri prefecture, 300 Bagogwe (a Tutsi subgroup) were assassinated, according to official statistics. From October 1990 to February 1993, a total of 2,000 persons, mostly Tutsi, lost their lives in similar massacres in Rwanda. They were killed because they were considered accomplices of the “Inyenzi”. They were not soldiers or combatants, but civilians who were identified with the enemy because they belonged to a particular ethnic group. Under such circumstances, the speech cannot be considered innocuous.

Mr. Mugesera urged the crowd not to leave themselves open to invasion, first by the FRP and second by those identified with them, members of the opposition parties and the Tutsi within the country.

The heads of the opposition parties, Twagiramungu, Nsengiyaremye, and Ndasigwa (Lando), are traitors to the country. These parties must leave the region. The language used is extremely violent and is an incitement to murder. He recommends that the public take the law into their own hands by exterminating or being exterminated, using a language to provoke panic. He also uses the argument of party authority: “. . . do not say that we, the party representatives, did not warn you!”

As for the Tutsi, it is already clear in paragraph 6 that the Hutu must defend themselves against them. I have concluded that the Tutsi were recruiting young people. Finally, the gist of paragraph 25 is clear: do not make the same mistake that you made in 1959 by letting the Tutsi leave; you must throw them into the river. All of this is an incitement to genocide. [Footnotes omitted; emphasis added.]

Having concluded that the FCA improperly substituted its own findings of fact for those of the IAD and having reviewed the factual content of the speech, we must now determine the legal nature of the speech in relation to the allegations made against the respondent Mugesera and in light of the applicable standard of proof set out in the relevant sections of the *Immigration Act*. This determination will be based on the IAD’s findings of fact regarding the translation and the interpretation of the speech. We will consider in turn each of the grounds raised by the Minister to justify deporting Mr. Mugesera.

348 Tutsi furent tués en 48 heures à Kibilira et 18 à Satinsyi, deux communes près de Kabaya où fut prononcé le discours. En mars 1992, 5 Tutsi furent tués à Kibilira. Également en mars 1992, toujours dans la préfecture de Gisenyi et dans la préfecture voisine de Ruhengeri, 300 Bagogwe (sous-groupe de Tutsi), suivant les statistiques officielles, furent assassinés. Entre octobre 1990 et février 1993, 2 000 personnes en tout, la plupart Tutsi, ont perdu la vie dans des massacres semblables au Rwanda. Ces personnes ont été tuées, parce qu’on considérait qu’elles étaient des complices des inyenzi. Il ne s’agissait pas de militaires, ni de combattants, mais de civils qu’on assimilait à l’ennemi à cause de leur appartenance à un groupe ethnique. Dans ces circonstances, le discours ne peut pas être innocent.

Monsieur Mugesera a recommandé à la foule de ne pas se laisser envahir d’abord par le FPR et ensuite par ceux qui lui sont assimilés, les membres des partis d’opposition et les Tutsi de l’intérieur.

Les partis d’opposition ont comme chefs des traîtres à la patrie, Twagiramungu, Nsengiyaremye, et Ndasigwa (Lando). Ces partis doivent quitter la région. Le langage utilisé est extrêmement violent et est une incitation au meurtre. Il recommande à la population de se faire justice elle-même en exterminant avant d’être exterminée, utilisant ainsi un langage de panique. Et il se sert de l’argument d’autorité du parti : « [. . .] Vous ne venez pas nous dire que nous qui représentons le parti ne vous avons pas avertis! »

Quant aux Tutsi, dès le paragraphe 6, l’on comprend que les Hutu doivent se défendre d’eux. J’ai conclu que ceux qui recrutent les jeunes sont des Tutsi. Enfin, la proposition du paragraphe 25 est claire : il ne faut pas refaire l’erreur de 1959 en laissant sortir les Tutsi, il faut les jeter à la rivière. Tout cela est une incitation au génocide. [Notes omises; nous soulignons.]

La CAF ayant substitué, à tort selon nous, ses propres conclusions de fait à celles de la SAI, il nous faut maintenant, après examen de son contenu factuel, déterminer la nature juridique du discours au regard des allégations du ministre et de la norme de preuve que prévoient les dispositions applicables de la *Loi sur l’immigration*. Nous retenons à cette fin les conclusions de fait de la SAI relatives à la traduction et à l’interprétation du discours. Nous examinerons tour à tour les motifs d’expulsion invoqués par le ministre.

B. *Incitement to Murder, Genocide and Hatred*

57

As a first ground, the Minister alleges that Mr. Mugesera committed the crime of inciting to murder, contrary to ss. 91(4) and 311 of the Rwandan *Penal Code* and ss. 22, 235 and 464(a) of the *Criminal Code* of Canada. The Minister also asserts that the respondent committed the crime of incitement to hatred contrary to s. 393 of the Rwandan *Penal Code* and s. 319 of the *Criminal Code*. Finally, the Minister asserts that the respondent committed the crime of incitement to genocide in violation of s. 166 of the Rwandan *Penal Code* and of executive enactment 08/75 of February 12, 1975, by which Rwanda acceded to the *International Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 78 U.N.T.S. 277, December 9, 1948 (“*Genocide Convention*”), and contrary to s. 318(1) of the *Criminal Code*.

58

For the purpose of these specific allegations, the Minister’s evidence must meet the civil standard of the balance of probabilities. Sections 27(1)(a.1) and 27(1)(a.3) of the *Immigration Act* provide:

27. (1) An immigration officer or a peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a permanent resident is a person who

...
(a.1) outside Canada,
...

(ii) has committed, in the opinion of the immigration officer or peace officer, based on a balance of probabilities, an act or omission that would constitute an offence under the laws of the place where the act or omission occurred and that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more,

...

B. *Incitation au meurtre, au génocide et à la haine*

Le ministre allègue premièrement que M. Mugesera a commis le crime d’incitation au meurtre, contrairement au par. 91(4) et à l’art. 311 du *Code pénal* du Rwanda, ainsi qu’aux art. 22 et 235 et à l’al. 464(a) du *Code criminel*. Il affirme également que l’intimé a commis le crime d’incitation à la haine, contrairement à l’art. 393 du *Code pénal* du Rwanda et à l’art. 319 du *Code criminel*. Enfin, il soutient que l’intimé a commis le crime d’incitation au génocide, contrairement à l’art. 166 du *Code pénal* du Rwanda et au décret-loi 08/75 du 12 février 1975 portant adhésion du Rwanda à la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 78 R.T.N.U. 277, 9 décembre 1948 (« *Convention sur le génocide* »), de même qu’au par. 318(1) du *Code criminel*.

La preuve offerte à l’appui de ces allégations doit satisfaire à la norme civile de la prépondérance des probabilités. Les alinéas 27(1)(a.1) et a.3) de la *Loi sur l’immigration* dispose :

27. (1) L’agent d’immigration ou l’agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas :

...
a.1) est une personne qui a, à l’étranger :
...

(ii) soit commis, de l’avis, fondé sur la prépondérance des probabilités, de l’agent d’immigration ou de l’agent de la paix, un fait — acte ou omission — qui constitue une infraction dans le pays où il a été commis et qui, s’il était commis au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d’une loi fédérale, par mise en accusation, d’un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans,

...

(a.3) before being granted landing,

a.3) avant que le droit d'établissement ne lui ait été accordé, a, à l'étranger :

(ii) committed outside Canada, in the opinion of the immigration officer or peace officer, based on a balance of probabilities, an act or omission that constitutes an offence under the laws of the place where the act or omission occurred and that, if committed in Canada, would constitute an offence referred to in paragraph (a.2),

(ii) soit commis, de l'avis, fondé sur la prépondérance des probabilités, de l'agent d'immigration ou de l'agent de la paix, un fait — acte ou omission — qui constitue une infraction dans le pays où il a été commis et qui, s'il était commis au Canada, constituerait une infraction visée à l'alinéa a.2),

As explained above, the standard of review on questions of law is one of correctness. Although the IAD is entitled to deference as regards findings of credibility and relevance, no such deference applies when it comes to defining the elements of the crime or to deciding whether the Minister has discharged the burden of proof, namely the burden of proving that, on the facts of this case, as found on a balance of probabilities, the speech constituted an incitement to murder, genocide and/or hatred. We will proceed, as did the courts below, on the basis that, where the Minister relies on a crime committed abroad, a conclusion that the elements of the crime in Canadian criminal law have been made out will be deemed to be determinative in respect of the commission of crimes under Rwandan criminal law. No one challenges the fact that the constituent elements of the crimes are basically the same in both legal systems.

(1) Incitement to Murder

As will be recalled, Mr. Duquette concluded that while there was evidence that murders had occurred following the speech by the respondent, the evidence directly linking the murders to the speech was insufficient (para. 310). This finding of fact precludes the application of s. 22 of the *Criminal Code* on counselling an offence that is committed.

Under s. 464(a) of the *Criminal Code*, however, it is an offence to counsel another person to commit

Comme nous l'avons expliqué, la norme de contrôle applicable à une question de droit est celle de la décision correcte. La SAI a droit à la déférence lorsqu'elle se prononce sur la crédibilité et la pertinence, mais pas lorsqu'elle définit les éléments constitutifs du crime ou qu'elle détermine si le ministre s'est acquitté de son fardeau de preuve, c'est-à-dire s'il a démontré, compte tenu des faits établis suivant la prépondérance des probabilités, que le discours constituait une incitation à l'assassinat, au génocide ou à la haine, ou à tous ces actes. Dans le cas d'un crime qui aurait été perpétré à l'étranger, lorsque les éléments constitutifs du crime seront établis en droit criminel canadien, nous tiendrons pour acquis, comme l'ont fait les tribunaux inférieurs, qu'ils le sont également pour les besoins du droit criminel étranger, celui du Rwanda en l'occurrence. Nul ne conteste que les éléments constitutifs des crimes en cause sont fondamentalement les mêmes dans les deux systèmes de droit.

(1) L'incitation au meurtre

Selon M. Duquette, même si des éléments de preuve établissaient que des meurtres avaient été commis à la suite du discours de l'intimé, ils ne suffisaient pas pour relier directement les meurtres au discours (par. 338). Cette conclusion de fait rend inapplicable l'art. 22 du *Code criminel* et exclut l'infraction consistant à conseiller la commission d'une infraction qui est ensuite commise.

Toutefois, suivant l'al. 464a) du *Code criminel*, constitue une infraction le fait de conseiller à une

59

60

61

an offence even if the offence is not committed. The Rwandan *Penal Code* also provides that it is a crime to incite murder, whether or not the incitement is followed by the actual commission of an offence.

(a) *Elements of the Offence of Counselling a Murder Which Is Not Committed*

62 Section 464(a) of the *Criminal Code* provides that:

464. Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of persons who counsel other persons to commit offences, namely,

(a) every one who counsels another person to commit an indictable offence is, if the offence is not committed, guilty of an indictable offence and liable to the same punishment to which a person who attempts to commit that offence is liable;

63 “Counsel[ing]” is defined in s. 22(3) of the *Criminal Code*, which says that its meaning includes “procur[ing]”, “solicit[ing]”, or “incit[ing]”. To incite means to urge, stir up or stimulate: *R. v. Ford* (2000), 145 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.), at para. 28.

64 The offence of counselling requires that the statements, viewed objectively, actively promote, advocate, or encourage the commission of the offence described in them: *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 56. The criminal act will be made out where the statements (1) are likely to incite, and (2) are made with a view to inciting, the commission of the offence: *R. v. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171 (N.B.C.A.), at p. 180. An intention to bring about the criminal result, that the counsellor intend the commission of the offence counselled, will obviously satisfy the requisite mental element for the offence of counselling.

(b) *Findings in Respect of the Criminal Act*

65 Mr. Duquette held that the November 22, 1992 speech was an incitement to kill members of the Tutsi ethnic group and opposition party members. We will review certain key passages, and Mr. Duquette’s explanation and analysis of them,

autre personne de commettre une infraction, même s’il n’y a pas passage à l’acte. Le *Code pénal* du Rwanda dispose également que l’incitation au meurtre constitue un crime, qu’elle soit ou non suivie de la commission d’une infraction.

a) *Conseiller un meurtre qui n’est pas commis : Éléments constitutifs*

L’alinéa 464a) du *Code criminel* prévoit :

464. Sauf disposition expressément contraire de la loi, les dispositions suivantes s’appliquent à l’égard des personnes qui conseillent à d’autres personnes de commettre des infractions :

a) quiconque conseille à une autre personne de commettre un acte criminel est, si l’infraction n’est pas commise, coupable d’un acte criminel et passible de la même peine que celui qui tente de commettre cette infraction;

Suivant le par. 22(3) du *Code criminel*, « conseiller » s’entend d’« amener » et d’« inciter », et « conseil », de l’encouragement visant à amener et à inviter. Inciter veut dire exhorter, exciter ou provoquer : *R. c. Ford* (2000), 145 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.), par. 28.

Considérées objectivement, les déclarations doivent encourager activement ou préconiser la commission de l’infraction en cause : *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 56. Elles sont criminelles lorsqu’elles (1) sont de nature à inciter à la perpétration de l’infraction et (2) visent la commission de l’infraction : *R. c. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171 (C.A.N.-B.), p. 180. L’intention d’obtenir le résultat criminel, c’est-à-dire la volonté de l’instigateur que l’infraction conseillée soit perpétrée, établira évidemment l’élément moral requis pour l’infraction consistant à conseiller un acte criminel.

b) *Conclusions relatives à l’acte criminel*

M. Duquette a conclu que le discours du 22 novembre 1992 constituait une incitation à assassiner les Tutsi et les membres des partis d’opposition. Pour déterminer si la commission de l’acte criminel — conseiller la perpétration d’un meurtre qui

in order to determine whether the criminal act of counselling a murder that is not committed has been made out.

Mr. Duquette's analysis began with a review of the following passage, which called upon the audience to defend themselves against an invasion:

[TRANSLATION] The second point I have decided to discuss with you is that you should not let yourselves be invaded. At all costs, you will leave here taking these words with you, that you should not let yourselves be invaded. Tell me, if you as a man, a mother or father, who are here, if someone comes one day to move into your yard and defecate there, will you really allow him to come again? It is out of the question. You should know that the first important thing . . . you have seen our brothers from Gitarama here. Their flags — I distributed them when I was working at our party's headquarters. People flew them everywhere in Gitarama. But when you come from Kigali, and you continue on into Kibilira, there are no more M.R.N.D. flags to be seen: they have been taken down! In any case, you understand yourselves, the priests have taught us good things: our movement is also a movement for peace. However, we have to know that, for our peace, there is no way to have it but to defend ourselves. Some have quoted the following saying: [TRANSLATION] "Those who seek peace always make ready for war." Thus, in our prefecture of Gisenyi, this is the fourth or fifth time I am speaking about it, there are those who have acted first. It says in the Gospel that if someone strikes you on one cheek, you should turn the other cheek. I tell you that the Gospel has changed in our movement: if someone strikes you on one cheek, you hit them twice on one cheek and they collapse on the ground and will never be able to recover! So here, never again will what they call their flag, what they call their cap, even what they call their militant, come to our soil to speak: I mean throughout Gisenyi, from one end to the other! [para. 9]

Paragraph 9 introduced the second point in Mr. Mugesera's four-part speech: that they not allow themselves to be invaded. Mr. Duquette accepted Professor Angenot's view that the message here was not to allow oneself, as a Rwandan, to be invaded by aggressors from the RPF and from among political opponents. Mr. Duquette noted that throughout the speech political opponents were "systematically characterized as *inyenzi*", or cockroaches (para. 163).

n'est pas commis — a été établie, nous examinerons certains passages clés du discours, ainsi que l'explication et l'analyse de M. Duquette s'y rapportant.

M. Duquette a tout d'abord analysé le passage suivant, où l'orateur invitait son auditoire à résister à l'invasion :

Le deuxième point dont j'ai décidé de vous entretenir, c'est de ne pas vous laisser envahir. À tout prix, vous quitterez ces lieux en emportant avec vous cette parole, à savoir ne pas vous laisser envahir. Dis-donc, toi homme, toi père ou mère ici présents, si quelqu'un vient un jour s'installer dans ton enclos et y défèque, accepteras-tu encore réellement qu'il y revienne? Cela est tout à fait interdit. Sachez que la première chose importante [. . .] vous avez vu ici nos frères de Gitarama. Leurs drapeaux, c'est moi qui les ai distribués lorsque je travaillais au siège de notre Parti. Partout à Gitarama, on les a hissés. Mais, quant (*sic*) tu viens de Kigali, que tu continues d'avancer pour pénétrer dans Kibilira, plus aucun drapeau du M.R.N.D. ne s'y trouve : on les a descendus! Quoi qu'il en soit, vous le comprenez vous-mêmes, les prêtres nous ont appris de bonnes choses; notre Mouvement aussi est un Mouvement pour la paix. Cependant, il faut qu'on sache que, pour notre paix, il n'y a pas d'autre moyen de l'avoir que de se défendre soi-même. Certains ont cité l'adage suivant : « Qui veut la paix prépare toujours la guerre ». C'est ainsi donc que, dans notre Préfecture de Gisenyi, c'est la quatrième ou cinquième fois que j'en parle, ce sont eux qui ont agi les premiers. Il est écrit dans l'Évangile que si l'on te donne une gifle sur une joue, tu offriras l'autre pour qu'on tape dessus. Moi, je vous dis que cet Évangile a changé dans notre Mouvement : si on te donne une gifle sur une joue, tu leur en donneras deux sur une joue et ils s'effondreront par terre pour ne plus reprendre leurs esprits! Ici donc, plus rien de se (*sic*) qui s'appelle leur drapeau, plus rien de se (*sic*) qui s'appelle leur bonnet, plus rien même de se (*sic*) qui s'appelle leur Militant ne doit venir sur notre sol pour y prendre la parole; je veux dire dans tout Gisenyi, sur toute son étendue! [par. 9]

Au paragraphe 9, M. Mugesera a abordé le deuxième thème de son discours en quatre parties : ne pas se laisser envahir. M. Duquette a convenu avec le professeur Angenot que le message lancé aux Rwandais était de ne se laisser envahir ni par les agresseurs du FPR ni par les opposants politiques. Il a relevé que, tout au long du discours, les opposants politiques étaient « systématiquement qualifiés d'*inyenzi* » ou de cancrelats (par. 172).

68

Mr. Duquette explained the meaning of the term “Inyenzi” as follows:

The expression “accomplices of the Inyenzi” should be explained. The term “inyenzi” was used during the 1960s to refer to a group of armed refugees who were attempting to stage incursions against Rwanda from outside the country. Inyenzi literally means cockroaches, alluding to the insects that infiltrate, are everywhere at night and are not seen during the day. By extension, Mr. Mugesera — and many others, to be sure — called those who were attacking Rwanda in the 1990s, the RPF, *inyenzi*. The RPF, for its part referred to its members as *inkotanyi* (literally, tenacious fighters) in a reference to militants of the king in the 19th century. In the dictionary filed as exhibit M-4-9, the third meaning is given as “[Translation] member of a Tutsi incursion group, at the time of Rwanda’s independence; a partisan fighter”. [Footnotes omitted; para. 156.]

69

At paragraph 13 of his speech, Mr. Mugesera attempted to draw a connection between the partisan fighters of the 1960s and the RPF. To him, they were all “Inyenzi”:

[TRANSLATION] Something else which may be called [TRANSLATION] “not allowing ourselves to be invaded” in the country, you know people they call “Inyenzi” (cockroaches), no longer call them “Inkotanyi” (tough fighters), as they are actually “Inyenzi”. These people called Inyenzi are now on their way to attack us.

He referred to the “Inkotanyi” as “Inyenzi”. Mr. Duquette concluded that: “The connection will necessarily also be made with all those he refers to as *inyenzi* in the speech” (para. 168).

70

At paragraph 15, Mr. Mugesera added that those who recruited soldiers for enemy armies should be arrested and prosecuted:

[TRANSLATION] You know what it is, dear friends, “not letting ourselves be invaded”, or you know it. You know there are “Inyenzi” in the country who have taken the opportunity of sending their children to the front, to go and help the “Inkotanyis”. That is something you intend to speak about yourselves. You know that yesterday I came back from Nshili in Gikongoro at the Burundi border, travelling through Butare. Everywhere people told me of the number of young people who had gone. They said to me [TRANSLATION] “Where they are going, and who is taking them . . . why are they are (*sic*) not arrested as well as their families?” So I will tell you now,

M. Duquette a expliqué le sens du mot « *inyenzi* » :

L’expression « *complices des inyenzi* » mérite une explication. Le terme « *inyenzi* » a été utilisé durant les années 1960 pour désigner un groupe de réfugiés armés qui tentaient des incursions de l’étranger contre le Rwanda. *Inyenzi* signifie littéralement *cancrelats*, par allusion aux insectes qui s’infiltrent, sont partout la nuit et qu’on ne voit pas le jour. Par extension, monsieur Mugesera — et beaucoup d’autres sûrement — ont appelé *inyenzi* ceux qui attaquaient le Rwanda dans les années 1990, soit le FPR. Celui-ci utilisait plutôt le terme *inkotanyi* (littéralement, combattants tenaces) faisant référence à des militants du roi au XIXe siècle. Dans le dictionnaire produit sous M-4-9, on retrouve comme troisième sens « *membre d’un groupe d’incursion Tutsi, à l’époque de l’indépendance du Rwanda; maquisard* ». [Notes omises; par. 160.]

Au paragraphe 13 de son discours, M. Mugesera a tenté d’établir un lien entre les combattants des années 1960 et le FPR. Pour lui, c’étaient tous des « *inyenzi* » :

Une autre chose qu’on peut appeler « *ne pas se laisser envahir* » dans le pays, vous connaissez des gens qu’on appelle « *Inyenzi* » (*Cancrelats*), ne les appelez plus « *Inkotanyi* » (*combattants tenaces*), car ce sont tout à fait des « *Inyenzi* ». Ces gens appelés *Inyenzi* ce (*sic*) sont mis en route pour nous attaquer.

Il a qualifié les « *inkotanyi* » d’« *inyenzi* », et M. Duquette a conclu : « On fera nécessairement le lien également avec tous ceux qu’il appelle *inyenzi* dans le discours » (par. 181).

Au paragraphe 15, M. Mugesera a ajouté que ceux qui recrutait des soldats pour les armées ennemies devraient être arrêtés et traduits en justice :

Vous savez ce que c’est, chers parents, « *ne pas se laisser envahir* », ou vous le savez. Vous savez qu’il y a au pays des « *Inyenzi* » qui ont profité de l’occasion pour envoyer leurs enfants au front, pour aller secourir les « *Inkotanyi* ». Ça c’est quelque chose dont vous entendez parler vous-mêmes. Vous savez qu’hier je suis rentré de Nshili dans Gikongoro à la frontière du Burundi, en passant par Butare. Partout on m’a fait rapport du nombre des jeunes qui sont partis. On m’a dit : « Là où ils passent, ainsi que celui qui les conduit [. . .] pourquoi ne sont-ils pas arrêtés en même temps que leurs familles? » Je vous le dis donc maintenant, cela est écrit dans la Loi,

it is written in the law, in the book of the Penal Code: [TRANSLATION] “Every person who recruits soldiers by seeking them in the population, seeking young persons everywhere whom they will give to the foreign armed forces attacking the Republic, shall be liable to death”. It is in writing.

This was not an unreasonable statement. Mr. Duquette concluded that, although Mr. Mugesera did not say that people should be arrested because they were Tutsi, there was evidence to support the finding that it was understood at the time in Rwanda that the recruiters were Tutsi extremists. Indeed this was the explanation given by Mr. Mugesera to a journalist from *Le Soleil* (para. 178).

Mr. Duquette interpreted the following two passages, in particular, as a call for murder:

[TRANSLATION] Why do they not arrest these parents who have sent away their children and why do they not exterminate them? Why do they not arrest the people taking them away and why do they not exterminate all of them? Are we really waiting till they come to exterminate us?

I should like to tell you that we are now asking that these people be placed on a list and be taken to court to be tried in our presence. If they (the judges) refuse, it is written in the Constitution that “ubutabera bubera abaturage”. In English, this means that [TRANSLATION] “JUSTICE IS RENDERED IN THE PEOPLE’S NAME”. If justice therefore is no longer serving the people, as written in our Constitution which we voted for ourselves, this means that at that point we who also make up the population whom it is supposed to serve, we must do something ourselves to exterminate this rabble. I tell you in all truth, as it says in the Gospel, “When you allow a serpent biting you to remain attached to you with your agreement, you are the one who will suffer”. [paras. 16-17]

Mr. Duquette rejected Mr. Mugesera’s suggestion that, when he said “exterminate”, he was talking about the death penalty. It is clear that he was suggesting that the legal system was not functioning and that the public should take the law into their own hands. He even suggested the verdict: extermination.

dans le livre du Code pénal : « Sera passible de peine de mort toute personne qui recrutera des soldats en les cherchant parmi la population, en cherchant partout des jeunes qu’elle ira donner aux forces armées étrangères qui attaqueront la République ». C’est écrit.

Ce n’étaient pas des paroles excessives. M. Duquette a estimé que même si M. Mugesera n’avait pas affirmé que les gens devaient être arrêtés parce qu’ils étaient tutsi, des éléments de preuve permettaient de conclure que, à cette époque au Rwanda, il était bien compris que les recruteurs étaient des extrémistes tutsi. M. Mugesera l’a d’ailleurs confirmé à une journaliste du quotidien *Le Soleil* (par. 192).

M. Duquette a vu un appel au meurtre dans les deux passages suivants :

Pourquoi n’arrête-t-on pas ces parents qui ont envoyé leurs enfants et pourquoi ne les extermine-t-on pas? Pourquoi n’arrête-t-on pas ceux qui les amènent et pourquoi ne les extermine-t-on pas tous? Attendons-nous que ce soit réellement eux qui viennent nous exterminer?

Je voudrais vous dire que maintenant nous demandons que ces gens-là soient mis sur une liste et qu’ils soient traduits en justice pour qu’ils soient jugés en notre présence. Au cas où il arriverait qu’ils (les juges) refusent, il est écrit dans la constitution que « ubutabera bubera abaturage ». En français, cela veut dire que « LA JUSTICE EST RENDUE AU NOM DU PEUPLE ». Au cas où donc la justice n’est plus au service du peuple, comme cela est écrit dans notre constitution que nous avons votée nous-mêmes, c’est dire qu’à ce moment, nous autres composantes de la population au service de laquelle elle devrait se mettre, nous devons le faire nous-mêmes en exterminant cette canaille. Ceci, je vous le dis en toute vérité, comme c’est écrit dans l’Évangile : « Lorsque vous accepterez qu’en venant vous mordre un serpent reste attaché sur vous avec votre accord, c’est alors vous qui serez anéantis ». [par. 16-17]

M. Duquette a écarté l’explication de M. Mugesera selon laquelle il avait fait référence à la peine de mort lorsqu’il avait parlé d’« extermination ». L’orateur avait clairement laissé entendre que le système de justice ne fonctionnait pas et que la population devait se faire justice elle-même. Il a même proposé la sentence : l’extermination.

- 73 Paragraph 24 conveyed a similar “kill or be killed” message:
- [TRANSLATION] One important thing which I am asking all those who are working and are in the M.R.N.D.: “Unite!” People in charge of finances, like the others working in that area, let them bring money so we can use it. The same applies to persons working on their own account. The M.R.N.D. have given them money to help them and support them so they can live as men. As they intend to cut our necks, let them bring (money) so [[we can defend ourselves by cutting their necks]]! Remember that the basis of our Movement is the cell, that the basis of our Movement is the sector and the Commune. He (the President) told you that a tree which has branches and leaves but no roots dies. Our roots are fundamentally there. Unite again, of course you are no longer paid, members of our cells, come together. If anyone penetrates a cell, watch him and crush him: if he is an accomplice do not let him get away! Yes, he must no longer get away!
- Le paragraphe 24 du discours transmettait le même message : « tuer ou être tué » :
- Une chose importante que je demande encore à tous ceux qui travaillent et qui sont au sein du M.R.N.D. : « Unissez-vous! » Que celui qui est chargé des finances, comme les autres s’en servent, lui aussi apporte l’argent pour que nous nous en servions. Qu’il en soit de même pour celui qui en a à son propre compte. Le M.R.N.D. le lui a donné pour l’aider et le soutenir, afin que, lui aussi, puisse subvenir à ses besoins en sa qualité d’homme. Comme ils ont l’intention de lui couper le cou, qu’il l’apporte (l’argent) pour que [[nous nous défendions en leur coupions (*sic*) les cous]]! Souvenez-vous que la base de notre Mouvement est la cellule, que la base de notre Mouvement est le secteur et la Commune. Il (le Président) vous a dit qu’un arbre qui a des branches et a des feuilles sans avoir des racines meurt. Nos racines sont fondamentalement là-bas. Unissez-vous encore, bien sûr vous n’êtes plus rémunérés, que nos membres des cellules se mettent ensemble. Si quelqu’un pénètre dans la cellule, surveillez-le du regard et écrasez-le; s’il est complice qu’il ne puisse plus en sortir! Oui, qu’il ne puisse plus en sortir!
- 74 Mr. Mugesera suggested that the first part of the paragraph was only a call for donations to support the war effort: he was asking the audience to help the government buy weapons. Mr. Duquette rejected this explanation as too subtle for the audience (para. 189). Mr. Mugesera referred to people who allegedly intended to cut his throat and said that resources had to be pooled to kill them.
- M. Mugesera a avancé que la première partie de ce paragraphe ne devait s’entendre que comme un simple appel à des contributions pour soutenir l’effort de guerre : il demandait à son auditoire d’aider le gouvernement à acheter des armes. M. Duquette a rejeté cette explication, la jugeant trop subtile pour être comprise de l’auditoire (par. 212). En effet, le discours de M. Mugesera affirmait que des gens voulaient couper des cous et que les ressources disponibles devaient être mises en commun pour tuer ces gens.
- 75 In the second part of the same paragraph, Mr. Mugesera focused on people who might enter the “cell”. The “cell” is the smallest administrative unit in Rwanda. Each prefecture is composed of communes, which are in turn composed of cells. The message conveyed here was that if someone arrived in the cell and was found to be an accomplice, he must not be allowed to get away. Mr. Duquette concluded that what was meant was that he should not be allowed to get out alive. Mr. Mugesera argued that he meant to say only that the stranger should be questioned to establish his identity and that he should be brought to trial. Mr. Duquette rejected
- Dans la deuxième partie du même paragraphe, M. Mugesera a parlé des individus qui pouvaient pénétrer dans la « cellule », la plus petite unité administrative au Rwanda. La préfecture se compose de communes, elles-mêmes constituées de cellules. Le message transmis était de ne pas laisser sortir de la cellule les complices qui y pénétraient. Selon M. Duquette, cela signifiait qu’ils ne devaient pas en sortir vivants. M. Mugesera a prétendu avoir simplement voulu dire qu’il fallait interroger l’étranger pour établir son identité et le traduire en justice. Or, M. Duquette a jugé son explication totalement déraisonnable, car

this explanation as totally unreasonable. The audience would not believe that this alternative explanation is implicit in the words “he must no longer get away!”

Finally, the conclusion of the speech again called for murder:

[TRANSLATION] So in order to conclude, I would remind you of all the important things I have just spoken to you about: the most essential is that we should not allow ourselves to be invaded, lest the very persons who are collapsing take away some of you. Do not be afraid, know that anyone whose neck you do not cut is the one who will cut your neck. Let me tell you, these people should begin leaving while there is still time and go and live with their people, or even go to the “Inyenzis”, instead of living among us and keeping their guns, so that when we are asleep they can shoot us. Let them pack their bags, let them get going, so that no one will return here to talk and no one will bring scraps claiming to be flags! [para. 28]

Mr. Mugesera reminded the audience not to leave themselves open to invasion. He warned that “anyone whose neck you do not cut is the one who will cut your neck”. The point of this, Mr. Duquette concluded, was not to respond to an attack, but rather to make the first move. The speech also advised members of other political parties to leave before it was too late. Mr. Duquette found that while it did not amount to a direct call to murder, such advice was “extremely threatening because of what ha[d] just been said” (para. 218).

The IAD’s findings of fact support the conclusion that Mr. Mugesera’s speech should be viewed as an incitement to kill Tutsi and opposition party members. The elements of the *actus reus* are met: viewed objectively, Mr. Mugesera’s message was likely to incite, and was made with a view to inciting, murder. Mr. Mugesera conveyed to his listeners, in extremely violent language, the message that they faced a choice of either exterminating the Tutsi, the accomplices of the Tutsi, and their own political opponents, or being exterminated by them.

l’auditoire ne pouvait voir cette possibilité tacite dans les mots « qu’il ne puisse plus en sortir! ».

Enfin, dans sa conclusion, l’orateur avait à nouveau appelé au meurtre :

Pour que je puisse terminer donc, je voudrais vous rap-peler toutes les choses importantes dont je viens de vous entretenir : la plus essentielle est de ne pas nous laisser envahir, de peur que même ceux-là qui agonisent n’emportent personne parmi vous. N’ayez pas peur, sachez que celui à qui vous ne couperez pas le cou, c’est celui-là même qui vous le coupera. Je vous dis donc que ces gens là devraient commencer à partir pendant qu’il est encore temps et à aller habiter parmi les leurs ou aller même parmi les « Inyenzi » au lieu d’habiter parmi nous en conservant des fusils, pour que quand nous serons endormis, ils nous tirent dessus. Faites donc les (*sic*) plier bagage, qu’ils prennent le chemin du départ, de façon que plus personne ne revienne ici prendre la parole et que plus personne n’apporte des chiffons prétendus être des drapeaux! [par. 28]

M. Mugesera a invité l’auditoire à ne pas s’exposer à l’invasion. Il l’a mis en garde : « celui à qui vous ne couperez pas le cou, c’est celui-là même qui vous le coupera ». Pour M. Duquette, il ne s’agissait pas de réagir à une attaque, mais de prendre l’initiative. L’orateur a aussi conseillé aux membres des autres partis politiques de partir avant qu’il ne soit trop tard. M. Duquette a conclu que, même s’il ne constituait pas un appel direct au meurtre, ce conseil était néanmoins « extrêmement menaçant à cause de ce qui [venait] d’être dit » (par. 245).

Les conclusions de fait de la SAI étayaient la conclusion qu’il faut voir dans le discours de M. Mugesera une incitation à tuer les Tutsi et les membres des partis d’opposition. Les éléments de l’*actus reus* sont réunis : considéré objectivement, le message était de nature à inciter au meurtre et avait ce but. M. Mugesera a expliqué à son auditoire, en des termes extrêmement violents, qu’il devait choisir entre exterminer les Tutsi, leurs complices et les opposants politiques ou être exterminé par eux.

(c) *Findings in Respect of the Guilty Mind*

78

On the question of whether Mr. Mugesera had the requisite intent, Mr. Duquette found that, given the context, Mr. Mugesera knew his speech would be understood as an incitement to commit murder. The context to which Mr. Duquette referred was the context of the ethnic massacres that took place before and after the speech:

From October 1990 to February 1993, a total of 2,000 persons, mostly Tutsi, lost their lives in similar massacres in Rwanda. They were killed because they were considered accomplices of the "Inyenzi". They were not soldiers or combatants, but civilians who were identified with the enemy because they belonged to a particular ethnic group. [Footnote omitted; para. 242.]

79

This finding of fact is sufficient to meet the *mens rea* for counselling an offence that is not committed. It shows that, on the facts, Mr. Mugesera not only intentionally gave the speech, but also intended that it result in the commission of murders.

80

We find that the IAD correctly concluded that the allegation of incitement to murder that is not committed was well founded, and that the FCA erred in overturning that finding. We must now consider the Minister's allegations in respect of the crime of incitement to genocide.

(2) Incitement to Genocide

81

The second offence that the Minister alleges Mr. Mugesera committed in giving the speech is advocating or promoting genocide. We will now consider the elements of the offence and whether they are made out on the facts as found by Mr. Duquette.

82

Genocide is a crime originating in international law. International law is thus called upon to play a crucial role as an aid in interpreting domestic law, particularly as regards the elements of the crime of incitement to genocide. Section 318(1) of the *Criminal Code* incorporates, almost word for word, the definition of genocide found in art. II of the

c) *Conclusions relatives à l'intention criminelle*

En ce qui concerne la *mens rea*, M. Duquette a conclu que, dans le contexte, M. Mugesera savait que son discours serait interprété comme une incitation au meurtre. Le contexte en question correspondait aux massacres ethniques survenus avant et après le discours :

Entre octobre 1990 et février 1993, 2 000 personnes en tout, la plupart Tutsi, ont perdu la vie dans des massacres semblables au Rwanda. Ces personnes ont été tuées, parce qu'on considérait qu'elles étaient des complices des inyenzi. Il ne s'agissait pas de militaires, ni de combattants, mais de civils qu'on assimilait à l'ennemi à cause de leur appartenance à un groupe ethnique. [Note omise; par. 270.]

Cette conclusion de fait établit la *mens rea* requise pour l'infraction de conseiller un acte criminel qui n'est pas commis. Il en ressort que, dans les faits, M. Mugesera a non seulement prononcé le discours de manière délibérée, mais il a voulu que la perpétration de meurtres en résulte.

Nous sommes d'avis que la SAI a eu raison de conclure au bien-fondé de l'allégation d'incitation au meurtre qui n'est pas perpétré et que la CAF a infirmé cette conclusion à tort. Il nous faut maintenant examiner les allégations relatives au crime d'incitation au génocide.

(2) L'incitation au génocide

La deuxième infraction que M. Mugesera aurait commise en prononçant son discours est la préconisation ou la fomentation du génocide. Nous nous pencherons maintenant sur les éléments constitutifs de l'infraction et déterminerons s'ils sont établis au vu des conclusions de fait de M. Duquette.

Le droit international se trouve à l'origine du crime de génocide. Il est donc appelé à jouer un rôle décisif dans l'interprétation du droit interne, plus particulièrement dans la détermination des éléments constitutifs du crime d'incitation au génocide. En effet, le par. 318(1) du *Code criminel* reprend presque textuellement la définition de génocide figurant

Genocide Convention, and the Minister's allegation B makes specific reference to Rwanda's accession to the *Genocide Convention*. Canada is also bound by the *Genocide Convention*. In addition to treaty obligations, the legal principles underlying the *Genocide Convention* are recognized as part of customary international law: see International Court of Justice, Advisory Opinion of May 28, 1951, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 1951, at p. 15. The importance of interpreting domestic law in a manner that accords with the principles of customary international law and with Canada's treaty obligations was emphasized in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paras. 69-71. In this context, international sources like the recent jurisprudence of international criminal courts are highly relevant to the analysis.

(a) *The Elements of Advocating Genocide*

Section 318(1) of the *Criminal Code* proscribes the offence of advocating genocide: "Every one who advocates or promotes genocide is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years." Genocide is defined as the act of killing members of an identifiable group or of deliberately inflicting conditions of life on an identifiable group calculated to bring about the physical destruction of that group, in whole or in part: subs. (2). Subsection (4), at the relevant time, defined an identifiable group as "any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin". There is no Canadian jurisprudence dealing specifically with s. 318(1) of the *Criminal Code*.

(i) Is Proof of Genocide Required?

In *Prosecutor v. Akayesu*, 9 IHRR 608 (1998), the Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda ("ICTR") drew a distinction between the constituent elements of the crimes of complicity in genocide and incitement to genocide.

à l'art. II de la *Convention sur le génocide*, et l'allégation B du ministre renvoie expressément à l'adhésion du Rwanda à cette convention. Le Canada est également lié par la *Convention sur le génocide*. Outre les obligations conventionnelles, l'on reconnaît que les principes juridiques qui sous-tendent la *Convention sur le génocide* font partie du droit international coutumier (voir Cour internationale de justice, avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J. Recueil 1951, p. 15). Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-71, notre Cour a souligné l'importance d'interpréter le droit interne conformément aux principes du droit coutumier international et aux obligations conventionnelles du Canada. Dans ce contexte, les sources internationales comme la jurisprudence récente des tribunaux pénaux internationaux revêtent une grande importance pour les besoins de l'analyse.

a) *Incitation au génocide : Éléments constitutifs*

Le paragraphe 318(1) du *Code criminel* interdit l'incitation au génocide : « Quiconque préconise ou foment le génocide est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans. » Le paragraphe 318(2) définit le génocide comme le fait de tuer les membres d'un groupe identifiable ou de les soumettre délibérément à des conditions de vie propres à entraîner leur destruction physique, avec l'intention de détruire totalement ou partiellement ce groupe. À l'époque considérée, le par. 318(4) disposait qu'un « groupe identifiable » s'entendait de « toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique ». Au Canada, aucun arrêt de jurisprudence ne porte précisément sur l'application du par. 318(1) du *Code criminel*.

(i) Le génocide doit-il être prouvé?

Dans *Procureur c. Akayesu*, Affaire n° ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda (« TPIR ») a établi une distinction entre les éléments constitutifs du crime de complicité de génocide et

In the case of a charge of complicity, the prosecution must prove that genocide has actually occurred. A charge of incitement to genocide, however, does not require proof that genocide has in fact happened:

In the opinion of the Chamber, the fact that such acts are in themselves particularly dangerous because of the high risk they carry for society, even if they fail to produce results, warrants that they be punished as an exceptional measure. The Chamber holds that genocide clearly falls within the category of crimes so serious that direct and public incitement to commit such a crime must be punished as such, even where such incitement failed to produce the result expected by the perpetrator. [para. 562]

85

In the case of the allegation of incitement to genocide, the Minister does not need to establish a direct causal link between the speech and any acts of murder or violence. Because of its inchoate nature, incitement is punishable by virtue of the criminal act alone irrespective of the result. It remains a crime regardless of whether it has the effect it is intended to have: see also *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, Case No. ICTR-99-52-T (Trial Chamber I) (“*Media Case*”), 3 December 2003, at para. 1029. The Minister is not required, therefore, to prove that individuals who heard Mr. Mugesera’s speech killed or attempted to kill any members of an identifiable group.

(ii) The Criminal Act: Direct and Public Incitement

86

The criminal act requirement for incitement to genocide has two elements: the act of incitement must be direct and it must be public: *Akayesu*, Trial Chamber, at para. 559. See also art. III(c) of the *Genocide Convention*. The speech was public. We need only consider the meaning of the requirement that it be direct.

87

In *Akayesu*, the Trial Chamber of the ICTR held that the *direct element* “implies that the incitement assume a direct form and specifically provoke another to engage in a criminal act, and that more than mere vague or indirect suggestion goes to constitute direct incitement” (para. 557). The direct element of incitement “should be viewed

ceux du crime d’incitation au génocide. Dans une affaire de complicité, la poursuite doit prouver qu’un génocide a effectivement eu lieu. Toutefois, dans le cas d’une accusation d’incitation, cette preuve n’est pas nécessaire :

De l’avis de la Chambre, ce qui justifie que ces actes soient exceptionnellement réprimés est le fait qu’ils sont, en eux-mêmes, des actes particulièrement dangereux parce que porteurs d’un très grand risque pour la société, même s’ils ne sont pas suivis d’effet. La Chambre considère que le génocide relève évidemment de cette catégorie de crimes dont la gravité est telle que l’incitation directe et publique à le commettre doit être pénalisé en tant que telle, même dans les cas où l’incitation n’aurait pas atteint le résultat escompté par son auteur. [par. 562]

Comme il allègue l’incitation au génocide, le ministre n’a pas à démontrer l’existence d’un lien de causalité direct entre le discours et un meurtre ou un acte de violence. Vu son caractère inachevé, l’incitation est punissable en elle-même, sans égard au résultat. Elle constitue un crime qu’elle produise ou non l’effet escompté : voir également *Procureur c. Nahimana, Barayagwiza et Ngeze*, Affaire n° ICTR-99-52-T (TPIR, Chambre de première instance I) (« affaire des *Médias* »), 3 décembre 2003, par. 1029. Le ministre n’est donc pas tenu de prouver que des personnes ayant assisté au discours de M. Mugesera ont tué ou tenté de tuer des membres d’un groupe identifiable.

(ii) L’acte criminel : Incitation directe et publique

Dans le cas de l’incitation au génocide, la perpétration de l’acte criminel comporte deux éléments : que l’incitation soit directe et qu’elle soit publique : *Akayesu*, Chambre de première instance, par. 559. Se reporter également à l’al. III(c) de la *Convention sur le génocide*. Le discours était public. Il ne reste donc qu’à examiner son caractère direct.

Dans la décision *Akayesu*, la Chambre de première instance du TPIR a statué que le *caractère direct* « veut que l’incitation prenne une forme directe et provoque expressément autrui à entreprendre une action criminelle et qu’une simple suggestion, vague et indirecte, soit quant à elle insuffisante pour constituer une incitation directe »

in the light of its cultural and linguistic content” (para. 557). *Depending on the audience*, a particular speech may be perceived as direct in one country, and not so in another. The determination of whether acts of incitement can be viewed as direct necessarily focusses mainly on the issue of whether the persons for whom the message was intended immediately grasped the implication thereof (para. 558). The words used must be clear enough to be immediately understood by the intended audience. Innuendo and obscure language do not suffice.

(iii) The Guilty Mind for Direct and Public Incitement to Genocide

The guilty mind required for the crime of incitement to genocide is an “intent to directly prompt or provoke another to commit genocide” (*Akayesu*, Trial Chamber, at para. 560). It implies a desire on the part of the perpetrator to cause another to have the state of mind necessary to commit the acts enumerated in s. 318(2) of the *Criminal Code*. The person who incites must also have the specific intent to commit genocide: an intent to destroy in whole or in part any identifiable group, namely, any section of the public distinguished by colour, race, religion, or ethnic origin (s. 318(2) and (4) of the *Criminal Code*).

Intent can be inferred from the circumstances. Thus, the court can infer the genocidal intent of a particular act from the systematic perpetration of other culpable acts against the group; the scale of any atrocities that are committed and their general nature in a region or a country; or the fact that victims are deliberately and systematically targeted on account of their membership in a particular group while the members of other groups are left alone: *Akayesu*, Trial Chamber, at para. 523. A speech that is given in the context of a genocidal environment will have a heightened impact, and for this reason the environment in which a statement is made can be an indicator of the speaker’s intent (*Media Case*, at para. 1022).

(par. 557). Ce caractère direct doit être évalué « à la lumière d’une culture et d’une langue donnée » (par. 557). *Selon l’auditoire*, un discours donné pourra être perçu comme direct dans un pays, et indirect dans un autre. L’analyse requise par la recherche du caractère direct du discours doit donc être axée sur le problème de déterminer si les personnes composant l’auditoire visé comprennent immédiatement les conséquences de ce discours (par. 558). Les mots employés doivent être suffisamment clairs pour être immédiatement compris par l’auditoire visé. Insinuations et propos obscurs ne suffisent pas.

(iii) L’intention criminelle sous-jacente à l’incitation directe et publique au génocide

L’intention criminelle requise pour conclure à l’incitation au génocide est « l’intention de directement amener ou provoquer autrui à commettre un génocide » (*Akayesu*, Chambre de première instance, par. 560). Elle suppose la volonté de mettre autrui dans l’état d’esprit nécessaire à la commission d’un acte énuméré au par. 318(2) du *Code criminel*. L’incitateur doit également avoir l’intention spécifique de perpétrer un génocide : l’intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe identifiable, c’est-à-dire toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l’origine ethnique (par. 318(2) et (4) du *Code criminel*).

L’intention peut s’inférer des circonstances. Notre Cour peut donc, pour un acte donné, déduire l’intention génocidaire de la perpétration systématique d’autres actes répréhensibles contre le groupe, de l’échelle des atrocités commises et de leur caractère général dans une région ou un pays, ou encore du fait que les victimes ont été délibérément et systématiquement choisies en raison de leur appartenance à un groupe, alors que les membres d’autres groupes ont été épargnés (*Akayesu*, Chambre de première instance, par. 523). Un discours prononcé dans un climat génocidaire aura une portée accrue. Par conséquent, le contexte dans lequel un discours est prononcé peut devenir révélateur de l’intention de l’orateur (affaire des *Médias*, par. 1022).

(b) *Findings in Respect of the Criminal Act*

90

Mr. Duquette's conclusion that Mr. Mugesera advocated genocide in his speech of November 22, 1992, is based on a number of findings of fact. The most important of them is Mr. Duquette's interpretation of para. 25 of the speech, the infamous "river passage":

[TRANSLATION] Recently, I told someone who came to brag to me that he belonged to the P.L. — I told him [TRANSLATION] "The mistake we made in 1959, when I was still a child, is to let you leave". I asked him if he had not heard of the story of the Falashas, who returned home to Israel from Ethiopia? He replied that he knew nothing about it! I told him [TRANSLATION] "So don't you know how to listen or read? I am telling you that your home is in Ethiopia, that we will send you by the Nyabarongo so you can get there quickly".

91

The first relevant finding of fact is that the individual to whom Mr. Mugesera was speaking in this story was a Tutsi. As Mr. Duquette explained, Mr. Mugesera was speaking to a member of an opposition party, the PL. He referred specifically to the events of 1959 when many Tutsi went into exile, and he mentioned Ethiopia. It is common lore in Rwanda that the Tutsi originated in Ethiopia. This belief was even taught in primary and secondary schools.

92

The second relevant finding of fact is that Mr. Mugesera was suggesting at this point that Tutsi corpses be sent back to Ethiopia. Mr. Mugesera argued that he was only telling his audience that, just as the Falasha had left Ethiopia to return to their place of origin, Israel, so should the Tutsi return to Ethiopia. In their case, the return trip would be by way of the Nyabarongo River, which runs through Rwanda toward Ethiopia. This river is not navigable, however, so the return would not be by boat. In earlier massacres, Tutsi had been killed and their bodies thrown into the Nyabarongo River.

93

The reference to 1959 is also important, because the group that was exiled then was essentially Tutsi. The "Inyenzi" and the "Inkotanyi" were recruited

b) *Conclusions relatives à l'acte criminel*

La conclusion de M. Duquette selon laquelle M. Mugesera a préconisé le génocide dans son discours du 22 novembre 1992 repose sur divers éléments factuels, le plus important étant son interprétation du tristement célèbre « passage de la rivière » au par. 25 :

Dernièrement, j'ai dit à quelqu'un qui venait de se vanter devant moi d'appartenir au P.L. Je lui ai dit : « L'erreur que nous avons commise en 1959 est que, j'étais encore un enfant, nous vous avons laissés sortir ». Je lui ai demandé s'il n'a pas entendu raconter l'histoire des Falashas qui sont retournés chez eux en Israël en provenance de l'Éthiopie? Il m'a répondu qu'il n'en savait rien! Je lui ai dit : « Ne sais-tu pas donc ni écouter ni lire? Moi, je te fais savoir que chez toi c'est en Éthiopie, que nous vous ferons passer par la Nyabarongo pour que vous parveniez vite là-bas ».

La première conclusion de fait pertinente qu'il tire de ce passage est que la personne à qui l'orateur s'adressait dans cette histoire était un Tutsi. Comme il l'a expliqué, M. Mugesera parlait à un membre d'un parti d'opposition, le PL. Il renvoyait précisément aux événements de 1959 où de nombreux Tutsi étaient partis en exil et faisait mention de l'Éthiopie. Selon la croyance populaire, les Tutsi étaient originaires de ce pays. C'est même ce que l'on enseignait aux élèves du primaire et du secondaire au Rwanda.

La deuxième conclusion de fait pertinente est que M. Mugesera avait alors suggéré de renvoyer les corps des Tutsi en Éthiopie. M. Mugesera a prétendu avoir simplement exposé à son auditoire que, tout comme les Falashas avaient quitté l'Éthiopie pour retourner à leur lieu d'origine, Israël, les Tutsi devaient rentrer en Éthiopie. Dans leur cas, le voyage de retour se serait effectué par la rivière Nyabarongo, qui coule vers l'Éthiopie en traversant le Rwanda. Or, cette rivière n'était pas navigable, et le retour ne pouvait s'effectuer par bateau. Lors de massacres précédents, les corps des Tutsi assassinés avaient été jetés dans la Nyabarongo.

La mention de l'année 1959 était également importante, car le groupe qui avait alors été exilé se composait principalement de Tutsi. C'est dans ce groupe

from this group. Throughout his speech, as we have seen, Mr. Mugesera drew connections between the two groups. Mr. Duquette also found that the speech clearly advocated that these “invaders” and “accomplices” should not be allowed to “get out”, suggesting that the mistake made in 1959 was to drive the Tutsi out of Rwanda, with the result that they were now attacking the country.

Summarizing his findings on the meaning of this paragraph, Mr. Duquette wrote:

It is therefore clear that the speaker is a Tutsi and that when Mr. Mugesera says “we will send you down the Nyabarongo”, “you” means the Tutsi and “we”, means the Hutu. It is also obvious that the speaker is impressing on the audience that it was a mistake to drive the Tutsi out of Rwanda in 1959, since they are now attacking the country. Finally, it is clear that he is suggesting that the Tutsi corpses be sent back via the Nyabarongo River. [para. 201]

This message was delivered in a public place at a public meeting and would have been clearly understood by the audience.

Mr. Duquette concluded that the individual elements of the “river passage” were inconclusive, but that, taken together, they contained a deliberate call for the murder of Tutsi. “When a person says that Tutsis should be thrown into the river as [*sic*] and is making references to 1959, he is sending out a clear signal” (para. 323). Drawing on these findings of fact, Mr. Duquette held that Mr. Mugesera had advocated the killing of members of an identifiable group distinguished by ethnic origin, namely the Tutsi, with intent to destroy the group in part.

(c) *Findings in Respect of the Guilty Mind*

On the issue of whether Mr. Mugesera had the requisite mental intent, Mr. Duquette found that “[s]ince he knew approximately 2,000 Tutsis had been killed since October 1, 1990, the context leaves no doubt as to his intent” (para. 323), and that “he intended specifically to provoke citizens against one another” (para. 324). The *mens rea* for incitement to genocide would not be made out if the finding were

que l’on recrutait les « inyenzi » et les « inkotanyi ». Tout au long de son discours, M. Mugesera a établi des liens entre les deux groupes. M. Duquette a aussi conclu que l’orateur conseillait clairement de ne pas laisser « sortir » ces « envahisseurs » et ces « complices », laissant entendre que l’erreur commise en 1959 avait été de chasser les Tutsi du Rwanda, avec pour résultat qu’ils attaquaient maintenant le pays.

Résumant ses conclusions sur le sens de ce passage, M. Duquette a écrit :

On comprend donc que l’interlocuteur est un Tutsi et quand monsieur Mugesera dit « nous vous ferons passer par la Nyabarongo », le « vous » signifie les Tutsi et le « nous », les Hutu. On comprend également que l’orateur souligne à l’auditoire que c’était une erreur de faire sortir les Tutsi du Rwanda en 1959, puisque maintenant ils attaquent. On comprend enfin qu’il suggère de renvoyer les corps des Tutsi par la rivière Nyabarongo. [par. 225]

Ce message a été communiqué au cours d’une assemblée publique tenue dans un lieu public et pouvait être clairement compris par l’auditoire.

M. Duquette a conclu que, considérés individuellement, les éléments du « passage de la rivière » n’étaient pas déterminants mais que, ensemble, ils constituaient un appel délibéré à l’assassinat de Tutsi : « Demander de jeter les Tutsi dans la rivière en faisant référence à 1959 donnait une indication très claire » (par. 352). Sur le fondement de ces conclusions de fait, M. Duquette a jugé que M. Mugesera avait préconisé l’assassinat des membres d’un groupe identifiable caractérisé par son origine ethnique, les Tutsi, dans l’intention de détruire partiellement ce groupe.

c) *Conclusions relatives à l’intention criminelle*

À propos de la question de savoir si M. Mugesera avait eu l’intention criminelle requise, M. Duquette a écrit : « Sachant qu’environ 2 000 Tutsi avaient été tués depuis le 1^{er} octobre 1990, ce contexte ne fait pas de doute sur son intention » (par. 352) et « il avait spécifiquement l’intention de soulever les citoyens les uns contre les autres » (par. 353). La conclusion que M. Mugesera avait visé la destruction totale ou

94

95

96

that Mr. Mugesera had intended to destroy, in whole or in part, members of his political opposition only. Members of a political group do not fit within the definition set out in s. 318(4) of the *Criminal Code*. The IAD went further than this and held that Mr. Mugesera had advocated the destruction of Tutsi, a distinct and identifiable ethnic group.

97 In discussing the elements of the crime, Mr. Duquette concluded that Mr. Mugesera had attempted to incite citizens to act against each other (which is an element of the offence under s. 166 of the Rwandan *Penal Code*). He specified that the citizens in question were “either MRND supporters against opposition parties or Hutu against Tutsi” (para. 324). This finding, coupled with the holding that Mr. Mugesera was aware of the ethnic massacres that were taking place, is sufficient to infer the necessary mental element of the crime of incitement to genocide.

98 The allegation of incitement to the crime of genocide is well founded. The IAD came to the correct legal conclusion on this question.

(3) Incitement to Hatred

(a) *The Elements of Incitement to Hatred*

99 The Minister alleged as a further ground for the deportation of Mr. Mugesera that he committed the crime of incitement to hatred. Section 319 of the *Criminal Code* proscribes this offence in the following terms:

319. (1) Every one who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace is guilty of [an offence].

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of [an offence].

100 Section 319 creates two distinct offences in relation to the incitement of hatred against an identifiable group. Under subs. (1), an offence is committed

partielle de ses seuls opposants politiques n'aurait pas établi l'existence de la *mens rea* requise pour le crime d'incitation au génocide. En effet, le groupe politique n'est pas un groupe identifiable au sens du par. 318(4) du *Code criminel*. La SAI est allée plus loin et a conclu que M. Mugesera avait préconisé la destruction des Tutsi, c'est-à-dire d'un groupe ethnique distinct et identifiable.

Se penchant sur les éléments constitutifs du crime, M. Duquette a conclu que M. Mugesera avait tenté d'inciter les citoyens à s'en prendre les uns aux autres (ce qui constituait un élément de l'infraction prévue à l'art. 166 du *Code pénal* du Rwanda). Il a précisé que les citoyens en question étaient « soit les partisans du MRND contre les partis d'opposition, soit les Hutu contre les Tutsi » (par. 353). Cette conclusion, jumelée à celle que M. Mugesera savait que des massacres ethniques avaient lieu, permet de déduire l'existence de l'élément moral nécessaire pour la perpétration du crime d'incitation au génocide.

L'allégation d'incitation au crime de génocide est fondée. La conclusion de la SAI à cet égard était juste sur le plan du droit.

(3) L'incitation à la haine

a) *Incitation à la haine : Éléments constitutifs*

Le ministre a invoqué comme autre motif d'expulsion que M. Mugesera s'était rendu coupable d'incitation à la haine, contrairement à l'art. 319 du *Code criminel*, dont voici le texte :

319. (1) Quiconque, par la communication de déclarations en un endroit public, incite à la haine contre un groupe identifiable, lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix, est coupable [d'une infraction].

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, foment volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable [d'une infraction].

L'article 319 crée deux infractions distinctes d'incitation à la haine contre un groupe identifiable. Son premier paragraphe prohibe la

if such hatred is incited by the communication, in a public place, of statements likely to lead to a breach of the peace. Under subs. (2), an offence is committed only by wilfully promoting hatred against an identifiable group through the communication of statements other than in private conversation. “Identifiable group” has the same meaning as in s. 318.

“Promotes” means actively supports or instigates. More than mere encouragement is required: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. Within the meaning of s. 319, “hatred” connotes “emotion of an intense and extreme nature that is clearly associated with vilification and detestation”: *Keegstra*, at p. 777. Only the most intense forms of dislike fall within the ambit of this offence.

The offence does not require proof that the communication caused actual hatred. In *Keegstra*, this Court recognized that proving a causal link between the communicated message and hatred of an identifiable group is difficult. The intention of Parliament was to prevent the risk of serious harm and not merely to target actual harm caused. The risk of hatred caused by hate propaganda is very real. This is the harm that justifies prosecuting individuals under this section of the *Criminal Code* (p. 776). In the *Media Case*, the ICTR said that “[t]he denigration of persons on the basis of their ethnic identity or other group membership in and of itself, as well as in its other consequences, can be an irreversible harm” (para. 1072).

In determining whether the communication expressed hatred, the court looks at the understanding of a reasonable person in the context: *Canadian Jewish Congress v. North Shore Free Press Ltd. (No. 7)* (1997), 30 C.H.R.R. D/5 (B.C.H.R.T.), at para. 247. Although the trier of fact engages in a subjective interpretation of the communicated message to determine whether “hatred” was indeed what the speaker intended to promote, it is not enough that the message be offensive or that the trier of fact dislike the statements: *Keegstra*, at p. 778. In order to determine whether the speech conveyed hatred, the

communication en un endroit public de déclarations qui incitent à la haine et qui sont susceptibles d’entraîner une violation de la paix. Le deuxième vise uniquement la fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée. Le terme « groupe identifiable » conserve le même sens qu’à l’art. 318.

« Fomentier » s’entend du soutien actif ou de l’instigation. Il faut plus qu’un simple encouragement : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Pour les besoins de l’art. 319, le mot « haine » désigne « une émotion à la fois intense et extrême qui est clairement associée à la calomnie et à la détestation » : *Keegstra*, p. 777. Seules les formes d’aversion les plus intenses sont en cause.

Il n’est pas nécessaire de prouver que la communication a effectivement suscité la haine. Dans l’arrêt *Keegstra*, notre Cour a reconnu qu’il est difficile d’établir un lien de causalité entre le message communiqué et la haine contre un groupe identifiable. Le législateur a voulu non seulement empêcher qu’un préjudice soit effectivement causé, mais aussi prévenir le risque de préjudice grave. Le risque que la propagande haineuse engendre la haine est très réel, et c’est ce préjudice qui justifie l’engagement de poursuites sous le régime de cette disposition du *Code criminel* (p. 776). Dans l’affaire des *Médias*, le TPIR a statué que [TRADUCTION] « le dénigrement de gens fondé sur leur origine ethnique ou leur appartenance à un autre groupe peut, en soi et en raison des autres conséquences pouvant en découler, causer un préjudice irréparable » (par. 1072).

Afin de déterminer si la communication exprimait la haine, le tribunal se demande quelle compréhension en aurait une personne raisonnable dans le contexte : *Canadian Jewish Congress v. North Shore Free Press Ltd. (No. 7)* (1997), 30 C.H.R.R. D/5 (T.D.P.C.-B.), par. 247. Pour décider si l’orateur entendait véritablement fomentier la « haine », le juge des faits se livre à une interprétation subjective du message communiqué, mais il ne suffit pas qu’il le désapprouve ou le tienne pour offensant : *Keegstra*, p. 778. L’analyse visant à déterminer si le discours était haineux doit porter sur l’auditoire ainsi

101

102

103

analysis must focus on the speech's audience and on its social and historical context. An abstract analysis would fail to capture the speaker's real message.

104 In a passage in *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), at pp. 384-85, cited with approval by this Court in *Keegstra*, Martin J.A. compared the two subsections of s. 319 and concluded that the guilty mind required by subs. (1) is something less than intentional promotion of hatred. On the other hand, the use of the word "wilfully" in subs. (2) suggests that the offence is made out only if the accused had as a conscious purpose the promotion of hatred against the identifiable group, or if he or she foresaw that the promotion of hatred against that group was certain to result and nevertheless communicated the statements. Although the causal connection need not be proven, the speaker must desire that the message stir up hatred.

105 In *Keegstra*, at p. 778, this Court found that "[t]o determine if the promotion of hatred was intended, the trier will usually make an inference as to the necessary *mens rea* based upon the statements made." In many instances, evidence of the mental element will flow from the establishment of the elements of the criminal act of the offence. The speech will be such that the requisite guilty mind can be inferred.

106 As is the case with the crime of incitement to genocide, the crime of incitement to hatred requires the trier of fact to consider the speech objectively but with regard for the circumstances in which the speech was given, the manner and tone used, and the persons to whom the message was addressed.

(b) *Findings in Respect of the Criminal Act and the Guilty Mind*

107 Based on his findings of fact, Mr. Duquette concluded that the allegation of incitement to hatred was well founded. We agree. Mr. Mugesera's speech targeted Tutsi and encouraged hatred of and violence against that group. His use of violent language and clear references to past ethnic massacres exacerbated the already vulnerable position of Tutsi

que sur le contexte historique et social. Une analyse purement abstraite du discours ne permettrait pas de saisir la nature véritable du message de son auteur.

Dans un passage de l'arrêt *R. c. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), p. 384-385, que notre Cour a cité en l'approuvant dans *Keegstra*, le juge Martin a comparé les deux paragraphes de l'art. 319. Il a conclu que l'intention criminelle requise au par. (1) correspondait à une infraction moins grave que la fomentation intentionnelle de la haine et que, vu l'emploi du mot « volontairement », l'infraction prévue au par. (2) n'était perpétrée que si l'accusé avait le dessein conscient de fomenter la haine contre le groupe identifiable ou était certain que la communication aurait cet effet et qu'il communiquait néanmoins les déclarations. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de prouver le lien de causalité, l'auteur des déclarations doit vouloir que le message provoque la haine.

Dans *Keegstra*, notre Cour a noté que pour déterminer si la fomentation de la haine était intentionnelle, « le juge des faits, se fondant sur les déclarations en question, fait normalement une inférence quant à la *mens rea* requise » (p. 778). Souvent, l'élément moral ressortira de la preuve des éléments constitutifs de l'infraction. La nature des déclarations permettra d'inférer l'intention criminelle nécessaire.

Pour déterminer s'il y a eu incitation à la haine, le juge des faits doit, comme pour l'incitation au génocide, considérer les déclarations d'un point de vue objectif, mais tenir compte des circonstances dans lesquelles elles sont faites, de la manière et du ton employés, ainsi que de leurs destinataires.

b) *Conclusions relatives à l'acte criminel et à l'intention criminelle*

En s'appuyant sur ses conclusions de fait, M. Duquette a jugé fondée l'allégation d'incitation à la haine. Nous sommes d'accord avec lui. Le discours de M. Mugesera visait les Tutsi et incitait à la haine et à la violence contre eux. La virulence de ses propos et les renvois non équivoques aux massacres ethniques antérieurs ont rendu encore plus précaire

in Rwanda in the early 1990s. The IAD's analysis of the speech supports the inference that Mr. Mugesera intended to incite hatred.

Mr. Duquette's findings of fact reveal that each element of the offences of incitement to murder, to hatred and to genocide has been made out. We are of the opinion that, based on the balance of probabilities, Mr. Mugesera committed the proscribed acts and is therefore inadmissible to Canada by virtue of ss. 27(1)(a.1)(ii) and 27(1)(a.3)(ii) of the *Immigration Act*. To this extent, we disagree with the reasons of the FCA on this subject.

The FCA erred in adopting the reasonable observer standard from *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85, and *Société St-Jean-Baptiste de Montréal v. Hervieux-Payette*, [2002] R.J.Q. 1669 (C.A.). It failed to acknowledge that the audience to which a speech is addressed is a relevant factor in determining the nature of the speech itself. If the manner in which the audience is likely to perceive the speech is not taken into account, the harm targeted by these offences may not be prevented.

The FCA's conclusions were predicated upon its own interpretation of the speech. Because he attributed a purely political nature to the speech, Décary J.A. found that it did not incite hatred or genocide:

In the case at bar, for the reasons I have given above, the message communicated by Mr. Mugesera is not, objectively speaking — that is, after analysing the speech and its context as a whole — a message inciting to murder, hatred or genocide. Nor is it such a message subjectively speaking, as there is nothing in the evidence to suggest that Mr. Mugesera intended under cover of a bellicose speech, that would be justified in the circumstances, to impel toward racism and murder an audience which he knew would be inclined to take that route. There is simply no evidence, on a balance of probabilities, that Mr. Mugesera had any guilty intent. [para. 210]

The FCA failed to take account of the nature of the target audience, which is an important contextual factor, and consequently erred in relying on an abstract "reasonable listener". This led it to err in

la situation des Tutsi au Rwanda au début des années 1990. L'analyse du discours par la SAI permet d'inférer que M. Mugesera entendait inciter à la haine.

Il ressort des conclusions de fait de M. Duquette que chacun des éléments constitutifs des infractions d'incitation au meurtre, à la haine et au génocide a été établi. Contrairement à la CAF, nous sommes d'avis que, suivant la prépondérance des probabilités, M. Mugesera a commis les actes prohibés et qu'il est donc non admissible au Canada par application des sous-al. 27(1)a.1)(ii) et 27(1)a.3)(ii) de la *Loi sur l'immigration*.

La CAF a appliqué à tort la norme de l'observateur raisonnable formulée dans les arrêts *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85, et *Société St-Jean-Baptiste de Montréal c. Hervieux-Payette*, [2002] R.J.Q. 1669 (C.A.). Elle a oublié que l'auditoire auquel s'adresse l'orateur constitue un facteur important aux fins de déterminer la nature du discours. Si l'on ne tient pas compte de la perception probable du discours par l'auditoire, l'on ne peut prévenir le préjudice que les dispositions visent à empêcher.

Les conclusions de la CAF reposent sur sa propre interprétation du discours. Après avoir qualifié le discours de purement politique, le juge Décary a estimé qu'il n'incitait ni à la haine ni au génocide :

En l'espèce, pour les raisons que j'ai exposées plus haut, le message qu'a livré M. Mugesera n'est pas, objectivement parlant, c'est-à-dire après analyse de l'ensemble du discours et du contexte, un message d'incitation au meurtre, à la haine ou au génocide. Il ne l'est pas davantage subjectivement parlant, dans la mesure où rien dans la preuve ne permet de croire que M. Mugesera ait eu l'intention, sous le couvert d'un discours belliqueux, qui serait justifié dans les circonstances, d'entraîner dans le racisme et le meurtre un auditoire qu'il savait enclin à le suivre dans cette voie. Il n'y a tout simplement pas de preuve, selon la règle de la prépondérance des probabilités, que M. Mugesera ait eu une intention coupable. [par. 210]

La CAF n'a pas pris en considération un facteur contextuel d'importance, soit la nature de l'auditoire cible. Elle a donc appliqué à tort le critère abstrait de l'« auditeur raisonnable », se méprenant de ce fait

108

109

110

111

its characterization of the nature of the speech. As a result, the FCA erred in law in finding that the speech of November 22, 1992 did not constitute an incitement to murder, genocide, or hatred.

C. *Crimes Against Humanity*

112 Having concluded that the FCA improperly substituted its own findings of fact for those of the IAD and failed to consider the appropriate legal test in characterizing Mr. Mugesera's speech, we must now move to the final issue raised on this appeal: whether there are reasonable grounds to believe that Mr. Mugesera committed a crime against humanity and is therefore inadmissible to Canada by virtue of s. 19(1)(j) of the *Immigration Act*. This ground is raised by the Minister's allegation C.

113 Section 19(1)(j) of the *Immigration Act* provides:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

. . .

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the *Criminal Code* and that, if it had been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission.

Section 19(1)(j) therefore requires that we consider two essential questions in this case. First, what is meant by "reasonable grounds to believe"? Second, what is a crime against humanity within the meaning of ss. 7(3.76) and 7(3.77) of the *Criminal Code*? What are the elements of this crime?

(1) The Standard of Proof: Reasonable Grounds to Believe

114 The first issue raised by s. 19(1)(j) of the *Immigration Act* is the meaning of the evidentiary standard that there be "reasonable grounds

sur la nature du discours. En conséquence, elle a commis une erreur de droit en concluant que le discours du 22 novembre 1992 ne constituait pas une incitation au meurtre, au génocide ou à la haine.

C. *Crimes contre l'humanité*

Puisque nous avons conclu que la CAF a eu tort de substituer ses propres conclusions de fait à celles de la SAI et de ne pas recourir au critère juridique approprié pour qualifier le discours de M. Mugesera, nous devons maintenant examiner la dernière question que soulève le présent pourvoi : des motifs raisonnables permettent-ils de penser que M. Mugesera a commis un crime contre l'humanité, le rendant de ce fait non admissible au Canada suivant l'al. 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration*? C'est ce que le ministre prétend à l'allégation C.

Voici le libellé de l'al. 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration* :

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

. . .

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel* et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration.

Cet alinéa exige donc que nous répondions à deux questions essentielles en l'espèce. Premièrement, que signifie l'énoncé « dont on peut penser, pour des motifs raisonnables »? Deuxièmement, qu'est-ce qu'un crime contre l'humanité au sens des par. 7(3.76) et (3.77) du *Code criminel*? Quels éléments constituent ce crime?

(1) La norme de preuve : Motifs raisonnables de penser

La première question que soulève l'al. 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration* est celle de la norme de preuve correspondant à l'existence de « motifs

to believe” that a person has committed a crime against humanity. The FCA has found, and we agree, that the “reasonable grounds to believe” standard requires something more than mere suspicion, but less than the standard applicable in civil matters of proof on the balance of probabilities: *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), at p. 445; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.), at para. 60. In essence, reasonable grounds will exist where there is an objective basis for the belief which is based on compelling and credible information: *Sabour v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (2000), 9 Imm. L.R. (3d) 61 (F.C.T.D.).

In imposing this standard in the *Immigration Act* in respect of war crimes and crimes against humanity, Parliament has made clear that these most serious crimes deserve extraordinary condemnation. As a result, no person will be admissible to Canada if there are reasonable grounds to believe that he or she has committed a crime against humanity, even if the crime is not made out on a higher standard of proof.

When applying the “reasonable grounds to believe” standard, it is important to distinguish between proof of questions of fact and the determination of questions of law. The “reasonable grounds to believe” standard of proof applies only to questions of fact: *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at p. 311. This means that in this appeal the standard applies to whether Mr. Mugesera gave the speech, to the message it conveyed in a factual sense and to the context in which it was delivered. On the other hand, whether these facts meet the requirements of a crime against humanity is a question of law. Determinations of questions of law are not subject to the “reasonable grounds to believe” standard, since the legal criteria for a crime against humanity will not be made out where there are merely reasonable grounds to believe that the speech *could* be classified as a crime against humanity. The facts as found on the “reasonable grounds to believe” standard must show that the

raisonnables [de penser] » qu’une personne a commis un crime contre l’humanité. La CAF a déjà statué, à juste titre selon nous, que cette norme exigeait davantage qu’un simple soupçon, mais restait moins stricte que la prépondérance des probabilités applicable en matière civile : *Sivakumar c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.), p. 445; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.), par. 60. La croyance doit essentiellement posséder un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi : *Sabour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1615 (1^{re} inst.).

En prévoyant l’application de cette norme à l’égard du crime de guerre et du crime contre l’humanité dans la *Loi sur l’immigration*, le législateur a clairement indiqué que ces crimes classés parmi les plus graves justifient une sanction extraordinaire. Ainsi, une personne ne sera pas admissible au Canada s’il existe des motifs raisonnables de penser qu’elle a commis un crime contre l’humanité, même si ce crime n’est pas établi selon une norme de preuve plus stricte.

Pour l’application de la norme des « motifs raisonnables [de penser] », il importe de distinguer entre la preuve d’une question de fait et le règlement d’une question de droit. En effet, cette norme de preuve ne s’applique qu’aux questions de fait : *Moreno c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), p. 311. Dans la présente affaire, elle s’applique pour décider si M. Mugesera a prononcé le discours en cause et pour établir le contenu du message communiqué par celui-ci et son contexte. Par contre, lorsqu’il s’agit de décider si ces faits satisfont aux exigences d’un crime contre l’humanité, la question devient une question de droit. Le règlement d’une question de droit n’est pas assujéti à la norme des « motifs raisonnables [de penser] », car l’existence de simples motifs raisonnables de penser que le discours *pourrait* être considéré comme un crime contre l’humanité ne suffit pas pour satisfaire au critère juridique applicable à la perpétration d’un tel crime. Les faits établis selon la norme des « motifs raisonnables [de penser] » doivent prouver

115

116

speech *did* constitute a crime against humanity in law.

117

The evidence reviewed and relied upon by Mr. Duquette of the IAD clearly meets the “reasonable grounds to believe” standard in that it consists of compelling and credible information that provides an objective basis for his findings of fact. Based on these findings of fact, therefore, we must determine the question of law raised by s. 19(1)(j) of the *Immigration Act* in this case: whether the facts as found on the reasonable grounds to believe standard show that the speech did constitute a crime against humanity in law.

(2) The Elements of a Crime Against Humanity

118

At the time relevant to this appeal, crimes against humanity were defined in and proscribed by ss. 7(3.76) and 7(3.77) of the *Criminal Code*, which provided:

7. . . .

(3.76) For the purposes of this section,

. . . .

“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

. . . .

(3.77) In the definitions “crime against humanity” and “war crime” in subsection (3.76), “act or omission” includes, for greater certainty, attempting or conspiring to commit, counselling any person to commit, aiding or abetting any person in the commission of, or being an accessory after the fact in relation to, an act or omission.

que le discours *constituait* un crime contre l’humanité.

Les éléments de preuve pris en compte par M. Duquette, de la SAI et auxquels il s’est fié satisfont clairement à cette norme de preuve en ce qu’ils correspondent à des renseignements concluants et dignes de foi offrant un fondement objectif à ses conclusions de fait. À partir de ces conclusions de fait, nous devons trancher la question de droit que soulève en l’espèce l’application de l’al. 19(1)j) de la *Loi sur l’immigration* : les faits établis selon la norme des motifs raisonnables de penser prouvent-ils que le discours constituait en droit un crime contre l’humanité?

(2) Crime contre l’humanité : Éléments constitutifs

À l’époque considérée dans le présent pourvoi, les par. 7(3.76) et (3.77) du *Code criminel* définissaient et prohibaient comme suit le crime contre l’humanité :

7. . . .

(3.76) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

. . . .

« crime contre l’humanité » Assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain d’une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes — qu’il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l’époque et au lieu de la perpétration — et d’autre part, soit constituant, à l’époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations.

. . . .

(3.77) Sont assimilés à un fait, aux définitions de « crime contre l’humanité » et « crime de guerre », au paragraphe 3.76, la tentative, le complot, la complicité après le fait, le conseil, l’aide ou l’encouragement à l’égard du fait.

Sections 7(3.76) and 7(3.77) of the *Criminal Code* have since been repealed. Crimes against humanity are now defined in and proscribed by ss. 4 and 6 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24. Those sections define crimes against humanity in a manner which differs slightly from the definition in the sections of the *Criminal Code* relevant to this appeal. However, the differences are not material to the discussion that follows.

As we shall see, based on the provisions of the *Criminal Code* and the principles of international law, a criminal act rises to the level of a crime against humanity when four elements are made out:

1. An enumerated proscribed act was committed (this involves showing that the accused committed the criminal act and had the requisite guilty state of mind for the underlying act);
2. The act was committed as part of a widespread or systematic attack;
3. The attack was directed against any civilian population or any identifiable group of persons; and
4. The person committing the proscribed act knew of the attack and knew or took the risk that his or her act comprised a part of that attack.

Despite relying on essentially the same authorities, the lower courts and the tribunal in this appeal were inconsistent in their identification and application of the elements of a crime against humanity under s. 7(3.76) of the *Criminal Code*. We will now briefly review their views on these questions.

For the IAD, Mr. Duquette, relying on this Court's decision in *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, found that a crime against humanity must be committed against a civilian population or an identifiable group, must be cruel and must shock the conscience of all right-thinking people (para. 335). He also held that the individual who commits the crime must be aware of the circumstances which render

Les paragraphes 7(3.76) et (3.77) du *Code criminel* ont depuis été abrogés. Le crime contre l'humanité est désormais défini et proscrié aux art. 4 et 6 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24. La définition du crime contre l'humanité donnée par ces dispositions diffère légèrement de celle que prévoyaient les dispositions du *Code criminel* applicables en l'espèce. Ces nuances n'ont toutefois aucune pertinence pour les besoins de l'analyse qui suit.

Ainsi que nous le verrons, le *Code criminel* et les principes de droit international considèrent un acte criminel comme un crime contre l'humanité lorsque quatre conditions sont remplies :

1. Un acte prohibé énuméré a été commis (ce qui exige de démontrer que l'accusé a commis l'acte criminel et qu'il avait l'intention criminelle requise).
2. L'acte a été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique.
3. L'attaque était dirigée contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes.
4. L'auteur de l'acte prohibé était au courant de l'attaque et savait que son acte s'inscrirait dans le cadre de cette attaque ou a couru le risque qu'il s'y inscrive.

Dans la présente affaire, même s'ils se sont essentiellement fondés sur les mêmes arrêts de jurisprudence, les instances inférieures ont déterminé et appliqué différemment les éléments constitutifs du crime contre l'humanité au sens du par. 7(3.76) du *Code criminel*. Il convient de faire état brièvement de leurs points de vue.

S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, de notre Cour, la SAI, sous la plume de M. Duquette, a conclu qu'un crime contre l'humanité doit être commis contre une population civile ou un groupe identifiable, être cruel et choquer la conscience de tous les gens sensés (par. 362). Elle a également statué que l'auteur du crime doit être conscient des conditions qui rendent l'acte inhumain

119

120

121

the act inhumane and must be motivated by discriminatory intent (paras. 337-38). To these requirements, he added, relying on *Sivakumar*, that crimes against humanity must occur on a widespread and systematic basis (para. 339).

122 Applying these principles to the facts, Mr. Duquette concluded that counselling murder, even where no murder is subsequently committed, is sufficient to constitute a crime against humanity, particularly where murders have been happening on a widespread and systematic basis (para. 344). In his opinion, Mr. Mugesera had acted with discriminatory intent, and was an educated man who was aware of his country's history, the current political situation and the fact that civilians were being massacred (para. 338). He was therefore aware of the circumstances which rendered his speech a crime against humanity.

123 Nadon J., reviewing the IAD's decision, did not elaborate on the elements of a crime against humanity. He limited his consideration of the issue to finding that Mr. Duquette had erred in law because Mr. Mugesera's counselling of murder and incitement to hatred, absent proof that actual murders had ensued, was not sufficiently "cruel and terrible" to constitute a crime against humanity (paras. 55-56). Nadon J. relied on this Court's decision in *Finta*, at p. 814, to support the proposition that the alleged acts must show an added degree of inhumanity.

124 Décary J.A., for the FCA, who apparently also drew on *Finta* and *Sivakumar*, reached an entirely different outcome, both on the law and on its application to the facts. He found that a crime against humanity must occur in the context of a widespread or systematic attack directed against a civilian population with discriminatory intent (para. 57). Having set aside the IAD's findings of fact, he concluded that there was no evidence that the speech had taken place in the context of a widespread or systematic attack, since the massacres which had occurred to that point were not part of a common plan and since there was no evidence that Mr. Mugesera's speech was part of an overall strategy of attack (para. 58).

et avoir une intention discriminatoire (par. 366-367). Sur le fondement de l'arrêt *Sivakumar*, elle a posé l'exigence supplémentaire d'une perpétration généralisée et systématique (par. 368).

Appliquant ces principes aux faits, M. Duquette a estimé que conseiller un assassinat qui n'est pas commis par la suite constitue bel et bien un crime contre l'humanité, surtout lorsque des meurtres ont été perpétrés de façon généralisée et systématique (par. 373). Selon lui, M. Mugesera avait eu une intention discriminatoire. Homme instruit, il connaissait l'histoire de son pays et la situation politique d'alors et il savait que des civils étaient massacrés (par. 367). Il était donc conscient des circonstances qui faisaient de son discours un crime contre l'humanité.

Appelé à réviser la décision de la SAI, le juge Nadon n'a pas apporté de précisions sur les éléments constitutifs du crime contre l'humanité. Il s'est contenté de conclure que M. Duquette avait commis une erreur de droit, car conseiller l'assassinat et inciter à la haine, faute de preuve que des meurtres avaient effectivement été commis en conséquence, n'était pas « cruel et atroce » au point de constituer un crime contre l'humanité (par. 55-56). Invoquant l'arrêt *Finta* à l'appui (p. 814), il a statué que les actes allégués devaient présenter un élément supplémentaire d'inhumanité.

Le juge Décary, de la CAF, qui semble s'être appuyé lui aussi sur les arrêts *Finta* et *Sivakumar*, est parvenu à un résultat complètement différent, tant à l'égard du droit que de son application aux faits. Il a estimé qu'un crime contre l'humanité devait s'inscrire dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre les membres d'une population civile et revêtir un caractère discriminatoire (par. 57). Après avoir annulé les conclusions de fait de la SAI, il a conclu que rien ne prouvait que le discours s'inscrivait dans un tel cadre puisque les massacres qui avaient eu lieu jusque-là n'avaient pas été concertés et qu'aucune preuve n'indiquait que le discours de M. Mugesera faisait partie d'une stratégie d'attaque globale (par. 58).

The decisions below leave no doubt as to the existence of a great deal of confusion about the elements of a crime against humanity. Though this Court has commented on the issue in the past, most notably in *Finta*, it is apparent that further clarification is needed.

Since *Finta* was rendered in 1994, a vast body of international jurisprudence has emerged from the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (“ICTY”) and the ICTR. These tribunals have generated a unique body of authority which cogently reviews the sources, evolution and application of customary international law. Though the decisions of the ICTY and the ICTR are not binding upon this Court, the expertise of these tribunals and the authority in respect of customary international law with which they are vested suggest that their findings should not be disregarded lightly by Canadian courts applying domestic legislative provisions, such as ss. 7(3.76) and 7(3.77) of the *Criminal Code*, which expressly incorporate customary international law. Therefore, to the extent that *Finta* is in need of clarification and does not accord with the jurisprudence of the ICTY and the ICTR, it warrants reconsideration.

Crimes against humanity, like all crimes, consist of two elements: (1) a criminal act; and (2) a guilty mind. Each must be considered.

(a) *The Criminal Act of a Crime Against Humanity*

It can be seen from s. 7(3.76) of the *Criminal Code* that the criminal act (*actus reus*) of a crime against humanity consists in the commission of one of the enumerated proscribed acts which contravenes customary or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations. The requirement that the enumerated proscribed acts contravene international law concerns the context in which the enumerated acts occur. According to customary international law, a proscribed act will constitute a crime against humanity where it

Les décisions des instances inférieures illustrent bien la grande confusion entourant la détermination des éléments constitutifs du crime contre l’humanité. Notre Cour s’est déjà prononcée sur cette question, en particulier dans l’arrêt *Finta*, mais des clarifications supplémentaires s’imposent.

Depuis cet arrêt rendu en 1994, le Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie (« TPIY ») et le TPIR ont établi une vaste jurisprudence internationale. Par leur analyse judicieuse des sources, de l’évolution et de l’application du droit international coutumier, ils ont créé un ensemble de décisions internationales unique. Les décisions du TPIY et du TPIR ne lient pas notre Cour, mais vu l’expertise de ces tribunaux et leur autorité en matière de droit international coutumier, les cours de justice canadiennes appliquant des dispositions de droit interne, tels les par. 7(3.76) et (3.77) du *Code criminel*, qui incorporent expressément le droit international coutumier, ne devraient pas les écarter à la légère. Par conséquent, l’arrêt *Finta* mérite un réexamen dans la mesure où sa clarification s’impose et où il n’est pas conforme à la jurisprudence du TPIY et du TPIR.

Comme tous les crimes, celui qui est perpétré contre l’humanité comporte deux éléments constitutifs : (1) un acte criminel et (2) une intention criminelle. Il convient d’examiner chacun de ces éléments.

a) *L’acte criminel constituant le crime contre l’humanité*

Il appert du par. 7(3.76) du *Code criminel* que dans le cas d’un crime contre l’humanité, l’acte criminel (*actus reus*) consiste dans la commission d’un acte prohibé énuméré qui contrevient au droit international coutumier ou conventionnel ou qui revêt un caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations. L’exigence de la transgression du droit international renvoie au contexte dans lequel l’acte prohibé énuméré est commis. En droit international coutumier, un acte prohibé constitue un crime contre l’humanité lorsqu’il est commis dans le cadre d’une

125

126

127

128

is committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population. Therefore, the criminal act of a crime against humanity is made up of three essential elements: (1) one of the enumerated proscribed acts is committed; (2) the act occurs as part of a widespread or systematic attack; and (3) the attack is directed against any civilian population or any identifiable group. We will consider each element in turn.

(i) The Proscribed Act

129 The proscribed acts listed in s. 7(3.76) of the *Criminal Code* provide a first and essential requirement for a crime against humanity: an “underlying offence” must be committed. In essence, the listed acts represent the different ways in which a crime against humanity can be committed. This means that various acts may become crimes against humanity as long as the other elements of the offence are met. In s. 7(3.76) those crimes are murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission.

130 Establishing an enumerated act involves showing that both the physical element and the mental element of the underlying act have been made out. For instance, where the accused is charged with murder as a crime against humanity, the accused must (1) have caused the death of another person, and (2) have intended to cause the person’s death or to inflict grievous bodily harm that he or she knew was likely to result in death. Once this has been established, the court will go on to consider whether the murder was committed in the context of a widespread or systematic attack directed against a civilian population or an identifiable group; this requirement is discussed more fully below.

131 The question we must now consider is whether, as alleged by the Minister, Mr. Mugesera’s speech satisfies the initial criminal act requirement for a crime against humanity. We have found that the speech counselled murders which were not committed and incited hatred and genocide. This raises two issues: whether counselling a murder that is not

attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. Par conséquent, l’acte criminel constituant un crime contre l’humanité comporte trois éléments essentiels : (1) commission de l’un des actes prohibés énumérés, (2) perpétration dans le cadre d’une attaque généralisée ou systématique et (3) attaque dirigée contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes. Nous examinerons successivement chacun de ces éléments.

(i) L’acte prohibé

Les actes prohibés énumérés au par. 7(3.76) du *Code criminel* établissent une première condition essentielle à la perpétration d’un crime contre l’humanité : une « infraction sous-jacente » doit être commise. Essentiellement, les actes énumérés représentent différentes façons de commettre un crime contre l’humanité. Différents actes peuvent devenir des crimes contre l’humanité si les autres éléments constitutifs du crime sont établis. Le paragraphe 7(3.76) précise qu’il s’agit de l’assassinat, de l’extermination, de la réduction en esclavage, de la déportation, de la persécution ou d’un autre fait — acte ou omission — inhumain.

La preuve d’un acte énuméré exige que l’on établisse l’élément physique et l’élément moral de cet acte. Par exemple, la personne accusée d’un assassinat assimilé à un crime contre l’humanité doit (1) avoir causé la mort d’une autre personne et (2) avoir eu l’intention de causer cette mort ou d’infliger des sévices physiques graves qu’elle savait susceptibles de causer la mort. Cela établi, le tribunal examine la question de savoir si l’assassinat s’inscrivait dans le cadre d’une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes. Nous reviendrons sur cette exigence.

Il convient maintenant de déterminer si, comme le prétend le ministre, le discours de M. Mugesera remplit la première condition, celle de la commission d’un acte criminel. Nous avons conclu que, dans son discours, M. Mugesera a conseillé des assassinats qui n’ont pas été commis et a incité à la haine et au génocide. Deux questions se posent. Conseiller

committed meets the initial criminal act requirement for murder as a crime against humanity and whether speech inciting hatred meets the initial criminal act requirement for persecution as a crime against humanity.

1. *Counselling an Enumerated Act That Is Not Committed and Murder as a Crime Against Humanity*

The first question raised on the facts of this appeal is whether the fact that Mr. Mugesera counselled the commission of murders that were not committed meets the initial criminal act requirement for a crime against humanity. Section 7(3.77) of the *Criminal Code* provides that “counselling” an act listed in s. 7(3.76) will be sufficient to meet the requirement. Murder is one of the acts listed in s. 7(3.76). Mr. Duquette found, as a matter of fact, that Mr. Mugesera’s speech counselled the commission of murders. His findings of fact are sufficient to conclude, as discussed above, that Mr. Mugesera satisfied both the physical and mental elements of the “underlying offence” of counselling a murder that is not committed.

This does not end our analysis, however. As we noted above, s. 7(3.76) expressly incorporates principles of customary international law into the domestic formulation of crimes against humanity. We must therefore go further and consider whether the prevailing principles of international law accord with our initial analysis. A review of the jurisprudence of the ICTY and the ICTR suggests that it does not.

The statutes of the ICTY and the ICTR (U.N. Doc. S/RES/827 (1993) and U.N. Doc. S/RES/955 (1994), respectively) do not use the word “counselling”. This does not mean, however, that the decisions of these courts cannot be informative as to the requirements for counselling as a crime against humanity. Both statutes provide that persons who “instigate” the commission of a proscribed act may be liable under international law. This Court found in *Sharpe*, at para. 56, that counselling refers to active inducement or encouragement from an

un assassinat qui n’est pas commis satisfait-il à l’exigence première d’un acte criminel pour qu’il y ait assassinat constituant un crime contre l’humanité et un discours incitant à la haine satisfait-il à l’exigence première d’un acte criminel pour qu’il y ait persécution constituant un crime contre l’humanité?

1. *Conseiller un acte énuméré qui n’est pas commis et assassinat constituant un crime contre l’humanité*

La première question que soulèvent les faits de l’espèce est de savoir si conseiller la perpétration d’assassinats qui ne sont pas commis remplit la première condition pour qu’il y ait crime contre l’humanité : la commission d’un acte criminel. Suivant le par. 7(3.77) du *Code criminel*, le « conseil » à l’égard d’un fait énuméré au par. 7(3.76) suffit pour remplir cette condition. L’assassinat est l’un des actes énumérés au par. 7(3.76). M. Duquette a tiré la conclusion de fait que, dans son discours, M. Mugesera avait conseillé de commettre des assassinats, ce qui, nous l’avons vu, permet d’affirmer que l’élément physique et l’élément moral de l’« infraction sous-jacente » — conseiller un assassinat qui n’est pas commis — sont établis.

L’analyse ne prend pas fin pour autant. Comme nous l’avons indiqué, la définition de crime contre l’humanité figurant au par. 7(3.76) de notre droit interne incorpore expressément les principes du droit international coutumier. Nous devons donc nous demander maintenant si les principes du droit international en vigueur appuient notre analyse initiale. Il ressort de la jurisprudence du TPIY et du TPIR que ce n’est pas le cas.

Le statut du TPIY (N.U. Doc. S/RES/827 (1993)) et celui du TPIR (N.U. Doc. S/RES/955 (1994)) n’emploient pas les mots « conseil » ou « conseiller ». Les décisions de ces tribunaux peuvent néanmoins donner des indications sur les conditions auxquelles le fait de conseiller un acte criminel peut constituer un crime contre l’humanité. Les deux statuts prévoient que la personne qui « incite » autrui à commettre un acte prohibé s’expose à des poursuites selon le droit international. Dans l’arrêt *Sharpe*, notre Cour a statué au par. 56 que, d’un point de

132

133

134

objective point of view. The ICTR has found that instigation “involves prompting another to commit an offence”: *Akayesu*, Trial Chamber, at para. 482. The two terms are clearly related. As a result, we may look to the jurisprudence of the ICTY and the ICTR on instigation in determining whether counselling an offence that is not committed will be sufficient to satisfy the initial criminal act requirement for a crime against humanity under s. 7(3.76) of the *Criminal Code*.

135 In *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T (Trial Chamber I), 6 December 1999, the ICTR conducted a review of the jurisprudence of the ICTY and the ICTR on individual criminal responsibility. The ICTR found that instigation (other than of genocide) involves (1) direct and public incitement to commit a proscribed act; but (2) *only where it has led to the actual commission of the instigated offence*: para. 38; see also *Akayesu*, Trial Chamber, at para. 482. It should be noted that the second requirement does not mean that the offence would not have been committed “but for” the instigation. However, a sufficient causal link must be made out: *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-T (ICTY, Trial Chamber III), 26 February 2001, at para. 387.

136 Mr. Duquette of the IAD was unable to find that the commission of murders had actually occurred as a result of Mr. Mugesera’s counselling. An interpretation of ss. 7(3.76) and 7(3.77) of the *Criminal Code* in light of customary international law shows that Mr. Mugesera’s counselling of murder was not sufficient to satisfy the initial criminal act requirement for a crime against humanity.

2. *Speech That Incites Hatred and Persecution as a Crime Against Humanity*

137 As discussed above, the facts on this appeal raise a second question: can a speech that incites hatred, which as we have seen Mr. Mugesera’s speech did, meet the initial criminal act requirement for

vue objectif, conseiller s’entend d’encourager activement. Le TPIR a pour sa part estimé que l’incitation « consiste dans le fait de provoquer autrui à commettre une infraction » (*Akayesu*, Chambre de première instance, par. 482). Les deux notions sont clairement connexes. Par conséquent, nous pouvons nous inspirer de la jurisprudence du TPIY et du TPIR sur l’incitation pour décider si conseiller une infraction qui n’est pas commise remplit la première condition pour qu’il y ait crime contre l’humanité au sens du par. 7(3.76) du *Code criminel* : la commission d’un acte criminel.

Dans *Procureur c. Rutaganda*, Affaire n° ICTR-96-3-T (Chambre de première instance I), 6 décembre 1999, le TPIR a passé en revue la jurisprudence du TPIY et du TPIR sur la responsabilité criminelle individuelle. Il a conclu alors que l’incitation à commettre un crime (autre que le génocide) consiste à (1) provoquer directement et publiquement autrui à commettre l’acte prohibé, mais (2) *uniquement lorsqu’elle a abouti à la commission effective de l’infraction voulue par l’instigateur* : par. 38; voir aussi *Akayesu*, Chambre de première instance, par. 482. Il convient de signaler que la seconde condition n’équivaut pas à exiger que l’infraction n’eût pas été commise « sans » l’incitation. Il est toutefois nécessaire d’établir un lien de causalité suffisant : *Procureur c. Kordic et Cerkez*, Affaire n° IT-95-14/2-T (TPIY, Chambre de première instance III), 26 février 2001, par. 387.

M. Duquette n’a pu conclure au nom de la SAI que des assassinats avaient effectivement été commis sur le conseil de M. Mugesera. Suivant les par. 7(3.76) et (3.77) du *Code criminel* interprétés à la lumière du droit international coutumier, conseiller l’assassinat comme l’a fait M. Mugesera ne suffit pas pour remplir la première condition d’un crime contre l’humanité.

2. *Discours incitant à la haine et persécution constituant un crime contre l’humanité*

La présente affaire soulève une seconde question : indépendamment du conseil, un discours incitant à la haine, comme celui de M. Mugesera, remplit-il la condition première pour qu’il y ait

persecution as a crime against humanity? Once again, the express incorporation of customary international law into s. 7(3.76) suggests that we should consider the jurisprudence of the ICTY and the ICTR in formulating an answer.

Both the ICTR and the ICTY have approached the question of speech inciting hatred as relating to the enumerated act of “persecution”. Persecution is expressly listed in s. 7(3.76) of the *Criminal Code* as one of the underlying acts which, in the appropriate circumstances, may constitute a crime against humanity.

Determining whether an act constitutes persecution can be difficult. Persecution, unlike the other acts enumerated in s. 7(3.76), is not a stand-alone crime in Canadian law or in the legal systems of other countries: M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (2nd rev. ed. 1999), at p. 327. In contrast with murder, for instance, it is not evident from our domestic law what types of acts will constitute persecution.

As a result, both the physical and mental elements (criminal act and guilty mind) of persecution have been considered at great length by the ICTY and the ICTR. In considering the criminal act of persecution in *Prosecutor v. Tadic*, 112 ILR 1 (Trial Chamber II 1997), the ICTY, having reviewed the relevant jurisprudence and academic commentary, found that persecution “is some form of discrimination [on traditionally recognized grounds such as race, religion, or politics] that is intended to be and results in an infringement of an individual’s fundamental rights” (para. 697).

A danger arises, however, that the criminal act of persecution, as so defined, might apply to acts that are far less serious than the other forms of crimes against humanity. Crimes against humanity should not be trivialized by applying the concept to fact situations which do not warrant the full opprobrium of international criminal sanction. Thus, the ICTY found in *Prosecutor v. Kupreskic*, Case

persécution constituant un crime contre l’humanité, soit la commission d’un acte criminel? Encore une fois, l’incorporation expresse du droit international coutumier au par. 7(3.76) nous invite à tenir compte de la jurisprudence du TPIY et du TPIR pour trancher.

Tant le TPIR que le TPIY ont rattaché le discours incitant à la haine à la « persécution », un acte énuméré au par. 7(3.76) du *Code criminel* et qui, à certaines conditions, peut constituer un crime contre l’humanité.

Il peut être difficile de déterminer si un acte constitue de la persécution. Contrairement aux autres actes énumérés au par. 7(3.76), la persécution comme telle ne constitue un crime ni au Canada ni à l’étranger : M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (2^e éd. rév. 1999), p. 327. Notre droit interne ne définit d’ailleurs pas clairement la persécution, contrairement à l’assassinat par exemple.

Ces difficultés expliquent pourquoi le TPIY et le TPIR ont étudié longuement l’élément physique et l’élément moral (l’acte criminel et l’intention criminelle) de la persécution. Dans *Procureur c. Tadic*, Affaire n° IT-94-1-T (Chambre de première instance II), 7 mai 1997, appelé à se pencher sur l’acte criminel de persécution, le TPIY a conclu, après avoir passé en revue la jurisprudence et la doctrine pertinentes, que la persécution « est une certaine forme de discrimination [fondée sur des motifs traditionnellement reconnus tels que la race, la religion ou l’opinion politique] qui entend constituer un déni des droits fondamentaux d’un individu et se traduit par un tel déni » (par. 697).

Pareille définition de l’acte criminel de persécution risque cependant d’englober des actes beaucoup moins graves que les autres actes susceptibles de constituer des crimes contre l’humanité. L’on ne saurait banaliser le crime contre l’humanité en y assimilant une situation de fait ne justifiant pas l’opprobre général inhérent à la sanction pénale internationale. Ainsi, dans *Procureur c. Kupreskic*, Affaire

138

139

140

141

No. IT-95-16-T (Trial Chamber II) 14 January 2000, that the alleged persecution, in order to satisfy the criminal act requirement, must reach the same level of gravity as the other enumerated underlying acts. Persecution as a crime against humanity must constitute a “gross or blatant denial, on discriminatory grounds, of a fundamental right, laid down in international customary or treaty law, reaching the same level of gravity as the other acts prohibited” (para. 621).

142 Turning to the requisite mental element for persecution, we find that the accused must have intended to commit the persecutory acts and must have committed them with discriminatory intent. The requirement for discriminatory intent is unique to persecution and need not be shown in respect of the other forms of crimes against humanity (e.g., murder). This point was made persuasively in the appeal from the Trial Chamber’s decision in *Tadic*, in which the Appeals Chamber of the ICTY conducted a thorough review of the international law principles on discriminatory intent and crimes against humanity in reaching a conclusion that the discriminatory intent requirement is unique to crimes against humanity which take the form of persecution: 124 ILR 61 (1999), at paras. 287-92.

143 The ICTR too has concluded that discriminatory intent is relevant only to persecution: *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-A (Appeals Chamber), 1 June 2001, at paras. 460-69. This is particularly significant since crimes against humanity as defined in art. 3 of the ICTR statute must be committed as part of a widespread and systematic attack against any civilian population “on national, political, ethnic, racial or religious grounds”. In this respect, the judgment of our Court in *Finta* appears to be inconsistent with the recent jurisprudence of the ICTR and the ICTY. The close relationship between our domestic law and international law on this question mandates that the nature and definition of crimes against humanity should be closely aligned with

n° IT-95-16-T (Chambre de première instance II), 14 janvier 2000, le TPIY a conclu que, pour remplir la condition de la perpétration d’un acte criminel, la persécution alléguée devait atteindre le même degré de gravité que les autres actes énumérés. Pour être considérée comme un crime contre l’humanité, la persécution doit constituer un « déni manifeste ou flagrant, pour des raisons discriminatoires, d’un droit fondamental consacré par le droit international coutumier ou conventionnel, et atteignant le même degré de gravité que les autres actes prohibés » (par. 621).

Dans le cas de l’élément moral de la persécution, nous sommes d’avis que l’accusé doit avoir eu l’intention de commettre l’acte de persécution et avoir été animé d’une intention discriminatoire. Cette dernière exigence demeure propre à la persécution. Il n’est pas nécessaire qu’elle soit respectée pour établir la commission des autres crimes contre l’humanité (p. ex. l’assassinat). Ce point de vue a été défendu de façon convaincante dans l’appel de la décision *Tadic* de la Chambre de première instance. Au terme d’un examen approfondi des principes de droit international relatifs à l’intention discriminatoire et aux crimes contre l’humanité, la Chambre d’appel du TPIY a décidé que l’exigence de l’intention discriminatoire ne s’appliquait qu’au crime contre l’humanité revêtant la forme de la persécution : Affaire n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999, par. 287-292.

Le TPIR a également reconnu que l’intention discriminatoire n’était pertinente qu’en matière de persécution : *Procureur c. Akayesu*, Affaire n° ICTR-96-4-A (Chambre d’appel), 1^{er} juin 2001, par. 460-469. Cette conclusion prend d’autant plus d’importance du fait que les crimes contre l’humanité définis à l’art. 3 du Statut du TPIR doivent être commis dans le cadre d’une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu’elle soit, « en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse ». À cet égard, l’arrêt *Finta*, de notre Cour, paraît incompatible avec la jurisprudence récente du TPIR et du TPIY. Vu la relation étroite existant entre notre droit interne et le droit international en la matière, il convient d’harmoniser le plus

the jurisprudence of the international criminal courts.

We see no reason to depart from the well-reasoned and persuasive findings of the ICTY and the ICTR on the question of discriminatory intent. Insofar as *Finta* suggested that discriminatory intent was required for all crimes against humanity (see *Finta*, at p. 813), it should no longer be followed on this point.

We conclude from the preceding discussion that the criminal act of persecution is the gross or blatant denial of a fundamental right on discriminatory grounds. The guilty mental state is discriminatory intent to deny the right. The following question remains to be answered: Was Mr. Mugesera's speech a gross or blatant denial of fundamental rights on discriminatory grounds such that it was equal in gravity to the other acts enumerated in s. 7(3.76)?

The ICTR and the ICTY have both considered whether hate speech can ever satisfy the criminal act requirement for persecution. In one prominent case, the ICTR found that it was "evident" that hate speech targeting a population on the basis of ethnicity, or other discriminatory grounds was equal in gravity to the other enumerated acts: *Media Case*, at para. 1072. The ICTY, on the other hand, found in *Kordic* that the hate speech alleged in the indictment did not constitute persecution because it did not rise to the same level of gravity as the other enumerated acts (para. 209). The Trial Chamber distinguished hate speech that could properly form the basis of a crime against humanity from the hate speech alleged in the indictment, which fell short of incitement to murder, extermination, and genocide (footnote 272). The guiding concern must therefore always be whether the alleged persecutory act reaches the level of a gross or blatant denial of fundamental rights equivalent in gravity to the other enumerated acts.

possible la nature et la définition des crimes contre l'humanité avec la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux.

Nous ne voyons aucune raison de ne pas faire nôtres les conclusions bien motivées et convaincantes du TPIY et du TPIR sur l'intention discriminatoire. Dans la mesure où, à la p. 813, il donne à penser qu'une intention discriminatoire est requise pour tous les crimes contre l'humanité, l'arrêt *Finta* ne doit plus être suivi à cet égard.

À la lumière de cette analyse, nous concluons que l'acte criminel de persécution s'entend de la négation manifeste ou flagrante d'un droit fondamental pour un motif discriminatoire. L'élément moral correspond à l'intention discriminatoire sous-tendant la négation de ce droit. Reste maintenant à trancher la question de savoir si le discours de M. Mugesera constituait une négation manifeste ou flagrante d'un droit fondamental pour un motif discriminatoire, de sorte qu'il équivailait en gravité aux autres actes énumérés au par. 7(3.76).

Le TPIR et le TPIY se sont tous les deux demandé si un discours haineux pouvait jamais satisfaire à lui seul à l'exigence d'un acte criminel dans le cas de la persécution. Dans une affaire célèbre, le TPIR a statué qu'il était « évident » qu'un discours haineux prononcé contre une population en raison de son origine ethnique ou pour un autre motif discriminatoire égalait en gravité les autres actes énumérés : affaire des *Médias*, par. 1072. Dans l'affaire *Kordic*, le TPIY a pour sa part conclu que le discours mentionné dans l'acte d'accusation n'emportait pas persécution, car son prononcé n'atteignait pas le même degré de gravité que les autres actes visés (par. 209). La Chambre de première instance a distingué entre le discours haineux susceptible de fonder un crime contre l'humanité et le discours haineux mentionné dans l'acte d'accusation, lequel ne comportait aucune incitation à l'assassinat, à l'extermination ou au génocide (note 272). Un seul critère doit donc nous guider : l'acte de persécution allégué équivaut-il à un déni manifeste ou flagrant de droits fondamentaux dont la gravité est égale à celle des autres actes énumérés?

144

145

146

147

In *Keegstra*, this Court found that the harm in hate speech lies not only in the injury to the self-dignity of target group members but also in the credence that may be given to the speech, which may promote discrimination and even violence (p. 748). This finding suggests that hate speech always denies fundamental rights. The equality and the life, liberty and security of the person of target-group members cannot but be affected: see, e.g., *Prosecutor v. Ruggiu*, 39 ILM 1338 (ICTR, Trial Chamber I 2000), at para. 22. This denial of fundamental rights may, in particular instances, reach the level of a gross or blatant denial equal in gravity to the other acts enumerated in s. 7(3.76). This is particularly likely if the speech openly advocates extreme violence (such as murder or extermination) against the target group, but it may not be limited to such instances. In contrast to the case of counselling an enumerated violent act, whether the persecution actually results in the commission of acts of violence is irrelevant: *Media Case*, at para. 1073.

148

What then can be said of Mr. Mugesera's speech? Mr. Duquette found as a matter of fact that Mr. Mugesera's speech had incited hatred of Tutsi and of his political opponents (para. 335). This incitement included the encouragement of acts of extreme violence, such as extermination (para. 336). Keeping in mind that acts of persecution must be evaluated in context, Mr. Duquette's finding that Mr. Mugesera's speech occurred in a volatile situation characterized by rampant ethnic tensions and political instability which had already led to the commission of massacres is also compelling (paras. 335-38). A speech such as Mr. Mugesera's, which actively encouraged ethnic hatred, murder and extermination and which created in its audience a sense of imminent threat and the need to act violently against an ethnic minority and against political opponents, bears the hallmarks of a gross or blatant act of discrimination equivalent in severity to the other underlying acts listed in s. 7(3.76). The criminal act requirement for persecution is therefore met.

Dans *Keegstra*, notre Cour a affirmé que non seulement un discours haineux portait atteinte à l'estime de soi des membres du groupe cible, mais qu'il pouvait aussi trouver créance et fomenter ainsi la discrimination, voire la violence (p. 748). Cette conclusion laisse entendre qu'un discours haineux nie toujours des droits fondamentaux. Les droits des membres du groupe cible à l'égalité, à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne ne peuvent qu'être touchés : voir p. ex. *Procureur c. Ruggiu*, Affaire n° ICTR-97-32-I (TPIR, Chambre de première instance I), 1^{er} juin 2000, par. 22. Cette négation de droits fondamentaux peut, dans certains cas, être manifeste ou flagrante et équivaloir en gravité aux autres actes énumérés au par. 7(3.76), surtout lorsque le discours préconise ouvertement la violence extrême (p. ex. l'assassinat ou l'extermination) contre le groupe cible, mais pas uniquement dans une telle situation. Dans le cas de la persécution, contrairement au crime de conseiller un acte violent énuméré, il importe peu de savoir si elle a provoqué des actes de violence : affaire des *Médias*, par. 1073.

Comment juger alors le discours de M. Mugesera? Selon M. Duquette, le discours de M. Mugesera incitait à la haine contre les Tutsi et ses opposants politiques (par. 364), notamment en encourageant des actes d'une violence extrême, telle l'extermination (par. 365). Puisqu'un acte de persécution doit être évalué dans son contexte, la conclusion de M. Duquette selon laquelle le discours de M. Mugesera avait été prononcé dans un climat explosif caractérisé par des tensions ethniques endémiques et une instabilité politique ayant déjà donné lieu à des massacres s'avère également déterminante (par. 364-367). Une allocution comme celle considérée en l'espèce, où M. Mugesera a encouragé activement la haine, l'assassinat et l'extermination et fait naître chez son auditoire le sentiment d'une menace imminente et le besoin de recourir à la violence contre une minorité ethnique et des opposants politiques, porte la marque d'un acte manifeste ou flagrant de discrimination équivalant en gravité aux autres actes sous-jacents énumérés au par. 7(3.76). L'exigence d'un acte criminel sous-jacent, la persécution, se trouve donc remplie.

Having concluded that the criminal act requirement for persecution is made out, we must go on to consider whether the culpable mental element of persecution is made out. Mr. Duquette found that Mr. Mugesera had a discriminatory intent in delivering his speech (para. 335). He found that Mr. Mugesera targeted Tutsi and political opponents on the sole basis of ethnicity and political affiliation with the intent to compel his audience into action against these groups. The IAD's findings of fact thus amply support a finding that Mr. Mugesera not only committed the criminal act of persecution, but did so with the requisite discriminatory intent.

In sum, the criminal act requirement for a crime against humanity under ss. 7(3.76) and 7(3.77) of the *Criminal Code* contains two primary elements: (1) the accused has committed an underlying enumerated act; and (2) that act contravened international law. With respect to the first element, both the physical and mental elements of the underlying act must be made out. In the case at bar, there were two possible underlying acts: counselling of murder, and persecution by hate speech. For counselling of murder to be considered a crime against humanity under international law, murders must actually have been committed. Mr. Duquette's finding that no murders were proven to have resulted from the speech therefore precludes a finding that Mr. Mugesera counselled murder within the meaning of s. 7(3.76). The other possible underlying act, persecution, is a gross or blatant denial of fundamental rights on discriminatory grounds equal in severity to the other acts enumerated in s. 7(3.76). Hate speech, particularly when it advocates egregious acts of violence, may constitute persecution. In this case, it does.

(ii) The Act Contravenes Customary or Conventional International Law or Is Criminal According to the General Principles of Law Recognized by the Community of Nations

We now turn to the second element of the criminal act requirement for a crime against humanity:

Il convient maintenant de se demander si l'élément moral de la persécution est établi. M. Duquette a conclu que M. Mugesera avait été animé par une intention discriminatoire lorsqu'il avait prononcé son discours (par. 364). Il a estimé que celui-ci visait les Tutsi et les opposants politiques en raison de leur seule origine ethnique ou affiliation politique, et ce, dans le but de pousser son auditoire à s'en prendre à eux. Les conclusions de fait de la SAI étayent donc amplement la conclusion que M. Mugesera a non seulement commis l'acte criminel sous-jacent, la persécution, mais qu'il avait aussi l'intention discriminatoire requise.

En somme, l'exigence de la commission d'un acte criminel pour qu'il y ait crime contre l'humanité au sens des par. 7(3.76) et (3.77) du *Code criminel* comporte deux volets principaux : (1) l'accusé a commis l'un des actes énumérés et (2) cet acte contrevenait au droit international. En ce qui concerne le premier volet, l'élément physique de l'acte sous-jacent comme son élément moral doivent être établis. En l'espèce, deux actes sous-jacents sont possibles : conseiller l'assassinat et persécuter en prononçant un discours haineux. En droit international, pour qu'il y ait crime contre l'humanité, le fait de conseiller l'assassinat doit se solder par la perpétration d'un assassinat. Par conséquent, la conclusion de M. Duquette selon laquelle aucune preuve n'indiquait que le discours avait donné lieu à des assassinats empêche de conclure que M. Mugesera a conseillé l'assassinat au sens du par. 7(3.76). L'autre acte criminel sous-jacent possible, la persécution, consiste dans la négation manifeste ou flagrante d'un droit fondamental, pour un motif discriminatoire, équivalant en gravité aux autres actes énumérés au par. 7(3.76). Le discours haineux, spécialement lorsqu'il préconise des actes de violence graves, peut constituer un acte de persécution. C'est le cas en l'espèce.

(ii) La transgression du droit international coutumier ou conventionnel ou le caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations

Examinons maintenant le second volet de l'exigence d'un acte criminel pour qu'il y ait crime

that the proscribed act contravene international law. The second element of the criminal act requirement for crimes against humanity concerns the context in which the first element, the enumerated act, takes place. Customary international law tells us that the enumerated acts will become crimes against humanity if they are committed *as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population or any identifiable group*. This additional contextual requirement is what distinguishes a crime against humanity from an ordinary crime: *Tadic*, Trial Chamber, at paras. 648 and 653; see also G. Mettraux, “Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda” (2002), 43 *Harv. Int’l L.J.* 237, at p. 244.

152 In order to determine whether there are reasonable grounds to believe that Mr. Mugesera’s act of persecution constituted a crime against humanity, we must therefore consider whether the speech was part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population. Since this requirement is dictated entirely by customary international law, the jurisprudence of the ICTY and the ICTR is again very relevant.

1. *What Is a Widespread or Systematic Attack?*

153 An “attack” may be “a course of conduct involving the commission of acts of violence”: *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Case Nos. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (ICTY, Trial Chamber II), 22 February 2001, at para. 415. It may also be a course of conduct that is not characterized by the commission of acts of violence if it involves the imposition of a system such as apartheid, or the exertion on the population of pressure to act in a particular manner that is orchestrated on a massive scale or in a systematic manner: *Akayesu*, Trial Chamber, at para. 581. It is fair to say, however, that in most instances, an attack will involve the commission of acts of violence. This definition aptly conveys the idea that the existence of an attack does not

contre l’humanité : l’acte prohibé doit transgresser le droit international. Ce second volet définit le contexte dans lequel est commis l’acte énuméré (premier volet). En droit international coutumier, un acte énuméré devient un crime contre l’humanité s’il est commis *dans le cadre d’une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes*. Cette exigence contextuelle supplémentaire distingue le crime contre l’humanité du crime ordinaire : *Tadic*, Chambre de première instance, par. 648 et 653; voir aussi G. Mettraux, « Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda » (2002), 43 *Harv. Int’l L.J.* 237, p. 244.

Pour décider s’il existe des motifs raisonnables de penser que l’acte de persécution auquel s’est livré M. Mugesera constituait un crime contre l’humanité, nous devons donc nous demander si le discours s’inscrivait dans le cadre d’une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. Comme cette exigence découle entièrement du droit international coutumier, la très grande pertinence de la jurisprudence du TPIY et du TPIR se confirme encore une fois.

1. *Qu’est-ce qu’une attaque généralisée ou systématique?*

Une « attaque » peut consister en « un type de comportement entraînant des actes de violence » : *Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, Affaire n^{os} IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (TPIY, Chambre de première instance II), 22 février 2001, par. 415. Il peut également s’agir d’un type de comportement qui ne se caractérisait pas par des actes de violence lorsqu’un système comme l’apartheid est imposé ou que des pressions sont exercées sur la population pour l’amener à agir d’une manière ou d’une autre, à condition que ce comportement se manifeste à grande échelle ou de manière systématique : *Akayesu*, Chambre de première instance, par. 581. Cependant, dans la plupart des cas, l’attaque se caractérise par des actes de violence. Cette définition rend bien l’idée que l’existence d’une attaque

presuppose armed conflict (though it does not preclude armed conflict).

A *widespread* attack “may be defined as massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims” — it need not be carried out pursuant to a specific strategy, policy or plan: *Akayesu*, Trial Chamber, at para. 580; and *Prosecutor v. Kayishema*, Case No. ICTR-95-1-T (Trial Chamber II), 21 May 1999, at para. 123. It may consist of a number of acts or of one act of great magnitude: Mettraux, at p. 260.

A *systematic* attack is one that is “thoroughly organised and follow[s] a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources” and is “carried out pursuant to a . . . policy or plan”, although the policy need not be an official state policy and the number of victims affected is not determinative: *Akayesu*, Trial Chamber, at para. 580; and *Kayishema*, at para. 123. As noted by the ICTY’s Trial Chamber in *Kunarac*, at para. 429: “The adjective ‘systematic’ signifies the organised nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence. Patterns of crimes — that is the non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis — are a common expression of such systematic occurrence.”

An attack need be only widespread *or* systematic to come within the scope of s. 7(3.76), not both: *Tadic*, Trial Chamber, at para. 648; *Kayishema*, at para. 123. The widespread or systematic nature of the attack will ultimately be determined by examining the means, methods, resources and results of the attack upon a civilian population: *Kunarac*, at para. 430. Only the attack needs to be widespread or systematic, not the act of the accused. The IAD, relying on *Sivakumar*, appears to have confused these notions, and to the extent that it did, it erred in law. Even a single act may constitute a crime against humanity as long as the attack it forms a part of is widespread or systematic and is directed against a

ne présuppose pas celle d’un conflit armé (bien qu’elle ne l’écarte pas).

Le caractère *généralisé* d’une attaque « résulte du fait que l’acte présente un caractère massif, fréquent, et que, mené collectivement, il revêt une gravité considérable et est dirigé contre une multiplicité de victimes »; il n’est donc pas nécessaire que l’attaque s’inscrive dans une stratégie, une politique ou un plan particulier : *Akayesu*, Chambre de première instance, par. 580, et *Procureur c. Kayishema*, Affaire n° ICTR-95-1-T (TPIR, Chambre de première instance II), 21 mai 1999, par. 123. Il peut s’agir d’une série d’actes ou d’un acte isolé de grande envergure : Mettraux, p. 260.

L’attaque *systématique* est « soigneusement organisé[e] selon un modèle régulier en exécution d’une politique concertée mettant en œuvre des moyens publics ou privés considérables », conformément à une politique ou à un plan, mais il n’est pas nécessaire que la politique soit une politique officielle de l’État et le nombre de victimes n’est pas déterminant : *Akayesu*, Chambre de première instance, par. 580; *Kayishema*, par. 123. Comme l’a fait remarquer la Chambre de première instance du TPIY dans la décision *Kunarac*, par. 429 : « L’adjectif “systématique” dénote le caractère organisé des actes de violence, et l’invraisemblance qu’ils se produisent fortuitement. C’est au scénario des crimes — c’est-à-dire à la répétition délibérée et régulière de comportements criminels similaires — que l’on reconnaît leur caractère systématique. »

Il suffit d’établir que l’attaque est généralisée *ou* systématique, et non de démontrer les deux conditions à la fois, pour que soit respectée la seconde exigence posée au par. 7(3.76) : *Tadic*, Chambre de première instance, par. 648; *Kayishema*, par. 123. Le tribunal déterminera si l’attaque était généralisée ou systématique à la lumière des moyens, des méthodes et des ressources mis en œuvre, ainsi que de ses conséquences pour la population civile : *Kunarac*, par. 430. Seule l’attaque, et non les actes de l’accusé, doit être généralisée ou systématique. S’étant appuyée sur l’arrêt *Sivakumar*, la SAI semble avoir confondu ces notions et, ce faisant, elle a commis une erreur de droit. Même un acte isolé peut constituer

154

155

156

civilian population: *Prosecutor v. Mrksic, Radic and Sljivancanin*, 108 ILR 53 (ICTY, Trial Chamber I 1996), at para. 30.

un crime contre l'humanité, à condition qu'il fasse partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile : *Procureur c. Mrksic, Radic et Sljivancanin*, Affaire n° IT-95-13-R61 (TPIY, Chambre de première instance I), 3 avril 1996, par. 30.

157 A contentious issue raised by the “widespread or systematic attack” requirement is whether the attack must be carried out pursuant to a government policy or plan. Some scholars suggest that limiting crimes against humanity to attacks which implement a government policy is necessary due to the nature and scale of such crimes: see, e.g., Bassiouni, at pp. 243-46. Others point out that the existence of a government policy has never been required and suggest that crimes against humanity take on their international character simply by virtue of the existence of a widespread and systematic attack: see, e.g., Mettraux, at pp. 270-82.

Le caractère généralisé ou systématique exigé soulève une question litigieuse, celle de déterminer si l'attaque doit avoir été menée conformément à une politique ou à un plan de l'État. Pour certains auteurs, la nature du crime contre l'humanité et l'échelle à laquelle il est perpétré exigent que seule une attaque mettant en œuvre une politique gouvernementale y soit assimilée : voir p. ex. Bassiouni, p. 243-246. D'autres répondent que l'existence d'une politique gouvernementale n'a jamais été requise et que le crime contre l'humanité revêt un caractère international du seul fait de l'existence d'une attaque généralisée et systématique : voir p. ex. Mettraux, p. 270-282.

158 The Appeals Chamber of the ICTY held in *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic* that there was no additional requirement for a state or other policy behind the attack: Case Nos. IT-96-23-A & IT-96-23/1-A, 12 June 2002, at para. 98. The Appeals Chamber acknowledged that the existence of such a policy might be useful in establishing that the attack was directed against a civilian population or that it was widespread or systematic (particularly the latter). However, the existence of a policy or plan would ultimately be useful only for evidentiary purposes and it does not constitute a separate element of the offence (para. 98). It seems that there is currently no requirement in customary international law that a policy underlie the attack, though we do not discount the possibility that customary international law may evolve over time so as to incorporate a policy requirement (see, e.g., art. 7(2)(a) of the *Rome Statute of the International Criminal Court*, A/CONF. 183/9, 17 July 1998).

Dans l'arrêt *Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, Affaire n°s IT-96-23-A & IT-96-23/1-A, 12 juin 2002, la Chambre d'appel du TPIY a statué que rien n'exige que l'attaque résulte d'une politique ou d'un plan gouvernemental ou autre (par. 98). Elle a reconnu l'utilité d'une telle politique pour établir que l'attaque était dirigée contre une population civile ou qu'elle était généralisée ou systématique (en particulier, cette dernière caractéristique). Cependant, l'existence d'une politique ou d'un plan n'a de pertinence que sur le plan de la preuve, sans qu'elle constitue un élément distinct du crime (par. 98). Il semble que, à l'heure actuelle, le droit international coutumier n'exige pas qu'une politique sous-tende l'attaque, mais nous n'écarterons pas la possibilité qu'il évolue et pose un jour cette condition (voir p. ex. l'al. 7(2)a) du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A/CONF. 183/9, 17 juillet 1998).

159 Considering all these factors, was a widespread or systematic attack taking place when Mr. Mugesera gave his speech? With respect to whether the attack was widespread, Mr. Duquette found that, between October 1, 1990 and November 22, 1992, almost 2,000 Tutsi were massacred in Rwanda (para. 336).

Eu égard à tous ces facteurs, y avait-il une attaque généralisée ou systématique au moment où M. Mugesera a prononcé son discours? Au sujet de la question du caractère généralisé de l'attaque, M. Duquette a relevé que près de 2 000 Tutsi avaient été massacrés au Rwanda entre le 1^{er} octobre 1990

Mr. Duquette also found as a fact that in October 1990 approximately 8,000 people, 90 percent of them Tutsi, were falsely arrested on suspicion of complicity with the RPF (para. 26). The massacres occurred in various parts of the country and the number of victims grew to the thousands. This suggests a large-scale action directed against a multiplicity of victims.

In any event, it is unnecessary to decide whether the attack was widespread because the facts as found by Mr. Duquette support the conclusion that it was, at the very least, systematic. Mr. Duquette found as a fact that the Rwandan government staged a military attack on Kigali which served to justify the arrest of and continued violence against Tutsi and against political opponents (para. 255). According to Mr. Duquette, a pattern of massacres, sometimes participated in and overtly encouraged by MRND officials and the military, began in 1990 and was still under way when Mr. Mugesera gave his speech (para. 50). As discussed above, a pattern of victimizing behaviour, particularly one which is sanctioned or carried out by the government or the military, will often be sufficient to establish that the attack took place pursuant to a policy or plan and was therefore systematic. There was an unmistakable policy of attacks, persecution and violence against Tutsi and moderate Hutu in Rwanda at the time of Mr. Mugesera's speech. Mr. Mugesera's act of persecution therefore took place in the context of a systematic attack.

2. *What Does It Mean for the Attack to Be "Directed Against Any Civilian Population"?*

The mere existence of a systematic attack is not sufficient, however, to establish a crime against humanity. The attack must also be directed against a civilian population. This means that the civilian population must be "the primary object of the attack", and not merely a collateral victim of it: *Kunarac*, Trial Chamber, at para. 421. The term "population" suggests that the attack is directed

et le 22 novembre 1992 (par. 365). Il a également tenu pour avéré qu'environ 8 000 personnes, dont 90 pour 100 de Tutsi, accusées à tort de complicité avec le FPR, avaient été arrêtées en octobre 1990 (par. 27). Les massacres se sont produits dans diverses parties du pays, et les victimes se sont comptées par milliers. On retrouve là toutes les apparences d'un acte d'envergure dirigé contre une multiplicité de victimes.

Quoi qu'il en soit, point n'est besoin de décider si l'attaque était généralisée, car les constatations de M. Duquette appuient la conclusion que l'attaque était à tout le moins systématique. Il a tenu pour avéré que le gouvernement rwandais avait mis en scène une attaque militaire à Kigali pour justifier l'arrestation des Tutsi et des opposants politiques et le recours incessant à la violence contre eux (par. 283). Selon M. Duquette, l'année 1990 avait marqué le début d'une série de massacres que les dirigeants du MRND et les militaires avaient encouragés ouvertement et auxquels ils avaient parfois participé. Ces massacres se poursuivaient toujours au moment où M. Mugesera avait prononcé son discours (par. 51). Nous avons vu précédemment que l'existence d'un type de comportement attentatoire, surtout lorsqu'il est cautionné ou adopté par le gouvernement ou les militaires, suffira souvent à établir que l'attaque a eu lieu conformément à une politique ou à un plan et qu'elle était de ce fait systématique. Il est indubitable qu'une politique d'attaque, de persécution et de violence était menée contre les Tutsi et les Hutu modérés au Rwanda lorsque M. Mugesera a prononcé son discours. L'acte de persécution s'inscrivait donc dans le cadre d'une attaque systématique.

2. *Qu'est-ce qu'une attaque « dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit »?*

La simple existence d'une attaque systématique n'établit toutefois pas la perpétration d'un crime contre l'humanité. L'attaque doit également être dirigée contre une population civile, dont cette dernière doit être la « cible principale », et non seulement une simple victime indirecte: *Kunarac*, Chambre de première instance, par. 421. L'emploi du terme « population » indique que l'attaque est

160

161

against a relatively large group of people who share distinctive features which identify them as targets of the attack: Mettraux, at p. 255.

162

A prototypical example of a civilian population would be a particular national, ethnic or religious group. Thus, for instance, the target populations in the former Yugoslavia were identifiable on ethnic and religious grounds. It is notable that the fact that non-civilians also form part of the group will not change the character of the population as long as it remains largely civilian in nature: *Prosecutor v. Blaskic*, 122 ILR 1 (ICTY, Trial Chamber I 2000), at para. 211.

163

The Tutsi and moderate Hutu, two groups that were ethnically and politically identifiable, were a civilian population as this term is understood in customary international law. Mr. Duquette's findings of fact leave no doubt that the ongoing systematic attack was directed against them. For these reasons, we agree that at the time of Mr. Mugesera's speech, a systematic attack directed against a civilian population was taking place in Rwanda.

3. *What Does It Mean for an Act to Occur "as Part of" a Systematic Attack?*

164

As we have seen, the existence of a widespread or systematic attack helps to ensure that purely personal crimes do not fall within the scope of provisions regarding crimes against humanity. However, because personal crimes are committed in all places and at all times, the mere existence of a widespread or systematic attack will not be sufficient to exclude them. To ensure their exclusion, a link must be demonstrated between the act and the attack which compels international scrutiny. For this reason, we must explore what it means for an act to occur "as part of" a widespread or systematic attack and determine whether Mr. Mugesera's speech was indeed "a part of" the systematic attack occurring in Rwanda in the early 1990s.

165

The requirement for a link between the act and the attack may be expressed in many ways. For

dirigée contre un groupe de personnes relativement important qui partagent des caractéristiques distinctives permettant de les identifier : Mettraux, p. 255.

L'exemple type d'une population civile est le groupe national, ethnique ou religieux. Ainsi, dans l'ex-Yougoslavie, les populations civiles prises pour cibles étaient identifiables sur la base de caractéristiques ethniques et religieuses. Signalons que, si elle le demeure essentiellement, la population ne cesse pas d'être civile à cause de la présence de non-civils en son sein : *Procureur c. Blaskic*, Affaire n° IT-95-14-T (TPIY, Chambre de première instance I), 3 mars 2000, par. 211.

Les Tutsi et les Hutu modérés, deux groupes identifiables en raison de leurs caractéristiques ethniques et politiques, constituaient une population civile au sens du droit international coutumier. Les conclusions de fait de M. Duquette ne laissent aucun doute sur le fait que des attaques systématiques étaient menées contre eux. Pour ces raisons, nous reconnaissons qu'une population civile faisait l'objet d'une attaque systématique au Rwanda au moment où M. Mugesera a prononcé son discours.

3. *Qu'est-ce qu'un acte commis « dans le cadre » d'une attaque systématique?*

L'existence d'une attaque généralisée ou systématique contribue à soustraire le crime commis pour un motif purement personnel à l'application des dispositions relatives aux crimes contre l'humanité. La seule existence d'une attaque généralisée ou systématique ne suffira toutefois pas à exclure ce crime étant donné qu'il est commis en tout lieu et à toute époque. Pour assurer son exclusion, il faudra établir un lien entre l'acte et l'attaque qui commande l'examen au regard du droit international. On doit donc se demander en quoi consiste un acte commis « dans le cadre » d'une attaque généralisée ou systématique et déterminer si le discours de M. Mugesera s'inscrivait véritablement « dans le cadre » d'une attaque systématique menée au Rwanda au début des années 1990.

L'exigence d'un lien entre l'acte et l'attaque peut être formulée de diverses façons. Par exemple, les

instance, “in the context of” or “forming a part of” are common wordings. These phrases require that the accused’s acts “be objectively part of the attack in that, by their nature or consequences, they are liable to have the effect of furthering the attack”: Mettraux, at p. 251. In *Tadic*, the Appeals Chamber of the ICTY found that the acts of the accused must “comprise part of a pattern” of widespread or systematic abuse of civilian populations or must objectively further the attack (para. 248).

To say that an act must be part of a pattern of abuse or must objectively further the attack does not mean that no personal motive for the underlying act can exist. The presence of a personal motive does not change the nature of the question, which remains an objective one: is the act part of a pattern of abuse or does it further the attack?

Also, and this is particularly relevant given the findings of Décary J.A. for the FCA in this case, the proscribed act need not be undertaken as a particular element of a strategy of attack. In essence, the act must further the attack or clearly fit the pattern of the attack, but it need not comprise an essential or officially sanctioned part of it. Thus, in *Kunarac*, where the three accused took advantage of a widespread and systematic attack to rape and sexually torture Muslim women and girls, the nexus requirement was made out: Trial Chamber, at para. 592. The accused knew of the attack, their acts furthered the attack directed against the Muslim population of Foca and they contributed to a pattern of attack against that population.

These legal principles make it clear that Décary J.A. erred in law when he suggested that a crime against humanity could not be made out because Mr. Mugesera’s speech was not part of a “strategy” (para. 58). However, we must still consider whether Mr. Mugesera’s speech objectively furthered the attack or fit into its pattern.

expressions « dans le contexte » ou « dans le cadre » sont courantes. Elles impliquent que l’acte de l’accusé [TRADUCTION] « doit s’inscrire objectivement dans le cadre de l’attaque, c’est-à-dire que, par sa nature ou ses conséquences, il doit être susceptible de soutenir l’attaque » : Mettraux, p. 251. Dans l’arrêt *Tadic*, la Chambre d’appel du TPIY a conclu que l’acte de l’accusé doit « avoir été commis dans le contexte » d’exactions généralisées ou systématiques contre des populations civiles ou soutenir objectivement l’attaque (par. 248).

Ce n’est pas parce qu’un acte doit appartenir à un ensemble d’exactions ou soutenir objectivement l’attaque qu’aucun motif personnel ne peut le soutenir. Un tel motif ne change pas la nature de la question, qui demeure objective : l’acte s’inscrit-il dans le cadre d’un ensemble d’exactions ou soutient-il l’attaque?

Aussi, compte tenu tout particulièrement des conclusions du juge Décary, de la CAF, point n’est besoin non plus que l’acte prohibé constitue un élément déterminé d’une stratégie d’attaque. En substance, il doit soutenir l’attaque ou s’inscrire clairement dans l’ensemble des actes constituant l’attaque, mais il n’est pas nécessaire qu’il en forme une partie essentielle ou qu’il soit officiellement approuvé à ce titre. Ainsi, dans l’affaire *Kunarac*, où les trois accusés avaient profité de l’attaque généralisée et systématique pour violer et torturer sexuellement des femmes et des jeunes filles musulmanes, l’existence du lien requis a été établie : Chambre de première instance, par. 592. Les accusés connaissaient l’existence de l’attaque, leurs actes contre la population musulmane de Foca ont contribué à soutenir cette attaque et ils ont ainsi participé à un ensemble d’actes dirigés contre cette population.

Il ressort de ce qui précède que le juge Décary a commis une erreur de droit en concluant que la commission d’un crime contre l’humanité ne pouvait être établie parce que le discours de M. Mugesera ne faisait pas partie d’une « stratégie » (par. 58). Reste toutefois la question de savoir si, objectivement, le discours de M. Mugesera soutenait l’attaque ou en faisait partie.

166

167

168

169 Mr. Duquette found as a fact that Mr. Mugesera's speech had targeted Tutsi and moderate Hutu (para. 335). Tutsi and moderate Hutu were the targets of the systematic attack taking place in Rwanda at the time. A persecutory speech which encourages hatred and violence against a targeted group furthers an attack against that group. Also relevant is geographical proximity. Mr. Duquette found that many of the massacres perpetrated in Rwanda between 1990 and 1993 had occurred in and around Gisenyi prefecture, where the speech was given (paras. 26 and 50). He also noted that local MRND officials had participated in and encouraged the targeting of Tutsi and moderate Hutu. Mr. Mugesera's speech therefore not only objectively furthered the attack, but also fit into a pattern of abuse prevailing at that time. We therefore conclude that Mr. Mugesera's speech was "a part of" a systematic attack directed against a civilian population that was occurring in Rwanda at the time.

170 In sum, we have seen that the criminal act requirement for crimes against humanity in ss. 7(3.76) and 7(3.77) is made up of three essential elements: (1) a proscribed act is carried out; (2) the act occurs as part of a widespread or systematic attack; and (3) the attack is directed against any civilian population. The first element means that all the elements of an enumerated act — both physical and moral — must be made out. The second and third elements require that the act take place in a particular context: a widespread or systematic attack directed against any civilian population. Each of these elements has been made out in Mr. Mugesera's case.

171 However, as noted above, making out the criminal act of a crime against humanity will not necessarily imply that there are reasonable grounds to believe that Mr. Mugesera has committed a crime against humanity. Mr. Mugesera must also have had a guilty mind. As a result, we must now go on to consider the mental element of s. 7(3.76) of the *Criminal Code*.

Selon M. Duquette, le discours de M. Mugesera visait les Tutsi et les Hutu modérés (par. 364). Ces derniers étaient la cible de l'attaque systématique alors menée au Rwanda. Un discours prônant la persécution par la fomentation de la haine et de la violence contre un groupe donné soutient l'attaque menée contre celui-ci. La proximité géographique s'avère également pertinente. Selon M. Duquette, bon nombre de massacres perpétrés au Rwanda entre 1990 et 1993 l'avaient été dans la préfecture de Gisenyi, lieu de l'allocution, ou dans les environs (par. 27 et 51). Il a également relevé que les dirigeants locaux du MRND avaient participé aux massacres et encouragé les exactions contre les Tutsi et les Hutu modérés. Ainsi, non seulement le discours de M. Mugesera a objectivement soutenu l'attaque, mais il s'est inscrit dans le cadre des exactions alors en cours. Nous concluons donc que le discours s'inscrivait « dans le cadre » de l'attaque systématique alors menée au Rwanda contre une population civile.

En résumé, l'exigence d'un acte criminel pour qu'il y ait crime contre l'humanité au sens des par. 7(3.76) et (3.77) comporte trois volets essentiels : (1) un acte prohibé, (2) qui est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, (3) laquelle est dirigée contre une population civile. Le premier volet commande que les deux éléments constitutifs de l'acte énuméré — l'élément physique et l'élément moral — soient établis. Les deuxième et troisième veulent que l'acte soit commis dans un contexte particulier, celui d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. Chacune de ces conditions est remplie en l'espèce.

Cependant, nous le répétons, une fois l'acte criminel prouvé, l'existence de motifs raisonnables de penser que M. Mugesera a commis un crime contre l'humanité n'est pas pour autant établie. Ce dernier doit également avoir eu une intention criminelle. Nous devons donc examiner maintenant l'élément moral de l'infraction prévue au par. 7(3.76) du *Code criminel*.

(b) *The Guilty Mind for Crimes Against Humanity*

We have seen that an individual accused of crimes against humanity must possess the required guilty state of mind in respect of the underlying proscribed act. We have also underlined that, contrary to what was said in *Finta*, discriminatory intent need not be made out in respect of all crimes against humanity, but only in respect of those which take the form of persecution. This leaves a final question: in addition to the mental element required for the underlying act, what is the mental element required to make out a crime against humanity under s. 7(3.76) of the *Criminal Code*?

The question of whether a superadded mental element exists for crimes against humanity was a point of significant contention in *Finta*. Cory J., for the majority, found that the accused must have an awareness of the facts or circumstances which would bring the act within the definition of a crime against humanity (p. 819). La Forest J. penned dissenting reasons suggesting that establishing the mental element for the underlying act was sufficient in itself and thus no additional element of moral blameworthiness was required (p. 754). At the time, there was little international jurisprudence on the question. It is now well settled that in addition to the *mens rea* for the underlying act, the accused must have knowledge of the attack and must know that his or her acts comprise part of it or take the risk that his or her acts will comprise part of it: see, e.g., *Tadic*, Appeals Chamber, at para. 248; *Ruggiu*, at para. 20; *Kunarac*, Trial Chamber, at para. 434; *Blaskic*, at para. 251.

It is important to stress that the person committing the act need only be cognizant of the link between his or her act and the attack. The person need not intend that the act be directed against the targeted population, and motive is irrelevant once knowledge of the attack has been established together with knowledge that the act forms a part of the attack or with recklessness in this regard: *Kunarac*, Appeals Chamber, at para. 103. Even if the person's motive is purely personal, the act may be a crime

b) *L'intention criminelle sous-jacente au crime contre l'humanité*

La personne accusée d'un crime contre l'humanité doit avoir été animée de l'intention criminelle correspondant à l'infraction sous-jacente. Contrairement à ce que notre Cour a écrit dans l'arrêt *Finta*, la preuve de l'intention discriminatoire n'est pas requise pour tous les crimes contre l'humanité, mais seulement dans le cas de la persécution. Reste donc à trancher une dernière question : outre l'élément moral correspondant à l'acte criminel sous-jacent, quel élément moral doit être établi pour qu'il y ait crime contre l'humanité au sens du par. 7(3.76) du *Code criminel*?

La question de savoir si la preuve d'un élément moral supplémentaire s'impose dans le cas d'un crime contre l'humanité se situait au cœur du litige dans l'affaire *Finta*. Au nom des juges majoritaires, le juge Cory a conclu que l'accusé devait connaître les faits ou les circonstances qui entraîneraient l'acte dans la sphère d'un crime contre l'humanité (p. 819). Dissident, le juge La Forest a laissé entendre que l'élément moral requis pour l'infraction sous-jacente suffisait et qu'aucun blâme moral n'était exigé en sus (p. 754). La jurisprudence internationale était alors peu abondante sur ce point. Il est désormais bien établi que l'accusé doit non seulement avoir l'intention de commettre l'infraction sous-jacente, mais aussi connaître l'existence de l'attaque et savoir que son ou ses actes en font partie ou qu'il court le risque que son ou ses actes en fassent partie : voir p. ex. *Tadic*, Chambre d'appel, par. 248; *Ruggiu*, par. 20; *Kunarac*, Chambre de première instance, par. 434; *Blaskic*, par. 251.

Il suffit que l'auteur de l'acte soit conscient du lien entre son ou ses actes et l'attaque. Il n'est pas nécessaire qu'il ait eu l'intention de s'en prendre à la population cible. Ses motifs importent peu, une fois démontré qu'il connaissait l'existence de l'attaque et qu'il savait que son acte en faisait partie ou qu'il lui était indifférent que son acte se rattache à l'attaque : *Kunarac*, Chambre d'appel, par. 103. Même si la personne a agi pour des raisons purement personnelles, l'acte peut constituer un crime contre

172

173

174

against humanity if the relevant knowledge is made out.

175 Knowledge may be factually implied from the circumstances: *Tadic*, Trial Chamber, at para. 657. In assessing whether an accused possessed the requisite knowledge, the court may consider the accused's position in a military or other government hierarchy, public knowledge about the existence of the attack, the scale of the violence and the general historical and political environment in which the acts occurred: see, e.g., *Blaskic*, at para. 259. The accused need not know the details of the attack: *Kunarac*, Appeals Chamber, at para. 102.

176 In *Finta*, the majority of this Court found that subjective knowledge on the part of the accused of the circumstances rendering his or her actions a crime against humanity was required (p. 819). This remains true in the sense that the accused must have knowledge of the attack and must know that his or her acts are part of the attack, or at least take the risk that they are part of the attack.

177 Returning to the case at bar, the findings of the IAD leave no doubt that Mr. Mugesera possessed the culpable mental state required by s. 7(3.76) of the *Criminal Code*. Mr. Duquette found that Mr. Mugesera was a well-educated man who was aware of his country's history and of past massacres of Tutsi (para. 338). He was aware of the ethnic tensions in his country and knew that civilians were being killed merely by reason of ethnicity or political affiliation (para. 338). Moreover, Mr. Duquette found that the speech itself left no doubt that Mr. Mugesera knew of the violent and dangerous state of affairs in Rwanda in the early 1990s (para. 338). These findings of fact clearly show that Mr. Mugesera was aware of the attack occurring against Tutsi and moderate Hutu. Furthermore, a man of his education, status and prominence on the local political scene would necessarily have known that a speech vilifying and encouraging acts of violence against the target group would have the effect of furthering the attack.

l'humanité s'il est prouvé qu'elle possédait la connaissance requise.

La connaissance peut s'inférer des circonstances : *Tadic*, Chambre de première instance, par. 657. Pour déterminer si l'accusé possédait la connaissance requise, le tribunal peut prendre en considération le rang de l'accusé dans la hiérarchie militaire ou gouvernementale, la notoriété publique de l'attaque, l'ampleur de la violence et le contexte historique et politique général dans lequel sont survenus les actes : voir p. ex. *Blaskic*, par. 259. Nul besoin que l'accusé connaisse le détail de l'attaque : *Kunarac*, Chambre d'appel, par. 102.

Dans l'arrêt *Finta*, les juges majoritaires de notre Cour ont décidé que l'accusé devait avoir une connaissance subjective des circonstances qui faisaient de son acte un crime contre l'humanité (p. 819). Cette exigence demeure en ce sens que l'accusé doit être au courant de l'attaque et savoir que son ou ses actes en font partie ou, du moins, courir le risque qu'ils en fassent partie.

Dans la présente affaire, les conclusions de la SAI ne laissent subsister aucun doute quant à l'existence de l'élément moral requis pour les besoins du par. 7(3.76) du *Code criminel*. M. Duquette a signalé que M. Mugesera était un homme instruit parfaitement au courant de l'histoire de son pays et des massacres de Tutsi dans le passé (par. 367). Il connaissait l'existence des tensions ethniques et savait que des civils étaient tués du seul fait de leur origine ethnique ou de leur affiliation politique (par. 367). De plus, selon M. Duquette, il ressortait du discours lui-même que l'orateur était au courant de la situation violente et périlleuse qui existait au Rwanda au début des années 1990 (par. 367). Ces conclusions de fait indiquent clairement que M. Mugesera était au fait de l'attaque menée contre les Tutsi et les Hutu modérés. De plus, un homme aussi instruit, parvenu à un niveau élevé dans l'échelle sociale et influent sur la scène politique locale devait nécessairement savoir qu'un discours vilipendant le groupe cible et encourageant le recours à la violence contre lui soutiendrait l'attaque.

In the face of certain unspeakable tragedies, the community of nations must provide a unified response. Crimes against humanity fall within this category. The interpretation and application of Canadian provisions regarding crimes against humanity must therefore accord with international law. Our nation's deeply held commitment to individual human dignity, freedom and fundamental rights requires nothing less.

Based on Mr. Duquette's findings of fact, each element of the offence in s. 7(3.76) of the *Criminal Code* has been made out. We are therefore of the opinion that reasonable grounds exist to believe that Mr. Mugesera committed a crime against humanity and is therefore inadmissible to Canada by virtue of ss. 27(1)(g) and 19(1)(j) of the *Immigration Act*.

VI. Disposition

The appeal is allowed. The deportation order of July 11, 1996 in respect of Mr. Léon Mugesera is held to be valid on the grounds stated above. There will be no order as to costs.

APPENDIX I

Summary of the Allegations of the Minister of Citizenship and Immigration (Appellant's Record, vol. 38, at pp. 7629-30)

- (A) Léon Mugesera is a person described in s. 27(1)(a.1)(ii): By inciting other persons to commit murder, Léon Mugesera committed an act that would, in Rwanda, constitute an offence under ss. 91(4) and 311 of the Rwandan *Penal Code* and that would, in Canada, constitute an offence within the meaning of ss. 22, 235 and 464(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.
- (B) Léon Mugesera is a person described in s. 27(1)(a.3)(ii): By inciting MRND members and Hutu to kill Tutsi, Léon Mugesera committed an act that constitutes an offence under s. 166 of the Rwandan *Penal Code* and executive enactment 08/75 of February 12, 1975, by which Rwanda acceded to the *Convention on the Prevention*

Face à certaines tragédies indescriptibles, comme la perpétration de crimes contre l'humanité, l'ensemble des nations doit parler d'une seule voix. L'interprétation et l'application des dispositions canadiennes sur les crimes contre l'humanité doivent par conséquent s'harmoniser avec le droit international. L'attachement profond de notre pays à la dignité humaine individuelle, à la liberté et aux droits fondamentaux n'exige rien de moins.

Vu les conclusions de fait de M. Duquette, chacun des éléments de l'infraction prévue au par. 7(3.76) du *Code criminel* a été établi. Nous sommes donc d'avis qu'il existe des motifs raisonnables de penser que M. Mugesera a commis un crime contre l'humanité et qu'il est de ce fait non admissible au Canada suivant les al. 27(1)(g) et 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration*.

VI. Dispositif

Le pourvoi est accueilli. Pour les motifs qui précèdent, l'ordonnance d'expulsion rendue le 11 juillet 1996 contre M. Léon Mugesera est jugée valide. Aucuns dépens ne sont adjugés.

ANNEXE I

Résumé des allégations du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (dossier de l'appelant, vol. 38, p. 7629-7630)

- (A) Léon Mugesera est une personne décrite à l'al. 27(1)(a.1)(ii). En incitant d'autres personnes à commettre des meurtres, il a commis un acte qui constitue au Rwanda une infraction suivant le par. 91(4) et l'art. 311 du *Code pénal* rwandais et qui constituerait au Canada une infraction au sens des art. 22 et 235 et de l'al. 464a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.
- (B) Léon Mugesera est une personne décrite au sous-al. 27(1)(a.3)(ii). En incitant les membres du MRND et les Hutu à tuer des Tutsi, il a commis un acte qui constitue une infraction selon l'art. 166 du *Code pénal* rwandais, du décret-loi 08/75 du 12 février 1975 portant adhésion du Rwanda à la *Convention internationale pour*

178

179

180

and Punishment of the Crime of Genocide, and that would, in Canada, constitute an offence within the meaning of s. 318(1) of the *Criminal Code*. Furthermore, by inciting people to hatred against Tutsi, Léon Mugesera also committed an act that constitutes an offence under s. 393 of the Rwandan *Penal Code* and s. 319 of the *Criminal Code*.

(C) Léon Mugesera is a person described in s. 27(1)(g) because he is a member of the inadmissible class described in s. 19(1)(j) of the *Immigration Act*. Léon Mugesera committed crimes against humanity within the meaning of s. 7(3.76) of the *Criminal Code*, by counselling MRND members and Hutu to kill Tutsi, taking part in massacres of Tutsi, and fomenting or advocating genocide of the members of an identifiable group, namely members of the Tutsi tribe.

(D) Léon Mugesera is a person described in s. 27(1)(e), having been granted landing by reason of a misrepresentation of a material fact, that is, by answering “No” on his permanent residence application form to Question 27-F, which asked if he had been involved, during a time of peace or war, in the commission of a war crime or a crime against humanity.

APPENDIX II

Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7

18.1 . . .

(4) The Trial Division may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

. . .

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

la prévention et la répression du crime de génocide, ce qui constituerait au Canada une infraction suivant le par. 318(1) du *Code criminel*. Et, en les incitant à la haine contre les Tutsi, Léon Mugesera a aussi commis un acte qui constitue une infraction selon l’art. 393 du *Code pénal* rwandais et l’art. 319 du *Code criminel*.

(C) Léon Mugesera est une personne décrite à l’al. 27(1)g) du fait qu’il appartient à la catégorie non admissible visée à l’al. 19(1)j) de la *Loi sur l’immigration*. Il a commis des crimes contre l’humanité au sens du par. 7(3.76) du *Code criminel* en conseillant aux membres du MRND et aux Hutu de tuer des Tutsi, en participant aux massacres de Tutsi et en fomentant ou en préconisant le génocide des membres d’un groupe identifiable, savoir les Tutsi.

(D) Léon Mugesera est une personne décrite à l’al. 27(1)e) du fait qu’il a obtenu le droit d’établissement sur la foi d’une fausse indication sur un fait important en répondant « non » à la question 27-F du formulaire de demande de résidence permanente demandant si, en période de paix ou de guerre, il avait participé à la commission d’un crime de guerre ou d’un crime contre l’humanité.

ANNEXE II

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7

18.1 . . .

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l’office fédéral, selon le cas :

. . .

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2

PART III

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Classes

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

. . .

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the *Criminal Code* and that, if it had been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission.

Removal After Admission

27.(1) An immigration officer or a peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a permanent resident is a person who

(a) is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c.2), (d), (e), (f), (g), (k) or (l);

(a.1) outside Canada,

(i) has been convicted of an offence that, if committed in Canada, constitutes an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more, or

(ii) has committed, in the opinion of the immigration officer or peace officer, based on a balance of probabilities, an act or omission that would constitute an offence under the laws of the place where the act or omission occurred and that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more,

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2

PARTIE III

EXCLUSION ET RENVOI

Catégories non admissibles

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

. . .

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel* et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration.

Renvoi après admission

27. (1) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas :

a) appartient à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)c.2), d), e), f), g), k) ou l);

a.1) est une personne qui a, à l'étranger :

(i) soit été déclarée coupable d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, sauf si la personne peut justifier auprès du ministre de sa réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de toute peine lui ayant été infligée pour l'infraction,

(ii) soit commis, de l'avis, fondé sur la prépondérance des probabilités, de l'agent d'immigration ou de l'agent de la paix, un fait — acte ou omission — qui constitue une infraction dans le pays où il a été commis et qui, s'il était commis au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à

except a person who has satisfied the Minister that the person has been rehabilitated and that at least five years have elapsed since the expiration of any sentence imposed for the offence or since the commission of the act or omission, as the case may be;

. . .

(a.3) before being granted landing,

. . .

(ii) committed outside Canada, in the opinion of the immigration officer or peace officer, based on a balance of probabilities, an act or omission that constitutes an offence under the laws of the place where the act or omission occurred and that, if committed in Canada, would constitute an offence referred to in paragraph (a.2),

except a person who has satisfied the Minister that the person has been rehabilitated and that at least five years have elapsed since the expiration of any sentence imposed for the offence or since the commission of the act or omission, as the case may be;

. . .

(e) was granted landing by reason of possession of a false or improperly obtained passport, visa or other document pertaining to his admission or by reason of any fraudulent or improper means or misrepresentation of any material fact, whether exercised or made by himself or by any other person,

. . .

(g) is a member of the inadmissible class described in paragraph 19(1)(j) who was granted landing subsequent to the coming into force of that paragraph,

. . .

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

7. . . .

(3.76) For the purposes of this section,

. . .

“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable

dix ans, sauf si la personne peut justifier auprès du ministre de sa réadaptation et du fait qu’au moins cinq ans se sont écoulés depuis la commission du fait;

. . .

a.3) avant que le droit d’établissement ne lui ait été accordé, a, à l’étranger :

. . .

(ii) soit commis, de l’avis, fondé sur la prépondérance des probabilités, de l’agent d’immigration ou de l’agent de la paix, un fait — acte ou omission — qui constitue une infraction dans le pays où il a été commis et qui, s’il était commis au Canada, constituerait une infraction visée à l’alinéa a.2), sauf s’il peut justifier auprès du ministre de sa réadaptation et du fait qu’au moins cinq ans se sont écoulés depuis la commission du fait;

. . .

e) a obtenu le droit d’établissement soit sur la foi d’un passeport, visa — ou autre document relatif à son admission — faux ou obtenu irrégulièrement, soit par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d’une fausse indication sur un fait important, même si ces moyens ou déclarations sont le fait d’un tiers;

. . .

g) appartient à la catégorie non admissible visée à l’alinéa 19(1)(j) et a obtenu le droit d’établissement après l’entrée en vigueur de cet alinéa;

. . .

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

7. . . .

(3.76) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

. . .

« crime contre l’humanité » Assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain d’une part, commis contre une population civile

group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

ou un groupe identifiable de personnes — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration — et d'autre part, soit constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

(3.77) In the definitions “crime against humanity” and “war crime” in subsection (3.76), “act or omission” includes, for greater certainty, attempting or conspiring to commit, counselling any person to commit, aiding or abetting any person in the commission of, or being an accessory after the fact in relation to, an act or omission.

(3.77) Sont assimilés à un fait, aux définitions de « crime contre l'humanité » et « crime de guerre », au paragraphe (3.76), la tentative, le complot, la complicité après le fait, le conseil, l'aide ou l'encouragement à l'égard du fait.

21.(1) Every one is a party to an offence who

21. (1) Participant à une infraction :

(a) actually commits it;

a) quiconque la commet réellement;

(b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or

b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;

(c) abets any person in committing it.

c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

22. (1) Where a person counsels another person to be a party to an offence and that other person is afterwards a party to that offence, the person who counselled is a party to that offence, notwithstanding that the offence was committed in a way different from that which was counselled.

22. (1) Lorsqu'une personne conseille à une autre personne de participer à une infraction et que cette dernière y participe subséquemment, la personne qui a conseillé participe à cette infraction, même si l'infraction a été commise d'une manière différente de celle qui avait été conseillée.

(2) Every one who counsels another person to be a party to an offence is a party to every offence that the other commits in consequence of the counselling that the person who counselled knew or ought to have known was likely to be committed in consequence of the counselling.

(2) Quiconque conseille à une autre personne de participer à une infraction participe à chaque infraction que l'autre commet en conséquence du conseil et qui, d'après ce que savait ou aurait dû savoir celui qui a conseillé, était susceptible d'être commise en conséquence du conseil.

(3) For the purposes of this Act, “counsel” includes procure, solicit or incite.

(3) Pour l'application de la présente loi, « conseiller » s'entend d'amener et d'inciter, et « conseil » s'entend de l'encouragement visant à amener ou à inciter.

235. (1) Every one who commits first degree murder or second degree murder is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to imprisonment for life.

(2) For the purposes of Part XXIII, the sentence of imprisonment for life prescribed by this section is a minimum punishment.

Hate Propaganda

318. (1) Every one who advocates or promotes genocide is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

(2) In this section, “genocide” means any of the following acts committed with intent to destroy in whole or in part any identifiable group, namely,

- (a) killing members of the group; or
- (b) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction.

. . .

319. (1) Every one who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace is guilty of

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

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

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

464. Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of persons who counsel other persons to commit offences, namely,

- (a) every one who counsels another person to commit an indictable offence is, if the offence is not

235. (1) Quiconque commet un meurtre au premier degré ou un meurtre au deuxième degré est coupable d’un acte criminel et doit être condamné à l’emprisonnement à perpétuité.

(2) Pour l’application de la partie XXIII, la sentence d’emprisonnement à perpétuité prescrite par le présent article est une peine minimale.

Propagande haineuse

318. (1) Quiconque préconise ou foment le génocide est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans.

(2) Au présent article, « génocide » s’entend de l’un ou l’autre des actes suivants commis avec l’intention de détruire totalement ou partiellement un groupe identifiable, à savoir :

- a) le fait de tuer des membres du groupe;
- b) le fait de soumettre délibérément le groupe à des conditions de vie propres à entraîner sa destruction physique.

. . .

319. (1) Quiconque, par la communication de déclarations en un endroit public, incite à la haine contre un groupe identifiable, lorsqu’une telle incitation est susceptible d’entraîner une violation de la paix, est coupable :

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

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, foment volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable :

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

464. Sauf disposition expressément contraire de la loi, les dispositions suivantes s’appliquent à l’égard des personnes qui conseillent à d’autres personnes de commettre des infractions :

- a) quiconque conseille à une autre personne de commettre un acte criminel est, si l’infraction n’est

committed, guilty of an indictable offence and liable to the same punishment to which a person who attempts to commit that offence is liable;

(b) every one who counsels another person to commit an offence punishable on summary conviction is, if the offence is not committed, guilty of an offence punishable on summary conviction.

Rwandan Penal Code

[TRANSLATION]

BOOK ONE — OF OFFENCES AND
ENFORCEMENT IN GENERAL

. . .

Title III
Of Persons Liable to Punishment

. . .

CHAPTER V
OF PARTICIPATION IN CRIMES

. . .

91. — The following shall be considered to be accomplices:

. . .

(4) persons who, by speeches, shouts or threats made in public places or at public meetings, by written or printed material sold or distributed, offered for sale or displayed in public places or at public meetings, or by posters or signs displayed in sight of the public, directly provoke a person or persons to commit such an act, without prejudice to the penalties provided for persons who provoke offences, even if the provocations produce no effect.

. . .

BOOK TWO — OF SPECIFIC OFFENCES AND
THE ENFORCEMENT THEREOF

Title I
Of Offences Against the Public Interest

CHAPTER I
OF OFFENCES AGAINST STATE SECURITY

. . .

pas commise, coupable d'un acte criminel et passible de la même peine que celui qui tente de commettre cette infraction;

b) quiconque conseille à une autre personne de commettre une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire est, si l'infraction n'est pas commise, coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Code pénal rwandais

LIVRE PREMIER — DES INFRACTIONS ET DE LA
RÉPRESSION EN GÉNÉRAL

. . .

Titre III
Des personnes punissables

. . .

CHAPITRE V
DE LA PARTICIPATION CRIMINELLE

. . .

91. — Sont considérés comme complices :

. . .

4° ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou affiches, exposés aux regards du public, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre cette action, sans préjudice des peines prévues contre les auteurs de provocation à des infractions, même dans le cas où ces provocations ne seraient pas suivies d'effet.

. . .

LIVRE DEUXIÈME — DES INFRACTIONS ET DE LEUR
RÉPRESSION EN PARTICULIER

Titre premier
Des infractions contre la chose publique

CHAPITRE PREMIER
DES INFRACTIONS CONTRE LA SÛRETÉ DE L'ÉTAT

. . .

Division II
Of Breaches of Internal State Security

. . .

166. — Every one who, by making speeches at public meetings or in public places, by posting or distributing written or printed material, pictures or symbols of any kind or selling them, offering them for sale or displaying them in sight of the public, or by knowingly spreading false rumours, stirs up or attempts to stir up the public against the established government, stirs up or attempts to stir up citizens against one another, or alarms the public and thereby seeks to cause disturbances in the territory of the Republic, shall be sentenced to both imprisonment for two to ten years and a fine of two thousand to five thousand francs, or to either one of these penalties, without prejudice to any heavier penalties provided for in other provisions of this code.

. . .

Title II
OF OFFENCES AGAINST PERSONS

CHAPTER I
OF HOMICIDE AND INTENTIONAL BODILY
HARM

. . .

Division I
Of Murder and Its Various Forms

311. — Homicide committed with the intent of causing death is called murder; it is punishable by imprisonment for life.

. . .

CHAPTER VIII
OF DEFAMATORY STATEMENTS AND INSULTS

. . .

393. — Every one who displays, by defamation or public insult, an aversion to or hatred of a group of persons who, by their origin, belong to a particular race or religion, or who commits an act liable to provoke such aversion or hatred, shall be sentenced to both imprisonment for one month to one year and a fine not exceeding five thousand francs, or to either one of these penalties.

Section II
Des atteintes à la sûreté intérieure de l'État

. . .

166. — Quiconque, soit par des discours tenus dans des réunions ou lieux publics, soit par des écrits, des imprimés, des images ou emblèmes quelconques, affichés, distribués, vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public, soit en répandant sciemment de faux bruits, aura soit excité ou tenté d'exciter les populations contre les pouvoirs établis, soit soulevé ou tenté de soulever les citoyens les uns contre les autres, soit alarmé les populations et cherché ainsi à porter les troubles sur le territoire de la République, sera puni d'un emprisonnement de deux à dix ans et d'une amende de deux mille à cent mille francs ou de l'une de ces peines seulement, sans préjudice des peines plus fortes prévues par d'autres dispositions du présent code.

. . .

Titre II
DES INFRACTIONS CONTRE LES PERSONNES

CHAPITRE PREMIER
DE L'HOMICIDE ET DES LÉSIONS CORPORELLES
VOLONTAIRES

. . .

Section première
Du meurtre et de ses diverses espèces

311. — L'homicide commis avec l'intention de donner la mort est qualifié meurtre; il emporte la peine d'emprisonnement à perpétuité.

. . .

CHAPITRE VIII
DES IMPUTATIONS DOMMAGEABLES ET DES INJURES

. . .

393. — Quiconque aura manifesté, par une diffamation ou une injure publique, de l'aversion ou de la haine envers un groupe de personnes appartenant, par leur origine, à une race, ou une religion déterminée, ou commis un acte de nature à provoquer cette aversion ou cette haine, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende n'excédant pas cinq mille francs, ou de l'une de ces peines seulement.

APPENDIX III

In his reasons for judgment ([2004] 1 F.C.R. 3, at para. 17), Décary J.A. reproduced Mr. Kamanzi's French translation of Mr. Mugesera's speech, and the English version of his reasons contains an English translation of the speech that was based on Mr. Kamanzi's translation. The translation of Mr. Mugesera's speech found in Décary J.A.'s reasons is reproduced below. Paragraph numbering has been added for easier reference.

SPEECH MADE BY LÉON MUGESERA AT A
MEETING OF THE M.R.N.D. HELD IN Kabaya ON
NOVEMBER 22, 1992.

Long life to our movement

Long life to President Habyarimana

Long life to ourselves, the militants of the movement at this meeting.

1. Militants of our movement, as we are all met here, I think you will understand the meaning of the word I will say to you. I will talk to you on only four points. Recently, I told you that we rejected contempt. We are still rejecting it. I will not go back over that.
2. When I consider the huge crowd of us all met here, it is clear that I should omit speaking to you about the first point for discussion, as I was going to tell you to beware of kicks by the dying M.D.R. That is the first point. The second point on which I would like us to exchange ideas is that we should not allow ourselves to be invaded, whether here where we are or inside the country. That is the second point. The third point I would like to discuss with you is also an important point, namely the way we should act so as to protect ourselves against traitors and those who would like to harm us. I would like to end on the way in which we must act.
3. The first point I would like to submit to you, therefore, is this important point I would like to draw to your attention. As M.D.R., P.L., F.P.R. and the famous party known as P.S.D. and even the P.D.C. are very busy nowadays, you should know what they are

ANNEXE III

Au paragraphe 17 de ses motifs ([2004] 1 R.C.F. 3), le juge Décary, de la Cour d'appel fédérale, a reproduit le texte du discours de M. Mugesera traduit en français par M. Kamanzi, puis traduit en anglais à partir de la version française. La numérotation a été ajoutée pour faciliter la consultation.

DISCOURS PRONONCÉ PAR LÉON MUGESERA LORS
D'UN MEETING DU M.R.N.D. TENU A KABAYA LE 22
NOVEMBRE 1992.

Notre Mouvement, longue vie [. .]

Que le président Habyarimana ait longue vie [. .]

Que nous les Militants du Mouvement ici réunis, nous ayons longue vie.

1. Militants de notre Mouvement, comme nous sommes tous ici réunis, je pense que vous saisissez le sens du mot que je vais vous adresser. Je vous parlerai de quatre points seulement. Dernièrement, je vous ai dit que nous avons refusé le mépris. Encore aujourd'hui, nous le refusons. Je n'y reviendrai plus.
2. Quand je considère la foule immense constituée par nous tous ici réunis, il est clair que je devrais omettre de vous parler du premier point à traiter car j'allais vous demander de vous méfier des coups de pied du M.D.R. agonisant. Cela est le premier point. Le deuxième point sur lequel je voudrais que nous échangions des idées, est qu'il ne faut pas que nous nous laissions envahir. Que ce soit ici où nous nous trouvons, que ce soit aussi à l'intérieur du pays. Cela est le deuxième point. Le troisième point dont je voudrais vous entretenir est également un point important à savoir la manière dont nous devons nous comporter pour que nous nous protégions contre les traîtres et contre ceux qui veulent nous porter préjudice. Ce par quoi je vais justement terminer, c'est cette manière dont nous devons nous comporter.
3. Le premier point donc, que je voudrais vous soumettre, est ce point important que je voudrais porter à votre connaissance. Comme M.D.R., P.L., F.P.R. ainsi que le fameux parti appelé P.S.D. et même le P.D.C. s'agitent ses (*sic*) jours-ci. Sachez pourquoi

doing, and they are busy trying to injure the President of the Republic, namely, the President of our movement, but they will not succeed. They are working against us, the militants: you should know the reason why all this is happening: in fact, when someone is going to die, it is because he is already ill!

4. The thief Twagiramungu appeared on the radio as party president, and he had asked to do so, so he could speak against the C.D.R. However, the latter struck him down. After he was struck down, in all taxis everywhere in Kigali, militants of the M.D.R., P.S.D. and accomplices of the Inyenzi were profoundly humiliated, so they were almost dead! Even Twagiramungu himself completely disappeared. He did not even show up at the office where he was working! I assure you that this man's party is covered with shame: everyone was afraid and they nearly died!
5. So, since this party and those who share its views are accomplices of the Inyenzi, one of them named Murego on arrival in Kibungo stood up to say [TRANSLATION] "We are descended from Bahutus and are in fact Bahutus". The reply to him was [TRANSLATION] "Can you lose your brothers by death! Tell us, who do you get these statements about Bahutus from?" They were so angry they nearly died!
6. That was when the Prime Minister named, they say, I don't know whether I should say Nsengashitani (I beg Satan) or (Nseng) Iyaremye (I beg the Creator), headed for Cyangugu to prevent the Bahutus defending themselves against the Batutsi who were laying mines against them. You heard this on the radio. Then we laughed at him, you heard him yourselves, and he lost his head, he and all the militants in his party, and those of the other parties who shared his views. This is when these people had just suffered such a reverse . . . you yourselves heard that the president of our party, His Excellency Major-General Habyarimana Juvénal, spoke when he arrived in Ruhengeri. The "Invincible" put himself solemnly forward, while the others disappeared underground! In their excitement, these people were nearly dead from excitement, as they learned that everyone, including even those who were claiming to be from other parties, were leaving them to come back to our party, as a result of our leader's speech.

ils s'agitent et ils s'agitent dans le but de porter atteinte au Président de la république, à savoir, lui le Président de notre Mouvement mais cela ne leur réussit pas. Ils s'agitent contre nos Militants; sachez la raison pour laquelle ces agitations sont en train de se produire : en fait, lorsque quelqu'un va mourir, c'est qu'il a déjà en lui la maladie!

4. Le voleur Twagiramungu s'est présenté à la Radio en sa qualité de Président du parti, et c'est lui qui en avait fait la demande, pour y aller parler contre la C.D.R. Mais il y fut terrassé par cette dernière. Après qu'elle l'y eut terrassé, dans tous les taxis, partout à Kigali, des Militants du M.D.R., du P.S.D., ainsi que les complices des Inyenzi, ont été profondément humiliés, jusqu'à en devenir presque morts! Et même Twagiramungu lui-même, a complètement disparu. Il ne s'est même plus montré dans le bureau où il travaillait! Je vous assure que le parti de cet homme s'est couvert de honte : tout le monde a eu peur et ils ont failli en mourir!
5. Étant donné donc que ce parti ainsi que ceux-là qui partagent ses opinions sont des complices des Inyenzi, quelqu'un de parmi eux du nom de Murego à son arrivée à Kibungo, a pris la parole pour dire : « Nous autre (*sic*), nous descendons des Bahutu et effectivement nous sommes des Bahutu ». On lui répondit : « Puisses-tu perdre par la mort tes frères! Dis-donc, de qui tiens-tu ces propos relatif (*sic*) aux Bahutu? » Ils se fâchèrent jusqu'à en devenir presque morts!
6. C'est alors que le Premier Ministre du nom, dit-on, de je ne sais pas s'il faut dire Nsengashitani (Je-prie-Satan) ou (Nseng) Iyaremye (Je-prie-le-Créateur) s'est mis en route vers Cyangugu pour aller empêcher aux Bahutu de se défendre contre les Batutsi qui posaient des mines contre eux. Vous avez entendu cela à la Radio. Alors on l'a raillé, vous l'avez vous-même entendu, et il a perdu la tête, lui et tous les Militants de son parti, ainsi que ceux des autres partis qui partagent ses opinions. C'est à ce moment où ces gens venaient d'essayer un tel revers [. . .] vous avez entendu vous-mêmes que le Président de notre parti, Son Excellence le Général-Major Habyarimana Juvénal a pris la parole à son arrivée à Ruhengeri. L'« Invincible » s'est présenté solennellement, tandis que les autres-là disparaissaient sous terre! Dans leurs agitations, ces gens étaient presque morts de s'agiter, car ils avaient appris que tout le monde, y compris même ceux qui se réclamaient d'autres partis, étaient en train de les quitter pour revenir dans notre parti, grâce au discours de notre Chef.

7. Their kicks would threaten the most sensible person. Nevertheless, in view of our numbers, I realize there are so many of us that they could not find where to give the kicks: they are wasting their time!
8. That is the first point. The M.D.R. and the parties who share its views are collapsing. Avoid their kicks. As I noted, you will not even have a scratch!
9. The second point I have decided to discuss with you is that you should not let yourselves be invaded. At all costs, you will leave here taking these words with you, that you should not let yourselves be invaded. Tell me, if you as a man, a mother or father, who are here, if someone comes one day to move into your yard and defecate there, will you really allow him to come again? It is out of the question. You should know that the first important thing . . . you have seen our brothers from Gitarama here. Their flags — I distributed them when I was working at our party's headquarters. People flew them everywhere in Gitarama. But when you come from Kigali, and you continue on into Kibilira, there are no more M.R.N.D. flags to be seen: they have been taken down! In any case, you understand yourselves, the priests have taught us good things: our movement is also a movement for peace. However, we have to know that, for our peace, there is no way to have it but to defend ourselves. Some have quoted the following saying: [TRANSLATION] "Those who seek peace always make ready for war". Thus, in our prefecture of Gisenyi, this is the fourth or fifth time I am speaking about it, there are those who have acted first. It says in the Gospel that if someone strikes you on one cheek, you should turn the other cheek. I tell you that the Gospel has changed in our movement: if someone strikes you on one cheek, you hit them twice on one cheek and they collapse on the ground and will never be able to recover! So here, never again will what they call their flag, what they call their cap, even what they call their militant, come to our soil to speak: I mean throughout Gisenyi, from one end to the other!
10. (A proverb) says: [TRANSLATION] "Hyenas eat others, but when you go to eat them they are bitter"! They should know that one man is as good as another, our yard (party) will not let itself be invaded either. There is no question of allowing ourselves to be invaded, let me tell you. There is also something
7. Leurs coups de pied menaceraient le plus averti. Néanmoins, étant donné notre nombre, je me rends compte que nous sommes si nombreux qu'ils ne pourraient pas trouver où les donner : ils perdent leur temps!
8. C'est donc là le premier point. Le M.D.R. et les partis qui partagent ses opinions sont en train d'agoniser. Évitez leurs coups de pied. Comme je l'ai constaté, même un coup d'ongle ne pourra vous effleurer!
9. Le deuxième point dont j'ai décidé de vous entretenir, c'est de ne pas vous laisser envahir. À tout prix, vous quitterez ces lieux en emportant avec vous cette parole, à savoir ne pas vous laisser envahir. Dis-donc, toi homme, toi père ou mère ici présents, si quelqu'un vient un jour s'installer dans ton enclos et y défèque, accepteras-tu encore réellement qu'il y revienne? Cela est tout à fait interdit. Sachez que la première chose importante [. . .] vous avez vu ici nos frères de Gitarama. Leurs drapeaux, c'est moi qui les ai distribués lorsque je travaillais au siège de notre Parti. Partout à Gitarama, on les a hissés. Mais, quant (*sic*) tu viens de Kigali, que tu continues d'avancer pour pénétrer dans Kibilira, plus aucun drapeau du M.R.N.D. ne s'y trouve : on les a descendus! Quoi qu'il en soit, vous le comprenez vous-mêmes, les prêtres nous ont appris de bonnes choses; notre Mouvement aussi est un Mouvement pour la paix. Cependant, il faut qu'on sache que, pour notre paix, il n'y a pas d'autre moyen de l'avoir que de se défendre soi-même. Certains ont cité l'adage suivant : « Qui veut la paix prépare toujours la guerre ». C'est ainsi donc que, dans notre Préfecture de Gisenyi, c'est la quatrième ou cinquième fois que j'en parle, ce sont eux qui ont agi les premiers. Il est écrit dans l'Évangile que si l'on te donne une gifle sur une joue, tu offriras l'autre pour qu'on tape dessus. Moi, je vous dis que cet Évangile a changé dans notre Mouvement : si on te donne une gifle sur une joue, tu leur en donneras deux sur une joue et ils s'effondreront par terre pour ne plus reprendre leurs esprits! Ici donc, plus rien de se (*sic*) qui s'appelle leur drapeau, plus rien de se (*sic*) qui s'appelle leur bonnet, plus rien même de se (*sic*) qui s'appelle leur Militant ne doit venir sur notre sol pour y prendre la parole; je veux dire dans tout Gisenyi, sur toute son étendue!
10. (Un proverbe) dit : « L'(hyène) mange les autres mais lorsqu'on va le manger elle se fait amère »! Qu'ils sachent qu'un homme en vaut un autre; notre enclos aussi (parti) ne se laisse pas non plus envahir. Sachez donc que se laisser envahir est interdit. Il y a également une autre chose dont je voudrais

else I would like to talk to you about, concerning “not being invaded”, and which you must reject, as these are dreadful things. Our elder Munyandamutsa has just told you what the situation is in the following words: [TRANSLATION] “Our inspectors, currently 59 throughout the country, have just been driven out. In our prefecture of Gisenyi there are eight. Tell me, dear parents gathered here, have you ever seen, I do not know if she is still a mother, have you ever seen this woman who heads the Ministry of Education, come herself to find out if your children have left the house to go and study or go back to school? Have you not heard that she said that from now on no one will go back to school? — and now she is attacking teachers! I wanted to draw to your attention that she called them to Kigali to tell them that she never wanted to hear anyone say again that an education inspector had joined a political party. They answered: “First leave your party, because you yourself are a Minister and you are in a political party, and then we will follow your example”. She is still there! You have also heard on the radio that nowadays she is even insulting our President! Have you ever heard a mother insulting people in public? So what I would like to tell you here, and this is the truth, there is no doubt, to say it would be this or that, there might be among them people who have behaved flippantly. Have you heard that they are persecuted for membership in the M.R.N.D.? They are persecuted for membership in the M.R.N.D. Frankly, will you allow them to invade us to take the M.R.N.D. away from us and to take our men?

11. I am asking you to take two very important actions. The first is to write to this shameless woman who is issuing insults publicly and on the airwaves of our radio to all Rwandans. I want you to write her to tell her that these teachers, who are ours, are irrepachable in their conduct and standards, and that they are looking after our children with care; these teachers must continue to educate our children and she must mend her ways. That is the first action I am asking you to take. Then, you would all sign together: paper will not be wanting. If you wait a few days and get no reply, only about seven days, as you will send the letter to someone who will take it to its destination, so he will know she has received it, if seven days go by without a reply, and she takes the liberty of arranging for someone else to replace the existing inspectors, you can be sure, if she thinks there is anyone who will come to replace them (the

vous parler au sujet de « ne pas se laisser envahir » et que vous devez refuser car ce sont des choses effrayantes. Notre aîné Munyandamutsa vient de vous dire ce qu’il en est en ces mots : « Nos Inspecteurs actuellement au nombre de cinquante-neuf à travers le pays viennent d’être chassés. Dans notre Préfecture de Gisenyi il y en a huit. Dites-moi, chers parents ici réunis, avez-vous jamais vu, je ne sais pas si elle est encore une mère de famille, avez-vous jamais vu donc cette femme qui dirige le Ministère de l’Éducation, venir elle-même savoir que vos enfants ont quitté la maison pour aller faire étude ou retourner à l’école? N’avez-vous pas entendu qu’elle a dit que désormais plus personne ne retournera à l’école? Et maintenant elle s’en prend aux éducateurs! Je voulais porter à votre connaissance qu’elle les a convoqués à Kigali pour leur dire qu’elle ne veut plus entendre qui que ce soit dire qu’un Inspecteur-éducateur s’est fait inscrire dans un parti politique ». Ils lui ont répondu : « Quitte d’abord ton parti parce que toi-même tu es Ministre et tu te trouves dans un parti politique et alors nous suivrons ton exemple ». Elle y est encore! Vous avez entendu également à la Radio que ces jours elle insulte même notre Président! Avez-vous jamais entendu une mère aller proférer des injures publiquement? Ce que je voudrais donc vous dire ici, et c’est la vérité, ce n’est pas un doute pour dire que ce serait ceci ou cela, c’est qu’il y aurait, paraît-il, parmi eux des gens qui se seraient comportés d’une manière légère. Ils sont poursuivis pour leur appartenance au M.R.N.D., vous l’avez entendu? Ils sont poursuivis pour leur appartenance au M.R.N.D. Franchement, accepterons-nous qu’ils viennent nous envahir pour nous arracher au M.R.N.D. et nous prendre nos hommes?

11. Je vous demande de mener deux actions très importantes. La première est que vous écriviez à cette femme éhontée qui profère des injures publiquement et sur les antennes de notre Radio à nous tous les rwandais. Que, vous lui écriviez pour lui faire savoir que ces éducateurs, qui sont des nôtres, sont irréprochables quant à leurs mœurs et comportements et qu’ils s’occupent avec soin de nos enfants; qu’il faut que ces éducateurs continuent d’éduquer nos enfants et qu’il faut qu’elle s’amende. Cela est la première action que je vous demande de mener. Et alors vous signeriez tous massivement : le papier ne manquera absolument pas. Si vous attendez quelques jours sans qu’elle réponde, environ sept jours seulement, car vous enverrez la lettre confiée à quelqu’un pour la faire parvenir à destination afin qu’il sache qu’elle l’a reçue, s’il se passe donc sept jours sans qu’elle réponde et qu’elle se permet de

inspectors), for anyone who comes . . . the place where the Minister is from is the place known as Nyaruhengeri, at the border with Burundi, (exactly) at Butari, you will ask this man to get moving, with his travelling provisions on his head, and be inspector at Nyaruhengeri.

12. Let everyone whom she has appointed be there, let them go to Nyaruhengeri to look after the education of her children. As for ours, they will continue to be educated by our own people. This is another important point on which we must take decisions: we cannot let ourselves be invaded: this is forbidden!
13. Something else which may be called [TRANSLATION] “not allowing ourselves to be invaded” in the country, you know people they call “Inyenzis” (cockroaches), no longer call them “Inkotanyi” (tough fighters), as they are actually “Inyenzis”. These people called Inyenzis are now on their way to attack us.
14. Major-General Habyarimana Juvénal, helped by Colonel Serubuga, whom you have seen here, and who was his assistant in the army at the time we were attacked, have (both) got up and gone to work. They have driven back the “Inyenzis” at the border, where they had arrived. Here again, I will make you laugh! In the meantime these people had arrived who were seeking power. After getting it, they headed for Brussels. On arrival in Brussels, note that this was the M.D.R., P.L. and P.S.D., they agreed to deliver the Byumba prefectorate at any cost. That was the first thing. They planned together to discourage our soldiers at any cost. You have heard what the Prime Minister said in person. He said they (the soldiers) were going down to the marshes (to farm) when the war was at its height! It was at that point that people who had low morale abandoned their positions and the “Inyenzis” occupied them. The Inyenzis descended on Byumba and they (the government soldiers) ransacked the shops of our merchants in Byumba, Ruhengeri and Gisenyi. The government will have to compensate them as it had created this situation. It was not one of our merchants (who created it), as they were not even asking for credit! Why credit! So those are the people who pushed us into allowing ourselves to be invaded. The punishment for such people is nothing but: [TRANSLATION] “Any person who

faire en sorte qu’une autre personne vienne remplacer les Inspecteurs en place, retenez-le bien, si elle croit qu’il peut y avoir quelqu’un qui viendra le remplacer (l’Inspecteur), pour celui-là qui viendra [. . .] l’endroit d’où le Ministre est originaire est le lieu appelé Nyaruhengeri, à la frontière du Burundi, (exactement) à Butare, vous demanderez à cette (*sic*) homme de prendre le chemin, avec sa provision de route sur la tête, pour aller être l’Inspecteur à Nyaruhengeri.

12. Que tous ceux qu’elle aura nommés se retrouvent là-bas, qu’ils aillent à Nyaruhengeri pour s’occuper de l’éducation de ses enfants. Quant aux nôtres, ils poursuivront leur éducation par les nôtres. Ceci est encore un point important pour lequel nous devons prendre des décisions : c’est ne pas du tout nous laisser envahir : c’est un tabou!
13. Une autre chose qu’on peut appeler « ne pas se laisser envahir » dans le pays, vous connaissez des gens qu’on appelle « Inyenzi » (Cancrelats), ne les appelez plus « Inkotanyi » (combattants tenaces), car ce sont tout à fait des « Inyenzi ». Ces gens appelés Inyenzi ce (*sic*) sont mis en route pour nous attaquer.
14. Le Général-Major Habyarimana Juvénal, aidé du Colonel Serubuga que vous avez vu ici présent et qui était son adjoint dans l’armée au moment où nous avons été attaqués, (les deux) se sont levés pour se mettre à l’œuvre. Ils ont repoussé les « Inyenzi » hors de la frontière d’où ils étaient arrivés. Et alors ici, permettez-moi de vous faire rire! Entre temps étaient arrivés ces gens-là qui convoitaient le pouvoir. Et après l’avoir obtenu, ils ont pris le chemin vers Bruxelles. À leur arrivée à Bruxelles, notez qu’il s’agit du M.D.R., du P.L. et du P.S.D., ils se mirent d’accord pour livrer, coûte que coûte la Préfecture de Byumba. Ça c’est une première chose. Ils se concertèrent pour décourager coûte que coûte nos soldats. Vous avez entendu ce que le Premier Ministre en personne a dit. Il a dit qu’ils allaient (les soldats) descendre dans les marais (cultiver) alors que la guerre faisait rage! C’est à ce moment-là que ceux qui avaient un moral faible parmi eux ont abandonné leurs positions et les « Inyenzi » les ont occupées. En effet, ces derniers se sont rendus là-bas à Byumba et eux (les soldats gouvernementaux) allèrent piller les magasins de nos commerçants de Byumba, de Ruhengeri et de Gisenyi. C’est d’ailleurs l’État qui devra les indemniser car c’est lui qui a créé cette situation. Ce n’est pas un de nos commerçants (qui l’a créé)

demoralizes the country's armed forces on the front will be liable to the death penalty". That is prescribed by law. Why would such a person not be killed? Nsengiyaremye must be taken to court and sentenced. The law is there and it is in writing. He must be sentenced to death, as it states. Do not be frightened by the fact that he is Prime Minister. You have recently heard it said on the radio that even French Ministers can sometimes be taken to court! Any person who gives up any part of the national territory, even the smallest piece, in wartime will be liable to death. Twagiramungu said it on the radio and the C.D.R. dealt with him on the radio. The militants in his (party) then lost their heads — can you believe that? I would draw to your attention the fact that this man who gave up Byumba on the radio while all of us Rwandans, and all foreign countries, were listening to him, this man will suffer death. It is in writing; ask the judges, they will show you where it is, I am not lying to you! Any person who gives up even the smallest piece of Rwanda will be liable to the death penalty; so what is this individual waiting for?

15. You know what it is, dear friends, "not letting ourselves be invaded", or you know it. You know there are "Inyenzi" in the country who have taken the opportunity of sending their children to the front, to go and help the "Inkotanyi". That is something you intend to speak about yourselves. You know that yesterday I came back from Nshili in Gikongoro at the Burundi border, travelling through Butare. Everywhere people told me of the number of young people who had gone. They said to me [TRANSLATION] "Where they are going, and who is taking them . . . why are they are (*sic*) not arrested as well as their families?" So I will tell you now, it is written in the law, in the book of the Penal Code: [TRANSLATION] "Every person who recruits soldiers by seeking them in the population, seeking young persons everywhere whom they will give to the foreign armed forces attacking the Republic, shall be liable to death". It is in writing.
16. Why do they not arrest these parents who have sent away their children and why do they not exterminate them? Why do they not arrest the people taking

car il ne demandait même pas de crédit! Pourquoi un crédit! Ce sont ces gens-là donc qui nous ont poussés à nous laisser envahir. La punition de telles personnes n'est rien d'autre : « Toute personne qui démoralisera les forces armées du pays sur le front sera passible de la peine de mort ». Cela est prescrit par la Loi. Pourquoi ne tuerait-on pas cet individu? Nsengiyaremye doit être traduit en justice pour être condamné. La Loi est là et elle est écrite. Il doit être condamné à la peine de mort comme c'est écrit. Mais ne vous effrayez pas par le fait même qu'il soit Premier Ministre. Vous avez entendu ces derniers temps dire à la Radio que même des Ministres français peuvent désormais être traduits en justice! Sera passible de peine de mort, en temps de guerre, toute personne qui livrera une portion du sol national, ne fût-ce qu'un infime morceau. Twagiramungu l'a dit sur les antennes de la Radio et la C.D.R. lui a réglé son compte à la Radio. Les Militants de son (parti) ont alors perdu la tête, imaginez-vous! Je voudrais porter à votre connaissance que cet homme qui a livré Byumba sur les antennes de la Radio tandis que nous tous rwandais, ainsi que tous les pays étrangers, l'entendions, cet homme subira la peine de mort. C'est écrit; interrogez les juges, ils vous montreront où cela se trouve, je ne vous mens pas! Sera passible de peine de mort toute personne qui livrera ne fût-ce qu'un infime morceau du Rwanda. Et qu'attend encore cet individu?

15. Vous savez ce que c'est, chers parents, « ne pas se laisser envahir », ou vous le savez. Vous savez qu'il y a au pays des « Inyenzi » qui ont profité de l'occasion pour envoyer leurs enfants au front, pour aller secourir les « Inkotanyi ». Ça c'est quelque chose dont vous entendez parler vous-mêmes. Vous savez qu'hier je suis rentré de Nshili dans Gikongoro à la frontière du Burundi, en passant par Butare. Partout on m'a fait rapport du nombre des jeunes qui sont partis. On m'a dit : « Là où ils passent, ainsi que celui qui les conduit [. .] pourquoi ne sont-ils pas arrêtés en même temps que leurs familles? » Je vous le dis donc maintenant, cela est écrit dans la Loi, dans le livre du Code pénal : « Sera passible de peine de mort toute personne qui recrutera des soldats en les cherchant parmi la population, en cherchant partout des jeunes qu'elle ira donner aux forces armées étrangères qui attaqueront la République ». C'est écrit.
16. Pourquoi n'arrête-t-on pas ces parents qui ont envoyé leurs enfants et pourquoi ne les exterminent-ils pas? Pourquoi n'arrête-t-on pas ceux qui les

them away and why do they not exterminate all of them? Are we really waiting till they come to exterminate us?

17. I should like to tell you that we are now asking that these people be placed on a list and be taken to court to be tried in our presence. If they (the judges) refuse, it is written in the Constitution that “ubutabera buberabaturage”. In English, this means that [TRANSLATION] “JUSTICE IS RENDERED IN THE PEOPLE’S NAME”. If justice therefore is no longer serving the people, as written in our Constitution which we voted for ourselves, this means that at that point we who also make up the population whom it is supposed to serve, we must do something ourselves to exterminate this rabble. I tell you in all truth, as it says in the Gospel, “When you allow a serpent biting you to remain attached to you with your agreement, you are the one who will suffer”.
18. I have to tell you that a day and a night ago — I do not know if it is exactly in Kigali, a small group of men armed with pistols entered a cabaret and demanded that cards be shown. They separated the M.D.R. people. You will imagine, those from the P.L. they separated, and even the others who pass for Christians were placed on one side. When an M.R.N.D. member showed his card, he was immediately shot; I am not lying to you, they even tell you on the radio; they shot this man and disappeared into the Kigali marshes to escape, after saying they were “Inkotanyis”. So tell me, these young people who acquire our identity cards, then they come back armed with guns on behalf of the “Inyenzis” or their accomplices to shoot us! — I do not think we are going to allow then (*sic*) to shoot us! Let no more local representatives of the M.D.R. live in this commune or in this prefecture, because they are accomplices! The representatives of those parties who collaborate with the “Inyenzis”, those who represent them . . . I am telling you, and I am not lying, it is . . . they only want to exterminate us. They only want to exterminate us: they have no other aim. We must tell them the truth. I am not hiding anything at all from them. That is in fact the aim they are pursuing. I would tell you, therefore, that the representatives of those parties collaborating with the “Inyenzis”, namely the M.D.R., P.L., P.S.D., P.D.C. and other splinter groups you run into here and there, who are connected and who are only wandering about, all these parties and their representatives must go to live in

amènent et pourquoi ne les extermine-t-on pas tous? Attendons-nous que ce soit réellement eux qui viennent nous exterminer?

17. Je voudrais vous dire que maintenant nous demandons que ces gens-là soient mis sur une liste et qu’ils soient traduits en justice pour qu’ils soient jugés en notre présence. Au cas où il arriverait qu’ils (les juges) refusent, il est écrit dans la constitution que « ubutabera buberabaturage ». En français, cela veut dire que « LA JUSTICE EST RENDUE AU NOM DU PEUPLE ». Au cas où donc la justice n’est plus au service du peuple, comme cela est écrit dans notre constitution que nous avons votée nous-mêmes, c’est dire qu’à ce moment, nous autres composantes de la population au service de laquelle elle devrait se mettre, nous devons le faire nous-mêmes en exterminant cette canaille. Ceci, je vous le dis en toute vérité, comme c’est écrit dans l’Évangile : « Lorsque vous accepterez qu’en venant vous mordre un serpent reste attaché sur vous avec votre accord, c’est alors vous qui serez anéantis ».
18. Je vous apprendis qu’il y a un jour et une nuit, — je ne sais pas si c’est tout juste, à Kigali, un petit groupe d’hommes armés de fusils s’est rendu dans un cabaret pour exiger de présenter des cartes. Ils placèrent ceux du M.D.R. là-bas à part. Ceux du P.L., vous vous en doutez, ils les placèrent là-bas à part et même ces autres-là qui se font passer pour des chrétiens, ils les placèrent là-bas à part. Lorsqu’un membre du M.R.N.D. a exhibé sa carte, ils l’ont immédiatement mitraillé; je ne vous mens pas, qu’on vous le dise même à la Radio; ils ont tiré sur cet homme et se sont éclipsés dans les marais de Kigali pour prendre fuite, après avoir déclaré qu’ils étaient des « Inkotanyi ». Dites-moi donc, ces jeunes gens s’en vont munis de notre carte d’identité, puis ils reviennent armés de fusils au nom d’« Inyenzi » ou de leurs complices, pour tirer sur nous! Je ne crois donc pas que nous accepterons qu’on tire sur nous! Qu’un représentant local du M.D.R. ne vive plus dans cette Commune ni dans cette Préfecture, parce (*sic*) c’est un complice! Les représentants de ces partis-là qui collaborent avec les « Inyenzi », ceux qui représentent [. . .] je vous le dis sans vous mentir, c’est que [. . .] ils ne veulent que nous exterminer. Ils ne veulent que nous exterminer : ils n’ont pas d’autre objectif. Et nous devons leur dire la vérité. Moi je ne leur cache rien du tout. L’objectif qu’ils poursuivent est bien celui-là. Je voudrais vous dire donc que les représentants de ces partis-là qui collaborent avec les « Inyenzi », à savoir le M.D.R., le P.L., le P.S.D., le P.D.C. et d’autres groupuscules rencontrés ici et là, qui s’y rattachent

Kayanzi with Nsengiyaremye: in that way we will know where the people we are at war with are.

19. My brothers, militants of our movement, what I am telling you is no joke, I am actually telling you the complete truth, so that if one day someone attacks you with a gun, you will not come to tell us that we who represent the party did not warn you of it! So now, I am telling you so you will know. If anyone sends a child to the "Inyenzis", let him go back with his family and his wife while there is still time, as the time has come when we will also be defending ourselves, so that . . . we will never agree to die because the law refuses to act!
 20. I am telling you that on the day the demonstrations were held, Thursday, they beat our men, who had to take refuge in the church at the bottom of the Rond-Point. These so-called Christians from the P.D.C. pursued them and went into the church to beat them. Others fled into the Centre Culturel Français. I should like to tell you that they have begun killing. That is actually what is happening! They attack homes and kill people. Now, anyone who they hear is a member of the M.R.N.D. is beaten and killed by them; that is how things are. Let these people who represent their parties in our prefecture go and live with the "Inyenzis", we will not allow people living among us to shoot us when they are at our sides!
 21. There is another important point I would like to talk to you about so that we do not go on allowing ourselves to be invaded: you will hear mention of the Arusha discussions. I will not speak about this at length as the representative of the (Movement's) Secretary General will speak about it in greater detail. However, what I will tell you is that the delegates you will hear are in Arusha do not represent Rwanda. They do not represent all of Rwanda, I tell you that as a fact. The delegates from Rwanda, who are said to be from Rwanda, are led by an "Inyenzi", who is there to discuss with "Inyenzis", as it says in a song you hear from time to time, where it states [TRANSLATION] "He is God born of God". In the same way, they are [TRANSLATION] "Inyenzis born of Inyenzis, who speak for Inyenzis". As to what they are going to say in Arusha, it is exactly what these "Inyenzi" accomplices living here went to Brussels
- et ne font que vagabonder, tous ces partis, ainsi que leurs représentants doivent aller habiter à Kayenzi chez Nsengiyaremye; ainsi nous saurons où se trouvent ceux avec qui nous sommes en guerre.
19. Mes frères, Militants de notre Mouvement, ce que je vous dis là n'est pas une plaisanterie, c'est plutôt vous parler en toute vérité pour que, si un jour quelqu'un se voit attaquer au fusil par eux, vous ne veniez pas nous dire que nous qui représentons le parti ne vous avons pas averti (*sic*)! Maintenant donc, je vous le dis pour que vous le sachiez. Et si quelqu'un a envoyé un enfant parmi les « Inyenzi », qu'il les rejoigne avec sa famille et sa femme pendant qu'il est encore temps, car le temps est arrivé pour que nous aussi nous nous défendions, afin que [. . .] nous n'accepterons jamais de mourir parce que la Loi refuse de jouer son rôle!
 20. Je vous apprends que le jour où on a fait des manifestations, le jeudi, ils ont battu nos hommes qui ont dû se réfugier dans l'Église se trouvant en bas du Rond-Point. Ces gens dits chrétiens du P.D.C. les ont poursuivis et sont allés les battre dans l'Église. D'autres se sont réfugiés dans le Centre Culturel Français. Je voudrais donc vous dire qu'ils ont commencé à tuer. C'est tout, il en est ainsi! Ils s'attaquent aux habitations et tuent. Maintenant, celui dont on entend dire qu'il est membre du M.R.N.D. est battu et tué par eux; c'est ainsi que ça se passe. Maintenant donc, il faut que ces gens qui représentent leurs partis dans notre Préfecture prennent le chemin pour aller habiter avec les « Inyenzi », nous n'acceptons pas du tout que des gens qui vivent parmi nous nous tirent dessus tout en étant à nos côtés!
 21. Un autre point important dont je voudrais vous entretenir pour que nous ne continuions pas à nous laisser envahir : vous entendez parler des pourparlers d'Arusha. Je n'en parlerai pas longtemps car le représentant du Secrétaire Général (du Mouvement) en parlera d'une manière détaillée. Mais ce que je vais vous dire c'est que les délégués dont vous entendez dire qu'ils sont à Arusha ne représentent pas le Rwanda. Ils ne représentent pas tout le Rwanda, et je vous le dis en toute vérité. Les délégués du Rwanda, qui sont dits du Rwanda, sont conduits par un « Inyenzi » qui y va pour s'entretenir avec les « Inyenzi », comme cela se dit dans un chant que vous entendez de temps en temps, où il est dit : « Il est Dieu né de Dieu ». De même eux, c'est « Inyenzi né d'Inyenzi qui parle au nom d'Inyenzi ». Quant à ce qu'ils vont dire à Arusha, c'est cela même que ces complices des

to say. They are going to work in Arusha so everything would be attributed to Rwanda, while there was nothing not from Brussels that happened there! Even what came from Rwanda did not entirely come from our government: it was a Brussels affair which they put on their heads to take with them to Arusha! So it was one "Inyenzi" dealing with another! As for what they call "discussions", we are not against discussions. I have to tell you that they do not come from Rwanda: they are "Inyenzis" who conduct discussions with "Inyenzis", and you must know that once and for all! In any case, we will never accept these things which come from there!

22. Another point I have talked to you about is that we must defend ourselves. I spoke about this briefly. However, I am telling you that we must wake up! Someone whispered in my ear a moment ago that it was not only the parents who must wake up as well as the teachers about the famous problem for inspectors. Even people who do not have children in school should also support them, as they will have one tomorrow or they had one yesterday. Let us all wake up and sign!
23. The second point I wish to speak to you about is the following: we have nine Ministers in the present government. Just as they rose up to drive out our inspectors, relying on their Ministry, as they rose up to drive out teachers from secondary schools . . . a few days ago, you have heard that the famous woman was going around the schools. She had no other reason for going there but to drive out the inspectors and teachers who were there and who were not in her party. You have heard what happened in Minitrape: it was not just a diversion, they even went after our workers! You have heard what happened at the radio, and the Byumba program that was cancelled. You have heard how all this happened. I have to tell you that we must ask our Ministers that they too, there are people working for their parties and who are in our Ministries. . . . For example, you have heard mention of the Militant-Minister Ngirabatware, who is not present here because the country has given him an important mission. I visited his Ministry on Thursday. There was a little handful of people there, I am not exaggerating because I am in the M.R.N.D., (a handful of) some people from the M.R.N.D., those who were there were exclusively "Inyenzis" belonging to the P.L. and the M.D.R.! Those are the ones who are in the Planning Ministry! You will understand that

« Inyenzi » vivant ici sont allés dire à Bruxelles. Ils vont travailler à Arusha pour que tout cela soit attribué au Rwanda alors qu'il n'y a rien qui ne soit de Bruxelles qui se passe là-bas! Et même ce qui vient du Rwanda ne vient pas du tout de notre Gouvernement: c'est une affaire de Bruxelles qu'ils se mettent sur la tête pour l'emporter avec eux à Arusha! C'est donc un « Inyenzi » qui traite avec un autre! Quant à ce qu'on appelle « pour-parlers », nous ne sommes pas contre les pourparlers. Je voudrais vous dire qu'ils ne viennent pas du Rwanda: ce sont des « Inyenzi » qui discutent avec des « Inyenzi » et sachez-le une fois pour toutes! En tout cas, nous n'accepteront (*sic*) jamais ces choses qui proviendront de là-bas!

22. Un autre point dont je vous ai entretenu est que nous devons nous défendre. J'en ai parlé brièvement. Mais, je vous dis qu'il faut que nous nous levions! On m'a chuchoté à l'oreille il y a un instant que ce ne sont pas les parents seuls qui doivent se lever en même temps que les enseignants au sujet du fameux problème de nos inspecteurs. Mais même celui qui n'a pas d'enfant à l'école, celui-là aussi devrait les soutenir car lui aussi en aura un demain ou bien il en avait un avant-hier. Levons-nous donc tous et signons!
23. Le deuxième point dont je vous entretiendrai est le suivant: c'est que nous avons neuf ministres dans le présent gouvernement. De la même façon qu'ils se sont levés pour chasser nos inspecteurs en se fondant sur leur Ministère, qu'ils se sont levés pour chasser des enseignants des écoles secondaires [. . .] il y a quelques jours, vous avez entendu que la fameuse femme circulait dans les écoles. Aucun autre motif ne l'y poussait si ce n'est que de chasser les inspecteurs et les enseignants qui s'y trouvaient et qui n'étaient pas dans son Parti. Vous avez entendu ce qui se fait au Minitrape: il ne n'agit (*sic*) pas que de détournement, même on s'en est pris à nos travailleurs! Vous avez entendu ce qui se passe à la Radio, ainsi que l'émission de Byumba qu'on a étouffée. Vous avez entendu comment tout cela se passe. Je voudrais vous dire donc qu'il faut que nous demandions à nos Ministres que eux aussi, il y a des gens qui travaillent pour leurs partis et qui se trouvent dans nos Ministères [. . .] Vous avez entendu parler par exemple du Militant-Ministre Ngirabatware, qui n'est pas présent ici parce que le pays lui a confié une mission importante. J'ai visité son Ministère jeudi. Il y avait là-dedans une petite poignée de gens, ce n'est pas que je me sous-estime parce que je suis dans le M.R.N.D., (une poignée de) quelques personnes du

if this Minister said: [TRANSLATION] “If you touch our inspectors, I will also liquidate yours”, what would happen? Our Ministers would also shake the bag so the vermin who were with them would disappear and go into their Ministries.

24. One important thing which I am asking all those who are working and are in the M.R.N.D.: “Unite!” People in charge of finances, like the others working in that area, let them bring money so we can use it. The same applies to persons working on their own account. The M.R.N.D. have given them money to help them and support them so they can live as men. As they intend to cut our necks, let them bring (money) so [[we can defend ourselves by cutting their necks]]! Remember that the basis of our Movement is the cell, that the basis of our Movement is the sector and the Commune. He (the President) told you that a tree which has branches and leaves but no roots dies. Our roots are fundamentally there. Unite again, of course you are no longer paid, members of our cells, come together. If anyone penetrates a cell, watch him and crush him: if he is an accomplice do not let him get away! Yes, he must no longer get away!
25. Recently, I told someone who came to brag to me that he belonged to the P.L. — I told him [TRANSLATION] “The mistake we made in 1959, when I was still a child, is to let you leave”. I asked him if he had not heard of the story of the Falashas, who returned home to Israel from Ethiopia? He replied that he knew nothing about it! I told him [TRANSLATION] “So don’t you know how to listen or read? I am telling you that your home is in Ethiopia, that we will send you by the Nyabarongo so you can get there quickly”.
26. What I am telling you is, we have to rise up, we must really rise up. I will end with an important thing. Yesterday I was in Nshili, you learned that the Barundis slandered us, I went to find out the truth. Before I went there, people told me that I would not come back. That I would die there. I replied [TRANSLATION] “If I die, I will not be the first victim to be sacrificed”. In Nshili they fired the mayor who
- M.R.N.D., ceux qui s’y trouvent sont exclusivement des « Inyenzi » appartenant au P.L. et au M.D.R.! Ce sont eux qui se trouvent dans le Ministère du Plan! Vous comprenez que si ce Ministre disait : « Si vous touchez à nos inspecteurs, les vôtres également je vais les liquider ». Que se passerait-il? Que nos Ministres eux aussi secouent le sac pour que la vermine qui se trouve chez eux disparaisse pour aller dans les Ministères des leurs.
24. Une chose importante que je demande encore à tous ceux qui travaillent et qui sont au sein du M.R.N.D. : « Unissez-vous! » Que celui qui est chargé des finances, comme les autres s’en servent, lui aussi apporte l’argent pour que nous nous en servions. Qu’il en soit de même pour celui qui en a à son propre compte. Le M.R.N.D. le lui a donné pour l’aider et le soutenir, afin que, lui aussi, puisse subvenir à ses besoins en sa qualité d’homme. Comme ils ont l’intention de lui couper le cou, qu’il l’apporte (l’argent) pour que [[nous nous défendions en leur coupions (*sic* les cous)]]! Souvenez-vous que la base de notre Mouvement est la cellule, que la base de notre Mouvement est le secteur et la Commune. Il (le Président) vous a dit qu’un arbre qui a des branches et a des feuilles sans avoir des racines meurt. Nos racines sont fondamentalement là-bas. Unissez-vous encore, bien sûr vous n’êtes plus rémunérés, que nos membres des cellules se mettent ensemble. Si quelqu’un pénètre dans la cellule, surveillez-le du regard et écrasez-le; s’il est complice qu’il ne puisse plus en sortir! Oui, qu’il ne puisse plus en sortir!
25. Dernièrement, j’ai dit à quelqu’un qui venait de se vanter devant moi d’appartenir au P.L. Je lui ai dit : « L’erreur que nous avons commise en 1959 est que, j’étais encore un enfant, nous vous avons laissés sortir ». Je lui ai demandé s’il n’a pas entendu raconter l’histoire des Falashas qui sont retournés chez eux en Israël en provenance de l’Éthiopie? Il m’a répondu qu’il n’en savait rien! Je lui ai dit : « Ne sais-tu pas donc ni écouter ni lire? Moi, je te fais savoir que chez toi c’est en Éthiopie, que nous vous ferons passer par la Nyabarongo pour que vous parveniez vite là-bas ».
26. Quant à ce que je vous dis, qu’il faut que nous nous levions, nous devons nous lever réellement. Ce par quoi je vais terminer est une chose importante. Hier j’étais à Nshili, vous avez appris que les Barundi nous ont calomniés, j’étais allé vérifier la vérité. Avant que je n’aie là, des gens m’avaient dit que je n’en reviendrais pas. Que j’y mourrai. J’ai répondu : « Si je meurs, je ne serai pas la

was there before, apparently on the pretext that he was old! — that he began working in 1960! I saw him yesterday, and he was still a young man! — but because he was in the M.R.N.D., he left! They wanted to put in a thief; that didn't work either. When they put in an honest man, they (the public) refused him! Now, this commune known as Nshili is administered by a consultant who also has no idea what to do! At this place called Nshili, we have armed forces of the country who are guarding the border. There are people known as the J.D.R. for the good reason that our national soldiers are disciplined and do not shoot anyone, especially they would not shoot a Rwandan, unless he was an "Inyenzi", these soldiers did not know that everyone in the M.D.R. had become "Inyenzis"! They did not know it! They surrounded them and arrested our police, so that a citizen who was not in our party personally told me [TRANSLATION] "What I want is for them to hold elections so we can elect a mayor. Otherwise, before he comes, let us provisionally put back the person who was there before because from the state things are in, he will not be able to put people on the right path again".

27. Dear relations, dear brothers, I would like to say something important to you: elections must be held, we must all vote. As you are now all together here, has anyone scratched anyone else? They talk of security. They say we cannot vote. Are we not going to mass on Sunday? Did you not come here to the meeting? In the M.R.N.D., did you not elect the incumbents at all levels? Even those who say this, did they not do the same thing? Did they not vote? On the pretext they suggest, there is no reason preventing us from voting on security grounds, because those who are going about the country and the troubles which have occurred, it is those who provoke them. That is the word I would say to you: they are all misleading us: even here where we are, we can vote.

28. Second, they are relying on the war refugees in Byumba. I should tell you that no one went to ask those people if they did not want to vote. They told me personally that they previously had lazy counsellors, that even some of their mayors were lazy. Since the Ministry which gives them what they live on is supervised by an "Inkotanyi", or rather

première victime à être sacrifiée ». À Nshili donc, on a destitué le Bourgmestre qui y était avant, sous prétexte qu'il serait, paraît-il, vieux! Qu'il aurait commencé à travailler en 1960! Et pourtant, hier je l'ai vu, il est encore jeune homme! Mais parce qu'il était dans le M.R.N.D., il a quitté! Ils ont voulu y mettre un voleur; cela n'a pas marché non plus. Quand on y mit un homme honnête, ils (la population) l'ont refusé! Aujourd'hui, cette commune appelée Nshili est administrée par un conseiller qui, lui non plus ne sait que faire! À cet endroit donc dit Nshili, nous y avons des forces armées du pays qui gardent la frontière. Il y a là des gens appelés des J.D.R., pour la bonne raison que nos militaires nationaux sont disciplinés et ne tirent sur personne, surtout ils ne tireraient pas sur un rwandais, sauf si c'est un « Inyenzi », ces militaires n'ont pas su que toutes les personnes du M.D.R. étaient devenus des « Inyenzi »! Ils ne l'ont pas su! Ceux-ci les ont encerclés et ont arrêtés (*sic*) nos gendarmes, à telle (*sic*) point qu'un citoyen qui n'est pas dans notre parti m'a dit personnellement : « Ce que je souhaite c'est qu'on nous apporte les élections pour que nous élisions un Bourgmestre. Sinon, avant qu'il ne vienne, qu'on réinstalle provisoirement celui-là qui y était avant parce qu'à voir où en sont arrivées les choses, il ne pourra pas remettre les citoyens sur la bonne voie ».

27. Chers parents, chers frères, je voudrais vous dire une chose importante : les élections doivent avoir lieu, nous devons tous élire. Comme vous êtes maintenant tous réunis ici, y a-t-il quelqu'un qui a donné un coup d'ongle à un autre? On parle de sécurité. On dit que nous ne pouvons pas élire. N'allez-vous pas à la messe dimanche? N'êtes-vous pas venus ici au meeting? Au M.R.N.D., n'avez-vous pas élu les responsables à tous les échelons? Ceux-là même (*sic*) qui le disent, ne font-ils pas la même chose? N'ont-ils pas élu? Pour ce prétexte qu'ils avancent, il n'y a aucune raison qui nous empêche d'élire à cause de la sécurité, parce que eux-mêmes se promènent dans le pays et les troubles qui ont lieu, ce sont eux qui les provoquent. C'est là le mot que je voulais vous adresser : ils nous trompent tous, même ici où nous sommes, nous pouvons élire.

28. Deuxièmement, ils se fondent sur les déplacés de guerre se trouvant à Byumba. Je vous (*sic*) voudrais vous faire savoir que personne n'est allé demander à ces gens s'ils ne veulent pas élire. À moi personnellement ils ont dit qu'ils avaient auparavant des conseillers paresseux, que même certains parmi leurs Bourgmestres étaient des paresseux.

by the “Inyenzi” Lando, he chose people known as “Inyenzi” and their accomplices who are in this country, and gave them the job of taking food supplies to those people. Instead of taking it to them there, they sold it so they could buy ammunition which they gave to the “Inyenzi” who have been shooting us! I should tell you that they said [TRANSLATION] “They shoot us from behind and you shoot us from in front by sending us this rabble to bring us food supplies”. I had no answer to give them, and they went on [TRANSLATION] “What we want, they said, is that from ourselves, we can elect incumbents, advisors, cell leaders, a mayor; we can know he is with us here in the camp, he protects us, he gets us food supplies”. You will understand that what I was told by these men and women who fled in such circumstances as you hear about from time to time, on all sides, was that they also wanted elections: the whole country wants elections so that they will be led by good people as was always the case. Believe me, what we should all do, that is what we should do, we should call for elections. So in order to conclude, I would remind you of all the important things I have just spoken to you about: the most essential is that we should not allow ourselves to be invaded, lest the very persons who are collapsing take away some of you. Do not be afraid, know that anyone whose neck you do not cut is the one who will cut your neck. Let me tell you, these people should begin leaving while there is still time and go and live with their people, or even go to the “Inyenzi”, instead of living among us and keeping their guns, so that when we are asleep they can shoot us. Let them pack their bags, let them get going, so that no one will return here to talk and no one will bring scraps claiming to be flags!

29. Another important point is that we must all rise, we must rise as one man . . . if anyone touches one of ours, he must find nowhere to go. Our inspectors are going nowhere. Those whom they have placed will set out for Nyaruhengeri, to Minister Agathe’s home, to look after the education of her children! Let her keep them! I will end with one important thing: elections. Thank you for listening to me and I also thank you for your courage, in your arms and in your hearts. I know you are men, you are young

Étant donné que le Ministère qui leur porte les vivres est surveillé par un « Inkotanyi » ou plutôt par l’« Inyenzi » Lando, celui-ci a choisi des gens appelés « Inyenzi » et leurs complices qui sont dans ce pays et c’est à eux qu’il a confié la mission de porter les vivres à ces gens. Au lieu de les leur porter là-bas, ils les vendent pour aller acheter des munitions qu’ils portent aux « Inyenzi » qui nous tirent dessus! Je voudrais vous dire qu’ils ont dit: « On tire sur nous par derrière (*sic*), et vous, vous tirez sur nous par devant en nous envoyant cette canaille nous apporter des vivres ». Je n’ai pas trouvé de quoi leur répondre et ils ont poursuivi : « Ce que nous souhaitons, disent-ils, c’est que parmi nous, nous puissions élire des responsables, des conseillers, des responsables des cellules, un Bourgemestre (*sic*); que nous puissions savoir que nous sommes avec lui ici au camp, qu’il nous protège, qu’il nous cherche des vivres ». Vous comprenez que ce que m’ont dit ces hommes et ces femmes qui ont fui dans ces circonstances que vous entendez de temps en temps à gauche, à droite, c’est qu’ils souhaitent eux aussi des élections; tout le pays souhaite des élections pour qu’il soit dirigé par des braves comme cela se passait habituellement. Comprenez donc, ce que nous devrions tous faire, c’est cela, c’est réclamer ces élections. Pour que je puisse terminer donc, je voudrais vous rappeler toutes les choses importantes dont je viens de vous entretenir : la plus essentielle est de ne pas nous laisser envahir, de peur que même ceux-là qui agonisent n’emportent personne parmi vous. N’ayez pas peur, sachez que celui à qui vous ne couperez pas le cou, c’est celui-là même qui vous le coupera. Je vous dis donc que ces gens là devraient commencer à partir pendant qu’il est encore temps et à aller habiter parmi les leurs ou aller même parmi les « Inyenzi » au lieu d’habiter parmi nous en conservant des fusils, pour que quand nous serons endormis, ils nous tirent dessus. Faites donc les (*sic*) plier bagage, qu’ils prennent le chemin du départ, de façon que plus personne ne revienne ici prendre la parole et que plus personne n’apporte des chiffons prétendus être des drapeaux!

29. Autre chose d’important, c’est que nous devons nous lever, nous lever comme un seul homme [. . .] si quelqu’un touche à un des nôtre (*sic*), qu’il ne trouve pas où passer. Nos inspecteurs n’iront nulle part. Ceux qu’ils placeront prendront le chemin pour aller à Nyaruhengeri, chez la Ministre Agathe, s’occuper de l’éducation de ses enfants! Retenez-le bien! Ce par quoi je termine, c’est une chose importante : c’est les élections. Et je vous remercie de m’avoir prêté l’oreille et je vous

women, fathers and mothers of families, who will not allow yourselves to be invaded, who will reject contempt. May your lives be long!

Long life to President Habyarimana

Long life and prosperity to you

[Translated into English from the French Translation of]
Prof. Thomas KAMANZI

Linguist

Director of the Centre Études Rwandaises
at the Institut de Recherche Scientifique et
Technologique (I.R.S.T.)

BUTARE — RWANDA

Appeal allowed.

*Solicitor for the appellant: Deputy Attorney
General of Canada, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Guy Bertrand &
Associés, Québec.*

*Solicitor for the interveners the League for Human
Rights of B'nai Brith Canada, PAGE RWANDA
and the Canadian Centre for International Justice:
David Matas, Winnipeg.*

*Solicitors for the interveners the Canadian
Jewish Congress, the University of Toronto, Faculty
of Law — International Human Rights Clinic, and
Human Rights Watch: Goodmans, Toronto.*

remercie aussi pour le courage que vous avez, dans vos bras et dans vos cœurs. Je sais que vous êtes des hommes, que vous êtes des jeunes filles adultes, des pères et des mères de famille qui ne se laissent pas envahir, qui refusent le mépris. Ayez une longue vie!

Au président Habyarimana, longue vie [. . .]

À vous, longue vie et prospérité [. . .]

Traduction en français par :

Prof. Thomas KAMANZI

Linguiste

Directeur du Centre Études Rwandaises
à l'Institut de Recherche Scientifique et Technologique
(I.R.S.T.)

BUTARE — RWANDA

Pourvoi accueilli.

*Procureur de l'appelant : Sous-procureur général
du Canada, Montréal.*

*Procureurs des intimés : Guy Bertrand &
Associés, Québec.*

*Procureur des intervenants la Ligue des droits
de la personne de B'nai Brith Canada, PAGE
RWANDA et Le Centre canadien pour la justice
internationale : David Matas, Winnipeg.*

*Procureurs des intervenants le Congrès juif
canadien, University of Toronto, Faculty of
Law — International Human Rights Clinic, et
Human Rights Watch : Goodmans, Toronto.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Toronto Star Newspapers Ltd.,
Canadian Broadcasting Corporation and
Sun Media Corporation** *Respondents*

and

**Canadian Association of
Journalists** *Intervener*

**INDEXED AS: TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. v.
ONTARIO**

Neutral citation: 2005 SCC 41.

File No.: 30113.

2005: February 9; 2005: June 29.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

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

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Dagenais/Mentuck test — Search warrants — Crown requesting order sealing warrants and informations used to obtain warrants — Whether Dagenais/Mentuck test applicable to all discretionary court orders that limit freedom of expression and freedom of the press in relation to legal proceedings.

Criminal law — Provincial offences — Search warrants — Sealing orders — Open court principle — Protection of confidential informant — Crown requesting order sealing warrants and informations used to obtain warrants — Whether Dagenais/Mentuck test applicable to sealing orders concerning search warrants and informations upon which issuance of warrants was judicially authorized — Whether Dagenais/Mentuck test applicable at pre-charge or “investigative stage” of criminal proceedings.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Toronto Star Newspapers Ltd.,
Société Radio-Canada et
Corporation Sun Media** *Intimées*

et

**Association canadienne des
journalistes** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. c.
ONTARIO**

Référence neutre : 2005 CSC 41.

N° du greffe : 30113.

2005 : 9 février; 2005 : 29 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Critère de Dagenais/Mentuck — Mandats de perquisition — Demande par le ministère public de mise sous scellés des mandats et des dénonciations utilisées pour les obtenir — Le critère de Dagenais/Mentuck est-il applicable chaque fois qu'un juge exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression et la liberté de la presse relativement à des procédures judiciaires?

Droit criminel — Infractions provinciales — Mandats de perquisition — Ordonnances de mise sous scellés — Principe de la publicité des débats judiciaires — Protection d'un informateur — Demande par le ministère public de mise sous scellés des mandats et des dénonciations utilisées pour les obtenir — Le critère de Dagenais/Mentuck est-il applicable aux ordonnances de mise sous scellés visant les mandats de perquisition et les dénonciations qui en ont justifié la délivrance? — Le critère de Dagenais/Mentuck est-il applicable à l'étape antérieure au dépôt d'accusations ou à « l'étape de l'enquête » dans une procédure criminelle?

Search warrants relating to alleged violations of provincial legislation were issued. The Crown brought an *ex parte* application for an order sealing the search warrants, the informations used to obtain the warrants and related documents, claiming that public disclosure of the material could identify a confidential informant and could interfere with the ongoing criminal investigation. A court order directed that the warrants and informations be sealed. Various media outlets brought a motion for *certiorari* and *mandamus* in the Superior Court, which quashed the sealing order and ordered that the contents of the informations could disclose the identity of a confidential informant. Applying the *Dagenais/Mentuck* test, the Court of Appeal affirmed the decision to quash the sealing order but edited materials more extensively to protect informant's identity.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Dagenais/Mentuck* test applies to all discretionary court orders that limit freedom of expression and freedom of the press in relation to legal proceedings, including orders to seal search warrant materials made upon application by the Crown. Court proceedings are presumptively "open" in Canada and public access will be barred only when the appropriate court, in the exercise of its discretion, concludes that disclosure would subvert the ends of justice or unduly impair its proper administration. Though applicable at every stage of the judicial process, the *Dagenais/Mentuck* test must be applied in a flexible and contextual manner, and regard must be had to the circumstances in which a sealing order is sought by the Crown, or by others with a real and demonstrated interest in delaying public disclosure. [4] [7-8] [30-31]

Here, the Crown has not demonstrated that the flexible *Dagenais/Mentuck* test as applied to search warrant materials is unworkable in practice, nor has it shown that the Court of Appeal failed to adopt a "contextual" approach. The evidence brought by the Crown in support of its application to delay access amounted to a generalized assertion of possible disadvantage to an ongoing investigation. A party seeking to limit public access to legal proceedings must rely on more than a generalized assertion that publicity could compromise

Des mandats de perquisition ont été décernés relativement à des contraventions alléguées à la législation provinciale. Le ministère public a déposé une requête *ex parte* afin d'obtenir la mise sous scellés des mandats de perquisition, des dénonciations ayant servi à obtenir les mandats ainsi que de documents connexes, en faisant valoir que la divulgation de ces documents au public pourrait permettre d'identifier un informateur et compromettre l'enquête criminelle en cours. Le tribunal a ordonné la mise sous scellés des mandats et des dénonciations. Différents organes médiatiques ont présenté une requête en *certiorari* et *mandamus* devant la Cour supérieure, qui a annulé l'ordonnance de mise sous scellés et ordonné que les documents soient rendus publics, sauf dans la mesure où la teneur des dénonciations pouvait révéler l'identité d'un informateur. Appliquant le critère de *Dagenais/Mentuck*, la Cour d'appel a confirmé l'ordonnance de mise sous scellés, mais elle a procédé à une épuration plus étendue des documents afin de préserver la confidentialité de l'informateur.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le critère de *Dagenais/Mentuck* s'applique chaque fois qu'un juge exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression et la liberté de la presse relativement à des procédures judiciaires, y compris lorsque le ministère sollicite la mise sous scellés des documents relatifs à une demande de mandat de perquisition. La présomption de « publicité » des procédures judiciaires est bien établie au Canada et l'accès du public ne sera interdit que lorsque le tribunal compétent conclut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que la divulgation serait préjudiciable aux fins de la justice ou nuirait indûment à la bonne administration de la justice. Bien qu'il soit applicable à chacune des étapes du processus judiciaire, le critère de *Dagenais/Mentuck* doit être utilisé avec souplesse et en fonction du contexte, en tenant compte des circonstances dans lesquelles une ordonnance de mise sous scellés est demandée par le ministère public ou par d'autres parties qui ont établi leur intérêt véritable à retarder la divulgation au public. [4] [7-8] [30-31]

En l'espèce, le ministère public n'a pas démontré que le critère souple de *Dagenais/Mentuck*, tel qu'il est appliqué aux documents relatifs à des mandats de perquisition, ne convient pas en pratique, ni que la Cour d'appel a omis d'adopter une approche « contextuelle ». La preuve soumise par le ministère public à l'appui de sa demande de report de la divulgation équivalait à une allégation générale d'entrave éventuelle à une enquête en cours. Une allégation générale selon laquelle la publicité des débats pourrait

investigative efficacy. The party must, at the very least, allege a serious and specific risk to the integrity of the criminal investigation. The Crown has not discharged its burden in this case. [9-10] [34-35] [39]

Cases Cited

Applied: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; **referred to:** *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *National Post Co. v. Ontario* (2003), 176 C.C.C. (3d) 432; *R. v. Eurocopter Canada Ltd.*, [2001] O.J. No. 1591 (QL); *Flahiff v. Bonin*, [1998] R.J.Q. 327; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2000] O.J. No. 2398 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.3.
Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg and Borins J.J.A.) (2003), 67 O.R. (3d) 577 (*sub nom. R. v. Toronto Star Newspapers Ltd.*), 232 D.L.R. (4th) 217, 178 C.C.C. (3d) 349, 17 C.R. (6th) 392, 110 C.R.R. (2d) 288, 178 O.A.C. 60, [2003] O.J. No. 4006 (QL), allowing the Crown's appeal, to a very limited extent, from an order of McGarry J. quashing the sealing order of Livingstone J. Appeal dismissed.

Scott C. Hutchison and Melissa Ragsdale, for the appellants.

Paul B. Schabas and Ryder Gilliland, for the respondents.

Written submissions only by *John Norris*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

compromettre l'efficacité de l'enquête ne peut éayer à elle seule une demande visant à restreindre l'accès du public à des procédures judiciaires. La partie qui demande le secret doit au moins alléguer l'existence d'un risque grave et précis pour l'intégrité de l'enquête criminelle. Le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait en l'espèce. [9-10] [34-35] [39]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; **arrêts mentionnés :** *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *National Post Co. c. Ontario* (2003), 176 C.C.C. (3d) 432; *R. c. Eurocopter Canada Ltd.*, [2001] O.J. No. 1591 (QL); *Flahiff c. Bonin*, [1998] R.J.Q. 327; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2000] O.J. No. 2398 (QL).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.3.
Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg et Borins) (2003), 67 O.R. (3d) 577 (*sub nom. R. c. Toronto Star Newspapers Ltd.*), 232 D.L.R. (4th) 217, 178 C.C.C. (3d) 349, 17 C.R. (6th) 392, 110 C.R.R. (2d) 288, 178 O.A.C. 60, [2003] O.J. No. 4006 (QL), qui a accueilli, mais de façon très limitée, l'appel du ministère public contre une décision du juge McGarry infirmant l'ordonnance de mise sous scellés des documents de la cour prononcée par la juge Livingstone. Pourvoi rejeté.

Scott C. Hutchison et Melissa Ragsdale, pour l'appelante.

Paul B. Schabas et Ryder Gilliland, pour les intimées.

Argumentation écrite seulement par *John Norris*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

FISH J. —

I

In any constitutional climate, the administration of justice thrives on exposure to light — and withers under a cloud of secrecy.

That lesson of history is enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 2(b) of the *Charter* guarantees, in more comprehensive terms, freedom of communication and freedom of expression. These fundamental and closely related freedoms both depend for their vitality on public access to information of public interest. What goes on in the courts ought therefore to be, and manifestly is, of central concern to Canadians.

The freedoms I have mentioned, though fundamental, are by no means absolute. Under certain conditions, public access to confidential or sensitive information related to court proceedings will endanger and not protect the integrity of our system of justice. A temporary shield will in some cases suffice; in others, permanent protection is warranted.

Competing claims related to court proceedings necessarily involve an exercise in judicial discretion. It is now well established that court proceedings are presumptively “open” in Canada. Public access will be barred only when the appropriate court, in the exercise of its discretion, concludes that disclosure would *subvert the ends of justice* or *unduly impair its proper administration*.

This criterion has come to be known as the *Dagenais/Mentuck* test, after the decisions of this Court in which the governing principles were established and refined. The issue in this case is whether that test, developed in the context of publication bans at the time of trial, applies as well at the pre-charge or “investigative stage” of criminal proceedings. More particularly, whether it applies to “sealing orders” concerning search warrants and the

LE JUGE FISH —

I

Dans tout environnement constitutionnel, l'administration de la justice s'épanouit au grand jour — et s'étiole sous le voile du secret.

Cette leçon de l'histoire a été consacrée dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'alinéa 2b) de la *Charte* garantit, en termes plus généraux, la liberté de communication et la liberté d'expression. La vitalité de ces deux libertés fondamentales voisines repose sur l'accès du public aux renseignements d'intérêt public. Ce qui se passe devant les tribunaux devrait donc être, et est effectivement, au cœur des préoccupations des Canadiens.

Bien que fondamentales, les libertés que je viens de mentionner ne sont aucunement absolues. Dans certaines circonstances, l'accès du public à des renseignements confidentiels ou de nature délicate se rapportant à des procédures judiciaires compromettra l'intégrité de notre système de justice au lieu de la préserver. Dans certains cas, un bouclier temporaire suffira; dans d'autres, une protection permanente sera justifiée.

Les demandes concurrentes se rapportant à des procédures judiciaires amènent nécessairement les tribunaux à exercer leur pouvoir discrétionnaire. La présomption de « publicité » des procédures judiciaires est désormais bien établie au Canada. L'accès du public ne sera interdit que lorsque le tribunal compétent conclut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que la divulgation *serait préjudiciable aux fins de la justice* ou *nuirait indûment à la bonne administration de la justice*.

Ce critère est maintenant appelé le critère de *Dagenais/Mentuck*, d'après les arrêts dans lesquels notre Cour a formulé et précisé les principes applicables. Il s'agit en l'espèce de déterminer si ce critère, élaboré relativement à des interdictions de publication au moment du procès, s'applique également à l'étape antérieure au dépôt d'accusations ou à « l'étape de l'enquête » dans une procédure criminelle. Il faut plus particulièrement décider s'il

1

2

3

4

5

informations upon which their issuance was judicially authorized.

6 The Court of Appeal for Ontario held that it does and the Crown now appeals against that decision.

7 I would dismiss the appeal. In my view, the *Dagenais/Mentuck* test applies to *all* discretionary court orders that limit freedom of expression and freedom of the press in relation to legal proceedings. Any other conclusion appears to me inconsistent with an unbroken line of authority in this Court over the past two decades. And it would tend to undermine the open court principle inextricably incorporated into the core values of s. 2(b) of the *Charter*.

8 The *Dagenais/Mentuck* test, though applicable at every stage of the judicial process, was from the outset meant to be applied in a flexible and contextual manner. A serious risk to the administration of justice at the investigative stage, for example, will often involve considerations that have become irrelevant by the time of trial. On the other hand, the perceived risk may be more difficult to demonstrate in a concrete manner at that early stage. Where a sealing order is at that stage solicited for a brief period only, this factor alone may well invite caution in opting for full and immediate disclosure.

9 Even then, however, a party seeking to limit public access to legal proceedings must rely on more than a generalized assertion that publicity could compromise investigative efficacy. If such a generalized assertion were sufficient to support a sealing order, the presumption would favour secrecy rather than openness, a plainly unacceptable result.

s'applique aux « ordonnances de mise sous scellés » visant les mandats de perquisition et les dénonciations qui en ont justifié la délivrance.

La Cour d'appel de l'Ontario a statué que ce critère s'applique effectivement à cette étape et le ministère public se pourvoit maintenant contre cette décision.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. J'estime que le critère de *Dagenais/Mentuck* s'applique à *chaque fois* qu'un juge exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression et la liberté de la presse relativement à des procédures judiciaires. Toute autre conclusion romprait, à mon avis, avec la jurisprudence de notre Cour, qui est demeurée constante au cours des vingt dernières années. Elle porterait également atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires qui est inextricablement lié aux valeurs fondamentales consacrées à l'al. 2b) de la *Charte*.

Bien qu'il soit applicable à chacune des étapes du processus judiciaire, le critère de *Dagenais/Mentuck* est depuis toujours censé être utilisé avec souplesse et en fonction du contexte. Par exemple, un risque important pour la bonne administration de la justice à l'étape de l'enquête ira souvent de pair avec des considérations qui auront perdu toute leur pertinence au moment du procès. Par contre, il peut être beaucoup plus difficile à cette étape préliminaire de démontrer concrètement le risque perçu. Le fait qu'une ordonnance de mise sous scellés soit demandée à cette étape pour une courte période seulement peut à lui seul inciter le tribunal à faire preuve de prudence avant d'ordonner une divulgation complète et immédiate.

Toutefois, même dans ce cas, une allégation générale selon laquelle la publicité des débats pourrait compromettre l'efficacité de l'enquête ne pourrait étayer à elle seule une demande visant à restreindre l'accès du public à des procédures judiciaires. Si une telle allégation générale suffisait à justifier une ordonnance de mise sous scellés, la présomption jouerait en faveur du secret, plutôt que de la publicité des débats, ce qui serait tout simplement inacceptable.

In this case, the evidence brought by the Crown in support of its application to delay access amounted to a generalized assertion of possible disadvantage to an ongoing investigation. The Court of Appeal accordingly held that the Crown had not discharged its burden. As mentioned earlier, I would not interfere with that finding and I propose, accordingly, that we dismiss the present appeal.

II

The relevant facts were fully and accurately set out in these terms by Doherty J.A. in the Court of Appeal for Ontario ((2003), 67 O.R. (3d) 577):

On August 20, 2003, a justice of the peace issued six search warrants for various locations linked to the business of Aylmer Meat Packers Inc. ("Aylmer"). The informations sworn to obtain the warrants were identical. The warrants were obtained under the provisions of the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33 and related to alleged violations of provincial legislation regulating the slaughter of cattle. The informations were sworn by Roger Weber, an agricultural investigator with the Ministry of Natural Resources. The warrants were executed on August 21 and 22, 2003.

On about August 26, 2003, the investigation by the Ministry of Natural Resources into the operation of Aylmer became the subject of widespread media reports. The suitability for human consumption of meat slaughtered and processed by Aylmer became a matter of public concern.

On about August 27, 2003, the Ontario Provincial Police commenced a fraud investigation into the business affairs of Aylmer. The officers involved in that investigation were advised that Inspector Weber had applied for and obtained the search warrants described above.

On September 2, 2003, the Crown brought an *ex parte* application in open court in the Ontario Court of Justice for an order sealing the search warrants, the informations used to obtain the warrants and related documents. The Crown claimed that public disclosure of the material could identify a confidential informant and could interfere with the ongoing criminal investigation.

En l'espèce, la preuve soumise par le ministère public à l'appui de sa demande de report de la divulgation équivaut à une allégation générale d'entrave éventuelle à une enquête en cours. La Cour d'appel a donc conclu que le ministère public ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait. Comme je l'ai dit précédemment, je suis d'avis de ne pas modifier cette conclusion et je propose en conséquence que nous rejetions le présent pourvoi.

II

Le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario a rapporté intégralement et fidèlement les faits pertinents ((2003), 67 O.R. (3d) 577) :

[TRADUCTION] Le 20 août 2003, un juge de paix a délivré six mandats de perquisition visant divers endroits liés à l'entreprise Aylmer Meat Packers Inc. (« Aylmer »). Les dénonciations faites sous serment dans le but d'obtenir les mandats étaient identiques. Les mandats ont été obtenus en vertu des dispositions de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, ch. P.33, et concernaient des contraventions alléguées à la législation provinciale réglemant l'abattage des bovins. Les dénonciations ont été faites sous serment par Roger Weber, un enquêteur du secteur agricole au ministère des Richesses naturelles. Les mandats ont été exécutés les 21 et 22 août 2003.

Vers le 26 août 2003, l'enquête du ministère des Richesses naturelles sur les activités d'Aylmer a commencé à faire beaucoup de bruit dans les médias. La question de savoir si la viande des animaux abattus et traités par Aylmer étaient propre à la consommation humaine est devenue un sujet d'intérêt public.

Vers le 27 août 2003, la Police provinciale de l'Ontario a entrepris une enquête pour fraude concernant les activités commerciales d'Aylmer. Les policiers participant à cette enquête ont été informés que l'inspecteur Weber avait demandé et obtenu les mandats de perquisition décrits précédemment.

Le 2 septembre 2003, le ministère public a déposé une requête *ex parte* lors d'une audience publique devant la Cour de justice de l'Ontario afin d'obtenir la mise sous scellés des mandats de perquisition, des dénonciations ayant servi à obtenir les mandats ainsi que des documents connexes. Le ministère public a fait valoir que la divulgation de ces documents au public pourrait permettre d'identifier un informateur et compromettre l'enquête criminelle en cours.

10

11

Justice Livingstone made an order directing that the warrants and informations were to be sealed along with the affidavit of Detective Sergeant Andre Clelland, dated August 30, 2003 filed in support of the application for a sealing order and a letter, dated September 2, 2003, from Roger Weber indicating that the Ministry of Natural Resources took no objection to the application. The sealing order was to expire December 2, 2003. The Clelland affidavit and Inspector Weber's letter were subsequently made part of the public record on the consent of the Crown.

The Toronto Star Newspapers Limited and other media outlets (respondents) brought a motion for *certiorari* and *mandamus* in the Superior Court. That application proceeded before McGarry J. on September 15 and 16, 2003. On September 24, 2003, McGarry J. released reasons quashing the sealing order and directing that the documents should be made public except to the extent that the contents of the informations could disclose the identity of a confidential informant. McGarry J. edited one of the informations to delete references to material that could identify the confidential informant and told counsel that the edited version would be made available to the respondents unless the Crown appealed within two days. . . . [paras. 1-6]

12 The Crown did, indeed, appeal — but with marginal success.

13 The Court of Appeal for Ontario held that Livingstone J. had exceeded her jurisdiction by refusing to grant a brief adjournment to allow counsel for the media to attend and make submissions on the application for a sealing order. Speaking for the court, Doherty J.A. found that the media can legitimately be expected to play an important role on applications to prohibit their access, and that of the public they serve, to court records and court proceedings. "There was no good reason", he stated, "to deny *The London Free Press* an opportunity to make submissions" (para. 15). This amounted, in his view, to a denial of natural justice and resulted in a loss of jurisdiction. I find it unnecessary to express a decided view on this branch of the matter, since it is not in issue before us, and find it sufficient for present purposes to refer to the guidelines on notice to the media and media standing set out in *Dagenais v. Canadian*

La juge Livingstone a ordonné la mise sous scellés des mandats et des dénonciations ainsi que de l'affidavit du sergent-détective Andre Clelland, en date du 30 août 2003, produit à l'appui de la demande de mise sous scellés, et d'une lettre de Roger Weber, en date du 2 septembre 2003, indiquant que le ministère des Richesses naturelles ne s'opposait pas à la demande. L'ordonnance de mise sous scellés devait cesser d'avoir effet le 2 décembre 2003. L'affidavit du sergent-détective Clelland et la lettre de l'inspecteur Weber ont plus tard été versés au dossier public avec le consentement du ministère public.

Toronto Star Newspapers Limited et d'autres organes médiatiques (intimés) ont présenté une requête en *certiorari* et *mandamus* devant la Cour supérieure. Cette requête a été entendue par le juge McGarry les 15 et 16 septembre 2003. Le 24 septembre 2003, le juge McGarry a prononcé les motifs de sa décision d'annuler l'ordonnance de mise sous scellés et d'ordonner que les documents soient rendus publics, sauf dans la mesure où la teneur des dénonciations pouvait révéler l'identité d'un informateur. Le juge McGarry a épuré l'une des dénonciations en en supprimant les éléments qui pourraient permettre d'identifier l'informateur et a déclaré aux avocats que les intimées auraient accès à la version épurée, à moins que le ministère public interjette appel dans les deux jours. . . [par. 1 à 6]

Le ministère public a effectivement interjeté appel, mais il a alors obtenu un jugement qui lui était à peine plus favorable que la décision de première instance.

La Cour d'appel de l'Ontario a statué que la juge Livingstone avait outrepassé sa compétence en refusant d'accorder un bref ajournement pour permettre aux avocats des médias de comparaître et de soumettre des observations relativement à la demande de mise sous scellés. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Doherty a conclu qu'on pouvait légitimement s'attendre à ce que les médias jouent un rôle important lors de la présentation de demandes visant à leur interdire, ainsi qu'au public dont ils servent les intérêts, l'accès à des dossiers et débats judiciaires. Selon lui, [TRADUCTION] « [i]l n'existait aucun motif valable de refuser de donner à *The London Free Press* l'occasion de présenter des observations » (par. 15). À son avis, un tel refus constituait un déni de justice naturelle et entraînait une perte de compétence. J'estime qu'il n'est pas nécessaire que je statue sur cet aspect de l'affaire, car il n'est pas en litige dans le présent pourvoi; il suffit pour l'instant

Broadcasting Corp., [1994] 3 S.C.R. 835, particularly at pp. 868-69 and 890-91.

Doherty J.A. next addressed the merits of the request for a sealing order. Applying this Court's decision in *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76, he concluded that the Crown had not displaced the presumption that judicial proceedings are open and public. Like McGarry J., Doherty J.A. recognized that the materials had to be edited to exclude information that could reveal the identity of the confidential informant and the editing he found appropriate was "somewhat more extensive than that done by McGarry J." (para. 28).

The order of the Court of Appeal has now become final and the factual basis for a sealing order has evaporated with the passage of time. In the absence of a stay, the edited material was released on October 29, 2003, and the proceedings have to that extent become moot.

The Crown nonetheless pursues its appeal to this Court with respect to the underlying question of law: What is the governing test on an application to delay public access to search warrant materials that would otherwise become accessible upon execution of the search warrant?

Essentially, the Crown contends that the Court of Appeal erred in law in applying the "stringent" *Dagenais/Mentuck* test without taking into account the particular characteristics and circumstances of the pre-charge, investigative phase of the proceedings.

III

Once a search warrant is executed, the warrant and the information upon which it is issued must be made available to the public unless an applicant seeking a sealing order can demonstrate that public

de se reporter aux principes directeurs concernant l'avis aux médias et leur qualité pour agir, énoncés dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, plus particulièrement aux p. 868-869 et 890-891.

Le juge Doherty a ensuite examiné le bien-fondé de la demande de mise sous scellés. Appliquant l'arrêt de notre Cour *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76, il a conclu que le ministère public n'avait pas réfuté la présomption de publicité des procédures judiciaires. Comme le juge McGarry, le juge Doherty a reconnu que les documents devaient être épurés par la suppression des renseignements pouvant révéler l'identité de l'informateur et il estimait que cette épuration devait être [TRADUCTION] « un peu plus étendue que celle faite par le juge McGarry » (par. 28).

L'ordonnance de la Cour d'appel est maintenant définitive et le fondement factuel qui justifiait la mise sous scellés est disparu avec le temps. En l'absence de sursis d'exécution, les documents épurés ont été rendus publics le 29 octobre 2003 et, en ce qui les concerne, l'instance ne présente plus qu'un intérêt théorique.

Le ministère public poursuit néanmoins son pourvoi devant notre Cour relativement à la question de droit sous-jacente : Quel critère s'applique à une demande de report de la divulgation des renseignements relatifs à un mandat de perquisition qui deviendraient normalement accessibles dès l'exécution du mandat?

Pour l'essentiel, le ministère public prétend que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en appliquant le critère « rigoureux » de *Dagenais/Mentuck* sans tenir compte des caractéristiques et des circonstances particulières de l'étape de l'enquête antérieure au dépôt des accusations.

III

Une fois un mandat de perquisition exécuté, le mandat et la dénonciation qui a permis d'en obtenir la délivrance doivent être rendus publics, sauf si la personne qui sollicite une ordonnance de mise sous

14

15

16

17

18

access would subvert the ends of justice: *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175. “[W]hat should be sought”, it was held in *MacIntyre*, “is maximum accountability and accessibility but not to the extent of harming the innocent or of impairing the efficiency of the search warrant as a weapon in society’s never-ending fight against crime” (Dickson J., as he then was, speaking for the majority, at p. 184).

19 *MacIntyre* was not decided under the *Charter*. The Court was nonetheless alert in that case to the principles of openness and accountability in judicial proceedings that are now subsumed under the *Charter*’s guarantee of freedom of expression and of the press.

20 Search warrants are obtained *ex parte* and *in camera*, and generally executed before any charges have been laid. The Crown had contended in *MacIntyre* that they ought therefore to be presumptively shrouded in secrecy in order to preserve the integrity of the ongoing investigation. The Court found instead that the presumption of openness was effectively rebutted *until* the search warrant was executed — but not thereafter. In the words of Dickson J.:

... the force of the ‘administration of justice’ argument abates once the warrant has been executed, *i.e.* after entry and search. There is thereafter a “diminished interest in confidentiality” as the purposes of the policy of secrecy are largely, if not entirely, accomplished. The need for continued concealment virtually disappears. . . . The curtailment of the traditionally uninhibited accessibility of the public to the working of the courts should be undertaken with the greatest reluctance. [pp. 188-89]

21 After a search warrant has been executed, openness was to be presumptively favoured. The party seeking to deny public access thereafter was bound to prove that disclosure would subvert the ends of justice.

scellés peut démontrer que leur divulgation serait préjudiciable aux fins de la justice : *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175. La Cour a statué dans *MacIntyre* que « ce qu’il faut viser, c’est le maximum de responsabilité et d’accessibilité, sans aller jusqu’à causer un tort à un innocent ou à réduire l’efficacité du mandat de perquisition comme arme dans la lutte continue de la société contre le crime » (le juge Dickson, devenu plus tard Juge en chef, s’exprimant au nom de la majorité, à la p. 184).

L’affaire *MacIntyre* n’a pas été tranchée sous le régime de la *Charte*. La Cour était néanmoins consciente dans cet arrêt des principes de publicité des débats et d’imputabilité dans l’exercice du pouvoir judiciaire qui sont désormais inclus dans la liberté d’expression et la liberté de la presse garanties par la *Charte*.

Les mandats de perquisition sont obtenus *ex parte* et à huis clos; en général, ils sont exécutés avant que des accusations ne soient portées. Le ministère public avait fait valoir dans *MacIntyre* qu’on pouvait donc présumer qu’ils devaient être gardés secrets afin de préserver l’intégrité de l’enquête en cours. La Cour a plutôt conclu que la présomption de la publicité des procédures judiciaires était effectivement réfutée *jusqu’à ce que* le mandat de perquisition soit exécuté — mais non après. Comme l’a dit le juge Dickson :

... la valeur de la thèse de « l’administration de la justice » diminue après l’exécution du mandat, c.-à.-d. après la visite des lieux et la perquisition. Le caractère confidentiel de la procédure a, par la suite, moins d’importance puisque les objectifs que vise le principe du secret sont en grande partie sinon complètement atteints. La nécessité de maintenir le secret a en pratique disparu. [. . .] C’est avec beaucoup d’hésitation que l’on se résoudra à restreindre l’accès traditionnellement absolu du public aux travaux des tribunaux. [p. 188-189]

Une fois le mandat de perquisition exécuté, la présomption devait jouer en faveur de la publicité des débats. La partie qui cherchait à interdire l’accès du public aux renseignements devait donc, après l’exécution du mandat, prouver que leur divulgation serait préjudiciable aux fins de la justice.

These principles, as they apply in the criminal investigative context, were subsequently adopted by Parliament and codified in s. 487.3 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. That provision does not govern this case, since our concern here is with warrants issued under the *Provincial Offences Act* of Ontario, R.S.O. 1990, c. P.33. It nonetheless provides a useful reference point since it encapsulates in statutory form the common law that governs, in the absence of valid legislation to the contrary, throughout Canada.

Section 487.3(2) is of particular relevance to this case. It contemplates a sealing order on the ground that the ends of justice would be subverted, in that disclosure of the information would compromise the nature and extent of an ongoing investigation. That is what the Crown argued here. It is doubtless a proper ground for a sealing order with respect to an information used to obtain a provincial warrant and not only to informations under the *Criminal Code*. In either case, however, the ground must not just be asserted in the abstract; it must be supported by particularized grounds related to the investigation that is said to be imperilled. And that, as we shall see, is what Doherty J.A. found to be lacking here.

Since the advent of the *Charter*, the Court has had occasion to consider discretionary actions which limit the openness of judicial proceedings in other contexts. The governing principles were first set out in *Dagenais*.

In that case, four accused sought a ban on publication of a television mini-series, *The Boys of St. Vincent*, which was fictional in appearance — but strikingly similar in fact — to the subject matter of their trial. Writing for a majority of the Court, Lamer C.J. held that a ban should only be imposed where alternative measures cannot prevent the serious risk to the interests at stake and, even then, only to the extent found by the Court to be necessary to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial. In addition, a ban should only be ordered where its

Ces principes, tels qu'ils s'appliquent dans les enquêtes de nature criminelle, ont été plus tard adoptés par le Parlement et codifiés à l'art. 487.3 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Cette disposition ne s'applique pas à l'affaire qui nous est soumise, puisqu'elle porte sur des mandats décernés sous le régime de la *Loi sur les infractions provinciales* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.33. Elle nous fournit néanmoins un élément de référence utile puisqu'elle résume, dans une disposition législative, les règles de common law qui s'appliquent partout au Canada en l'absence d'une loi contraire valide.

Le paragraphe 487.3(2) est particulièrement pertinent en l'espèce. Il prévoit qu'une ordonnance de mise sous scellés peut être fondée sur le fait que la communication serait préjudiciable aux fins de la justice parce qu'elle compromettrait la nature et l'étendue d'une enquête en cours. C'est ce motif que le ministère public fait valoir en l'espèce. Il s'agit certainement d'un motif valable de mettre sous scellés une dénonciation utilisée pour obtenir un mandat provincial, en plus des dénonciations faites sous le régime du *Code criminel*. Dans les deux cas, il ne suffit cependant pas d'invoquer ce motif dans l'abstract; il faut l'étayer d'allégations spécifiques liées à l'enquête que l'on prétend compromise. C'est ce qui n'a pas été fait en l'espèce, selon le juge Doherty, comme nous le verrons plus loin.

Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, la Cour a eu l'occasion d'examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire de restreindre la publicité des procédures judiciaires dans d'autres contextes. Les principes applicables ont été initialement formulés dans *Dagenais*.

Dans cette affaire, quatre accusés ont demandé au tribunal d'interdire la télédiffusion d'une mini-série intitulée *Les garçons de Saint-Vincent*, un drame fictif en apparence, mais dont les faits étaient remarquablement semblables à ceux dont il était question dans leur procès. S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, le juge en chef Lamer a statué que l'interdiction ne devait être accordée que s'il n'existait pas d'autres mesures raisonnables pouvant écarter le risque sérieux pour les intérêts en jeu et, même dans ce cas, seulement dans la mesure où la Cour

22

23

24

25

salutary effects outweigh its negative impact on the freedom of expression of those affected by the ban. Here, too, the presumption was said to favour openness, and the party seeking a restriction on disclosure was therefore required to justify the solicited limitation on freedom of expression.

26 The *Dagenais* test was reaffirmed but somewhat reformulated in *Mentuck*, where the Crown sought a ban on publication of the names and identities of undercover officers and on the investigative techniques they had used. The Court held in that case that discretionary action to limit freedom of expression in relation to judicial proceedings encompasses a broad variety of interests and that 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 public trial, and the efficacy of the administration of justice. [para. 32]

27 Iacobucci J., writing for the Court, noted that the “risk” in the first prong of the analysis must be *real, substantial, and well grounded in the evidence*: “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” (para. 34).

28 The *Dagenais/Mentuck* test, as it has since come to be known, has been applied to the exercise of discretion to limit freedom of expression and of the press in a variety of legal settings. And this Court has recently held that the test applies to

l’estimait nécessaire pour écarter un risque réel et important que le procès soit inéquitable. De plus, une interdiction ne doit être prononcée que lorsque ses effets bénéfiques l’emportent sur son incidence négative sur la liberté d’expression des personnes visées. Dans cette affaire aussi, on a affirmé que la présomption jouait en faveur de la publicité et que, par conséquent, la partie qui voulait restreindre la divulgation devait justifier cette atteinte à la liberté d’expression.

Dans *Mentuck*, la Cour a réaffirmé, tout en le reformulant dans une certaine mesure, le critère énoncé dans *Dagenais*. Dans *Mentuck*, le ministère public demandait une interdiction de publication visant l’identité de policiers banalisés et les techniques d’enquête qu’ils avaient utilisées. La Cour a statué que l’exercice du pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d’expression relativement à des procédures judiciaires touche divers droits et qu’une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l’absence d’autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l’accusé à un procès public et équitable, et sur l’efficacité de l’administration de la justice. [par. 32]

S’exprimant au nom de la Cour, le juge Iacobucci a souligné que le « risque » dont il est question dans le premier volet de l’analyse doit être *réel et important* et qu’il doit s’agir d’un risque dont l’existence *est bien appuyée par la preuve* : « 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 » (par. 34).

Le critère de *Dagenais/Mentuck*, tel qu’il est appelé désormais, a été appliqué à l’exercice du pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d’expression et la liberté de la presse dans divers contextes juridiques. Notre Cour a récemment statué

all discretionary actions which have that limiting effect:

While the test was developed in the context of publication bans, it is equally applicable to all discretionary actions by a trial judge to limit freedom of expression by the press during judicial proceedings. Discretion must be exercised in accordance with the *Charter*, whether it arises under the common law, as is the case with a publication ban . . . ; is authorized by statute, for example under s. 486(1) of the *Criminal Code* which allows the exclusion of the public from judicial proceedings in certain circumstances (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [[1996] 3 S.C.R. 480], at para. 69); or under rules of court, for example, a confidentiality order (*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41).

(*Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43, at para. 31)

Finally, in *Vancouver Sun*, the Court expressly endorsed the reasons of Dickson J. in *MacIntyre* and emphasized that the presumption of openness *extends to the pre-trial stage of judicial proceedings*. “The open court principle”, it was held, “is inextricably linked to the freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* and advances the core values therein” (para. 26). It therefore applies at every stage of proceedings (paras. 23-27).

The Crown now argues that the open court principle embodied in the *Dagenais/Mentuck* test ought not to be applied when the Crown seeks to seal search warrant application materials. This argument is doomed to failure by more than two decades of unwavering decisions in this Court: the *Dagenais/Mentuck* test has repeatedly and consistently been applied to all discretionary judicial orders limiting the openness of judicial proceedings.

que ce critère s’applique *chaque fois* que l’exercice du pouvoir discrétionnaire a cet effet restrictif :

Même si le critère a été élaboré dans le contexte des interdictions de publication, il s’applique également chaque fois que le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d’expression de la presse durant les procédures judiciaires. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec la *Charte*, peu importe qu’il soit issu de la common law, comme c’est le cas pour l’interdiction de publication [. . .]; d’origine législative, par exemple sous le régime du par. 486(1) du *Code criminel*, lequel permet d’exclure le public des procédures judiciaires dans certains cas (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [[1996] 3 R.C.S. 480], par. 69); ou prévu dans des règles de pratique, par exemple, dans le cas d’une ordonnance de confidentialité (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41).

(*Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43, par. 31)

Enfin, dans *Vancouver Sun*, la Cour a approuvé expressément les motifs du juge Dickson dans *MacIntyre* et a souligné que la présomption de publicité des procédures judiciaires *s’applique aussi au stade précédant le procès*. Elle a statué que le « principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte* et sert à promouvoir les valeurs fondamentales qu’elle véhicule » (par. 26). Ce principe s’applique donc à chacune des étapes de la procédure (par. 23-27).

Le ministère public fait maintenant valoir que le principe de la publicité des débats en justice, incorporé au critère de *Dagenais/Mentuck*, ne doit pas être appliqué lorsque le ministère sollicite la mise sous scellés des documents relatifs à une demande de mandat de perquisition. Cet argument est voué à l’échec en raison des décisions constantes rendues par notre Cour depuis plus de vingt ans : le critère de *Dagenais/Mentuck* a été appliqué régulièrement et à maintes reprises, chaque fois qu’une ordonnance judiciaire discrétionnaire restreignait la publicité des procédures judiciaires.

29

30

31 It hardly follows, however, that the *Dagenais/Mentuck* test should be applied mechanistically. Regard must always be had to the circumstances in which a sealing order is sought by the Crown, or by others with a real and demonstrated interest in delaying public disclosure. The test, though applicable at *all* stages, is a flexible and contextual one. Courts have thus tailored it to fit a variety of discretionary actions, such as confidentiality orders, judicial investigative hearings, and Crown-initiated applications for publication bans.

32 In *Vancouver Sun*, the Court recognized that the evidentiary burden on an application to hold an investigative hearing *in camera* cannot be subject to the same stringent standard as applications for a publication ban at trial:

Even though the evidence may reveal little more than reasonable expectations, this is often all that can be expected at that stage of the process and the presiding judge, applying the *Dagenais/Mentuck* test in a contextual manner, would be entitled to proceed on the basis of evidence that satisfies him or her that publicity would unduly impair the proper administration of justice. [para. 43]

33 Similar considerations apply to other applications to limit openness at the investigative stage of the judicial process.

IV

34 The Crown has not demonstrated, on this appeal, that the flexible *Dagenais/Mentuck* test as applied to search warrant materials is unworkable in practice. The respondents, on the other hand, have drawn our attention to several cases in which the test was effectively and reasonably applied. Sealing orders or partial sealing orders were in fact granted, for example, in *National Post Co. v. Ontario* (2003), 176 C.C.C. (3d) 432 (Ont. S.C.J.); *R. v. Eurocopter Canada Ltd.*, [2001] O.J. No. 1591 (QL) (S.C.J.); *Flahiff v. Bonin*, [1998] R.J.Q. 327 (C.A.); and *Toronto Star*

Cela ne veut toutefois pas dire que le critère de *Dagenais/Mentuck* devrait être appliqué de manière mécanique. Il faut toujours tenir compte des circonstances dans lesquelles une ordonnance de mise sous scellés est demandée par le ministère public ou par d'autres parties qui ont établi leur intérêt véritable à retarder la divulgation au public. Bien qu'il s'applique à *toutes* les étapes, ce critère est souple et doit être appliqué en fonction du contexte. Les tribunaux l'ont donc formulé de manière à ce qu'il s'adapte à diverses mesures discrétionnaires, dont les ordonnances de confidentialité, les investigations judiciaires et les demandes présentées par le ministère public en vue d'obtenir des interdictions de publication.

Dans *Vancouver Sun*, la Cour a reconnu que le fardeau de la preuve ne peut être soumis au même critère rigoureux dans le cas d'une demande visant la tenue d'une investigation judiciaire à huis clos que dans le cas d'une demande d'interdiction de publication au procès :

Il est possible que la preuve ne révèle pas beaucoup plus qu'on pourrait raisonnablement exiger, mais c'est souvent tout ce à quoi on peut s'attendre à cette étape de la procédure, et le juge qui préside, en appliquant le critère de *Dagenais/Mentuck* en fonction du contexte, aurait le droit de se fonder sur la preuve qui le convainc que la publicité des débats ne nuirait pas indûment à la bonne administration de la justice. [par. 43]

Des considérations similaires s'appliquent aux autres demandes visant à restreindre la publicité au stade de l'enquête dans le processus judiciaire.

IV

Le ministère public n'a pas démontré, dans le présent pourvoi, que le critère souple de *Dagenais/Mentuck*, tel qu'il est appliqué aux documents relatifs à des mandats de perquisition, ne convient pas en pratique. En revanche, les intimées ont attiré notre attention sur diverses décisions dans lesquelles ce critère a été utilisé efficacement et de manière raisonnable. Des ordonnances de mise sous scellés totale ou partielle ont effectivement été rendues, par exemple, dans *National Post Co. c. Ontario* (2003), 176 C.C.C. (3d) 432 (C.S.J. Ont.); *R. c. Eurocopter Canada Ltd.*, [2001] O.J. No. 1591 (QL) (C.S.J.);

Newspapers Ltd. v. Ontario, [2000] O.J. No. 2398 (QL) (S.C.J.).

Nor has the Crown satisfied us that Doherty J.A. failed to adopt a “contextual” approach to the order sought in this case.

In support of its application, the Crown relied exclusively on the affidavit of a police officer who asserted his belief, “based on [his] involvement in this investigation that the release of the Warrants, Informations to Obtain and other documents would interfere with the integrity of the ongoing police investigation” (Appellant’s Record, at p. 70). The officer stated that, should the contents of the information become public, witnesses could be fixed with information from sources other than their personal knowledge and expressed his opinion “that the release of the details contained in the Informations to Obtain [the search warrants] has the potential to make it more difficult for the Ontario Provincial Police to gather the best evidence in respect of its investigation” (Appellant’s Record, at p. 72).

Doherty J.A. rejected these broad assertions for two reasons.

First, he found that they amounted to a “general proposition that pre-trial publication of the details of a police investigation risks the tainting of statements taken from potential witnesses” (para. 26). In Doherty J.A.’s view, if that general proposition were sufficient to obtain a sealing order,

the presumptive rule would favour secrecy and not openness prior to trial. A general assertion that public disclosure may distract from the ability of the police to get at the truth by tainting a potential witness’s statement is no more valid than the equally general and contrary assertion that public disclosure enhances the ability of the police to get at the truth by causing concerned citizens to come forward with valuable information. [para. 26]

Flahiff c. Bonin, [1998] R.J.Q. 327 (C.A.), et *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2000] O.J. No. 2398 (QL) (C.S.J.).

Le ministère public ne nous a pas convaincus non plus que le juge Doherty a omis d’adopter une approche « contextuelle » relativement à l’ordonnance sollicitée en l’espèce.

Au soutien de sa demande, le ministère public s’est appuyé exclusivement sur l’affidavit d’un policier qui a affirmé avoir des motifs de croire, [TRADUCTION] « compte tenu de [sa] participation à l’enquête, que la divulgation des mandats, de la dénonciation produite en vue d’obtenir les mandats et d’autres documents compromettrait l’intégrité de l’enquête policière en cours » (dossier de l’appelante, p. 70). Le policier a dit que, si la teneur de la dénonciation était rendue publique, des témoins pourraient être influencés par des renseignements provenant d’autres sources, dont ils n’ont pas une connaissance personnelle, et que, à son avis, [TRADUCTION] « la divulgation des détails contenus dans les dénonciations produites en vue d’obtenir [les mandats de perquisition] pourrait rendre plus ardue la recherche par la Police provinciale de l’Ontario de la meilleure preuve pour son enquête » (dossier de l’appelante, p. 72).

Le juge Doherty a rejeté ces allégations générales pour deux motifs.

Premièrement, il a conclu qu’il s’agissait d’un [TRADUCTION] « énoncé général selon lequel la publication avant le procès des détails d’une enquête policière risque d’influencer les déclarations obtenues de témoins éventuels » (par. 26). De l’avis du juge Doherty, si un tel énoncé général était suffisant pour obtenir une ordonnance de mise sous scellés,

[TRADUCTION] la présomption jouerait en faveur du secret et non de la publicité avant le procès. Une allégation générale selon laquelle la divulgation au public est susceptible d’empêcher la police d’obtenir la vérité parce qu’elle peut influencer les déclarations d’un témoin éventuel n’est pas plus valable que l’allégation tout aussi générale, mais contraire, voulant que la divulgation au public facilite pour la police la découverte de la vérité parce qu’elle peut amener les citoyens intéressés qui possèdent des renseignements valables à se manifester. [par. 26]

35

36

37

38

39

Second, Doherty J.A. found that the affiant's concern, for which he offered no specific basis, amounted to a mere assertion that "the police might have an advantage in questioning some individuals if those individuals [are] unaware of the details of the police investigation" (para. 27). In oral argument before this Court, counsel for the Crown referred to this as the "advantage of surprise". In this regard, Doherty J.A. noted Iacobucci J.'s conclusion in *Mentuck*, at para. 34, that access to court documents cannot be denied solely for the purpose of giving law enforcement officers an investigative *advantage*; rather, the party seeking confidentiality must at the very least allege a *serious and specific risk to the integrity of the criminal investigation*.

40

Finally, the Crown submits that Doherty J.A. applied a "stringent" standard — presumably, an *excessively* stringent standard — in assessing the merits of the sealing application. This complaint is unfounded.

41

Quite properly, Doherty J.A. emphasized the importance of freedom of expression and of the press, and noted that applications to intrude on that freedom must be "subject to close scrutiny and meet rigorous standards" (para. 19). Ultimately, however, he rejected the Crown's claim in this instance because it rested entirely on a general assertion that publicity can compromise investigative integrity.

42

At no point in his reasons did Doherty J.A. demand or require a high degree of predictive certainty in the Crown's evidence of necessity.

V

43

For all of these reasons, I propose that we dismiss the appeal, with costs to the respondents, on a party-and-party basis.

Deuxièmement, le juge Doherty a conclu que les inquiétudes de l'auteur de l'affidavit, pour lesquelles il n'a pas fourni de raisons précises, signifiaient simplement que [TRADUCTION] « la police pourrait jouir d'un avantage lorsqu'elle interroge certains individus si ces derniers ignorent les détails de l'enquête policière » (par. 27). Dans sa plaidoirie devant notre Cour, l'avocat du ministère public a parlé à cet égard de [TRADUCTION] « l'avantage lié à l'effet de surprise ». À cet égard, le juge Doherty a rappelé la conclusion énoncée par le juge Iacobucci, au par. 34 de l'arrêt *Mentuck*, que l'accès à des documents du tribunal ne saurait être refusé dans le seul but de conférer aux responsables de l'application de la loi un *avantage* pour le déroulement de l'enquête; au contraire, la partie qui demande le secret doit au moins alléguer l'existence d'un *risque grave et précis pour l'intégrité de l'enquête criminelle*.

Enfin, le ministère public soutient que le juge Doherty a appliqué une norme « rigoureuse » — sans doute même *trop* rigoureuse — lorsqu'il a examiné le bien-fondé de la demande de mise sous scellés. Cette prétention n'est pas fondée.

Le juge Doherty a insisté à juste titre sur l'importance de la liberté d'expression et de la liberté de la presse, et il a souligné que les demandes visant à empiéter sur ces libertés doivent être [TRADUCTION] « scrutées à la loupe et satisfaire à des normes rigoureuses » (par. 19). Toutefois, il a finalement rejeté la demande présentée par le ministère public en l'espèce parce qu'elle reposait entièrement sur une allégation générale portant que la publicité peut compromettre l'intégrité de l'enquête.

Nulle part dans ses motifs le juge Doherty n'exige un degré élevé de certitude des prédictions incluses dans la preuve de nécessité produite par le ministère public.

V

Pour tous ces motifs, je propose que nous rejetions le pourvoi, avec dépens partie-partie en faveur des intimées.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondents: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

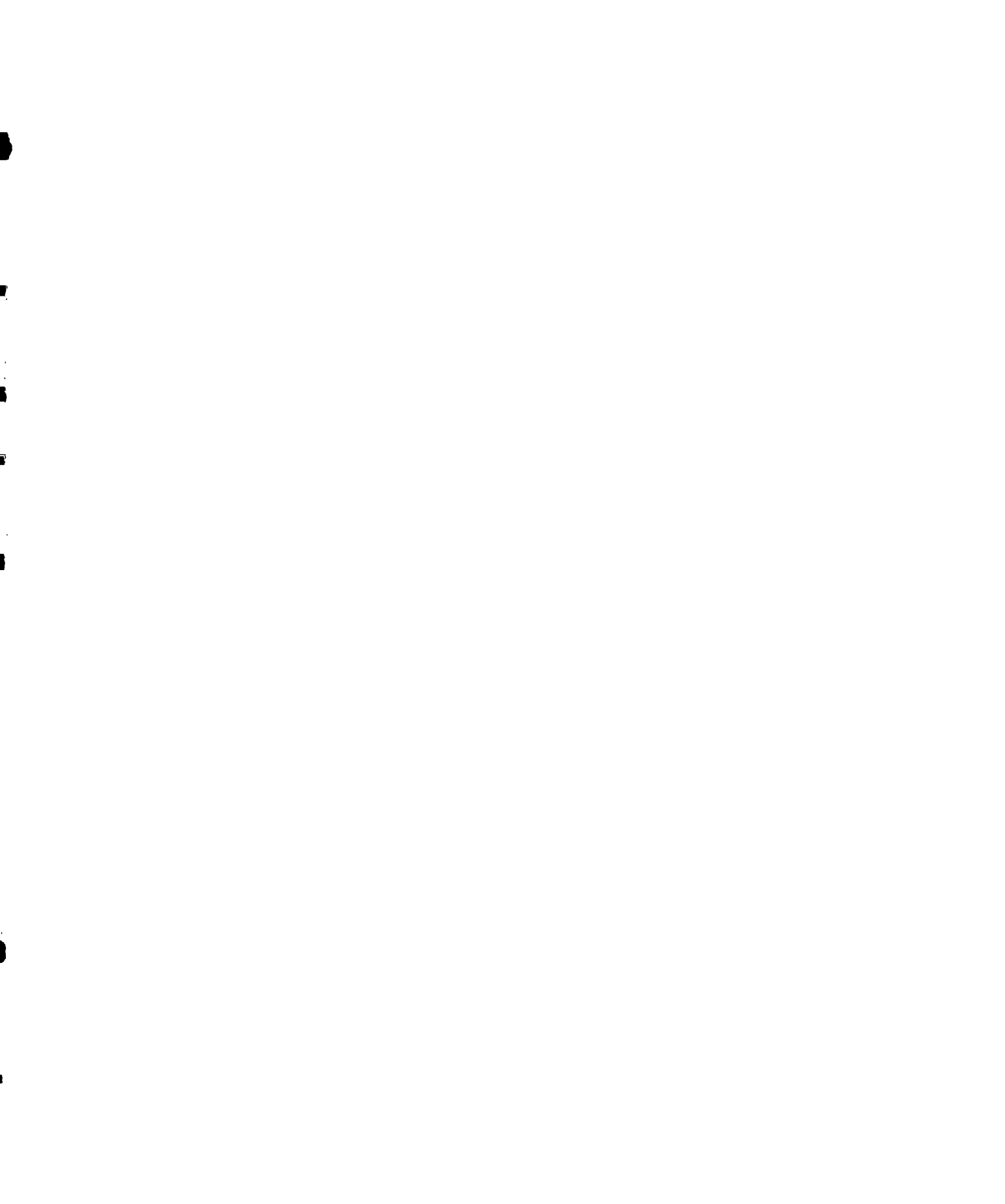
Solicitors for the intervener: Ruby & Edwardh, Toronto.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs des intimées : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Ruby & Edwardh, Toronto.



If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2005 Vol. 2

2^e cahier, 2005 Vol. 2

Cited as [2005] 2 S.C.R. 205-400

Renvoi [2005] 2 R.C.S. 205-400

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	LOUISE SAVARD	WITOLD TYMOWSKI
LEE ANN GORMAN	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH	

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI	JACQUES GAGNÉ	CLAIRE VALLÉE

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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

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

CONTENTS

Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice); Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board); Bodner v. Alberta; Conférence des juges du Québec v. Quebec (Attorney General); Minc v. Quebec (Attorney General) 286

Constitutional law — Judicial independence — Judicial remuneration — Nature of judicial compensation commissions and their recommendations — Obligation of government to respond to recommendations — Scope of judicial review of government's response — Remedies.

Constitutional law — Judicial independence — Judicial remuneration — Government departing from compensation commission's recommendations on salary and benefits — Whether government's reasons for departing from recommendations satisfy rationality test — Three-stage analysis for determining rationality of government's response.

Evidence — Admissibility — Judicial review of government's response to compensation commission's recommendations — Government seeking to have affidavits admitted in evidence — Whether affidavits admissible — Whether affidavits introduce evidence and facts not contained in government's response.

Courts — Judges — Remuneration — Compensation committee — Mandate — Committee recommending elimination of salary parity between judges of Court of Québec and municipal court judges — Whether committee had mandate to consider parity issue.

Civil procedure — Application for leave to intervene in Court of Appeal — Conférence des juges municipaux du Québec not mounting a court challenge to government's response to compensation committee's recommendations on salary of municipal court judges outside Laval, Montreal and Quebec City — Conférence unsuccessfully seeking leave to intervene in related cases at Court of Appeal — Whether leave to intervene should have been granted.

R. v. G.R.371

Criminal law — Incest — Included offences — Whether offences of sexual interference and sexual assault included in offence of incest — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 662.

R. v. Marshall; R. v. Bernard 220

Indians — Treaty rights — Logging — Interpretation of truckhouse clause — Mi'kmaq Indians charged with cutting and removing timber from Crown lands without authorization, or with unlawful possession of Crown timber — Whether Mi'kmaq in Nova Scotia and New

Continued on next page

SOMMAIRE

Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice); Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion); Bodner c. Alberta; Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général); Minc c. Québec (Procureur général) 286

Droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Rémunération des juges — Nature des commissions de rémunération des juges et de leurs recommandations — Obligation pour le gouvernement de répondre aux recommandations — Portée du contrôle judiciaire de la réponse du gouvernement — Réparations.

Droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Rémunération des juges — Décision du gouvernement de s'écarter des recommandations de la commission de rémunération portant sur les traitements et avantages — Les motifs invoqués par le gouvernement pour justifier sa décision de s'écarter des recommandations satisfont-ils au critère de la rationalité? — Analyse en trois étapes pour déterminer la rationalité de la réponse du gouvernement.

Preuve — Admissibilité — Contrôle judiciaire de la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission de rémunération — Gouvernement cherchant à faire admettre des affidavits en preuve — Les affidavits sont-ils admissibles? — Les affidavits présentent-ils des éléments de preuve et des faits ne figurant pas dans la réponse du gouvernement?

Tribunaux — Juges — Rémunération — Comité de rémunération — Mandat — Recommandation, par le comité, de l'élimination de la parité salariale entre les juges de la Cour du Québec et les juges des cours municipales — Le comité avait-il le mandat d'examiner la question de la parité?

Procédure civile — Demande d'autorisation d'intervenir en Cour d'appel — Conférence des juges municipaux du Québec ne contestant pas en cour la réponse du gouvernement aux recommandations du comité de rémunération au sujet du traitement des juges des cours municipales à l'extérieur de Laval, de Montréal et de Québec — Conférence demandant sans succès l'autorisation d'intervenir dans des affaires connexes devant la Cour d'appel — L'autorisation d'intervenir aurait-elle dû être accordée?

R. c. G.R.371

Droit criminel — Inceste — Infractions incluses — Les infractions de contacts sexuels et d'agression sexuelle sont-elles comprises dans celle d'inceste? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 662.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Brunswick have treaty right to log on Crown lands for commercial purposes.

Indians — Aboriginal title — Logging sites — Mi'kmaq Indians charged with cutting and removing timber from Crown lands without authorization, or with unlawful possession of Crown timber — Whether Mi'kmaq hold aboriginal title to lands they logged — Standard of occupation and type of evidence required to prove title — Whether Royal Proclamation of 1763 or Belcher's Proclamation of 1762 granted aboriginal title to Mi'kmaq.

R. v. Woods 205

Criminal law — Failure to provide breath sample — Accused refusing to provide breath sample following demand by police at roadside — Accused subsequently providing sample at police station following second demand made more than an hour after his arrest — Whether sample obtained forthwith in response to valid demand — Meaning of word "forthwith" in s. 254(2) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Marshall; R. c. Bernard 220

Indiens — Droits issus de traités — Coupe de bois — Interprétation de la clause relative aux maisons de troc — Indiens mi'kmaq accusés d'avoir coupé et enlevé du bois sans autorisation sur des terres publiques, ou de possession illégale de bois provenant des terres publiques — Les Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont-ils, en vertu des traités, le droit d'exploiter commercialement les ressources forestières sur les terres publiques?

Indiens — Titre aborigène — Lieux de coupe du bois — Indiens mi'kmaq accusés d'avoir coupé et enlevé du bois sans autorisation sur des terres publiques, ou de possession illégale de bois provenant des terres publiques — Les Mi'kmaq ont-ils un titre aborigène sur le territoire où ils ont coupé du bois? — Norme d'occupation et nature de la preuve nécessaires pour établir le titre — La Proclamation royale de 1763 ou la Proclamation de Belcher de 1762 ont-elles accordé le titre aborigène aux Mi'kmaq?

R. c. Woods 205

Droit criminel — Défaut de fournir un échantillon d'haleine — Refus de l'accusé de fournir un échantillon d'haleine à la suite de l'ordre donné par un agent de police sur le bord de la route — Fourniture ultérieure par l'accusé de l'échantillon au poste de police après le deuxième ordre donné plus d'une heure après son arrestation — L'échantillon d'haleine a-t-il été obtenu immédiatement à la suite d'un ordre valide? — Sens du mot « immédiatement » à l'art. 254(2) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Charles Woods *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WOODS

Neutral citation: 2005 SCC 42.

File No.: 30395.

2005: May 11; 2005: June 29.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Failure to provide breath sample — Accused refusing to provide breath sample following demand by police at roadside — Accused subsequently providing sample at police station following second demand made more than an hour after his arrest — Whether sample obtained forthwith in response to valid demand — Meaning of word “forthwith” in s. 254(2) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Police officers stopped a vehicle driven by the accused. They detected a strong odour of alcohol and made an approved screening device (“ASD”) demand for a breath sample. The accused refused, and was arrested under s. 254(5) of the *Criminal Code*. At the station, approximately an hour after his arrest and after speaking with counsel by phone, the accused intimated that he wished to furnish a breath sample. After seven unsuccessful attempts, a police officer told the accused that if he did not provide a proper sample on his next attempt, he would be charged with failure to provide a sample. The accused then provided a proper sample, and he was ultimately charged with, and was convicted at trial for, having operated a motor vehicle with a blood-alcohol ratio exceeding the legal limit. The summary conviction appeal court set aside the conviction and substituted an acquittal. The Court of Appeal affirmed the acquittal, having found that the ASD breath samples obtained by the police were not admissible at trial to prove they had reasonable and probable grounds for a

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Charles Woods *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. WOODS

Référence neutre : 2005 CSC 42.

N° du greffe : 30395.

2005 : 11 mai; 2005 : 29 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Défaut de fournir un échantillon d'haleine — Refus de l'accusé de fournir un échantillon d'haleine à la suite de l'ordre donné par un agent de police sur le bord de la route — Fourniture ultérieure par l'accusé de l'échantillon au poste de police après le deuxième ordre donné plus d'une heure après son arrestation — L'échantillon d'haleine a-t-il été obtenu immédiatement à la suite d'un ordre valide? — Sens du mot « immédiatement » à l'art. 254(2) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Des agents de police ont arrêté un véhicule conduit par l'accusé. Ils ont senti une forte odeur d'alcool et ont ordonné le prélèvement d'un échantillon d'haleine à l'aide d'un appareil de détection approuvé (« ADA »). L'accusé a refusé d'obtempérer et a été arrêté en vertu du par. 254(5) du *Code criminel*. Au poste de police, environ une heure après son arrestation et après avoir parlé au téléphone avec un avocat, l'accusé a annoncé qu'il voudrait fournir un échantillon d'haleine. Après sept tentatives infructueuses, un policier a dit à l'accusé que, s'il ne fournissait pas un échantillon valide à son prochain essai, il serait inculpé pour refus de fournir un échantillon. L'accusé a alors fourni un échantillon valide et a été finalement accusé, et reconnu coupable au procès, d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait la limite légale. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a annulé la déclaration de culpabilité et l'a remplacée par un acquittement. La Cour d'appel a confirmé l'acquittement, ayant conclu que les échantillons d'haleine prélevés à l'aide d'un ADA

breathalyser demand under s. 254(3) of the *Criminal Code*.

Held: The appeal should be dismissed.

An ASD breath sample is legally obtained where it is either provided forthwith, pursuant to a lawful demand under s. 254(2), or provided voluntarily. While the word “forthwith”, in the context of s. 254(2) of the *Code*, may in unusual circumstances be given a more flexible interpretation than its ordinary meaning strictly suggests, the “forthwith” requirement connotes a prompt demand by the peace officer and an immediate response by the person to whom that demand is addressed. Therefore, drivers to whom ASD demands are made under s. 254(2) must comply immediately — and not later, at a time of their choosing. Here, the second demand for a breath sample made at the police station does not fall within s. 254(2), as it fails the “immediacy” criterion implicit in that provision. To accept as compliance “forthwith” the furnishing of a breath sample more than an hour after being arrested for having failed to comply is a semantic stretch beyond the literal bounds and constitutional limits of s. 254(2). The Crown conceded that the ASD sample in issue here was not obtained voluntarily. [9] [43-46]

Prosecutorial discretion exists not to lay a charge for failure to comply with an ASD breath sample demand where an initial refusal is later followed by compliance. Neither this prosecutorial discretion nor the right of any person, detained or not, to volunteer self-incriminating evidence warrants extension of a statutory scheme beyond the constitutional boundaries within which it was meant to operate. [26-28]

Cases Cited

Referred to: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Grant*, [1991] 2 S.C.R. 139; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254; *R. v. Cote* (1992), 70 C.C.C. (3d) 280.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 9, 10.

par les policiers n'étaient pas admissibles au procès pour prouver qu'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il leur fallait ordonner l'alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Un échantillon d'haleine à l'aide d'un ADA est obtenu légalement s'il est fourni immédiatement à la suite d'un ordre valablement donné en vertu du par. 254(2) ou s'il est fourni volontairement. Même si le mot « immédiatement », dans le contexte du par. 254(2) du *Code*, peut, dans des circonstances inhabituelles, recevoir une interprétation plus souple que celle que son sens ordinaire semble strictement lui réserver, l'exigence d'immédiateté évoque un ordre prompt de la part de l'agent de la paix et l'obéissance immédiate de la part de la personne visée par cet ordre. Par conséquent, les conducteurs à qui l'on ordonne de fournir un échantillon d'haleine dans un ADA sont tenus par le par. 254(2) d'obtempérer immédiatement — et non plus tard, au moment de leur choix. En l'espèce, le deuxième ordre donné au poste de police de fournir un échantillon d'haleine n'est pas visé par le par. 254(2), car il ne satisfait pas au critère d'immédiateté implicite dans cette disposition. L'on ne peut accepter comme étant le fait d'obtempérer « immédiatement » la fourniture d'un échantillon d'haleine plus d'une heure après l'arrestation pour défaut d'obtempérer, car cela constituerait un élargissement sémantique qui va au-delà des frontières de la littéralité et des limites constitutionnelles du par. 254(2). Le ministère public a concédé que l'échantillon en cause prélevé à l'aide d'un ADA n'a pas été fourni volontairement. [9] [43-46]

La poursuite dispose du pouvoir discrétionnaire de ne pas porter d'accusations pour refus d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine dans un ADA si, après le premier refus, le conducteur finit par se soumettre. Ni le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ni le droit d'une personne, détenue ou non, de fournir volontairement des éléments de preuve auto-incriminants ne justifient l'extension d'un régime législatif au-delà des limites constitutionnelles à l'intérieur desquelles il est censé s'appliquer. [26-28]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Grant*, [1991] 2 R.C.S. 139; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254; *R. c. Cote* (1992), 70 C.C.C. (3d) 280.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 9, 10.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(b), 254(2), (3), (5).

Authors Cited

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2004, “forthwith”.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Philp, Twaddle and Freedman J.J.A.) (2004), 184 Man. R. (2d) 138, 185 C.C.C. (3d) 70, 318 W.A.C. 138, 7 M.V.R. (5th) 10, 118 C.R.R. (2d) 338, [2004] M.J. No. 145 (QL), 2004 MBCA 46, affirming a decision of Nurgitz J., dismissing the Crown’s appeal from a judgment of Everett Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Ami Kotler, for the appellant.

Joe Aiello, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

The appellant has attempted on this appeal, valiantly but I believe in vain, to overcome the factual, semantic and constitutional barriers to its proposed interpretation of the phrase “to provide forthwith” in s. 254(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In my view, the appeal fails for that reason and I propose to explain briefly, from the outset, why this is necessarily so.

The respondent was convicted at trial for having driven his car with more alcohol in his blood than the law permits.

It is undisputed that his conviction was based on a breathalyzer result that depended for its admissibility on whether the respondent had earlier provided a breath sample “forthwith” in response to an approved screening device (“ASD”) demand under s. 254(2) of the *Criminal Code*. The Manitoba Court of Appeal held that he had not. I agree. Like the Court of Appeal, I reject the Crown’s submission

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253b), 254(2), (3), (5).

Doctrine citée

Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « immédiatement ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Philp, Twaddle et Freedman) (2004), 184 Man. R. (2d) 138, 185 C.C.C. (3d) 70, 318 W.A.C. 138, 7 M.V.R. (5th) 10, 118 C.R.R. (2d) 338, [2004] M.J. No. 145 (QL), 2004 MBCA 46, qui a confirmé une décision du juge Nurgitz, qui avait rejeté l’appel interjeté par le ministère public contre un jugement de la juge Everett. Pourvoi rejeté.

Ami Kotler, pour l’appelante.

Joe Aiello, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

Dans le présent pourvoi, l’appelante a tenté vaillamment, mais selon moi en vain, de surmonter les obstacles factuels, sémantiques et constitutionnels de l’interprétation qu’elle propose du terme « fournir [. .] immédiatement » au par. 254(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. C’est pour cette raison que le pourvoi échoue. Je vais expliquer brièvement, dès le départ, pourquoi j’estime qu’il ne peut en être autrement.

L’intimé a été reconnu coupable au procès d’avoir conduit sa voiture avec plus d’alcool dans le sang que la limite tolérée par la loi.

Il est incontesté que sa condamnation reposait sur le résultat d’un alcootest dont l’admissibilité dépend de la question de savoir si l’intimé avait auparavant fourni un échantillon d’haleine « immédiatement » à la suite d’un ordre valablement donné, en vertu du par. 254(2) du *Code criminel*, de fournir un échantillon dans un appareil de détection approuvé (« ADA »). La Cour d’appel du Manitoba a conclu

1

2

3

that a breath sample has been provided “forthwith” when it is furnished by a motorist at the police station more than an hour after the motorist has been arrested *for refusing to comply with the demand*. That is what happened here.

4 Moreover, I do not share the Crown’s concern regarding the impact of this case on the discretion of prosecutors not to proceed with refusal charges made “unnecessary” by a driver’s subsequent change of heart. Nothing in the decision of the Court of Appeal warrants that concern.

5 I turn now to a more detailed overview of the issues on the appeal and my reasons for concluding that the appeal should be dismissed.

II

6 Parliament has created, in s. 254 of the *Criminal Code*, a two-step detection and enforcement procedure to curb impaired driving. The first step, set out in s. 254(2), provides for screening tests at or near the roadside immediately after the interception of a motor vehicle. The second step, set out in s. 254(3), provides for a breathalyzer test, which is normally performed at a police station.

7 The respondent was convicted at trial for having operated a motor vehicle with a blood-alcohol ratio exceeding the legal limit of .08, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*. His conviction rests entirely on the result of a breathalyzer test. That evidence was obtained pursuant to a breathalyzer demand under s. 254(3) of the *Code*. Its admissibility depends on whether the police had reasonable and probable grounds to make the breathalyzer demand. And it is common ground that the only evidence of reasonable and probable grounds for the breathalyzer demand was the ASD result pursuant to which that demand was made.

qu’il faut répondre par la négative à cette question. J’en conviens. En effet, à l’instar de la Cour d’appel, je rejette l’argument du ministère public qu’un échantillon d’haleine a été fourni « immédiatement » lorsque le conducteur l’a donné au poste de police plus d’une heure après son arrestation *pour refus d’obtempérer à l’ordre*. C’est ce qui s’est passé ici.

Par ailleurs, je ne partage pas les préoccupations du ministère public au sujet de l’impact de cette cause sur le pouvoir discrétionnaire de la poursuite de ne pas porter d’accusations pour refus d’obéir, celles-ci ne s’imposant plus par suite d’un revirement de la part du conducteur. Rien dans la décision de la Cour d’appel ne justifie ces préoccupations.

Je vais maintenant examiner plus en détail les questions soulevées en l’espèce et motiver ma conclusion que le pourvoi doit être rejeté.

II

Le législateur a créé, à l’art. 254 du *Code criminel*, une procédure de détection et d’exécution en deux étapes visant à enrayer la conduite avec facultés affaiblies. La première étape, exposée au par. 254(2), permet de procéder à des tests de détection sur le bord de la route, ou à proximité, immédiatement après l’interception d’un véhicule à moteur. La deuxième étape, exposée au par. 254(3), permet d’ordonner un alcootest, lequel est normalement administré au poste de police.

L’intimé a été reconnu coupable au procès d’avoir conduit, en violation de l’al. 253b) du *Code criminel*, un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait la limite légale de 0,08. Sa déclaration de culpabilité repose entièrement sur le résultat d’un alcootest. Cet élément de preuve a été obtenu à la suite d’un ordre donné en vertu du par. 254(3) du *Code*. Son admissibilité dépend de la question de savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables d’ordonner l’alcootest. Il est incontesté que le seul élément de preuve permettant d’établir l’existence de motifs raisonnables d’ordonner l’alcootest est le résultat indiqué par l’ADA à la suite duquel cet ordre a été donné.

Accordingly, *the only issue in the case is whether the ASD breath sample was legally obtained*. If it was, the breathalyzer evidence was properly admitted and the respondent's conviction was sound. If not, the conviction cannot stand.

There are two ways in which an ASD breath sample can be legally obtained. The first is pursuant to a valid demand under s. 254(2) of the *Criminal Code*. The second is voluntarily. At the hearing of the appeal, Crown counsel conceded that the ASD sample in issue here was not obtained voluntarily within the meaning of *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2. Its admissibility to prove the requisite grounds for a breathalyzer demand therefore depends on whether it was obtained pursuant to a lawful demand under s. 254(2) of the *Code*.

The relevant text of s. 254(2) reads:

(2) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is operating . . . or who has the care or control of a motor vehicle . . . has alcohol in the person's body, the peace officer may, by demand made to that person, require the person to provide forthwith such a sample of breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of the breath to be made by means of an approved screening device

As we shall presently see, the police made *two* ASD demands, one at the roadside and the other at the police station — more than an hour after the respondent had been arrested for failing to comply with the demand made at roadside. Plainly, this second demand, made at the station, was not a lawful demand under s. 254(2) of the *Code*.

What we are left with, then, is the respondent's *refusal* to provide a breath sample forthwith pursuant to the only lawful demand made upon him pursuant to s. 254(2). That is the factual obstacle to the Crown's appeal.

Par conséquent, *la seule question en litige en l'espèce consiste à savoir si l'échantillon d'haleine prélevé à l'aide d'un ADA a été obtenu légalement*. Dans l'affirmative, la preuve obtenue a été admise à bon droit et la déclaration de culpabilité de l'intimé est fondée. Dans le cas contraire, la déclaration de culpabilité ne saurait être maintenue.

Il existe deux façons d'obtenir légalement un échantillon d'haleine à l'aide d'un ADA : premièrement, par ordre valablement donné en vertu du par. 254(2) du *Code criminel* et, deuxièmement, sur fourniture volontaire. À l'audition du pourvoi, les avocats du ministère public ont concédé que l'échantillon en cause prélevé à l'aide d'un ADA n'a pas été fourni volontairement au sens de l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Son admissibilité en vue d'établir — comme le requiert la loi — l'existence de motifs pour ordonner un alcootest dépend donc de la question de savoir s'il a été obtenu à la suite d'un ordre valablement donné en vertu du par. 254(2) du *Code*.

La partie pertinente du par. 254(2) prévoit :

(2) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme de la personne qui conduit [. . .] ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur [. . .] peut lui ordonner de lui fournir, immédiatement, l'échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour l'analyser à l'aide d'un appareil de détection approuvé

Comme nous le verrons plus loin, les policiers ont ordonné à *deux* reprises le prélèvement d'un échantillon à l'aide d'un ADA : la première fois sur le bord de la route et la seconde, au poste de police — plus d'une heure après l'arrestation de l'intimé pour défaut d'obtempérer à l'ordre donné sur le bord de la route. De toute évidence, ce deuxième ordre, au poste de police, n'était pas un ordre valide selon le par. 254(2) du *Code*.

Reste alors le *refus* de l'intimé de fournir immédiatement un échantillon d'haleine à la suite du seul ordre valide lui ayant été adressé en vertu du par. 254(2). Il s'agit là de l'obstacle factuel au pourvoi du ministère public.

8

9

10

11

12

13 We are left as well with the ASD breath sample provided by the respondent at the police station, approximately 1 hour and 20 minutes after his arrest for refusing to provide a sample at roadside. “Forthwith” means “immediately” or “without delay”: *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 585. Without doing violence to the meaning of the word, “forthwith” cannot be stretched to bring within s. 254(2) of the *Criminal Code* the long-delayed “compliance” that occurred in this case. This semantic obstacle to the Crown’s position, like the factual one, is in my view insurmountable.

14 The constitutional obstacle is no easier for the Crown to overcome. Section 254(2) depends for its constitutional validity on its implicit and explicit requirements of immediacy. This immediacy requirement is implicit as regards the police demand for a breath sample, and explicit as to the mandatory response: the driver must provide a breath sample “forthwith”.

15 Section 254(2) authorizes roadside testing for alcohol consumption, under pain of criminal prosecution, in violation of ss. 8, 9 and 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. But for its requirement of immediacy, s. 254(2) would not pass constitutional muster. That requirement cannot be expanded to cover the nature and extent of the delay that occurred here.

III

16 The essential facts, as set out in the appellant’s factum, may be summarized as follows.

17 Two police officers stopped the respondent at the wheel of his car, in suburban Winnipeg, at approximately 10:30 p.m. on March 12, 1999. The officers detected a “strong” odour of alcohol in the respondent’s car — there were no passengers — and they made an ASD demand for a breath sample, pursuant to s. 254(2) of the *Criminal Code*.

18 The respondent refused to comply with the demand. He was thereupon arrested, pursuant to s. 254(5) of the *Code*, for having failed to comply.

Reste aussi la question de l’échantillon fourni par l’intimé dans un ADA au poste de police, environ une heure et 20 minutes après son arrestation pour refus de fournir un échantillon sur le bord de la route. « Immédiatement » signifie « [à] l’instant même, tout de suite » : *Le Nouveau Petit Robert* (2003), p. 1312. Il est impossible, sans dénaturer cette définition, d’élargir le sens de « immédiatement » de manière à englober dans le par. 254(2) du *Code criminel* l’« obéissance » très tardive en l’espèce. Cet obstacle sémantique à la thèse du ministère public, tout comme l’obstacle factuel, est à mon avis insurmountable.

L’obstacle constitutionnel n’est pas plus facile à surmonter pour le ministère public. La constitutionnalité du par. 254(2) dépend de ses exigences implicite et explicite d’immédiateté. L’exigence d’immédiateté est implicite en ce qui concerne l’ordre de la police de fournir un échantillon d’haleine, et explicite quant à l’obéissance obligatoire : le conducteur doit fournir « immédiatement » un échantillon d’haleine.

Le paragraphe 254(2) autorise le contrôle routier pour vérifier la consommation d’alcool, sous peine de poursuite criminelle, en violation des art. 8, 9 et 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Sans son exigence d’immédiateté, le par. 254(2) ne résisterait pas à l’examen de sa constitutionnalité. Cette exigence ne saurait être élargie au point d’englober la nature et l’étendue du retard survenu en l’espèce.

III

Les faits essentiels, exposés dans le mémoire de l’appelante, peuvent se résumer ainsi.

Deux agents de police ont interpellé l’intimé au volant de sa voiture, en banlieue de Winnipeg vers 22 h 30 le 12 mars 1999. Ils ont senti une « forte » odeur d’alcool dans la voiture de l’intimé — il n’y avait aucun passager — et ils ont ordonné le prélèvement d’un échantillon d’haleine à l’aide d’un ADA, en vertu du par. 254(2) du *Code criminel*.

L’intimé a refusé d’obtempérer. Il a donc été arrêté en vertu du par. 254(5) du *Code* pour ce motif.

The respondent was then given his rights and he indicated that he wished to consult counsel. The police had no cellular phone. They informed the respondent that he would be taken to the police station and could call a lawyer from there. A tow truck was called to remove the respondent's car for reasons of safety and he was then taken to the police station, arriving there approximately an hour after his arrest.

At the station, after speaking with counsel by phone, the respondent "intimated", according to one of the officers, that he now wished to furnish a breath sample and he was provided with an opportunity — in fact, with *seven* opportunities — to do so. On each of those occasions, according to Crown counsel, the respondent "did not blow hard enough or long enough to enable a proper sample to be taken":

[The police] observed that the Respondent was either providing improper samples or placing his tongue over the end of the mouthpiece to prevent any air entering the ASD. They were at most a foot away from his face and observed his actions in this regard. After each invalid sample, he was informed of the proper way to provide a sample.

Eventually, after a seventh invalid sample, police told the Respondent that if he did not provide a proper sample on his next attempt, he would be charged with refusing to provide a sample. The Respondent immediately provided a valid sample, which was a Fail.

On the strength of that result, the respondent was required to provide a breathalyzer sample. Based on the breathalyzer reading, the respondent was ultimately charged under s. 253(b) of the *Criminal Code*, and convicted at trial, for having operated a motor vehicle with a blood-alcohol ratio exceeding the legal limit of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood.

The respondent's conviction at trial was set aside by the summary conviction appeal court and an acquittal was substituted. The Manitoba Court of Appeal dismissed an appeal by the Crown against that decision and the Crown further appeals to this Court.

L'intimé a alors été avisé de ses droits et a demandé à consulter un avocat. Les policiers n'avaient pas de téléphone cellulaire. Ils l'ont informé qu'il serait emmené au poste de police, d'où il pourrait appeler un avocat. On a fait venir une dépanneuse pour enlever la voiture de l'intimé par mesure de sécurité, et celui-ci a été ensuite emmené au poste de police, où il est arrivé environ une heure après son arrestation.

Au poste de police, après avoir parlé au téléphone avec un avocat, l'intimé a « annoncé », selon l'un des policiers, qu'il voudrait maintenant fournir un échantillon d'haleine et on lui a donné — en fait, à *sept* reprises — la possibilité de le faire. Chaque fois, selon l'avocat du ministère public, il [TRADUCTION] « n'a pas soufflé assez fort ou assez longtemps pour permettre le prélèvement d'un échantillon valable » :

[TRADUCTION] [Les policiers] ont constaté que l'intimé fournissait des échantillons non valables ou qu'il mettait sa langue sur l'embout pour empêcher l'air d'entrer dans l'ADA. Ils se trouvaient à un pied tout au plus de son visage et observaient ses gestes à cet égard. Après chaque échantillon non valide, on l'a informé de la façon de procéder pour fournir un échantillon.

Finalement, après le septième échantillon non valide, les policiers ont dit à l'intimé que, s'il ne fournissait pas un échantillon valide à son prochain essai, il serait inculpé pour refus de fournir un échantillon. L'intimé a immédiatement fourni un échantillon valide, lequel s'est révélé positif.

Sur la foi de ce résultat, on a ordonné à l'intimé de se soumettre à un alcootest. Sur le fondement du résultat de l'alcootest, l'intimé a été finalement accusé en vertu de l'al. 253b) du *Code criminel* et a été reconnu coupable au procès d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait la limite légale de 80 mg d'alcool par 100 ml de sang.

La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a annulé la déclaration de culpabilité prononcée au procès contre l'intimé et l'a remplacée par un acquittement. La Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel du ministère public, qui se pourvoit devant la Cour.

19

20

21

22

IV

IV

23 I turn now to the judgment of the Manitoba Court of Appeal ((2004), 184 Man. R. (2d) 138, 2004 MBCA 46).

24 Speaking for a unanimous Court, Philp J.A. reviewed the relevant case law and concluded that the ASD breath sample given by the respondent was not obtained in response to a valid demand under s. 254(2), nor provided voluntarily. Philp J.A. explained:

... the accused's "agreement" (that is the finding the trial judge made) to provide a breath sample for an ASD test at the Public Safety Building, when he was under arrest and no longer had care or control of his vehicle, was not in response to the demand that had been made at the roadside over an hour earlier. That earlier demand was exhausted when the accused had refused to comply and was placed under arrest for so doing. The ASD sample was not provided "forthwith" even under the broadest interpretation of the word. The fact that the accused's refusal was the reason why the sample had not been provided earlier does not bring the test within the ambit of the section.

I am further of the view that the demand for an ASD sample that Cst. Billedeau made at the Public Safety Building fell outside the ambit of s. 254(2), both temporally and spatially, and was not authorized by it. . . . [paras. 23-24]

25 Philp J.A. later added:

... there was no statutory authority for the demand for an ASD sample that Cst. Billedeau made at the Public Safety Building. The accused had no obligation to comply with that demand and would not have committed an offence if he had refused to do so. The clear inference to be drawn from the seven unsuccessful attempts the accused made is that he was not a willing and consenting participant. A proper sample was obtained only after the accused was told that if he did not provide a proper sample on the next attempt, he would be charged with refusing to provide a sample.

In my view, the actions of the police officers, without consent or statutory authority, resulted in the accused's self-incrimination. The manner in which they conducted themselves throughout in their interaction with the accused was unremarkable. But, at the same time, courts have recognized "the authoritative and coercive character of police requests" and "the intimidating nature of police

Je vais maintenant passer à l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba ((2004), 184 Man. R. (2d) 138, 2004 MBCA 46).

Au nom de la cour, le juge Philp a examiné la jurisprudence pertinente et a conclu que l'échantillon d'haleine fourni par l'intimé dans un ADA n'a pas été obtenu à la suite d'un ordre valablement donné en vertu du par. 254(2) et n'a pas été non plus fourni volontairement. Le juge Philp explique :

[TRADUCTION] . . . le « consentement » de l'accusé (c'est la constatation du juge de première instance) à fournir un échantillon d'haleine pour une analyse à l'aide d'un ADA dans l'Immeuble de la sécurité publique, alors qu'il était en état d'arrestation et n'avait plus la garde ou le contrôle de son véhicule, n'est pas une obéissance à l'ordre donné sur le bord de la route plus d'une heure auparavant. Cet ordre est devenu périmé lorsque l'accusé a refusé d'obtempérer et a été, de ce fait, mis en état d'arrestation. L'échantillon dans un ADA n'a pas été fourni « immédiatement », même selon l'interprétation la plus vaste du terme. Le test de détection n'entre pas dans le champ d'application de l'article du simple fait que l'échantillon n'a pas été fourni plus tôt à cause du refus de l'accusé.

J'estime également que l'ordre donné par le constable Billedeau dans l'Immeuble de la sécurité publique de fournir un échantillon dans un ADA n'est pas visé par le par. 254(2), sur le plan du temps et de l'espace, et n'est pas autorisé par cette disposition. . . . [par. 23-24]

Le juge Philp a ajouté plus loin :

[TRADUCTION] . . . le constable Billedeau n'était pas légalement habilité à ordonner le prélèvement d'un échantillon d'haleine à l'aide d'un ADA dans l'Immeuble de la sécurité publique. L'accusé n'était pas tenu d'obtempérer et n'aurait commis aucune infraction s'il avait refusé de le faire. Il ressort clairement de ses sept tentatives infructueuses qu'il n'était pas un participant volontaire et consentant. L'échantillon valable a été obtenu seulement après qu'il eut été informé que, s'il échouait à la prochaine tentative, il serait accusé de refus de fournir un échantillon.

À mon avis, de par leurs agissements, sans consentement ni autorisation légale, les policiers ont amené l'accusé à s'incriminer. Leur comportement tout au cours de l'échange qu'ils ont eu avec l'accusé n'a rien de remarquable. Cependant, les tribunaux ont reconnu « le caractère impérieux et coercitif des demandes des policiers » et « la nature intimidante des actes de la

action and uncertainty as to the extent of police powers.” In my view, the unauthorized demand for an ASD sample that was made in this case at the Public Safety Building, coupled with the threat of possible criminal liability for failure to comply with that demand, amounted to effective compulsion or coercion. The results of the ASD test provided the police officers with the reasonable and probable grounds needed to make the breathalyzer demand. The principle against self-incrimination was engaged (not to protect against unreliable evidence, but to protect against abuse of state power) and the admission into evidence of the results of the breathalyzer samples resulted in an unfair trial. The accused was denied fundamental justice. [paras. 30-31]

V

The Crown urges us to be mindful of the need for prosecutorial discretion in the circumstances of this case. The police, it is argued, should not be required to lay a charge for failure to comply with an ASD breath sample demand where the driver, after an initial refusal, has later complied. And that would be the unfortunate consequence, according to the Crown, if we were to dismiss its appeal. In the words of Crown counsel: “If the Court of Appeal’s decision is upheld then police, at least in Manitoba, will have no discretion in this regard.”

In my view, as mentioned earlier, the Crown’s concern is groundless. Nothing in the reasons of the Manitoba Court of Appeal stands for the proposition that an ASD result — or a breathalyzer result — based on a breath sample provided voluntarily by an accused after an initial refusal is inadmissible at that person’s trial. Nor did the Manitoba Court of Appeal decide that the Crown lacks discretion in determining what, if any, offences should be charged where an initial refusal is later followed by compliance, or by the taking of a breath sample that has been voluntarily — or freely and willingly — furnished.

police et [. . .] l’incertitude quant à l’étendue de ses pouvoirs. » Selon moi, l’ordre de prélever un échantillon à l’aide d’un ADA, donné en l’espèce sans autorisation dans l’immeuble de la sécurité publique, combiné à la menace de voir sa responsabilité pénale engagée pour refus d’obtempérer, équivalait à une véritable contrainte ou coercition. Par suite du résultat de l’analyse à l’aide de l’ADA, les policiers ont des motifs raisonnables — comme l’exige la loi — de croire qu’il leur fallait ordonner l’alcootest. Le principe interdisant l’auto-incrimination est enclenché (non pas pour protéger l’accusé contre une preuve non digne de foi, mais pour le protéger contre les abus du pouvoir de l’État) et l’admission en preuve du résultat de l’alcootest a donné lieu à un procès inéquitable. Les droits de l’accusé en matière de justice fondamentale n’ont pas été respectés. [par. 30-31]

V

Le ministère public nous prie de tenir compte de la nécessité du pouvoir discrétionnaire de la poursuite dans les circonstances de l’affaire. On fait valoir que les policiers ne devraient pas être tenus de porter des accusations pour refus d’obtempérer à l’ordre de fournir un échantillon d’haleine dans un ADA si, après le premier refus, le conducteur finit par se soumettre. Ce serait, selon le ministère public, une conséquence malheureuse si le pourvoi était rejeté. Pour reprendre les propos de l’avocat du ministère public : [TRADUCTION] « Si la décision de la Cour d’appel est confirmée, la police, du moins au Manitoba, ne disposera d’aucun pouvoir discrétionnaire à cet égard. »

À mon avis, je le réitère, les préoccupations du ministère public sont sans fondement. Rien dans les motifs de la Cour d’appel du Manitoba ne permet d’affirmer que le résultat de l’analyse à l’aide d’un ADA — ou le résultat de l’alcootest — à partir d’un échantillon d’haleine fourni volontairement par l’accusé après le premier refus est inadmissible à son procès. La Cour d’appel du Manitoba n’a pas non plus conclu que le ministère public n’a pas le pouvoir discrétionnaire de décider des accusations à porter, le cas échéant, dans le cas où le premier refus est ultérieurement suivi d’un acquiescement ou du prélèvement d’un échantillon d’haleine fourni volontairement, c’est-à-dire librement et de plein gré.

- 28 But neither prosecutorial discretion nor the right of any person, detained or not, to volunteer self-incriminating evidence warrants extension of a statutory scheme beyond the constitutional boundaries within which it was meant to operate: see, for example, *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139, at p. 150; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254, at paras. 72-75.
- 29 The “forthwith” requirement of s. 254(2) of the *Criminal Code* is inextricably linked to its constitutional integrity. It addresses the issues of unreasonable search and seizure, arbitrary detention and the infringement of the right to counsel, notwithstanding ss. 8, 9 and 10 of the *Charter*. In interpreting the “forthwith” requirement, this Court must bear in mind not only Parliament’s choice of language, but also Parliament’s intention to strike a balance in the *Code* between the public interest in eradicating driver impairment and the need to safeguard individual *Charter* rights.
- 30 As earlier explained, Parliament enacted a two-step legislative scheme in s. 254(2) and (3) of the *Criminal Code* to combat the menace of impaired driving. At the first stage, s. 254(2) authorizes peace officers, on reasonable suspicion of alcohol consumption, to require drivers to provide breath samples for testing on an ASD. These screening tests, at or near the roadside, determine whether more conclusive testing is warranted. They necessarily interfere with rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, but only in a manner that is reasonably necessary to protect the public’s interest in keeping impaired drivers off the road.
- 31 At that second stage of the statutory scheme, where the *Charter* requirements must be respected and enforced, s. 254(3) allows peace officers who have the requisite reasonable and probable grounds to demand breath samples for a more conclusive breathalyzer analysis. Breathalyzers determine
- Cependant, ni le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ni le droit d’une personne, détenue ou non, de fournir volontairement des éléments de preuve auto-incriminants ne justifient l’extension d’un régime législatif au-delà des limites constitutionnelles à l’intérieur desquelles il est censé s’appliquer : voir, par exemple, *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139, p. 150; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, par. 72-75.
- L’exigence d’immédiateté prévue au par. 254(2) du *Code criminel* est inextricablement liée à l’intégrité constitutionnelle de cette disposition. Elle justifie les fouilles, perquisitions et saisies abusives, la détention arbitraire et l’atteinte au droit à l’assistance d’un avocat, malgré les art. 8, 9 et 10 de la *Charte*. Dans l’interprétation de l’exigence d’immédiateté, la Cour ne doit pas perdre de vue non seulement le libellé choisi par le législateur, mais aussi l’intention du législateur de trouver un compromis, dans le *Code*, entre l’intérêt du public à ce que la conduite avec facultés affaiblies soit éliminée et la nécessité de préserver les droits individuels garantis par la *Charte*.
- Comme je l’ai déjà expliqué, le Parlement a adopté un régime législatif en deux étapes aux par. 254(2) et (3) du *Code criminel* pour combattre la menace de la conduite avec facultés affaiblies. À la première étape, le par. 254(2) autorise les agents de la paix qui ont des raisons de soupçonner la consommation d’alcool de demander aux conducteurs de fournir un échantillon d’haleine pour l’analyser à l’aide d’un ADA. Ces tests de détection, sur le bord de la route ou à proximité, permettent de déterminer s’il y a lieu de procéder à des analyses plus poussées. Ils portent nécessairement atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte*, mais seulement dans les limites raisonnables et nécessaires pour protéger l’intérêt du public à ce que les conducteurs avec facultés affaiblies ne puissent prendre la route.
- À la deuxième étape du régime législatif, où les exigences de la *Charte* doivent être observées et appliquées, le par. 254(3) autorise les agents de la paix qui — comme le requiert la loi — ont des motifs raisonnables de le faire à ordonner aux conducteurs de fournir des échantillons d’haleine pour une

precisely the alcohol concentration in a person's blood and thus permit peace officers to ascertain whether the alcohol level of the detained driver exceeds the limit prescribed by law.

Thomsen was one of the early cases that dealt with constitutional concerns regarding roadside detention of motorists. The Court held that the absence of an opportunity to retain counsel violated s. 10(b) of the *Charter*, but was justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit prescribed by law. The "forthwith" requirement of s. 254(2) is in a sense a corollary of the fact that there is no opportunity for contact with counsel prior to compliance with the ASD demand.

In *Grant*, the officer who had stopped the accused did not have a screening device in his car. He therefore asked another officer to deliver one to him. The device did not arrive until 30 minutes later. During that time, the accused remained in the police car. Speaking for the Court, Lamer C.J. stated:

The context of s. 238(2) [now, with changes immaterial here, s. 254(2)] indicates no basis for departing from the ordinary, dictionary meaning of the word "forthwith" which suggests that the breath sample is to be provided immediately. Without delving into an analysis of the exact number of minutes which may pass before the demand for a breath sample falls outside of the term "forthwith", I would simply observe that where, as here, the demand is made by a police officer who is without an A.L.E.R.T. unit and the unit does not, in fact, arrive for a half hour, the provisions of s. 238(2) will not be satisfied. [Emphasis added; p. 150.]

In *R. v. Cote* (1992), 70 C.C.C. (3d) 280 (Ont. C.A.), the police officer likewise had no screening device in his car. He drove the accused to a police station nine minutes away and was not ready until five minutes later to take a breath sample. The accused refused to comply with the officer's demand and was charged pursuant to s. 238(5) (now

analyse plus poussée d'alcootest. L'alcootest, en indiquant précisément la concentration d'alcool dans le sang du conducteur, permet aux agents de la paix de déterminer si l'alcoolémie du conducteur détenu excède la limite légale.

L'arrêt *Thomsen* est l'une des premières décisions à traiter des préoccupations constitutionnelles relatives à la détention d'automobilistes sur le bord de la route. La Cour a conclu que le fait de ne pouvoir recourir à l'assistance d'un avocat violait l'al. 10b) de la *Charte*, mais que cette violation était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, car elle se trouve dans les limites raisonnables prescrites par la loi. L'exigence d'immédiateté prévue au par. 254(2) est d'une certaine façon le corollaire du fait qu'il n'est pas possible de communiquer avec un avocat avant d'avoir obtempéré à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine dans un ADA.

Dans *Grant*, l'agent de police qui avait interpellé l'accusé n'avait pas d'appareil de détection dans sa voiture. Il a donc demandé à un autre agent de lui en apporter un. Il a reçu l'appareil 30 minutes plus tard. Pendant ce temps, l'accusé est demeuré dans la voiture de police. Au nom de la Cour, le juge en chef Lamer a déclaré :

Rien dans le contexte du par. 238(2) [devenu 254(2) à la suite de modifications sans importance ici] ne permet d'attribuer au mot « immédiatement » un sens différent de celui que lui donne habituellement le dictionnaire, soit que l'échantillon d'haleine doit être fourni tout de suite. Sans analyser plus à fond le nombre exact de minutes qui peuvent s'écouler pour que l'on puisse considérer que l'échantillon d'haleine n'a pas été fourni « immédiatement », je ferais tout simplement observer que, dans le cas, comme en l'espèce, où le policier qui donne l'ordre n'a pas d'alcootest (A.L.E.R.T.) en sa possession et où le dispositif en question n'arrive qu'une demi-heure plus tard, l'ordre donné ne respecte pas ce qui est prescrit au par. 238(2). [Je souligne; p. 150.]

Dans *R. c. Cote* (1992), 70 C.C.C. (3d) 280 (C.A. Ont.), l'agent de police n'avait pas non plus d'appareil de détection dans sa voiture. Il a emmené en voiture l'accusé à un poste de police à neuf minutes de là et n'a pu procéder au prélèvement de l'échantillon d'haleine que cinq minutes après leur arrivée. L'accusé a refusé d'obtempérer à l'ordre de l'agent et

32

33

34

s. 254(5)) of the *Criminal Code*. The Ontario Court of Appeal set aside his conviction and entered an acquittal instead.

35 Speaking for a unanimous court, Arbour J.A. (as she then was) cited the passage I have reproduced from *Grant*, and explained:

If the accused must be taken to a detachment, where contact with counsel could more easily be accommodated than at the side of the road, a large component of the rationale in *Thomsen* disappears. In other words, if the police officer is not in a position to require that a breath sample be provided by the accused before any realistic opportunity to consult counsel, then the officer's demand is not a demand made under s. 238(2). The issue is thus not strictly one of computing the number of minutes that fall within or without the scope of the word "forthwith". Here, the officer was ready to collect the breath sample in less than half the time it took in *Grant*. However, in view of the circumstances, particularly the wait at the police detachment, I conclude that the demand was not made within s. 238(2). As the demand did not comply with s. 238(2), the appellant was not required to comply with the demand and his refusal to do so did not constitute an offence. [Emphasis added; p. 285.]

36 It is for these reasons that we are prohibited on constitutional grounds from expanding the meaning of "forthwith" in s. 254(2) to cover the delays that occurred in this case.

VI

37 The outcome of the appeal depends, I repeat, on the admissibility of the respondent's ASD result to prove that the police had reasonable and probable grounds for making the breathalyzer demand that yielded the evidence upon which the respondent was convicted at trial. And that depends, in turn, on whether the ASD breath sample furnished by the respondent at the police station was obtained forthwith in response to a valid demand under s. 254(2) of the *Criminal Code*.

38 Here, as we have seen, the police made two separate ASD demands, one at roadside and a second

a été inculpé en vertu du par. 238(5) (maintenant le par. 254(5)) du *Code criminel*. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé la déclaration de culpabilité et l'a remplacée par un acquittement.

S'exprimant au nom de la cour, la juge Arbour (plus tard juge à la Cour suprême du Canada) a cité le passage de l'arrêt *Grant* que j'ai reproduit et a expliqué :

[TRADUCTION] Si l'accusé doit être emmené à un détachement, où il est plus facile, que sur le bord de la route, de donner suite à sa demande de communiquer avec un avocat, une bonne partie de la justification donnée dans *Thomsen* tombe. Autrement dit, si l'agent de police n'est pas en mesure d'ordonner à l'accusé de fournir un échantillon d'haleine avant que celui-ci ait, de façon réaliste, la possibilité de consulter un avocat, l'ordre de l'agent n'est pas un ordre fait en vertu du par. 238(2). Il ne s'agit pas strictement de calculer le nombre de minutes comprises dans le mot « immédiatement ». En l'espèce, l'agent était prêt à prélever un échantillon d'haleine en moins de la moitié du temps qu'il a fallu à l'agent dans *Grant*. Toutefois, vu les circonstances, en particulier l'attente au détachement, je conclus que l'ordre n'a pas été donné au sens du par. 238(2). Comme l'ordre n'est pas conforme au par. 238(2), l'appellant n'était pas tenu d'obtempérer et son refus ne constitue pas une infraction. [Je souligne; p. 285.]

C'est pour ces raisons qu'il nous est constitutionnellement interdit d'élargir le sens de « immédiatement » au par. 254(2) de manière à englober le retard survenu en l'espèce.

VI

L'issue du pourvoi dépend, je le répète, de l'admissibilité du résultat de l'analyse de l'échantillon fourni par l'intimé dans un ADA pour prouver que les policiers avaient des motifs raisonnables de croire qu'il leur fallait ordonner l'alcootest, dont le résultat a servi de fondement à la condamnation de l'intimé au procès. Il s'agit ensuite de déterminer si l'échantillon d'haleine prélevé à l'aide d'un ADA et fourni par l'intimé au poste de police a été obtenu immédiatement à la suite d'un ordre validement donné en vertu du par. 254(2) du *Code criminel*.

En l'espèce, comme nous l'avons vu, les policiers ont donné deux ordres distincts de fournir un

more than an hour later at the station. The respondent, in my view, cannot be said to have provided an admissible breath sample in response to either demand.

With respect to the first, this conclusion seems to me inevitable, as I mentioned at the outset, for factual, semantic and constitutional reasons.

The plain fact of the matter is that the respondent did not furnish the breath sample in response to the first demand. On the contrary, he expressly declined to do so. And, on the Crown's own view of the facts, he was arrested for having failed to comply with that demand, an offence under s. 254(5) of the *Criminal Code*.

The police later decided not to prosecute the respondent for that offence — but only after he had provided them with evidence to support a breathalyzer charge which, incidentally, is subject to the same punishment.

I accept that this was a matter of prosecutorial discretion. But this exercise of discretion did not — in fact or in law — transform the respondent's failure to comply immediately with a valid ASD demand, as required by s. 254(2), into an option of indefinite duration to comply with that demand later — in this case, more than an hour later.

It is true, as I mentioned earlier, that “forthwith”, in the context of s. 254(2) of the *Criminal Code*, may in unusual circumstances be given a more flexible interpretation than its ordinary meaning strictly suggests. For example, a brief and unavoidable delay of 15 minutes can thus be justified when this is in accordance with the exigencies of the use of the equipment: see *Bernshaw*.

The “forthwith” requirement in s. 254(2) appears to me, however, to connote a prompt demand by the peace officer, and an immediate response by the

échantillon dans un ADA : un sur le bord de la route et le deuxième, plus d'une heure après, au poste de police. On ne saurait affirmer, à mon avis, que l'intimé a fourni un échantillon d'haleine admissible à la suite de l'un ou l'autre de ces ordres.

En ce qui concerne le premier échantillon, cette conclusion me semble inévitable, comme je l'ai mentionné au début, pour des raisons factuelles, sémantiques et constitutionnelles.

L'intimé n'a tout simplement pas fourni l'échantillon d'haleine à la suite du premier ordre. Au contraire, il a expressément refusé de le faire. Selon la version des faits donnée par le ministère public, il a été arrêté pour défaut d'obtempérer à cet ordre, infraction prévue au par. 254(5) du *Code criminel*.

Les policiers ont ensuite décidé de ne pas poursuivre l'intimé pour cette infraction — mais seulement après qu'il leur eut fourni des éléments de preuve étayant une accusation liée à un alcootest positif, laquelle, soit dit en passant, le rend passible de la même peine.

Je reconnais qu'il s'agissait là d'une question de pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Cependant, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire n'a pas — en fait ou en droit — transformé le défaut de l'intimé d'obtempérer immédiatement à un ordre valide de fournir un échantillon d'haleine dans un ADA, comme le prescrit le par. 254(2), en une option permanente d'obéir ultérieurement — en l'occurrence, plus d'une heure plus tard.

Il est vrai, comme je l'ai déjà mentionné, que dans le contexte du par. 254(2) du *Code criminel*, le mot « immédiatement » peut, dans des circonstances inhabituelles, recevoir une interprétation plus souple que celle que son sens ordinaire semble strictement lui réserver. Par exemple, un délai court et inévitable de 15 minutes peut ainsi se justifier si cela est conforme aux exigences d'utilisation de l'appareil : voir *Bernshaw*.

Il me semble, toutefois, que l'exigence d'immédiateté prévue au par. 254(2) évoque un ordre prompt de la part de l'agent de la paix et l'obéissance

39

40

41

42

43

44

person to whom that demand is addressed. To accept as compliance “forthwith” the furnishing of a breath sample more than an hour after being arrested *for having failed to comply* is in my view a semantic stretch beyond literal bounds and constitutional limits.

45 Finally, on this point, the Crown contends that the respondent’s breath sample was obtained “forthwith” in the sense of “as soon as reasonably possible in the circumstances”, since the respondent failed to comply sooner with the officer’s roadside demand. Putting the submission this way is sufficient to demonstrate its incongruity. Drivers upon whom ASD demands are made are bound by s. 254(2) to comply immediately — and not later, at a time of their choosing, when they have decided to *stop refusing!*

46 The second demand, made more than an hour after the respondent’s arrest for having refused, can be disposed of shortly and simply as a basis for admitting the respondent’s breath sample. It does not fall within s. 254(2) for several reasons, but it is sufficient to say that it fails the “immediacy” criterion implicit in that provision. In any event, we are urged by the Crown to disregard this second demand and I see no reason to deal with it otherwise.

VII

47 It is common ground that the results of the ASD test and of the subsequent breathalyzer test were inadmissible against the respondent if the initial breath sample provided by him was neither voluntary nor obtained under the statutory authority of s. 254(2) of the *Criminal Code*.

48 For the reasons given, I have concluded that the respondent’s ASD breath sample was inadmissible on either basis and that the breathalyzer evidence

immédiate de la part de la personne visée par cet ordre. L’on ne peut accepter comme étant le fait d’obtempérer « immédiatement » la fourniture d’un échantillon d’haleine plus d’une heure après l’arrestation *pour défaut d’obtempérer*. Cela constituerait, à mon avis, un élargissement sémantique qui va au-delà des frontières de la littéralité et des limites constitutionnelles.

Enfin, le ministère public prétend que l’échantillon d’haleine de l’intimé a été obtenu « immédiatement » dans le sens de [TRADUCTION] « dès que possible dans les circonstances », étant donné que l’intimé n’a pas obtempéré plus tôt à l’ordre que lui a donné le policier sur le bord de la route. Vue sous cet angle, cette prétention témoigne elle-même de son incongruité. Les conducteurs à qui l’on ordonne de fournir un échantillon d’haleine dans un ADA sont tenus par le par. 254(2) d’obtempérer immédiatement — et non plus tard, au moment de leur choix, lorsqu’ils ont décidé *d’arrêter de refuser!*

Il est possible de trancher rapidement et simplement la question de la validité du deuxième ordre — donné plus d’une heure après l’arrestation de l’intimé pour refus d’obéir — comme fondement de l’admissibilité de l’échantillon d’haleine de l’intimé. Cet ordre n’est pas visé par le par. 254(2) pour plusieurs raisons, mais il suffit de dire qu’il ne satisfait pas au critère d’immédiateté implicite dans cette disposition. De toute façon, le ministère public nous demande de ne pas prendre en considération ce deuxième ordre, et je ne vois aucune raison de procéder autrement.

VII

Nul ne conteste que les résultats du test à l’aide d’un ADA et de l’alcooltest subséquent ne pouvaient être admis en preuve contre l’intimé si l’échantillon d’haleine initial n’a pas été fourni volontairement ou obtenu en vertu du par. 254(2) du *Code criminel*.

Pour les motifs susmentionnés, je conclus que l’échantillon d’haleine fourni par l’intimé dans un ADA est inadmissible sur ces deux fondements et

upon which he was convicted was therefore unlawfully obtained and inadmissible as well.

I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Phillips Aiello, Winnipeg.

que la preuve de l'alcootest sur laquelle repose la condamnation a été obtenue illégalement et qu'elle est donc aussi inadmissible.

Le pourvoi est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Manitoba Justice, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé : Phillips Aiello, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant/
Respondent on the cross-appeal*

v.

Stephen Frederick Marshall, Keith Lawrence Julien, Christopher James Paul, Jason Wayne Marr, Simon Joseph Wilmot, Donald Thomas Peterson, Stephen John Knockwood, Ivan Alexander Knockwood, Leander Philip Paul, William John Nevin, Roger Allan Ward, Mike Gordon Peter-Paul, John Michael Marr, Carl Joseph Sack, Matthew Emmett Peters, Stephen John Bernard, William Gould, Camillius Alex Jr., John Allan Bernard, Peter Alexander Bernard, Eric Stephen Knockwood, Gary Hirtle, Jerry Wayne Hirtle, Edward Joseph Peter-Paul, Angus Michael Googoo, Lawrence Eric Hammond, Thomas M. Howe, Daniel Joseph Johnson, Dominic George Johnson, James Bernard Johnson, Preston Macdonald, Kenneth M. Marshall, Stephen Maurice Peter-Paul, Leon R. Robinson and Phillip F. Young *Respondents/Appellants on the cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Forest Products Association of Nova Scotia, Keptin John Joe Sark and Keptin Frank Nevin (of the Mi'kmaq Grand Council), Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Congress of Aboriginal Peoples, Assembly of First Nations and Songhees Indian Band, Malahat First Nation, T'Sou-ke First Nation, Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and

Sa Majesté la Reine *Appelante/intimée au
pourvoi incident*

c.

Stephen Frederick Marshall, Keith Lawrence Julien, Christopher James Paul, Jason Wayne Marr, Simon Joseph Wilmot, Donald Thomas Peterson, Stephen John Knockwood, Ivan Alexander Knockwood, Leander Philip Paul, William John Nevin, Roger Allan Ward, Mike Gordon Peter-Paul, John Michael Marr, Carl Joseph Sack, Matthew Emmett Peters, Stephen John Bernard, William Gould, Camillius Alex Jr., John Allan Bernard, Peter Alexander Bernard, Eric Stephen Knockwood, Gary Hirtle, Jerry Wayne Hirtle, Edward Joseph Peter-Paul, Angus Michael Googoo, Lawrence Eric Hammond, Thomas M. Howe, Daniel Joseph Johnson, Dominic George Johnson, James Bernard Johnson, Preston Macdonald, Kenneth M. Marshall, Stephen Maurice Peter-Paul, Leon R. Robinson et Phillip F. Young *Intimés/appellants au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Forest Products Association of Nova Scotia, Keptin John Joe Sark et Keptin Frank Nevin (du Grand Conseil Mi'kmaq), Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Congrès des peuples autochtones, Assemblée des Premières Nations et Bande indienne de Songhees, Première nation de Malahat, Première nation des

Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations) *Interveniers*

T'Sou-ke, Première nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations des Te'mexw) *Intervenants*

and between

et entre

Her Majesty The Queen *Appellant*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

v.

c.

Joshua Bernard *Respondent*

Joshua Bernard *Intimé*

and

et

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Union of New Brunswick Indians, New Brunswick Forest Products Association, Keptin John Joe Sark and Keptin Frank Nevin (of the Mi'kmaq Grand Council), Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Congress of Aboriginal Peoples, Assembly of First Nations and Songhees Indian Band, Malahat First Nation, T'Sou-ke First Nation, Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations) *Interveniers*

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Union of New Brunswick Indians, Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick, Keptin John Joe Sark et Keptin Frank Nevin (du Grand Conseil Mi'kmaq), Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Congrès des peuples autochtones, Assemblée des Premières Nations et Bande indienne de Songhees, Première nation de Malahat, Première nation des T'Sou-ke, Première nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations des Te'mexw) *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. MARSHALL; R. v. BERNARD

RÉPERTORIÉ : R. c. MARSHALL; R. c. BERNARD

Neutral citation: 2005 SCC 43.

Référence neutre : 2005 CSC 43.

File Nos.: 30063, 30005.

N^{os} du greffe : 30063, 30005.

2005: January 17, 18; 2005: July 20.

2005 : 17, 18 janvier; 2005 : 20 juillet.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, LeBel, Fish, Abella et Charron.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIAEN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSEON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICKEN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

Indians — Treaty rights — Logging — Interpretation of truckhouse clause — Mi'kmaq Indians charged with cutting and removing timber from Crown lands without authorization, or with unlawful possession of Crown timber — Whether Mi'kmaq in Nova Scotia and New Brunswick have treaty right to log on Crown lands for commercial purposes.

Indiens — Droits issus de traités — Coupe de bois — Interprétation de la clause relative aux maisons de troc — Indiens mi'kmaq accusés d'avoir coupé et enlevé du bois sans autorisation sur des terres publiques, ou de possession illégale de bois provenant des terres publiques — Les Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont-ils, en vertu des traités, le droit d'exploiter commercialement les ressources forestières sur les terres publiques?

Indians — Aboriginal title — Logging sites — Mi'kmaq Indians charged with cutting and removing timber from Crown lands without authorization, or with unlawful possession of Crown timber — Whether Mi'kmaq hold aboriginal title to lands they logged — Standard of occupation and type of evidence required to prove title — Whether Royal Proclamation of 1763 or Belcher's Proclamation of 1762 granted aboriginal title to Mi'kmaq.

Indiens — Titre aborigène — Lieux de coupe du bois — Indiens mi'kmaq accusés d'avoir coupé et enlevé du bois sans autorisation sur des terres publiques, ou de possession illégale de bois provenant des terres publiques — Les Mi'kmaq ont-ils un titre aborigène sur le territoire où ils ont coupé du bois? — Norme d'occupation et nature de la preuve nécessaires pour établir le titre — La Proclamation royale de 1763 ou la Proclamation de Belcher de 1762 ont-elles accordé le titre aborigène aux Mi'kmaq?

This appeal deals with two cases. In *Marshall*, 35 Mi'kmaq Indians were charged with cutting timber on Crown lands in Nova Scotia without authorization. In *Bernard*, a Mi'kmaq Indian was charged with unlawful possession of spruce logs he was hauling from the cutting site to the local saw mill. The logs had been cut on Crown lands in New Brunswick. In both cases, the accused argued that as Mi'kmaq Indians, they were not required to obtain provincial authorization to log because they have a right to log on Crown lands for commercial purposes pursuant to treaty or aboriginal title. The trial courts entered convictions which were upheld by the summary conviction courts. The courts of appeal set aside the convictions. A new trial was ordered in *Marshall* and an acquittal entered in *Bernard*.

Ce pourvoi concerne deux affaires. Dans *Marshall*, 35 Indiens mi'kmaq ont été accusés d'avoir coupé des arbres sans autorisation sur des terres publiques en Nouvelle-Écosse. Dans *Bernard*, un Indien mi'kmaq a été accusé de possession illégale de grumes d'épinette qu'il transportait de la zone de coupe à la scierie locale. Ces grumes avaient été coupées sur des terres publiques au Nouveau-Brunswick. Dans les deux cas, les accusés ont soutenu qu'étant des Mi'kmaq, ils n'étaient pas tenus d'obtenir une autorisation provinciale pour couper du bois sur les terres publiques parce qu'ils ont le droit de se livrer à l'exploitation forestière commerciale conformément au traité ou au titre aborigène. Les juges de première instance ont déclaré les accusés coupables, et ces verdicts ont été maintenus par les tribunaux d'appel en matières sommaires. Les cours d'appel ont annulé les déclarations de culpabilité. Dans *Marshall*, un nouveau procès a été ordonné, et dans *Bernard*, l'accusé a été acquitté.

Held: The appeals should be allowed and the convictions restored. The cross-appeal in *Marshall* should be dismissed.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et les déclarations de culpabilité sont rétablies. Le pourvoi incident dans *Marshall* est rejeté.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Abella and Charron J.J.: The treaties of 1760-61 do not confer on modern Mi'kmaq a right to log contrary to provincial regulation. The truckhouse clause of the treaties

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Abella et Charron : Les traités de 1760-1761 ne confèrent pas aux Mi'kmaq d'aujourd'hui un droit de couper du bois sans observer la réglementation

was a trade clause which only granted the Mi'kmaq the right to continue to trade in items traditionally traded in 1760-61. While the right to trade in traditional products carries with it an implicit right to harvest those resources, this right to harvest is the adjunct of the basic right to trade in traditional products. Nothing in the wording of the truckhouse clause comports a general right to harvest or gather all natural resources then used. The right conferred is the right to trade. The emphasis therefore is not on what products were used, but on what trading activities were in the contemplation of the parties at the time the treaties were made. Only those trading activities are protected. Ancestral trading activities, however, are not frozen in time and the question in each case is whether the modern trading activity in issue represents a logical evolution from the traditional trading activities at the time the treaties were made. Here, the trial judges applied the proper test and the evidence supports their conclusion that the commercial logging that formed the basis of the charges against the accused was not the logical evolution of a traditional Mi'kmaq trading activity in 1760-61. [16-20] [25] [35]

The accused did not establish that they hold aboriginal title to the lands they logged. *Delgamuukw* requires that in analyzing a claim for aboriginal title, both aboriginal and European common law perspectives must be considered. The court must examine the nature and extent of the pre-sovereignty aboriginal practice and translate that practice into a modern common law right. Since different aboriginal practices correspond to different modern rights, the question is whether the practices established by the evidence, viewed from the aboriginal perspective, correspond to the core of the common law right claimed. Here, the accused did not assert an aboriginal right to harvest forest resources but aboriginal title *simpliciter*. Aboriginal title to land is established by aboriginal practices that indicate possession similar to that associated with title at common law. The evidence must prove "exclusive" pre-sovereignty "occupation" of the land by their forebears. "Occupation" means "physical occupation" and "exclusive occupation" means an intention and capacity to retain exclusive control of the land. However, evidence of acts of exclusion is not required. All that is required is demonstration of effective control of the land by the group, from which a reasonable inference can be drawn that the group could have excluded others had it chosen to do so. Typically, this

provinciale. La clause des traités relative aux maisons de troc est une clause commerciale qui a simplement accordé aux Mi'kmaq le droit de continuer le commerce des articles dont ils faisaient déjà le commerce en 1760-1761. Alors que le droit de faire le commerce de produits traditionnels suppose implicitement le droit de récolter ces ressources, ce droit de récolte est un accessoire du droit principal de faire le commerce de produits traditionnels. Le libellé de la clause relative aux maisons de troc ne confère d'aucune façon un droit général de récolter ou de cueillir toutes les ressources naturelles alors utilisées. Le droit conféré est le droit de commercer. On ne met pas l'accent sur les produits qui étaient utilisés, mais sur les activités commerciales que les parties envisageaient au moment de la conclusion des traités. Seules ces activités commerciales sont protégées. Cependant, les activités commerciales ancestrales ne sont pas figées dans le temps et la question est de savoir dans chaque cas si l'activité commerciale actuelle en cause procède de l'évolution logique du commerce traditionnel pratiqué au moment des traités. En l'espèce, les juges des procès ont appliqué le critère approprié et la preuve étaye leur conclusion selon laquelle l'exploitation forestière commerciale à la base des accusations portées contre les accusés ne constituait pas l'évolution logique d'une activité commerciale traditionnelle des Mi'kmaq en 1760-1761. [16-20] [25] [35]

Les accusés n'ont pas établi qu'ils détiennent un titre aborigène sur le territoire où le bois a été coupé. L'arrêt *Delgamuukw* exige, lors de l'analyse d'une revendication du titre aborigène, qu'il soit tenu compte à la fois du point de vue des Autochtones et de la perspective de la common law européenne. Le tribunal doit examiner la nature et la portée de la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté et transposer cette pratique en un droit de common law moderne. Puisque des pratiques autochtones différentes correspondent à des droits modernes différents, il faut se demander si les pratiques établies par la preuve, considérées du point de vue autochtone, correspondent aux éléments fondamentaux du droit de common law revendiqué. En l'espèce, les accusés n'ont pas revendiqué un droit ancestral de récolter des ressources forestières mais le titre aborigène en soi. Le titre aborigène sur des terres s'établit au moyen de pratiques autochtones indiquant une possession semblable à la possession associée au titre de propriété en common law. La preuve doit démontrer que le territoire faisait l'objet, antérieurement à l'affirmation de la souveraineté, d'une « occupation » « exclusive » par les ancêtres de ceux qui revendiquent le titre. L'« occupation » s'entend de « l'occupation physique », et « l'occupation exclusive » s'entend de l'intention et de la capacité de garder le contrôle

is established by showing regular occupancy or use of definite tracts of land for hunting, fishing or the exploitation of resources. These principles apply to nomadic and semi-nomadic aboriginal groups; the right in each case depends on what the evidence establishes. Continuity is required, in the sense of showing the group's descent from the pre-sovereignty group whose practices are relied on for the right. On all these matters, evidence of oral history is admissible, provided it meets the requisite standards of usefulness and reasonable reliability. The trial judges in both cases applied the proper test in requiring proof of sufficiently regular and exclusive use of the cutting sites by Mi'kmaq people at the time of the assertion of sovereignty, and there is no ground to interfere with their conclusions that the evidence did not establish aboriginal title. [45-60] [70] [72]

The text, the jurisprudence and historic policy all support the conclusion that the *Royal Proclamation* of 1763 did not reserve aboriginal title to the Mi'kmaq in the former colony of Nova Scotia. On the evidence, there is also no basis for finding title to the cutting sites in *Belcher's Proclamation*. [96] [106]

Per LeBel and Fish JJ.: The protected treaty right includes not only a right to trade but also a corresponding right of access to resources for the purpose of engaging in trading activities. The treaty right comprises both a right to trade and a right of access to resources: there is no right to trade in the abstract because a right to trade implies a corresponding right of access to resources for trade. There are limits, however, to the trading activities and access to resources that are protected by the treaty. Only those types of resources traditionally gathered in the Mi'kmaq economy for trade purposes would reasonably have been in the contemplation of the parties to the treaties of 1760-61. In order to be protected under those treaties, trade in forest products must be the modern equivalent or a logical evolution of Mi'kmaq use of forest products at the time the treaties were signed. On the facts of these cases, the evidence supports the conclusion that trade in forest products was not contemplated by the parties and that logging is not a logical evolution

exclusif du territoire. Il n'est cependant pas nécessaire de faire la preuve d'actes d'exclusion. Il suffit de démontrer que le groupe a exercé un contrôle effectif sur un territoire, ce qui permet raisonnablement de conclure que le groupe pourrait avoir exclu d'autres personnes s'il l'avait voulu. La possession se prouve généralement en démontrant l'occupation ou l'utilisation régulières de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou l'exploitation des ressources. Ces principes s'appliquent aux groupes autochtones nomades et semi-nomades; dans chaque cas, le droit dépend de ce qu'établit la preuve. La continuité est nécessaire, en ce sens que le groupe doit démontrer qu'il descend, depuis la période précédant l'affirmation de la souveraineté, du groupe sur les pratiques duquel repose la revendication du droit. Pour tous ces points, la preuve par récits oraux est admissible si elle satisfait aux normes d'utilité et de fiabilité raisonnable. Dans chaque cas, le juge du procès a appliqué le bon critère en exigeant la preuve d'une utilisation suffisamment régulière et exclusive des zones de coupe par le peuple mi'kmaq à l'époque de l'affirmation de la souveraineté, et il n'existe aucun motif de modifier leur conclusion suivant laquelle la preuve n'établissait pas l'existence du titre aborigène. [45-60] [70] [72]

Le texte de la *Proclamation royale* de 1763, la jurisprudence et la politique historiquement poursuivie font tous conclure que la *Proclamation royale* n'a pas réservé le titre aborigène aux Mi'kmaq de l'ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse. Selon la preuve, rien ne permet de conclure que la *Proclamation de Belcher* ait conféré un titre sur les lieux de coupe du bois. [96] [106]

Les juges LeBel et Fish : Le droit protégé par un traité comprend non seulement un droit de commercer, mais également un droit corrélatif d'accès aux ressources permettant de se livrer à des activités commerciales. Le droit issu du traité comprend à la fois un droit de commercer et un droit d'accès aux ressources : le droit de commercer n'existe pas dans l'absolu parce que ce droit suppose un droit corrélatif d'accès aux ressources pour en faire le commerce. L'activité commerciale et l'accès aux ressources protégés par le traité comportent toutefois des limites. Seules les ressources qui étaient traditionnellement visées par les activités de cueillette en vue du commerce dans le cadre de l'économie mi'kmaq auraient raisonnablement été envisagées par les parties aux traités de 1760-1761. Pour bénéficier de la protection conférée par ces traités, le commerce des produits forestiers doit constituer l'équivalent moderne ou une évolution logique de l'utilisation que les Mi'kmaq faisaient des produits forestiers au moment de la conclusion des traités. Selon les faits de ces affaires, la preuve permet de conclure que le

of the activities traditionally engaged in by Mi'kmaq at the time the treaties were entered into. [110-118]

In the context of aboriginal title claims, aboriginal conceptions of territoriality, land use and property should be used to modify and adapt the traditional common law concepts of property in order to develop an occupancy standard that incorporates both the aboriginal and common law approaches. However, the role of the aboriginal perspective cannot be simply to help in the interpretation of aboriginal practices in order to assess whether they conform to common law concepts of title. The patterns and nature of aboriginal occupation of land should inform the standard necessary to prove aboriginal title. The common law notion that "physical occupation is proof of possession" remains but is not the governing criterion: the nature of the occupation is shaped by the aboriginal perspective, which includes a history of nomadic or semi-nomadic modes of occupation. Since proof of aboriginal title relates to the manner in which the group used and occupied the land prior to the assertion of Crown sovereignty, the mere fact that an aboriginal group travelled within its territory and did not cultivate the land should not take away from its title claim. Therefore, anyone considering the degree of occupation sufficient to establish title must be mindful that aboriginal title is ultimately premised upon the notion that the specific land or territory at issue was of central significance to the aboriginal group's culture. Occupation should be proved by evidence not of regular and intensive use of the land but of the tradition and culture of the group that connect it with the land. Thus, intensity of use is related not only to common law notions of possession but also to the aboriginal perspective. The record in the courts below lacks the evidentiary foundation necessary to make legal findings on the issue of aboriginal title in respect of the cutting sites in Nova Scotia and New Brunswick and, as a result, the accused in these cases have failed to sufficiently establish their title claim. [127-141]

The appropriateness of litigating aboriginal treaty, rights and title issues in the context of proceedings of a penal nature is doubtful. When issues of aboriginal title

commerce des produits forestiers n'était pas envisagé par les parties et que l'exploitation forestière ne constitue pas l'évolution logique des activités auxquelles s'adonnaient traditionnellement les Mi'kmaq au moment de la conclusion des traités. [110-118]

Dans le contexte des revendications relatives au titre aborigène, il faudrait recourir à des conceptions autochtones de territorialité, d'utilisation du territoire et de propriété pour modifier et adapter les notions traditionnelles de propriété en common law afin d'élaborer une norme d'occupation qui intègre les perspectives autochtone et de common law. Cependant, le rôle du point de vue autochtone ne peut se limiter à faciliter l'interprétation des pratiques autochtones dans le but de déterminer si celles-ci sont compatibles avec les concepts de la common law en matière de titre. Les modes et la nature de l'occupation autochtone du territoire devraient servir à définir la norme nécessaire pour établir le titre aborigène. La notion de la common law selon laquelle « l'occupation physique fait preuve de la possession » subsiste mais ne représente pas le critère déterminant : la nature de l'occupation se définit en fonction d'un point de vue autochtone, qui comprend une histoire de modes d'occupation nomades et semi-nomades. Puisque la preuve du titre aborigène est liée à la manière dont le groupe autochtone a utilisé et occupé le territoire avant l'affirmation de la souveraineté, le simple fait qu'un groupe autochtone s'est déplacé à l'intérieur de son territoire et n'a pas cultivé la terre ne devrait rien enlever à sa revendication de titre. Par conséquent, dans l'examen du degré d'occupation suffisant pour établir l'existence d'un titre, il faut tenir compte du fait que le titre aborigène repose en définitive sur l'idée que la terre ou le territoire en cause avait, pour la culture du groupe autochtone, une importance fondamentale. La preuve de l'occupation devrait donc être établie, non pas par une preuve d'utilisation intensive et régulière du territoire, mais à l'aide des éléments des traditions et de la culture du groupe qui le relie à la terre. Ainsi, l'intensité de l'utilisation est liée non seulement aux notions de possession en common law, mais aussi au point de vue autochtone. Le dossier présenté aux juridictions inférieures n'offre pas le fondement probatoire nécessaire pour tirer des conclusions de droit sur la question du titre aborigène à l'égard des lieux de coupe situés en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick et de ce fait, les accusés aux présents pourvois n'ont pas réussi à établir de manière suffisante le bien-fondé de leur revendication de titre. [127-141]

Il faut s'interroger sur l'opportunité de débattre les questions de traité autochtone, de droits ancestraux et de titre aborigène dans le contexte de procès criminels.

or other aboriginal rights claims arise in the context of summary conviction proceedings, it may be most beneficial to all concerned to seek a temporary stay of the charges so that the aboriginal claim can be properly litigated in the civil courts. Once the aboriginal rights claim to the area in question is settled, the Crown could decide whether or not to proceed with the criminal charges. [142-144]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *Powell v. McFarlane* (1977), 38 P. & C.R. 452; *Red House Farms (Thorndon) Ltd. v. Catchpole*, [1977] E.G.D. 798; *Keefer v. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 1 Q.B. 892; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025.

By LeBel J.

Referred to: *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Crown Lands Act, R.S.N.S. 1989, c. 114, s. 29.
Crown Lands and Forests Act, S.N.B. 1980, c. C-38.1, s. 67(1)(c).

Treaties and Proclamations

Belcher's Proclamation (1762).
 Mi'kmaq Treaties of 1760-61.
Royal Proclamation (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1.
 Treaty of Paris (1763).

Lorsque des questions de titre aborigène ou d'autres revendications de droits ancestraux sont soulevées dans le cadre de procédures sommaires, il pourrait être plus avantageux, pour toutes les personnes concernées, de demander la suspension temporaire des accusations afin de permettre que la revendication autochtone soit régulièrement débattue devant les tribunaux civils. Une fois tranchée la revendication des droits ancestraux sur la région en cause, le ministère public pourrait alors décider de l'opportunité de poursuivre les accusations criminelles. [142-144]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *Powell c. McFarlane* (1977), 38 P. & C.R. 452; *Red House Farms (Thorndon) Ltd. c. Catchpole*, [1977] E.G.D. 798; *Keefer c. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 1 Q.B. 892; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

Lois et règlements cités

Crown Lands Act, R.S.N.S. 1989, ch. 114, art. 29.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi sur les terres et forêts de la Couronne, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, art. 67(1)c).

Traités et proclamations

Proclamation de Belcher (1762).
Proclamation royale (1763), L.R.C. 1985, app. II, n° 1.
 Traité de Paris (1763).
 Traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et en 1761.

Authors Cited

- Borrows, John. "Creating an Indigenous Legal Community" (2005), 50 *McGill L.J.* 153.
- Canada. Canadian Archives. *Documents Relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791, Selected and Edited with Notes by Adam Shortt and Arthur G. Doughty*, 2nd and rev. ed. by the Historical Documents Publication Board, Part I. Ottawa: King's Printer, 1918.
- Hepburn, Samantha. "Feudal Tenure and Native Title: Revising an Enduring Fiction" (2005), 27 *Sydney L. Rev.* 49.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Cromwell, Saunders and Oland J.J.A.) (2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 687 A.P.R. 78, [2004] 1 C.N.L.R. 211, [2003] N.S.J. No. 361 (QL), 2003 NSCA 105, allowing an appeal from a judgment of Scanlan J. (2002), 202 N.S.R. (2d) 42, 632 A.P.R. 42, [2002] 3 C.N.L.R. 176, [2002] N.S.J. No. 98 (QL), 2002 NSSC 57, dismissing an appeal from a judgment of Curran Prov. Ct. J. (2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 596 A.P.R. 323, [2001] 2 C.N.L.R. 256, [2001] N.S.J. No. 97 (QL), 2001 NSPC 2, convicting the accused of cutting and removing timber from Crown land without authorization. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Daigle, Deschênes and Robertson J.J.A.) (2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 688 A.P.R. 1, 230 D.L.R. (4th) 57, 4 C.E.L.R. (3d) 1, [2003] 4 C.N.L.R. 48, [2003] N.B.J. No. 320 (QL), 2003 NBCA 55, allowing an appeal from a judgment of Savoie J. (2001), 239 N.B.R. (2d) 173, 619 A.P.R. 173, [2002] 3 C.N.L.R. 141, [2001] N.B.J. No. 259 (QL), 2001 NBQB 82, dismissing an appeal from a judgment of Lordon Prov. Ct. J., [2000] 3 C.N.L.R. 184, [2000] N.B.J. No. 138 (QL), convicting the accused of possessing timber from Crown land without authorization. Appeal allowed.

Alexander M. Cameron, William D. Delaney and James Clarke, for the appellant/respondent on the cross-appeal in *Marshall* and the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Doctrine citée

- Borrows, John. « Creating an Indigenous Legal Community » (2005), 50 *R.D. McGill* 153.
- Canada. Archives publiques. *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791, choisis et édités avec notes par Adam Shortt et Arthur G. Doughty*, 2^e éd. rév. par le Bureau de publication des documents historiques, Première partie. Ottawa : Imprimeur du Roi, 1921.
- Hepburn, Samantha. « Feudal Tenure and Native Title : Revising an Enduring Fiction » (2005), 27 *Sydney L. Rev.* 49.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford : Clarendon Press, 1989.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Cromwell, Saunders et Oland) (2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 687 A.P.R. 78, [2004] 1 C.N.L.R. 211, [2003] N.S.J. No. 361 (QL), 2003 NSCA 105, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Scanlan (2002), 202 N.S.R. (2d) 42, 632 A.P.R. 42, [2002] 3 C.N.L.R. 176, [2002] N.S.J. No. 98 (QL), 2002 NSSC 57, qui avait rejeté un appel d'un jugement du juge Curran (2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 596 A.P.R. 323, [2001] 2 C.N.L.R. 256, [2001] N.S.J. No. 97 (QL), 2001 NSPC 2, déclarant les accusés coupables d'avoir coupé et enlevé des arbres sur des terres de la Couronne sans autorisation. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Daigle, Deschênes et Robertson) (2003), 262 R.N.-B. (2^e) 1, 688 A.P.R. 1, 230 D.L.R. (4th) 57, 4 C.E.L.R. (3d) 1, [2003] 4 C.N.L.R. 48, [2003] A.N.-B. n^o 320 (QL), 2003 NBCA 55, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Savoie (2001), 239 R.N.-B. (2^e) 173, 619 A.P.R. 173, [2002] 3 C.N.L.R. 141, [2001] A.N.-B. n^o 259 (QL), 2001 NBBR 82, qui avait rejeté un appel d'un jugement du juge Lordon, [2000] 3 C.N.L.R. 184, [2000] A.N.-B. n^o 138 (QL), déclarant l'accusé coupable d'avoir en sa possession, sans autorisation, du bois provenant des terres de la Couronne. Pourvoi accueilli.

Alexander M. Cameron, William D. Delaney et James Clarke, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident dans *Marshall* et pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

William B. Richards, Pierre Castonguay, Sylvain Lussier and Iain R. W. Hollett, for the appellant in *Bernard* and the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Bruce H. Wildsmith, Q.C., and *Eric A. Zscheile*, for the respondents/appellants on the cross-appeal in *Marshall* and the respondent in *Bernard*.

Mitchell R. Taylor and Charlotte Bell, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert H. Ratcliffe and Mark Crow, for the intervener the Attorney General of Ontario.

René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

John J. L. Hunter, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert J. Normey and Donald Kruk, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Donald H. Burrage, Q.C., and *Justin S. C. Mellor*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Thomas E. Hart and Harvey L. Morrison, Q.C., for the intervener the Forest Products Association of Nova Scotia.

D. Bruce Clarke, for the interveners Keptin John Joe Sark and Keptin Frank Nevin (of the Mi'kmaq Grand Council), the Native Council of Nova Scotia and the New Brunswick Aboriginal Peoples Council.

Andrew K. Lokan and Joseph E. Magnet, for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples.

Bryan P. Schwartz and Candice Metallic, for the intervener the Assembly of First Nations.

Robert J. M. Janes and Dominique Nouvet, for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations).

William B. Richards, Pierre Castonguay, Sylvain Lussier et Iain R. W. Hollett, pour l'appelante dans *Bernard* et l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Bruce H. Wildsmith, c.r., et *Eric A. Zscheile*, pour les intimés/appellants au pourvoi incident dans *Marshall* et pour l'intimé dans *Bernard*.

Mitchell R. Taylor et Charlotte Bell, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert H. Ratcliffe et Mark Crow, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

René Morin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

John J. L. Hunter, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert J. Normey et Donald Kruk, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Donald H. Burrage, c.r., et *Justin S. C. Mellor*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Thomas E. Hart et Harvey L. Morrison, c.r., pour l'intervenante Forest Products Association of Nova Scotia.

D. Bruce Clarke, pour les intervenants Keptin John Joe Sark et Keptin Frank Nevin (du Grand Conseil Mi'kmaq), Native Council of Nova Scotia et New Brunswick Aboriginal Peoples Council.

Andrew K. Lokan et Joseph E. Magnet, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

Bryan P. Schwartz et Candice Metallic, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Robert J. M. Janes et Dominique Nouvet, pour les intervenantes la Bande indienne de Songhees, la Première nation de Malahat, la Première nation de T'Sou-ke, la Première nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et la Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations des Te'mexw).

Daniel R. Theriault, for the intervener the Union of New Brunswick Indians.

Mahmud Jamal and Neil Paris, for the intervener the New Brunswick Forest Products Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Abella and Charron JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

Can members of the Mi'kmaq people in Nova Scotia and New Brunswick engage in commercial logging on Crown lands without authorization, contrary to statutory regulation? More precisely, do they have treaty rights or aboriginal title entitling them to do so? These are the central issues on this appeal.

In the *Marshall* case, Stephen Frederick Marshall and 34 other Mi'kmaq Indians were charged with cutting timber on Crown lands without authorization, contrary to s. 29 of the *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, c. 114, between November 1998 and March 1999. The logging took place in five counties on mainland Nova Scotia and three counties on Cape Breton Island, in the Province of Nova Scotia. The accused admitted all the elements of the offence, except lack of authorization.

In the *Bernard* case, Joshua Bernard, a Mi'kmaq Indian, was charged with unlawful possession of 23 spruce logs he was hauling from the cutting site to the local saw mill in contravention of s. 67(1)(c) of the *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1, as amended. Another member of the Miramichi Mi'kmaq community had cut the logs from Crown lands in the Sevole area of the watershed region of the Northwest Miramichi River, in the Province of New Brunswick. Like the accused in *Marshall*, Bernard argued that as a Mi'kmaq,

Daniel R. Theriault, pour l'intervenante Union of New Brunswick Indians.

Mahmud Jamal et Neil Paris, pour l'intervenante l'Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Abella et Charron rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Des membres du peuple mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick peuvent-ils se livrer à l'exploitation forestière commerciale sur les terres publiques sans l'autorisation requise par la loi? Plus précisément, possèdent-ils des droits issus de traités ou un titre aborigène les autorisant à mener ces activités? Voilà les questions fondamentales que soulève ce pourvoi.

Dans l'affaire *Marshall*, Stephen Frederick Marshall et 34 autres Indiens mi'kmaq ont été accusés d'avoir coupé des arbres sans autorisation sur des terres publiques, entre les mois de novembre 1998 et de mars 1999, en contravention de l'art. 29 de la *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 114. L'abattage s'est pratiqué dans cinq comtés de la partie continentale de la Nouvelle-Écosse et dans trois comtés de l'île du Cap-Breton, en Nouvelle-Écosse. Les accusés ont admis tous les éléments de l'infraction, sauf l'absence d'autorisation.

Dans l'affaire *Bernard*, Joshua Bernard, un Indien mi'kmaq, a été accusé de possession illégale de 23 grumes d'épinette qu'il transportait de la zone de coupe à la scierie locale en contravention de l'al. 67(1)(c) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, et ses modifications. Un autre membre de la communauté mi'kmaq de Miramichi avait coupé ces grumes sur des terres publiques dans le secteur de Sevole de la région du bassin hydrographique de la rivière Northwest Miramichi, au Nouveau-

1

2

3

he was not required to obtain authorization to log.

4 In both cases the trial courts entered convictions. In both cases, these convictions were upheld by the summary appeal court. And in both cases, these decisions were reversed by the Court of Appeal. In *Marshall*, the convictions were set aside and a new trial ordered. In *Bernard*, the conviction was set aside and an acquittal entered.

5 The significance of these cases transcends the charges at stake. They were used as vehicles for determining whether Mi'kmaq peoples in Nova Scotia and New Brunswick have the right to log on Crown lands for commercial purposes pursuant to treaty or aboriginal title. Many witnesses, including experts in aboriginal history and treaty interpretation, testified. The trial judges made detailed findings of fact and the Justices of the Court of Appeal wrote extensive reasons. The cases now come before us for final determination of the issues.

6 I conclude that the trial judges in each case correctly held that the respondents' treaty rights did not extend to commercial logging and correctly rejected the claim for aboriginal title in the relevant areas. I would thus allow the appeals, dismiss the cross-appeal in *Marshall* and restore the convictions.

II. Aboriginal Treaty Right

A. *The Background: Marshall 1 and Marshall 2*

7 In 1760 and 1761, the British Crown concluded "Peace and Friendship" treaties with the Mi'kmaq peoples of the former colony of Nova Scotia, now the Provinces of Nova Scotia and New Brunswick. The British had succeeded in driving the French from the area. The Mi'kmaq and French had been

Brunswick. Comme l'accusé dans l'affaire *Marshall*, M. Bernard a soutenu qu'étant un Mi'kmaq, il n'était pas tenu d'obtenir une autorisation pour se livrer à l'exploitation forestière.

Dans les deux cas, le juge du procès a déclaré les accusés coupables, et ces verdicts ont été maintenus par le tribunal d'appel en matières sommaires. Et dans les deux cas, les cours d'appel ont infirmé la décision. Dans *Marshall*, la cour a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Dans *Bernard*, la cour a annulé la déclaration de culpabilité et lui a substitué un verdict d'acquittal.

L'importance de ces affaires transcende les accusations en cause. Elles ont amené les tribunaux à déterminer si les peuples mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont le droit d'exploiter commercialement les ressources forestières des terres publiques en vertu des traités ou du titre aborigène. Plusieurs témoins ont été entendus, notamment des spécialistes en histoire autochtone et en interprétation des traités. Les juges des procès ont formulé des conclusions de fait détaillées et les juges des cours d'appel ont rendu des motifs fouillés. Notre Cour doit maintenant rendre une décision finale sur ces questions.

J'estime que les juges des procès ont à bon droit conclu, dans chaque cas, que les droits issus de traités dont se réclamaient les défendeurs n'englobent pas l'exploitation forestière commerciale et qu'ils ont correctement rejeté la revendication du titre aborigène sur les zones visées. Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois, de rejeter le pourvoi incident dans *Marshall* et de rétablir les déclarations de culpabilité.

II. Droits issus de traités des Autochtones

A. *Le contexte : Marshall 1 et Marshall 2*

En 1760 et 1761, la Couronne britannique a conclu des traités « de paix et d'amitié » avec les peuples mi'kmaq de l'ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse, dont sont issues les provinces de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick. Les Britanniques avaient réussi à déloger les Français de la région. Ces

allies and trading partners for almost 250 years. The British, having defeated the French, wanted peace with the Mi'kmaq. To this end, they entered into negotiations, which resulted in the Peace and Friendship treaties. The existence of a treaty and a right to claim under it are questions of fact to be determined in each case. Although different treaties were made with different groups, for the purposes of this case we assume that the main terms were the same, similar to those in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 (“*Marshall 1*”).

A critical aspect of the treaties was the trading clause, whereby the British agreed to set up trading posts, or “truckhouses”, and the Mi'kmaq agreed to trade only at those posts, instead of with others, like their former allies, the French. In the crucial clause, the Mi'kmaq Chiefs agreed:

And I do further engage that we will not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons or the managers of such Truck houses as shall be appointed or Established by His Majesty's Governor

The pact was mutual. The English were desirous of ensuring that the Mi'kmaq could continue to peacefully live in the area. To do this, the Mi'kmaq needed to trade for European goods, as they had been doing for more than two centuries. The English wanted the Mi'kmaq to do this with them, and not with the French. For their part, the Mi'kmaq wanted assurance that the English would provide trading posts where they could barter their goods and obtain necessities.

In *Marshall 1*, a member of the Mi'kmaq nation was charged with fishing and selling eels contrary to Federal regulations. The defendant in that case, Donald Marshall Jr., admitted that he had caught and sold several hundred pounds of eel out of season. His defense was that the truckhouse clause

derniers commerçaient avec les Mi'kmaq depuis près de 250 ans et avaient conclu des alliances avec eux. Après avoir défait les Français, les Britanniques souhaitaient la paix avec les Mi'kmaq. À cette fin, ils ont entrepris des négociations qui ont conduit à la conclusion de traités de paix et d'amitié. L'existence d'un traité et du droit de s'en prévaloir sont des questions de fait qu'il faut trancher en fonction de chaque affaire. Bien que différents traités aient été conclus avec différents groupes, nous tenons pour acquis, en l'espèce, que les principales clauses de ceux-ci sont identiques et qu'elles sont analogues à celles qui ont été examinées dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« *Marshall 1* »).

La clause de ces traités relative au commerce en constituait un aspect fondamental. Selon cette clause, les Britanniques acceptaient d'établir des postes de traite ou « maisons de troc », et les Mi'kmaq acceptaient de ne faire commerce qu'à ces établissements plutôt qu'avec d'autres personnes, comme leurs anciens alliés français. Voici ce qu'acceptaient les chefs mi'kmaq dans cette clause :

[TRADUCTION] Et je prends en outre l'engagement que nous ne trafiquerons, ne troquerons et n'échangerons aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté

Il s'agissait d'une entente réciproque. Les Anglais voulaient s'assurer que les Mi'kmaq continuent à vivre paisiblement dans la région. Pour cela, les Mi'kmaq devaient pouvoir se procurer des marchandises européennes par le troc, comme ils l'avaient fait pendant plus de deux siècles. Les Anglais voulaient que les Mi'kmaq commercent avec eux et non avec les Français, et les Mi'kmaq désiraient avoir l'assurance que les Anglais établiraient des postes de traite où ils pourraient échanger leurs produits contre des biens nécessaires.

Dans *Marshall 1*, un membre de la nation mi'kmaq était accusé d'avoir pêché et vendu des anguilles en contravention de la réglementation fédérale. Le défendeur dans cette affaire, Donald Marshall Jr., avait admis avoir pêché et vendu plusieurs centaines de livres d'anguilles hors saison. Il avait invoqué en

of the treaties of 1760-61 gave him the right to catch and trade fish. The issue before the Court was whether the treaties conferred this right.

10 The majority of this Court concluded that the truckhouse clause amounted to a promise on the part of the British that the Mi'kmaq would be allowed to engage in traditional trade activities so as to obtain a moderate livelihood from the land and sea. The Mi'kmaq had traded in fish at the time of the treaties. Marshall's activity could be characterized as fishing in order to obtain a moderate livelihood. It was thus the logical evolution of an aboriginal activity protected by the treaties. Marshall was acquitted.

11 In response to a subsequent application for a rehearing, the Court issued reasons now known as *Marshall 2* (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533). In the course of these reasons, the Court commented on the nature of the right and the implication of *Marshall 1* on the right of the Mi'kmaq to harvest and sell other resources. It stated that treaty rights pertaining to activities other than fishing, like logging, would fall to be decided on such evidence as might be led in future cases directed to that issue.

12 Relying on their interpretation of *Marshall 1*, the respondents commenced logging activities on Crown lands in Nova Scotia and New Brunswick without authorization. They were arrested and charged. They raised the treaties and *Marshall 1* and 2 in support of the defense that they were entitled to log for commercial purposes without permit. Their arguments were rejected at trial and on summary appeal, but accepted on appeal to their respective provincial courts of appeal. The issue of whether the treaties of 1760-61 grant modern Mi'kmaq a right to log contrary to provincial regulation is now squarely before this Court.

défense que la clause relative aux maisons de troc des traités de 1760-1761 lui donnait le droit de pêcher et de vendre ses prises. La Cour devait décider si les traités conféraient un tel droit.

Les juges majoritaires de la Cour ont conclu que la clause relative aux maisons de troc constituait une promesse faite par les Britanniques aux Mi'kmaq qu'ils pourraient poursuivre leurs activités commerciales traditionnelles afin de s'assurer une subsistance convenable à même les produits de la terre et de la mer. Les Mi'kmaq faisaient le commerce du poisson au moment des traités, et on pouvait dire que Marshall pêchait dans le but de s'assurer une subsistance convenable. Il s'agissait donc de l'évolution logique d'une activité autochtone protégée par les traités. Marshall a été acquitté.

Statuant sur une demande de nouvelle audition du pourvoi, la Cour a rendu l'arrêt maintenant connu sous l'intitulé *Marshall 2* (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533). Dans ses motifs, la Cour a traité de la nature du droit issu des traités et de la portée de l'arrêt *Marshall 1* sur le droit des Mi'kmaq de récolter et vendre d'autres ressources. Elle a déclaré que les droits issus de traités se rapportant à des activités autres que la pêche, comme l'exploitation forestière, devraient être déterminés en fonction de la preuve soumise dans de futures affaires portant sur ces questions.

Faisant fond sur leur interprétation de l'arrêt *Marshall 1*, les intimés ont commencé à exploiter les ressources forestières de terres publiques situées en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick sans avoir obtenu d'autorisation. Ils ont été arrêtés et accusés. Ils ont invoqué les traités ainsi que les arrêts *Marshall 1* et 2 à l'appui de leur moyen de défense selon lequel ils avaient le droit de se livrer à l'exploitation forestière commerciale sans permis. Ce moyen a été rejeté en première instance et en appel en matières sommaires, mais il a été retenu en appel à leur cour d'appel provinciale respective. Notre Cour est donc maintenant directement saisie de la question de savoir si les traités de 1760-1761 confèrent aux Mi'kmaq d'aujourd'hui le droit de pratiquer l'exploitation forestière sans observer la réglementation provinciale.

B. *The Scope of the Treaty Right*

Marshall 1 and 2 held that the treaties of 1760-61 conferred on the Mi'kmaq the right to catch and sell fish for a moderate livelihood, on the ground that this activity was the logical evolution of a trading practice that was within the contemplation of the parties to the treaties. The cases now before us raise issues as to the scope of the right.

The respondents argue that the truckhouse clause, as interpreted in *Marshall 1* and 2, confers a general right to harvest and sell all natural resources which they used to support themselves in 1760. Provided they used a form of the resource either for their own needs or for trade at the time of the treaties, they now have the right to exploit it, unless the government can justify limitations on that exploitation in the broader public interest. The respondents argue that they used forest products for a variety of purposes at the time of the treaties, from housing and heat to sleds and snowshoes, and indeed occasionally traded products made of wood, all to sustain themselves. Logging represents the modern use of the same products, they assert. Therefore the treaties protect it.

This interpretation of the truckhouse clause in the treaties asks what resources were used by the Mi'kmaq to sustain themselves at the time of the treaties, and concludes that these resources continue to be available to the Mi'kmaq for the purpose of gaining a moderate livelihood. It takes *Marshall 2* as confirming that the truckhouse clause conferred a perpetual right to use "the types of resources traditionally 'gathered' in an aboriginal economy" (para. 19). The only question is what was "gathered" or used in 1760. If wood was gathered in any way, for any purpose, in 1760, modern Mi'kmaq have the right to log, subject only to such limits as the government can justify in the greater public good.

B. *La portée du droit issu de traités*

Notre Cour a statué, dans *Marshall 1* et 2, que les traités de 1760-1761 conféraient aux Mi'kmaq le droit de pêcher et de vendre leurs prises pour s'assurer une subsistance convenable, puisque cette activité constituait l'évolution logique d'une pratique commerciale qui était envisagée par les parties aux traités. Les présents pourvois soulèvent des questions quant à la portée de ce droit.

Les intimés prétendent que la clause relative aux maisons de troc, telle qu'elle a été interprétée dans les arrêts *Marshall 1* et 2, confère un droit général de récolter et de vendre toute ressource naturelle qui servait à leur subsistance en 1760. Dans la mesure où les Mi'kmaq employaient alors une ressource sous une forme ou une autre pour subvenir à leurs besoins ou pour faire commerce, ils ont maintenant le droit de l'exploiter à moins que le gouvernement ne démontre que des motifs d'intérêt général plus larges justifient de limiter cette exploitation. Les intimés affirment qu'au moment des traités, ils utilisaient les produits de la forêt à de multiples fins, pour la construction d'habitations ou le chauffage, la fabrication de traîneaux ou de raquettes, et qu'ils faisaient même le commerce d'articles de bois à l'occasion, et tout cela afin de subvenir à leurs besoins. Ils soutiennent que l'exploitation forestière représente l'utilisation moderne de ces mêmes ressources et que, par conséquent, elle est protégée par les traités.

Selon cette interprétation de la clause relative aux maisons de troc, les ressources que les Mi'kmaq utilisaient pour subvenir à leurs besoins au moment des traités continuent de leur être accessibles pour des fins de subsistance convenable. L'arrêt *Marshall 2* confirmerait que la clause conférerait un droit perpétuel d'utilisation « des ressources qui étaient traditionnellement "cueillies" dans le cadre d'une économie autochtone » (par. 19). Il s'agit donc uniquement de déterminer ce qui était « cueilli » ou utilisé en 1760. Si les Mi'kmaq récoltaient du bois en 1760 à quelque fin que ce soit, leurs descendants ont aujourd'hui le droit de se livrer à l'exploitation forestière, sous réserve seulement des restrictions que le gouvernement peut justifier dans l'intérêt supérieur du public.

13

14

15

- 16 The appellant Crown takes a narrower view of the import of the truckhouse clause. It accepts *Marshall 1* and 2, but argues that the respondents misread them. The appellant asserts that these cases did not decide that the truckhouse clause of the treaties granted a perpetual right to any natural resources used or “gathered” at the time, subject only to justification. On its view, the clause merely granted the Mi’kmaq the right to continue to trade in items traded in 1760-61. Only those trading activities were protected; other activities, not within the contemplation of the British and Mi’kmaq of the day, are not protected. The emphasis is not on what products were used, but on what *trading activities* were in the contemplation of the parties at the time the treaties were made. Ancestral trading activities are not frozen in time; the treaty protects modern activities that can be said to be their logical evolution. But new and different trading activities, like modern commercial logging, are not protected. To grant such protection, the appellant asserts, would be to transform the treaty right into something new and different.
- 17 For the reasons that follow, I must reject the respondents’ interpretation of the scope of the right conferred by the truckhouse clause and endorse the view of the appellant. The purpose of the truckhouse clause, the wording of the clause, and holdings of this Court in *Marshall 1* and 2, all lead inexorably to this conclusion.
- 18 I turn first to the purpose of the truckhouse clause as revealed by the historical record. The truckhouse clause was a *trade* clause. It was concerned with what could be traded. As discussed in *Marshall 1*, the British wanted the Mi’kmaq to cease trading with the French, whom they had just defeated, and trade only with them. The Mi’kmaq were willing to do this, but sought assurances that the British would provide trading posts, or truckhouses, where they could trade. The Mi’kmaq had been trading with Europeans for 250 years by this time, and relied on trading their products, like furs
- L’appelante interprète de façon plus restrictive la clause relative aux maisons de troc. Elle accepte les arrêts *Marshall 1* et 2, mais soutient que les intimés ne les interprètent pas correctement. Selon elle, ces arrêts n’ont pas décidé que la clause des traités relative aux maisons de troc accordait un droit perpétuel à toute ressource naturelle utilisée ou « cueillie » à l’époque, sous réserve uniquement des restrictions justifiables. Selon l’appelante, la clause a simplement accordé aux Mi’kmaq le droit de continuer le commerce des articles dont ils faisaient déjà le commerce en 1760-1761. Seules ces activités commerciales sont protégées, les autres activités qui n’étaient pas envisagées par les Britanniques et les Mi’kmaq de cette époque ne sont pas protégées. On ne met pas l’accent sur les produits qui étaient utilisés, mais sur les *activités commerciales* que les parties envisageaient au moment de la conclusion des traités. Les activités commerciales ancestrales ne sont pas figées dans le temps; le traité protège les activités modernes qui procèdent de leur évolution logique. Mais les activités commerciales nouvelles et différentes, telle l’exploitation forestière moderne à des fins commerciales, ne sont pas protégées. L’appelante prétend qu’accorder une telle protection transformerait le droit issu des traités en quelque chose de nouveau et de différent.
- Pour les motifs qui suivent, je dois rejeter l’interprétation que font les intimés de la portée du droit conféré par la clause relative aux maisons de troc et souscrire aux arguments de l’appelante. L’objet de la clause, son libellé et les décisions de notre Cour dans *Marshall 1* et 2 mènent tous inexorablement à cette conclusion.
- J’examine d’abord l’objet de la clause relative aux maisons de troc, tel qu’il se dégage de la preuve historique. Il s’agissait d’une clause *commerciale*. Elle portait sur ce qui pouvait faire l’objet d’échanges commerciaux. Comme l’indique *Marshall 1*, les Britanniques voulaient que les Mi’kmaq ne fassent commerce qu’avec eux et cessent tout négoce avec les Français, qu’ils venaient tout juste de vaincre. Les Mi’kmaq y étaient disposés, mais ils voulaient l’assurance que les Britanniques établiraient des postes de traite, ou maisons de troc, où ils pourraient faire le commerce. Ils commerçaient alors avec des

and fish, in exchange for European wares. The purpose of the truckhouse clause was to give the British the exclusive right to trade with the Mi'kmaq and the Mi'kmaq the assurance that they would be able to trade with the British as they had traded with the French in the past.

Thus, the truckhouse clause was concerned with traditionally traded products. The right to trade in traditional products carried with it an implicit right to harvest those resources: *Marshall 1*, at para. 35. But this right to harvest is the adjunct of the basic right to trade in traditional products. The right conferred is not the right to harvest, in itself, but the right to trade.

This is supported by the wording of the truckhouse clause. It speaks only of trade. The Mi'kmaq affirmed "that we will not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons or the managers of such Truck houses as shall be appointed or Established by His Majesty's Governor". Nothing in these words comports a general right to harvest or gather all natural resources then used.

The historic records and the wording of the truckhouse clause indicate that what was in the contemplation of the British and the Mi'kmaq in 1760 was continued trade in the products the Mi'kmaq had traditionally traded with Europeans. The clause affirmed that this trade would continue, but henceforth exclusively with the British.

This view of the truckhouse clause was confirmed by this Court in *Marshall 1* and 2. In *Marshall 1* the majority, *per* Binnie J., proceeded on the basis that at the time of the treaties the Mi'kmaq had sustained themselves, in part, by trading fish with the Europeans:

Européens depuis 250 ans et avaient besoin d'échanger leurs produits, comme les pelleteries et le poisson, pour des marchandises provenant d'Europe. La clause relative aux maisons de troc visait à donner aux Britanniques le droit exclusif de commercer avec les Mi'kmaq, et à donner aux Mi'kmaq l'assurance qu'ils pourraient commercer avec les Britanniques comme ils l'avaient fait avec les Français auparavant.

Ainsi, la clause relative aux maisons de troc avait pour objet les produits commerciaux traditionnels. Le droit de faire le commerce de produits traditionnels suppose implicitement le droit de récolter les ressources : *Marshall 1*, par. 35. Ce droit de récolte, toutefois, est un accessoire du droit principal de faire le commerce de produits traditionnels. Le droit conféré n'est pas le droit de récolter en soi, mais le droit de commercer.

Le libellé de la clause relative aux maisons de troc appuie cette interprétation. Il n'y est question que de commerce. Les Mi'kmaq déclarent [TRADUCTION] « que nous ne trafiquerons, ne troquerons et n'échangerons aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté ». Ces mots ne confèrent d'aucune façon un droit général de récolter ou de cueillir toutes les ressources naturelles alors utilisées.

Selon les documents historiques et le libellé de la clause relative aux maisons de troc, ce que les Britanniques et les Mi'kmaq envisageaient en 1760 était la poursuite du commerce des produits que les Mi'kmaq avaient traditionnellement échangés avec les Européens. La clause garantissait la poursuite du commerce mais, à partir de ce moment, exclusivement avec les Britanniques.

Notre Cour a confirmé cette interprétation de la clause relative aux maisons de troc dans les arrêts *Marshall 1* et 2. Dans les motifs qu'il a rendus au nom de la majorité dans *Marshall 1*, le juge Binnie a considéré qu'au moment des traités, les Mi'kmaq subvenaient à leurs besoins en partie en faisant le commerce du poisson avec les Européens, et il a écrit ce qui suit :

19

20

21

22

... the Mi'kmaq people have sustained themselves in part by harvesting and trading fish (including eels) since Europeans first visited the coasts of what is now Nova Scotia in the 16th century. [para. 2]

... les Mi'kmaq subviennent en partie à leurs besoins en pêchant et en faisant le commerce du poisson (y compris l'anguille), et ce depuis que les Européens ont visité pour la première fois, au 16^e siècle, les côtes du territoire qui est maintenant la Nouvelle-Écosse. [par. 2]

What is plain from the pre-Confederation period is that the Indian fishermen were encouraged to engage in their occupation and to do so for both food and barter purposes. [para. 25, quoting Dickson J. in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, at p. 311]

Il est manifeste que durant les années qui ont précédé la Confédération, les pêcheurs indiens ont été encouragés à poursuivre leur activité non seulement pour se nourrir mais aussi pour le troc. [par. 25, citant le juge Dickson dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, p. 311]

23

Thus, the ruling in *Marshall 1* was based on the proposition that *fishing for trade* in 1760 was a traditional activity of the Mi'kmaq. From this, Binnie J. concluded that the treaty conferred a right to continue to obtain necessities through the traditional Mi'kmaq activity of trading fish. He concluded that “the surviving substance of the treaty is not the literal promise of a truckhouse, but a treaty right to continue to obtain necessities through hunting and fishing by trading the products of those traditional activities” (para. 56 (emphasis added)).

L'arrêt *Marshall 1* repose donc sur la prémisse qu'en 1760, la *pêche à des fins commerciales* était une activité traditionnelle des Mi'kmaq. Le juge Binnie en a conclu que le traité avait conféré aux Mi'kmaq le droit de continuer à se procurer des biens nécessaires au moyen de leur activité traditionnelle du commerce du poisson. Il a écrit : « l'aspect du traité qui survit n'est pas la promesse littérale d'établir des maisons de troc, mais un droit — issu de ce traité — qui permet de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles » (par. 56 (je souligne)).

24

This is consistent with the assertion in *Marshall 2* that the fundamental issue is whether trade in a particular commodity “was in the contemplation of [the] parties to the 1760 treaty” (para. 20). It is also consistent with the reference in *Marshall 2* to treaty rights to “the type of things traditionally ‘gathered’ by the Mi'kmaq in a 1760 aboriginal lifestyle” (para. 20) like “fruits and berries” (para. 19). The respondents argued that the reference to fruits and berries shows that the treaty right extends beyond things traditionally traded, to a right to harvest anything the Mi'kmaq used in 1760. However, the evidence in *Marshall 1* in fact referred to the Indians trading fruits and berries with the Europeans.

Cette conclusion concorde avec l'affirmation faite dans *Marshall 2* que la question fondamentale est de savoir si le commerce d'un produit en particulier « était[t] envisagé par l'une ou l'autre des parties au traité de 1760 » (par. 20). Elle concorde également avec la mention, dans *Marshall 2*, de droits conférés par le traité à l'égard « des autres choses traditionnellement “cueillies” par les Mi'kmaq dans le cadre du mode de vie autochtone en 1760 » (par. 20), comme des « baies et autres fruits » (par. 19). Les intimés ont fait valoir que la mention des baies et autres fruits montre que le droit issu du traité ne se limite pas aux produits traditionnellement échangés et englobe le droit de récolter tout ce que les Mi'kmaq utilisaient en 1760. Toutefois, la preuve présentée dans l'affaire *Marshall 1* faisait effectivement état du commerce des baies et autres fruits auquel les Indiens se livraient avec les Européens.

25

Of course, treaty rights are not frozen in time. Modern peoples do traditional things in modern ways. The question is whether the modern trading

Certes, les droits issus de traités ne sont pas figés dans le temps. Les activités traditionnelles sont maintenant pratiquées de façon moderne. Il

activity in question represents a logical evolution from the traditional trading activity at the time the treaty was made: *Marshall 2*, at para. 20. Logical evolution means the same sort of activity, carried on in the modern economy by modern means. This prevents aboriginal rights from being unfairly confined simply by changes in the economy and technology. But the activity must be essentially the same. “While treaty rights are capable of evolution within limits, . . . their subject matter . . . cannot be wholly transformed” (*Marshall 2*, at para. 19).

In summary, what the treaty protects is not the right to harvest and dispose of particular commodities, but the right to practice a traditional 1760 trading activity in the modern way and modern context. The question is whether the logging here at issue is the logical evolution of a traditional Mi’kmaq trade activity, in the way modern eel fishing was found to be the logical evolution of a traditional trade activity of the Mi’kmaq in *Marshall 1*.

C. *The Test Applied*

The trial judges in both cases applied this test to the evidence before them, asking whether the respondents’ logging activity could be considered the logical evolution of a traditional Mi’kmaq trade activity.

Curran Prov. Ct. J. in the *Marshall* case ((2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSPC 2) asked whether there was any evidence that the Mi’kmaq had traded in wood products and timber at the time of the 1760-61 treaties. He emphasized the trade-based nature of the right and the need that it relate to traditional Mi’kmaq activities. And he asked himself whether the logging activity at issue before him could be considered to be the logical evolution of a traditional trade-based activity.

s’agit d’établir si l’activité commerciale actuelle en cause procède de l’évolution logique du commerce traditionnel pratiqué au moment du traité : *Marshall 2*, par. 20. L’évolution logique suppose le même type d’activité, exercée dans l’économie moderne par des moyens modernes. On évite ainsi de restreindre indûment les droits ancestraux simplement du fait des changements économiques ou technologiques. Il faut cependant que l’activité demeure fondamentalement la même. « Bien que les droits issus de traités soient dans certaines limites capables d’évolution [. . .] leur objet ne peut [. . .] être transformé du tout au tout » (*Marshall 2*, par. 19).

En résumé, le traité ne protège pas le droit de récolter et de vendre des ressources déterminées mais le droit d’exercer de façon moderne, dans un contexte moderne, une activité commerciale exercée traditionnellement en 1760. Il faut donc se demander si l’exploitation forestière en cause procède de l’évolution logique d’une activité commerciale traditionnelle mi’kmaq, de la même façon qu’il a été jugé dans *Marshall 1* que la pêche moderne à l’anguille était l’évolution logique d’un commerce traditionnel des Mi’kmaq.

C. *Le critère appliqué*

Dans les deux cas, les juges de première instance ont appliqué ce critère à la preuve, en se demandant si l’exploitation forestière pratiquée par les intimés pouvait être considérée comme l’évolution logique d’une activité commerciale traditionnelle des Mi’kmaq.

Dans l’affaire *Marshall* ((2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSPC 2), le juge Curran de la Cour provinciale s’est demandé si des éléments de preuve indiquaient que les Mi’kmaq faisaient le commerce du bois et des produits de bois au moment des traités de 1760-1761. Il a souligné la nature commerciale du droit et la nécessité qu’il se rapporte à des activités traditionnelles des Mi’kmaq. Il a examiné si l’exploitation forestière en cause pouvait être considérée comme l’évolution logique d’une activité commerciale traditionnelle.

26

27

28

29 Lordon Prov. Ct. J. in *Bernard* ([2000] 3 C.N.L.R. 184) asked essentially the same questions. He inquired whether the evidence showed a traditional Mi'kmaq trade in logs and wood. Emphasizing trade, he rejected the broader interpretation of the treaty that the Mi'kmaq were entitled to exploit all natural resources that they had used historically. To permit this would "alter the terms of the treaty" and "wholly transform" (para. 87) the rights it conferred, in his view.

30 Each judge applied the right test and asked himself the right questions. The remaining question is whether the evidence supports their conclusions of fact.

D. *The Factual Findings of the Trial Judges and the Evidence*

31 In each case, the trial judge concluded that the evidence did not support a treaty right to commercial logging.

32 In *Marshall*, Curran Prov. Ct. J. found no direct evidence of any trade in forest products at the time the treaties were made, but concluded that trade in forest products was likely "at some point":

There is no doubt the Mi'kmaq in 1760 and for a long time before gathered and used forest products. They made canoes, baskets, snowshoes and toboggans. They also gathered and used forest products in making their wigwams and other dwellings. There was no direct evidence that any of those items was traded either before the 1760-61 treaties were made or during the time of the truckhouses. Despite that, both [appellants'] and [respondents'] witnesses said it was likely the Mi'kmaq had traded some forest-based items to the British or other Europeans at some point. [Emphasis added; para. 91.]

After comparing the evidence before him with the evidence of fishing for trade in *Marshall 1*,

Dans l'affaire *Bernard* ([2000] 3 C.N.L.R. 184), le juge Lordon de la Cour provinciale s'est posé essentiellement les mêmes questions. Il a cherché à déterminer si la preuve démontrait l'existence d'un commerce traditionnel des grumes et du bois chez les Mi'kmaq. Mettant l'accent sur l'élément commercial, il a rejeté l'interprétation plus large du traité voulant que les Mi'kmaq aient le droit d'exploiter toutes les ressources naturelles qu'ils avaient traditionnellement utilisées. Selon lui, cette interprétation [TRADUCTION] « modifierait les conditions du traité » et « transformerait du tout au tout » (par. 87) les droits qu'il conférait.

Dans chaque cas, le juge a appliqué le critère approprié et s'est posé les bonnes questions. Il reste à déterminer si la preuve étaye leurs conclusions de fait.

D. *Les conclusions de fait des juges de première instance et la preuve*

Dans chaque cas, le juge de première instance a jugé que la preuve ne permettait pas de conclure que le traité conférait un droit d'exploitation forestière commerciale.

Dans *Marshall*, le juge Curran de la Cour provinciale n'a trouvé aucun élément de preuve directe de l'existence d'un commerce des produits forestiers au moment de la conclusion des traités, mais il a conclu que de tels produits ont probablement fait l'objet de troc [TRADUCTION] « à un moment ou à un autre » :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute qu'en 1760 et longtemps auparavant, les Mi'kmaq cueillaient et utilisaient des produits de la forêt. Ils fabriquaient des canots, des paniers, des raquettes et des traîneaux. Ils cueillaient et utilisaient aussi des produits de la forêt pour construire leurs wigwams et d'autres habitations. Aucun élément de preuve directe n'établit que l'un quelconque de ces articles ait fait l'objet d'un commerce avant la conclusion des traités de 1760-1761 ou pendant la période des maisons de troc. Malgré cela, les témoins de [l'appelante] comme ceux [des intimés] affirment qu'il est probable que les Mi'kmaq aient troqué des produits de la forêt avec les Britanniques ou avec d'autres Européens à un moment ou à un autre. [Je souligne; par. 91.]

Après avoir comparé la preuve qui lui avait été présentée avec celle qui se rapportait au commerce des

Curran Prov. Ct. J. concluded that the respondents had not met the legal test:

Trade in logging is not the modern equivalent or a logical evolution of Mi'kmaq use of forest resources in daily life in 1760 even if those resources sometimes were traded. Commercial logging does not bear the same relation to the traditional limited use of forest products as fishing for eels today bears to fishing for eels or any other species in 1760. . . . Whatever rights the defendants have to trade in forest products are far narrower than the activities which gave rise to these charges. [para. 95]

In *Bernard*, Lordon Prov. Ct. J. made similar findings on similar evidence. He held that on the evidence “there was no traditional trade in logs”, while “trade in wood products . . . such as baskets, snowshoes, and canoes was secondary to fur trade and was occasional and incidental” (para. 85). He noted that Chief Augustine had reluctantly conceded that it is “unlikely . . . that the Mi'kmaq contemplated commercial logging during th[e] treaty process” (para. 85). Nor did the evidence suggest that the British ever contemplated trade in anything but traditionally produced products, like fur or fish.

These findings were firmly grounded in the evidence given by expert and aboriginal witnesses at trial, as well as the documentation and the cultural and historical background. As Curran Prov. Ct. J. observed, “[the Mi'kmaq] had no need to cut stands of trees for themselves. . . . Trees were readily available and Europeans could cut their own” (para. 92). The experts agreed that it was probably in the 1780s before the Mi'kmaq became involved in logging and then only in a limited fashion as part of British operations. Logging was not a traditional Mi'kmaq activity. Rather, it was a European activity, in which the Mi'kmaq began to participate only decades after the treaties of

produits de la pêche dans *Marshall 1*, le juge Curran a conclu que les intimés n'avaient pas satisfait au critère juridique applicable :

[TRADUCTION] Le commerce des grumes ne constitue pas l'équivalent moderne ou l'évolution logique de l'utilisation que les Mi'kmaq faisaient des ressources forestières dans leur vie quotidienne en 1760, même s'il pouvait arriver que de telles ressources soient troquées. Le commerce des grumes ne présente pas avec l'utilisation traditionnelle restreinte des produits de la forêt le rapport qui existe entre la pêche à l'anguille d'aujourd'hui et la pêche à l'anguille ou à d'autres espèces de poisson qui était pratiquée en 1760. [. . .] Les droits que peuvent avoir les défendeurs en matière de commerce des produits de la forêt sont beaucoup plus restreints que les activités ayant donné lieu à ces accusations. [par. 95]

Dans *Bernard*, le juge Lordon de la Cour provinciale a tiré des conclusions analogues d'une preuve similaire. Il a déclaré que, suivant la preuve, [TRADUCTION] « il n'y a pas eu de commerce traditionnel des grumes » alors que « le commerce des produits du bois, [. . .] tels les paniers, les raquettes et les canots, avait moins d'importance que le commerce de la fourrure et était occasionnel et secondaire » (par. 85). Il a signalé que le chef Augustine avait concédé à contrecœur qu'il est [TRADUCTION] « peu probable [. . .] que les Mi'kmaq aient envisagé une exploitation forestière commerciale lors de la négociation du traité » (par. 85). La preuve n'indiquait pas non plus que les Britanniques aient envisagé le commerce de tout produit autre que les produits traditionnels, comme la fourrure ou le poisson.

Ces conclusions étaient solidement étayées par les dépositions des témoins experts et autochtones au procès, ainsi que par la documentation et le contexte culturel et historique. Comme le juge Curran de la Cour provinciale l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « [les Mi'kmaq] n'avaient pas besoin d'abattre des peuplements d'arbres pour eux-mêmes. [. . .] Il y avait des arbres en abondance et les Européens pouvaient les couper » (par. 92). Les témoins experts ont convenu que c'est probablement vers les années 1780 que les Mi'kmaq ont commencé à se livrer à l'exploitation forestière, et seulement dans le cadre limité d'opérations britanniques. Il ne s'agissait pas d'une activité

33

34

1760-61. If anything, the evidence suggests that logging was inimical to the Mi'kmaq's traditional way of life, interfering with fishing which, as found in *Marshall I*, was a traditional activity.

traditionnelle mi'kmaq, mais plutôt d'une activité européenne à laquelle les Mi'kmaq ont commencé à participer seulement plusieurs décennies après les traités de 1760-1761. D'ailleurs, la preuve indique plutôt que l'exploitation forestière entraine en conflit avec le mode de vie traditionnel des Mi'kmaq car elle nuisait à la pêche qui, suivant la conclusion de l'arrêt *Marshall I*, était une activité traditionnelle.

35 I conclude that the evidence supports the trial judges' conclusion that the commercial logging that formed the basis of the charges against the respondents was not the logical evolution of traditional Mi'kmaq trading activity protected by the treaties of 1760-61. The trial judge in each case applied the correct test to findings of fact supported by the evidence. It follows that there is no ground upon which an appellate court can properly interfere with their conclusion on this branch of the case.

Je suis d'avis que la preuve étaye la conclusion des juges des procès selon laquelle l'exploitation forestière commerciale à la base des accusations portées contre les intimés ne constitue pas l'évolution logique de l'activité commerciale traditionnelle des Mi'kmaq protégée par les traités de 1760-1761. Dans chaque cas, le juge du procès a appliqué le critère approprié à des conclusions de fait fondées sur la preuve. Par conséquent, une cour d'appel ne saurait être justifiée de modifier leur conclusion sur ce point.

36 In view of this conclusion, it is unnecessary to discuss the scope of "moderate livelihood", and the issues of cultural attributes and community authority. It is also unnecessary to consider what territory different treaties may have covered, the precise terms of the treaties, the specific peoples who concluded treaties, and the need for different respondents to prove membership of a tribe that concluded an applicable treaty.

Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la portée de la « subsistance convenable » ni les questions d'attributs culturels et d'autorité de la communauté. Il n'est pas nécessaire non plus d'examiner les territoires qui étaient visés par différents traités, les clauses précises des traités, les peuples les ayant conclus et l'obligation des différents intimés de prouver leur appartenance à une tribu ayant conclu un traité applicable.

III. Aboriginal Title

III. Titre aborigène

37 The respondents claim that they hold aboriginal title to the lands they logged and that therefore they do not need provincial authorization to log. They advance three different grounds for title: common law; the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1); and *Belcher's Proclamation*. I will consider each in turn.

Les intimés soutiennent qu'ils détiennent un titre aborigène sur les terres où ils ont abattu les arbres et que, par conséquent, ils n'ont pas besoin d'autorisation provinciale pour exploiter la forêt. Ils invoquent trois fondements distincts pour leur titre : la common law, la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1) et la *Proclamation de Belcher*. J'examinerai chacun de ces fondements dans cet ordre.

A. *Aboriginal Title at Common Law*

A. *Le titre aborigène en common law*

38 Where title to lands formerly occupied by an aboriginal people has not been surrendered, a claim for aboriginal title to the land may be made

Lorsque le titre afférent à des terres anciennement occupées par un peuple autochtone n'a pas été cédé, il est possible de revendiquer un titre

under the common law. Aboriginal peoples used the land in many ways at the time of sovereignty. Some uses, like hunting and fishing, give rights to continue those practices in today's world: see *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013. Aboriginal title, based on occupancy at the time of sovereignty, is one of these various aboriginal rights. The respondents do not assert an aboriginal right to harvest forest resources. They assert aboriginal title *simpliciter*.

The common law theory underlying recognition of aboriginal title holds that an aboriginal group which occupied land at the time of European sovereignty and never ceded or otherwise lost its right to that land, continues to enjoy title to it. Prior to constitutionalization of aboriginal rights in 1982, aboriginal title could be extinguished by clear legislative act (see *Van der Peet*, at para. 125). Now that is not possible. The Crown can impinge on aboriginal title only if it can establish that this is justified in pursuance of a compelling and substantial legislative objective for the good of larger society: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1113. This process can be seen as a way of reconciling aboriginal interests with the interests of the broader community.

These principles were canvassed at length in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, which enunciated a test for aboriginal title based on exclusive occupation at the time of British sovereignty. Many of the details of how this principle applies to particular circumstances remain to be fully developed. In the cases now before us, issues arise as to the standard of occupation required to prove title, including the related issues of exclusivity of occupation, application of this requirement to nomadic peoples, and continuity. If title is found, issues also arise as to extinguishment, infringement and justification. Underlying all these questions are issues as to the type of evidence required,

aborigène sous le régime de la common law. Les peuples autochtones utilisaient le territoire de diverses façons au moment de l'affirmation de la souveraineté. Certaines utilisations, comme la chasse et la pêche, confèrent le droit à la poursuite de ces activités aujourd'hui : voir *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013. Le titre aborigène, fondé sur l'occupation du territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté, est l'un de ces divers droits ancestraux. Les intimés ne revendiquent pas un droit ancestral d'exploitation des ressources forestières. Ils revendiquent le titre aborigène en soi.

Selon les principes de la common law sous-jacents à la reconnaissance du titre aborigène, un groupe autochtone qui occupait un territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne et qui n'a jamais cédé ou autrement perdu son droit sur ce territoire continue de détenir un titre sur celui-ci. Avant la constitutionnalisation des droits ancestraux en 1982, le titre aborigène pouvait être aboli par une loi claire à cet effet (voir *Van der Peet*, par. 125). C'est maintenant impossible. L'État ne peut empiéter sur un titre aborigène que s'il peut établir que la mesure est nécessaire à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel pour le bien de la société en général : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1113. On peut voir ce processus comme une façon de concilier les droits des Autochtones et ceux de la société en général.

Ces principes ont été longuement exposés dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, qui a formulé un critère applicable en matière de titre aborigène fondé sur l'occupation exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique. Un bon nombre de détails touchant l'application de ce critère dans des circonstances particulières restent à préciser. Dans les affaires en cause, il faut déterminer la norme d'occupation nécessaire à la preuve du titre et examiner les questions connexes que sont l'exclusivité de l'occupation, l'application de cette exigence à des peuples nomades et la continuité. Si l'existence d'un titre est constatée, il faut également examiner les questions de l'extinction, des atteintes et de la

39

40

notably when and how orally transmitted evidence can be used.

B. *Standard of Occupation for Title: The Law*

41 The trial judges in each of *Bernard* and *Marshall* required proof of regular and exclusive use of the cutting sites to establish aboriginal title. The Courts of Appeal held that this test was too strict and applied a less onerous standard of incidental or proximate occupancy.

42 Cromwell J.A. in *Marshall* ((2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 2003 NSCA 105) adopted in general terms Professor McNeil's "third category" of occupation (*Common Law Aboriginal Title* (1989)), "actual entry, and some act or acts from which an intention to occupy the land could be inferred" (para. 136). Acts of "cutting trees or grass, fishing in tracts of water, and even perambulation, may be relied upon" (para. 136).

43 Daigle J.A. in *Bernard* ((2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55) similarly concluded that it was not necessary to prove specific acts of occupation and regular use of the logged area in order to ground aboriginal title. It was enough to show that the Mi'kmaq had used and occupied an area near the cutting site at the confluence of the Northwest Miramichi and the Little Southwest Miramichi. This proximity permitted the inference that the cutting site would have been within the range of seasonal use and occupation by the Mi'kmaq (para. 119).

44 The question before us is which of these standards of occupation is appropriate to determine aboriginal title: the strict standard applied by the trial judges; the looser standard applied by the Courts of Appeal; or some other standard? Interwoven is

justification. À l'égard de tous ces points se posent les questions sous-jacentes du type de preuve nécessaire, notamment quant au moment et à la façon de recourir à la preuve transmise oralement.

B. *La norme d'occupation qui établit le titre : le droit*

Les juges de première instance dans les affaires *Bernard* et *Marshall* ont statué que l'établissement du titre aborigène nécessitait la preuve d'une utilisation régulière et exclusive des zones de coupe. Les cours d'appel ont jugé qu'il s'agissait d'un critère trop strict et ont appliqué la norme moins exigeante de l'occupation secondaire ou de la proximité.

Dans *Marshall* ((2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 2003 NSCA 105), le juge d'appel Cromwell a généralement fait siens les propos du professeur McNeil sur la [TRADUCTION] « troisième catégorie » d'occupation (*Common Law Aboriginal Title* (1989)), [TRADUCTION] « une entrée réelle et un ou des actes permettant de conclure à l'existence de l'intention d'occuper le territoire » (par. 136). Des actes comme [TRADUCTION] « couper des arbres ou de l'herbe, pêcher dans des cours d'eau ou même parcourir le territoire peuvent être invoqués » (par. 136).

Dans *Bernard* ((2003), 262 R.N.-B. (2^e) 1, 2003 NBCA 55), le juge d'appel Daigle a pareillement conclu qu'il n'était pas nécessaire de faire la preuve d'actes particuliers d'occupation et de l'utilisation régulière des sites d'exploitation forestière pour fonder le titre aborigène. Il suffisait de démontrer que les Mi'kmaq avaient utilisé et occupé un secteur situé près de la zone de coupe au confluent des rivières Northwest Miramichi et Little Southwest Miramichi. Cette proximité permettait de conclure que la zone de coupe se trouvait sur le territoire occupé par les Mi'kmaq dans le cadre du mode saisonnier d'utilisation des ressources et d'occupation (par. 119).

La Cour doit déterminer si la norme d'occupation applicable en matière de preuve du titre aborigène est la norme stricte appliquée par les juges des procès, la norme moins exigeante retenue par les cours d'appel, ou une autre norme. À cette question

the question of what standard of evidence suffices; Daigle J.A. criticized the trial judge for failing to give enough weight to evidence of the pattern of land use and for discounting the evidence of oral traditions.

Two concepts central to determining aboriginal rights must be considered before embarking on the analysis of whether the right claimed has been established. The first is the requirement that both aboriginal and European common law perspectives must be considered. The second relates to the variety of aboriginal rights that may be affirmed. Both concepts are critical to analyzing a claim for an aboriginal right, and merit preliminary consideration.

Delgamuukw requires that in analyzing a claim for aboriginal title, the Court must consider both the aboriginal perspective and the common law perspective. Only in this way can the honour of the Crown be upheld.

The difference between the common law and aboriginal perspectives on issues of aboriginal title is real. But it is important to understand what we mean when we say that in determining aboriginal title we must consider both the common law and the aboriginal perspective.

The Court's task in evaluating a claim for an aboriginal right is to examine the pre-sovereignty aboriginal practice and translate that practice, as faithfully and objectively as it can, into a modern legal right. The question is whether the aboriginal practice at the time of assertion of European sovereignty (not, unlike treaties, when a document was signed) translates into a modern legal right, and if so, what right? This exercise involves both aboriginal and European perspectives. The Court must consider the pre-sovereignty practice from the perspective of the aboriginal people. But in translating it to a common law right, the Court must also consider the European perspective; the nature of the right at common law must be examined to

se greffe celle de la norme de preuve suffisante; le juge d'appel Daigle a reproché au juge du procès de ne pas avoir accordé suffisamment d'importance à la preuve relative au mode d'utilisation du territoire et de ne pas avoir tenu compte des traditions orales mises en preuve.

Avant d'examiner si le droit revendiqué a été établi, il faut s'arrêter à deux concepts essentiels à la détermination des droits ancestraux. Le premier est l'obligation de tenir compte à la fois de la common law européenne et du point de vue des Autochtones, et le second a trait à la diversité des droits ancestraux qui peuvent être reconnus. Ces deux concepts sont indispensables à l'analyse des revendications d'un droit ancestral, et ils doivent faire l'objet d'un examen préliminaire.

Delgamuukw exige de la Cour qu'elle tienne compte à la fois du point de vue des Autochtones et de la perspective de la common law lorsqu'elle examine une revendication du titre aborigène. C'est uniquement ainsi que l'honneur de la Couronne peut être préservé.

Il existe une différence véritable entre la perspective de la common law et le point de vue des Autochtones en matière de titre aborigène. Il importe cependant de comprendre ce que nous entendons par l'obligation de tenir compte à la fois de la perspective de la common law et du point de vue autochtone lorsqu'il s'agit de statuer sur l'existence du titre aborigène.

La Cour saisie de la revendication d'un droit ancestral doit examiner la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté et la transposer aussi fidèlement et objectivement que possible en un droit moderne. Elle doit se demander si la pratique autochtone qui avait cours au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne (et non, comme c'est le cas en matière de traités, au moment de leur signature) se transpose en un droit moderne et, le cas échéant, quel est le droit correspondant. Dans cet exercice, tant le point de vue autochtone que la perspective européenne doivent intervenir. La Cour doit examiner la pratique antérieure à l'affirmation de la souveraineté du point de vue autochtone. Mais lors de la transposition de la pratique

45

46

47

48

determine whether a particular aboriginal practice fits it. This exercise in translating aboriginal practices to modern rights must not be conducted in a formalistic or narrow way. The Court should take a generous view of the aboriginal practice and should not insist on exact conformity to the precise legal parameters of the common law right. The question is whether the practice corresponds to the core concepts of the legal right claimed.

49 To determine aboriginal entitlement, one looks to aboriginal practices rather than imposing a European template: “In considering whether occupation sufficient to ground title is established, ‘one must take into account the group’s size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed’” (*Delgamuukw*, per Lamer C.J., at para. 149). The application of “manner of life” was elaborated by La Forest J. who stated that:

... when dealing with a claim of “aboriginal title”, the court will focus on the occupation and use of the land as part of the aboriginal society’s *traditional way of life*. In pragmatic terms, this means looking at the manner in which the society used the land *to live*, namely to establish villages, to work, to get to work, to hunt, to travel to hunting grounds, to fish, to get to fishing pools, to conduct religious rites, etc. [Emphasis in original; para. 194.]

50 Thus, to insist that the pre-sovereignty practices correspond in some broad sense to the modern right claimed, is not to ignore the aboriginal perspective. The aboriginal perspective grounds the analysis and imbues its every step. It must be considered in evaluating the practice at issue, and a generous approach must be taken in matching it to the appropriate modern right. Absolute congruity is not required, so long as the practices engage the core idea of the modern right. But as this Court

en un droit existant en common law, la Cour doit considérer également la perspective européenne; il faut analyser la nature de ce droit en common law pour déterminer s’il y a correspondance avec une pratique autochtone donnée. Cet exercice de transposition des pratiques autochtones en des droits modernes ne doit pas s’accomplir de façon formaliste ou étroite. La Cour doit envisager la pratique autochtone dans un esprit de générosité et ne devrait pas exiger une stricte conformité aux paramètres juridiques du droit en common law. Il faut se demander si la pratique correspond aux concepts fondamentaux du droit revendiqué.

Pour statuer sur l’existence du titre ancestral, il faut examiner les pratiques autochtones plutôt qu’imposer un modèle européen : « [d]ans l’examen de la question de savoir si on a fait la preuve d’une occupation suffisante pour fonder un titre aborigène, [TRADUCTION] “il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées” » (*Delgamuukw*, le juge en chef Lamer, par. 149). Le juge La Forest a élaboré la façon d’appliquer la notion de « mode de vie » en affirmant ce qui suit :

... le tribunal qui examine la revendication d’un « titre aborigène » se demande principalement si l’occupation et l’utilisation des terres visées faisaient partie du *mode de vie traditionnel* de la société autochtone concernée. En pratique, cela veut dire qu’il doit se demander de quelle manière les membres de la société utilisaient les terres visées *pour vivre*, c’est-à-dire pour y établir des villages, pour y travailler, pour se rendre à leur travail, pour y chasser, pour se rendre à leurs territoires de chasse, pour y pêcher, pour se rendre à leurs sites de pêche, pour y accomplir des cérémonies religieuses et pour d’autres fins. [Souligné dans l’original; par. 194.]

Ainsi, on ne fait pas abstraction du point de vue autochtone en insistant sur l’existence d’une correspondance au sens large entre le droit moderne revendiqué et la pratique antérieure à l’affirmation de la souveraineté. Le point de vue autochtone sert de fondement à l’analyse et en imprègne chaque étape. Il doit être pris en compte dans l’évaluation de la pratique en cause, et l’exercice de transposition de la pratique en un droit moderne correspondant doit se faire dans un esprit de générosité. Il n’est pas

stated in *Marshall 2*, a pre-sovereignty aboriginal practice cannot be transformed into a different modern right.

In summary, the court must examine the pre-sovereignty aboriginal practice and translate that practice into a modern right. The process begins by examining the nature and extent of the pre-sovereignty aboriginal practice in question. It goes on to seek a corresponding common law right. In this way, the process determines the nature and extent of the modern right and reconciles the aboriginal and European perspectives.

The second underlying concept — the range of aboriginal rights — flows from the process of reconciliation just described. Taking the aboriginal perspective into account does not mean that a particular right, like title to the land, is established. The question is what modern right best corresponds to the pre-sovereignty aboriginal practice, examined from the aboriginal perspective.

Different aboriginal practices correspond to different modern rights. This Court has rejected the view of a dominant right to title to the land, from which other rights, like the right to hunt or fish, flow: *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at para. 26; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at paras. 35-39. It is more accurate to speak of a variety of independent aboriginal rights.

One of these rights is aboriginal title to land. It is established by aboriginal practices that indicate possession similar to that associated with title at common law. In matching common law property rules to aboriginal practice we must be sensitive to the context-specific nature of common law title, as well as the aboriginal perspective. The common law recognizes that possession sufficient to ground title is a matter of fact, depending on all the circumstances, in particular the nature of the land and the manner in which the land is commonly

nécessaire qu'il y ait équivalence parfaite, dès lors que les pratiques impliquent les notions centrales du droit moderne. Mais comme l'a indiqué la Cour dans *Marshall 2*, une pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté ne peut être transformée en un droit moderne différent.

En résumé, le tribunal doit examiner la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté et la transposer en un droit moderne. Le processus commence par l'examen de la nature et de l'étendue de la pratique autochtone en question et se poursuit par la recherche du droit qui lui correspond en common law. Ainsi, le processus permet d'établir la nature et l'étendue du droit moderne et concilie les perspectives autochtone et européenne.

Le second concept sous-jacent — la diversité des droits ancestraux — découle du processus de conciliation qui vient d'être décrit. La prise en compte du point de vue autochtone ne signifie pas qu'un droit particulier, comme un titre sur le territoire, a été établi. Il faut déterminer quel droit moderne correspond le mieux à la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté, considérée du point de vue autochtone.

Des pratiques autochtones différentes correspondent à des droits modernes différents. Notre Cour a rejeté l'idée voulant que le titre aborigène sur des terres constituerait un droit dominant dont découleraient d'autres droits comme le droit de chasser ou de pêcher : *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 26; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 35-39. Il est plus exact de parler d'une variété de droits ancestraux indépendants.

Le titre aborigène sur des terres est l'un de ces droits. Il s'établit au moyen de pratiques autochtones indiquant une possession semblable à la possession associée au titre de propriété en common law. En établissant la concordance entre les règles de propriété de la common law et les pratiques autochtones, il faut tenir compte de la nature du titre de common law en fonction de son contexte ainsi que de la perspective autochtone. En common law, la possession suffisante pour fonder un titre est une question de fait qui dépend de l'ensemble des

51

52

53

54

enjoyed: *Powell v. McFarlane* (1977), 38 P. & C.R. 452 (Ch. D.), at p. 471. For example, where marshy land is virtually useless except for shooting, shooting over it may amount to adverse possession: *Red House Farms (Thorndon) Ltd. v. Catchpole*, [1977] E.G.D. 798 (Eng. C.A.). The common law also recognizes that a person with adequate possession for title may choose to use it intermittently or sporadically: *Keefer v. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680 (C.A.), per Wilson J.A. Finally, the common law recognizes that exclusivity does not preclude consensual arrangements that recognize shared title to the same parcel of land: *Delgamuukw*, at para. 158.

circonstances, en particulier de la nature de la terre et de la façon dont s'en exerce la jouissance : *Powell c. McFarlane* (1977), 38 P. & C.R. 452 (Ch. D.), p. 471. Par exemple, lorsque des terrains marécageux n'ont pratiquement d'autre utilité que de servir à des exercices de tir, le fait de se livrer à de tels exercices peut équivaloir à une possession adversative : *Red House Farms (Thorndon) Ltd. c. Catchpole*, [1977] E.G.D. 798 (C.A. Angl.). La common law reconnaît également qu'une personne dont la possession est suffisante pour fonder un titre peut utiliser son terrain de façon intermittente ou sporadique : *Keefer c. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680 (C.A.), la juge Wilson. Enfin, la common law reconnaît que l'exclusivité n'empêche pas la conclusion d'accords de partage du titre sur une même terre : *Delgamuukw*, par. 158.

55 This review of the general principles underlying the issue of aboriginal title to land brings us to the specific requirements for title set out in *Delgamuukw*. To establish title, claimants must prove "exclusive" pre-sovereignty "occupation" of the land by their forebears: per Lamer C.J., at para. 143.

Cette revue des principes généraux qui sous-tendent la question du titre aborigène nous amène aux exigences précises relatives au titre énoncées dans l'arrêt *Delgamuukw*. Pour établir un titre, les personnes qui le revendiquent doivent faire la preuve d'une « occupation » « exclusive » du territoire par leurs ancêtres antérieurement à l'affirmation de la souveraineté : le juge en chef Lamer, par. 143.

56 "Occupation" means "physical occupation". This "may be established in a variety of ways, ranging from the construction of dwellings through cultivation and enclosure of fields to regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources": *Delgamuukw*, per Lamer C.J., at para. 149.

L'« occupation » s'entend de « l'occupation physique » et elle « peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources, en passant par la délimitation et la culture de champs » : *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer, par. 149.

57 "Exclusive" occupation flows from the definition of aboriginal title as "the right to exclusive use and occupation of land": *Delgamuukw*, per Lamer C.J., at para. 155 (emphasis in original). It is consistent with the concept of title to land at common law. Exclusive occupation means "the intention and capacity to retain exclusive control", and is not negated by occasional acts of trespass or the presence of other aboriginal groups with consent (*Delgamuukw*, at para. 156, citing McNeil, at p. 204). Shared exclusivity may result in joint title

L'exigence de l'occupation « exclusive » découle de la définition du titre aborigène, soit « le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées » : *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer, par. 155 (souligné dans l'original). Elle est compatible avec la notion de titre foncier en common law. L'occupation exclusive s'entend de « l'intention et de la capacité de garder le contrôle exclusif », et des actes d'intrusion isolés ou la présence autorisée d'autres groupes autochtones ne portent pas atteinte à l'exclusivité (*Delgamuukw*, par. 156, citant

(para. 158). Non-exclusive occupation may establish aboriginal rights “short of title” (para. 159).

It follows from the requirement of exclusive occupation that exploiting the land, rivers or sea-side for hunting, fishing or other resources may translate into aboriginal title to the land if the activity was sufficiently regular and exclusive to comport with title at common law. However, more typically, seasonal hunting and fishing rights exercised in a particular area will translate to a hunting or fishing right. This is plain from this Court’s decisions in *Van der Peet*, *Nikal*, *Adams* and *Côté*. In those cases, aboriginal peoples asserted and proved ancestral utilization of particular sites for fishing and harvesting the products of the sea. Their forebears had come back to the same place to fish or harvest each year since time immemorial. However, the season over, they left, and the land could be traversed and used by anyone. These facts gave rise not to aboriginal title, but to aboriginal hunting and fishing rights.

The distinction between the requirements for a finding of aboriginal title and the requirements for more restricted rights was affirmed in *Côté*, where the Court held the right to fish was an independent right (para. 38). Similarly in *Adams*, the Court held that rights short of title could exist in the absence of occupation and use of the land sufficient to support a claim of title to the land: see *Adams*, at para. 26; *Côté*, at para. 39; *Delgamuukw*, at para. 159. To say that title flows from occasional entry and use is inconsistent with these cases and the approach to aboriginal title which this Court has consistently maintained.

In this case, the only claim is to title in the land. The issue therefore is whether the pre-sovereignty practices established on the evidence correspond to the right of title to land. These practices must be

McNeil, p. 204). L’exclusivité partagée peut donner lieu à un titre conjoint (par. 158). L’occupation non-exclusive peut établir l’existence de droits ancestraux « ne constituant pas un titre » (par. 159).

Il résulte de l’exigence de l’occupation exclusive que l’exploitation des terres, des rivières ou du littoral marin pour la chasse ou la pêche, ou la récolte d’autres ressources, peut se traduire en un titre aborigène sur le territoire si la pratique de l’activité était suffisamment régulière et exclusive pour fonder un titre en common law. Le plus souvent toutefois, la pratique de la chasse ou de la pêche saisonnière dans une région déterminée se traduira par un droit de chasse ou de pêche. C’est ce qu’établissent clairement les arrêts *Van der Peet*, *Nikal*, *Adams* et *Côté* de cette Cour. Dans ces affaires, les peuples autochtones avaient invoqué et prouvé l’utilisation ancestrale de sites particuliers pour la pêche ou la récolte de produits de la mer. Leurs ancêtres revenaient chaque année au même endroit pour pratiquer ces activités depuis des temps immémoriaux. La saison terminée, toutefois, ils partaient et tout un chacun pouvait utiliser le territoire et y passer. Ces pratiques ne fondaient pas un titre aborigène mais bien des droits ancestraux de chasse et de pêche.

Lorsqu’elle a statué, dans l’arrêt *Côté*, que le droit de pêcher constituait un droit indépendant (par. 38), notre Cour a confirmé la distinction existant entre les exigences nécessaires à la reconnaissance d’un titre aborigène et les exigences applicables à des droits plus restreints. De la même façon, la Cour a jugé, dans *Adams*, qu’il pouvait y avoir des droits ancestraux ne constituant pas un titre même en l’absence d’une occupation ou d’une utilisation suffisante du territoire pour étayer la revendication du titre sur celui-ci : voir *Adams*, par. 26, *Côté*, par. 39, et *Delgamuukw*, par. 159. Affirmer que la présence ou l’utilisation occasionnelles peuvent fonder un titre est incompatible avec ces arrêts et avec la conception du titre aborigène que notre Cour a toujours maintenue.

En l’espèce, seule la revendication du titre sur le territoire est en cause. Il faut donc déterminer si les pratiques antérieures à l’affirmation de la souveraineté établies par la preuve correspondent au titre

58

59

60

assessed from the aboriginal perspective. But, as discussed above, the right claimed also invokes the common law perspective. The question is whether the practices established by the evidence, viewed from the aboriginal perspective, correspond to the core of the common law right claimed.

sur le territoire. L'appréciation des pratiques doit se faire du point de vue autochtone. Mais, comme il en a été question précédemment, le droit revendiqué fait également intervenir la common law. Il s'agit alors de se demander si les pratiques établies par la preuve, considérées du point de vue autochtone, correspondent aux notions centrales du droit de common law revendiqué.

- 61 The common law, over the centuries, has formalized title through a complicated matrix of legal edicts and conventions. The search for aboriginal title, by contrast, takes us back to the beginnings of the notion of title. Unaided by formal legal documents and written edicts, we are required to consider whether the practices of aboriginal peoples at the time of sovereignty compare with the core notions of common law title to land. It would be wrong to look for indicia of aboriginal title in deeds or Euro-centric assertions of ownership. Rather, we must look for the equivalent in the aboriginal culture at issue.
- Au cours des siècles, la common law a formalisé la notion de titre au moyen d'une mosaïque complexe d'édits et de conventions juridiques. À l'opposé, la recherche en matière de titre aborigène nous reporte à l'origine de la notion de titre. Il faut examiner, sans l'apport de documents juridiques officiels et d'édits écrits, si les pratiques autochtones au moment de l'affirmation de la souveraineté se comparent aux notions centrales du titre foncier en common law. On aurait tort de tenter de trouver des indices du titre aborigène dans des actes formalistes de transfert ou dans des affirmations de propriété eurocentriques. Il faut plutôt chercher l'équivalent dans la culture autochtone en cause.
- 62 Aboriginal societies were not strangers to the notions of exclusive physical possession equivalent to common law notions of title: *Delgamuukw*, at para. 156. They often exercised such control over their village sites and larger areas of land which they exploited for agriculture, hunting, fishing or gathering. The question is whether the evidence here establishes this sort of possession.
- Les notions de possession physique exclusive équivalentes aux notions de titre en common law ne sont pas étrangères aux sociétés autochtones : *Delgamuukw*, par. 156. Ces sociétés exerçaient souvent un tel contrôle à l'égard de l'emplacement de leurs villages et d'aires plus larges qu'elles exploitaient pour l'agriculture, la chasse, la pêche ou la cueillette. La question est de savoir si, en l'espèce, la preuve établit semblable possession.
- 63 Having laid out the broad picture, it may be useful to examine more closely three issues that evoked particular discussion here — what is meant by exclusion, or what I have referred to as exclusive control; whether nomadic and semi-nomadic peoples can ever claim title to land, as opposed to more restricted rights; and the requirement of continuity.
- La toile de fond étant brossée, il peut être utile d'examiner de plus près trois questions qui ont suscité un certain débat en l'espèce : celle du sens d'exclusion ou de ce que j'ai qualifié de contrôle exclusif, celle de la possibilité pour les peuples nomades ou semi-nomades de revendiquer un titre sur des terres plutôt que des droits plus restreints, et celle de l'exigence de continuité.
- 64 The first of these sub-issues is the concept of exclusion. The right to control the land and, if necessary, to exclude others from using it is basic to the notion of title at common law. In European-based systems, this right is assumed by dint of
- La première de ces sous-questions est celle de l'exclusion. Le droit de contrôler le territoire et, si nécessaire, d'en empêcher l'utilisation par d'autres personnes est un aspect fondamental de la notion de titre en common law. Dans les systèmes de type

law. Determining whether it was present in a pre-sovereignty aboriginal society, however, can pose difficulties. Often, no right to exclude arises by convention or law. So one must look to evidence. But evidence may be hard to find. The area may have been sparsely populated, with the result that clashes and the need to exclude strangers seldom if ever occurred. Or the people may have been peaceful and have chosen to exercise their control by sharing rather than exclusion. It is therefore critical to view the question of exclusion from the aboriginal perspective. To insist on evidence of overt acts of exclusion in such circumstances may, depending on the circumstances, be unfair. The problem is compounded by the difficulty of producing evidence of what happened hundreds of years ago where no tradition of written history exists.

It follows that evidence of acts of exclusion is not required to establish aboriginal title. All that is required is demonstration of effective control of the land by the group, from which a reasonable inference can be drawn that it could have excluded others had it chosen to do so. The fact that history, insofar as it can be ascertained, discloses no adverse claimants may support this inference. This is what is meant by the requirement of aboriginal title that the lands have been occupied in an exclusive manner.

The second sub-issue is whether nomadic and semi-nomadic peoples can ever claim title to aboriginal land, as distinguished from rights to use the land in traditional ways. The answer is that it depends on the evidence. As noted above, possession at common law is a contextual, nuanced concept. Whether a nomadic people enjoyed sufficient "physical possession" to give them title to the land, is a question of fact, depending on all the circumstances, in particular the nature of the land and the manner in which it is commonly used. Not every nomadic passage or use will ground title to land; thus this Court in *Adams* asserts that one of

européen, ce droit est reconnu par la loi. Mais il peut être difficile d'en établir l'existence dans une société autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Souvent, aucune loi ou convention ne prévoit le droit d'exclure d'autres personnes, et il faut par conséquent en rechercher la preuve. Cependant, la recherche de preuves peut être une entreprise ardue. Il se peut que, la région étant peu peuplée, les conflits aient été rares ou inexistantes et il n'était pas nécessaire d'en exclure les étrangers. Ou il se peut que les sociétés en cause aient été pacifiques et aient décidé d'exercer leur contrôle par le partage plutôt que l'exclusion. Il est donc essentiel d'envisager la question de l'exclusion du point de vue autochtone. Dans certaines circonstances, exiger la preuve d'actes manifestes d'exclusion peut s'avérer injuste. S'ajoute à cela la difficulté de se procurer des éléments de preuve d'événements survenus des centaines d'années auparavant, lorsqu'il n'existe pas de tradition d'histoire écrite.

Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'actes d'exclusion pour établir l'existence d'un titre aborigène. Il suffit de démontrer qu'un groupe a exercé un contrôle effectif sur un territoire, ce qui permet raisonnablement de conclure que le groupe pourrait avoir exclu d'autres personnes s'il l'avait voulu. Le fait que l'histoire, dans la mesure où elle peut se vérifier, n'indique pas l'existence de revendications émanant d'autres groupes peut appuyer cette conclusion. C'est en ce sens que l'on peut exiger la preuve de l'occupation exclusive du territoire pour établir l'existence du titre aborigène.

La deuxième sous-question porte sur la possibilité pour les peuples nomades ou semi-nomades de revendiquer un titre aborigène plutôt que des droits d'utilisation traditionnelle du territoire. Cette possibilité dépend de la preuve. Comme on l'a vu, la possession, en common law, est un concept nuancé et contextuel. La question de savoir si la « possession physique » d'un territoire par un peuple nomade est suffisante pour conférer à ce peuple un titre sur ce territoire est une question de fait qui dépend de l'ensemble des circonstances, en particulier de la nature du territoire et de la façon dont il a été utilisé collectivement. Le passage dans un

65

66

the reasons that aboriginal rights cannot be dependent on aboriginal title is that this would deny any aboriginal rights to nomadic peoples (para. 27). On the other hand, *Delgamuukw* contemplates that “physical occupation” sufficient to ground title to land may be established by “regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources” (para. 149). In each case, the question is whether a degree of physical occupation or use equivalent to common law title has been made out.

territoire ou son utilisation dans le cadre d’un mode de vie nomade ne fondera pas nécessairement un titre sur celui-ci. Notre Cour a d’ailleurs indiqué, dans *Adams*, que l’une des raisons pour lesquelles les droits ancestraux ne pouvaient dépendre d’un titre aborigène était qu’une telle exigence nierait tout droit ancestral aux peuples nomades (par. 27). Par ailleurs, selon *Delgamuukw*, « l’utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d’autres types d’exploitation de ses ressources » peut prouver une « occupation physique » suffisante du territoire pour fonder un titre (par. 149). Il s’agira chaque fois de se demander si on a fait la preuve d’un degré d’occupation physique ou d’utilisation équivalent au titre en common law.

67 The third sub-issue is continuity. The requirement of continuity in its most basic sense simply means that claimants must establish they are right holders. Modern-day claimants must establish a connection with the pre-sovereignty group upon whose practices they rely to assert title or claim to a more restricted aboriginal right. The right is based on pre-sovereignty aboriginal practices. To claim it, a modern people must show that the right is the descendant of those practices. Continuity may also be raised in this sense. To claim title, the group’s connection with the land must be shown to have been “of a central significance to their distinctive culture”: *Adams*, at para. 26. If the group has “maintained a substantial connection” with the land since sovereignty, this establishes the required “central significance”: *Delgamuukw*, per Lamer C.J., at paras. 150-51.

La troisième sous-question est celle de la continuité. Dans son acception la plus élémentaire, l’exigence de la continuité signifie simplement que les revendicateurs actuels doivent prouver qu’ils sont titulaires de droits. Ils doivent démontrer l’existence d’un lien avec le groupe antérieur à l’affirmation de la souveraineté dont ils invoquent les pratiques pour revendiquer le titre ou un droit ancestral plus restreint. Le droit repose sur des pratiques autochtones antérieures à l’affirmation de la souveraineté. Le peuple qui le revendique actuellement doit prouver que ce droit est la continuation de ces pratiques. La question de la continuité peut également se poser au sens où il faut démontrer que le lien unissant le groupe au territoire « avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale » : *Adams*, par. 26. Si le groupe a « maintenu un rapport substantiel » avec le territoire depuis l’affirmation de la souveraineté, l’« importance fondamentale » nécessaire est établie : *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer, par. 150-151.

68 Underlying all these issues is the need for a sensitive and generous approach to the evidence tendered to establish aboriginal rights, be they the right to title or lesser rights to fish, hunt or gather. Aboriginal peoples did not write down events in their pre-sovereignty histories. Therefore, orally transmitted history must be accepted, provided the conditions of usefulness and reasonable reliability set out in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1

Relativement à toutes ces questions, il est nécessaire de faire preuve de réceptivité et de générosité à l’égard de la preuve présentée pour établir le droit revendiqué, qu’il s’agisse du titre aborigène ou des droits plus limités de chasser, de pêcher ou de cueillir. Les peuples autochtones n’ont pas de relations historiques écrites au sujet des événements antérieurs à l’affirmation de la souveraineté. Par conséquent, il convient d’accepter les récits

S.C.R. 911, 2001 SCC 33, are respected. Usefulness asks whether the oral history provides evidence that would not otherwise be available or evidence of the aboriginal perspective on the right claimed. Reasonable reliability ensures that the witness represents a credible source of the particular people's history. In determining the usefulness and reliability of oral histories, judges must resist facile assumptions based on Eurocentric traditions of gathering and passing on historical facts.

The evidence, oral and documentary, must be evaluated from the aboriginal perspective. What would a certain practice or event have signified in their world and value system? Having evaluated the evidence, the final step is to translate the facts found and thus interpreted into a modern common law right. The right must be accurately delineated in a way that reflects common law traditions, while respecting the aboriginal perspective.

In summary, exclusive possession in the sense of intention and capacity to control is required to establish aboriginal title. Typically, this is established by showing regular occupancy or use of definite tracts of land for hunting, fishing or exploiting resources: *Delgamuukw*, at para. 149. Less intensive uses may give rise to different rights. The requirement of physical occupation must be generously interpreted taking into account both the aboriginal perspective and the perspective of the common law: *Delgamuukw*, at para. 156. These principles apply to nomadic and semi-nomadic aboriginal groups; the right in each case depends on what the evidence establishes. Continuity is required, in the sense of showing the group's descent from the pre-sovereignty group whose practices are relied on for the right. On all these matters, evidence of oral history is admissible, provided it meets the requisite standards of usefulness and reasonable reliability. The ultimate goal is to translate the pre-sovereignty aboriginal right to a modern

transmis oralement dans la mesure où ils satisfont aux conditions d'utilité et de fiabilité raisonnable formulées dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33. Le récit oral est utile s'il fournit des éléments de preuve auxquels le tribunal n'aurait pas accès autrement ou qui concernent le point de vue autochtone sur le droit revendiqué. Il est raisonnablement fiable si le témoin constitue une source crédible pour ce qui est de l'histoire du peuple en question. Les juges appelés à se prononcer sur l'utilité et la fiabilité de récits oraux doivent se garder des suppositions faciles inspirées des traditions eurocentriques en matière de cueillette et de transmission de faits historiques.

L'appréciation de la preuve, testimoniale et documentaire, doit se faire du point de vue des Autochtones, en se demandant ce qu'une pratique ou un événement aurait signifié dans leur monde et leur système de valeurs. Après cette appréciation de la preuve vient l'étape finale où les conclusions de fait, ainsi interprétées, sont transposées en un droit moderne en common law. Ce droit doit être circonscrit avec précision conformément aux traditions de la common law, tout en respectant le point de vue autochtone.

En résumé, le titre aborigène s'établit par la possession exclusive au sens d'intention et de capacité de contrôler le territoire, et cette possession se prouve généralement en démontrant l'occupation ou l'utilisation régulières de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources : *Delgamuukw*, par. 149. L'utilisation moins intensive peut donner lieu à des droits différents. L'exigence de l'occupation physique doit s'interpréter de façon généreuse en prenant en considération tant le point de vue autochtone que la common law : *Delgamuukw*, par. 156. Ces principes s'appliquent aux groupes autochtones nomades et semi-nomades; dans chaque cas, le droit dépend de la preuve. La continuité est nécessaire, en ce sens que le groupe doit démontrer qu'il descend, depuis la période précédant l'affirmation de la souveraineté, du groupe sur les pratiques duquel repose la revendication du droit. Pour tous ces points, la preuve par récits oraux est admissible si elle satisfait aux normes d'utilité et de fiabilité

69

70

common law right. This must be approached with sensitivity to the aboriginal perspective as well as fidelity to the common law concepts involved.

C. *Application of the Legal Test*

71 The cases proceeded on the basis that the British had established sovereignty in the middle of the 18th century: in *Bernard* 1759 and in *Marshall* 1713 for Mainland Nova Scotia and 1763 for Cape Breton. The British took sovereignty over lands populated by the French, Acadian settlers and the Mi'kmaq.

72 The trial judge in each case applied the correct test to determine whether the respondents' claim to aboriginal title was established. In each case they required proof of sufficiently regular and exclusive use of the cutting sites by Mi'kmaq people at the time of assertion of sovereignty.

73 In *Marshall*, Curran Prov. Ct. J. reviewed the authorities and concluded that the line separating sufficient and insufficient occupancy for title is between irregular use of undefined lands on the one hand and regular use of defined lands on the other. "Settlements constitute regular use of defined lands, but they are only one instance of it" (para. 141).

74 In *Bernard*, Lordon Prov. Ct. J. likewise found that occasional visits to an area did not establish title; there must be "evidence of capacity to retain exclusive control" (para. 110) over the land claimed.

75 These tests correctly reflect the jurisprudence as discussed above.

raisonnable. L'objectif final est de transposer le droit ancestral antérieur à l'affirmation de la souveraineté en un droit moderne en common law. Ce processus doit être empreint de réceptivité envers le point de vue autochtone tout en respectant les notions de common law en cause.

C. *L'application du critère juridique*

On a considéré, pour l'instruction des présentes affaires, que la souveraineté britannique avait été établie vers le milieu du XVIII^e siècle; en 1759, dans l'affaire *Bernard* et, dans l'affaire *Marshall*, en 1713 pour la partie continentale de la Nouvelle-Écosse et en 1763 pour le Cap-Breton. Les Britanniques ont établi leur souveraineté sur des terres qui avaient été peuplées par les Français, les colons acadiens et les Mi'kmaq.

Dans chaque cas, le juge du procès a appliqué le bon critère pour déterminer si les intimés avaient établi le bien-fondé de leur revendication du titre aborigène, en exigeant la preuve d'une utilisation suffisamment régulière et exclusive des zones de coupe par les peuples mi'kmaq à l'époque de l'affirmation de la souveraineté.

Dans *Marshall*, le juge Curran de la Cour provinciale a examiné la jurisprudence et la doctrine et a conclu que ce qui distingue l'occupation suffisante et l'occupation insuffisante pour établir le titre est d'une part l'utilisation irrégulière de terres non définies et, d'autre part, l'utilisation régulière de terres définies. [TRADUCTION] « Des établissements constituent une utilisation régulière de terres définies, mais il peut y avoir d'autres possibilités » (par. 141).

Dans *Bernard*, le juge Lordon de la Cour provinciale a pareillement conclu que des visites occasionnelles dans un territoire n'établissaient pas l'existence d'un titre; il devait y avoir [TRADUCTION] « preuve de la capacité de conserver un contrôle exclusif » (par. 110) sur les terres revendiquées.

Ces critères reflètent correctement la jurisprudence examinée précédemment.

Holding otherwise, Cromwell J.A. in *Marshall* held that this test was too strict and that it was sufficient to prove occasional entry and acts from which an intention to occupy the land could be inferred. Similarly, in *Bernard*, Daigle J.A. held that the trial judge erred in requiring proof of specific acts of occupation and regular use in order to ground aboriginal title. It was not in error to state, as Cromwell J.A. did, that acts from which intention to occupy the land could be inferred may ground a claim to common law title. However, as discussed above, this must be coupled with sufficiently regular and exclusive use in order to establish title in the common law sense.

Cromwell J.A. found that this additional requirement is not consistent with the semi-nomadic culture or lifestyle of the Mi'kmaq. With respect, this argument is circular. It starts with the premise that it would be unfair to deny the Mi'kmaq title. In order to avoid this result, it posits that the usual indicia of title at common law — possession of the land in the sense of exclusive right to control — should be diminished because the pre-sovereignty practices proved do not establish title on that test. As discussed, the task of the court is to sensitively assess the evidence and then find the equivalent modern common law right. The common law right to title is commensurate with exclusionary rights of control. That is what it means and has always meant. If the ancient aboriginal practices do not indicate that type of control, then title is not the appropriate right. To confer title in the absence of evidence of sufficiently regular and exclusive pre-sovereignty occupation, would transform the ancient right into a new and different right. It would also obliterate the distinction that this Court has consistently made between lesser aboriginal rights like the right to fish and the highest aboriginal right, the right to title to the land: *Adams* and *Côté*.

Formulant une conclusion divergente dans *Marshall*, le juge d'appel Cromwell a estimé qu'il s'agissait là d'un critère trop strict et qu'il suffisait de prouver une présence occasionnelle ainsi que des actes indiquant une intention d'occuper le territoire. De la même façon, le juge d'appel Daigle a conclu dans l'arrêt *Bernard* que le juge de première instance avait eu tort d'exiger la preuve d'actes particuliers d'occupation et la preuve de l'utilisation régulière du territoire pour fonder le titre aborigène. Il n'est pas erroné d'affirmer, comme le juge Cromwell l'a fait, que la revendication du titre en common law peut se fonder sur des actes indiquant une intention d'occuper le territoire. Cependant, il faut que de tels actes s'accompagnent, comme on l'a vu précédemment, d'une utilisation suffisamment régulière et exclusive pour qu'un titre en common law soit établi.

Le juge Cromwell a conclu que cette exigence supplémentaire n'est pas compatible avec la culture ou le mode de vie semi-nomade des Mi'kmaq. En toute déférence, il s'agit là d'un raisonnement circulaire reposant sur la prémisse qu'il serait injuste de nier un titre aborigène aux Mi'kmaq. Pour éviter ce résultat, ce raisonnement suppose que le critère habituel servant à établir le titre en common law — la possession du territoire manifestée par un droit de contrôle exclusif — doit être assoupli parce que la preuve des pratiques antérieures à l'affirmation de la souveraineté n'établit pas le titre suivant ce critère. Les tribunaux ont pour tâche, comme on l'a vu, d'apprécier la preuve avec réceptivité et de trouver le droit équivalent dans la common law d'aujourd'hui. En common law, le titre suppose des droits exclusifs de contrôle. C'est ce que ce droit signifie et ce qu'il a toujours signifié. Si les pratiques autochtones ancestrales n'indiquent pas l'exercice de ce type de contrôle, le titre n'est pas le droit correspondant. L'octroi du titre en l'absence de preuve d'une occupation suffisamment régulière et exclusive avant l'affirmation de la souveraineté aurait pour effet de transformer le droit ancestral en un droit nouveau et différent. Il abolirait également la distinction que notre Cour a toujours maintenue entre les droits ancestraux plus limités, comme le droit de pêcher, et le droit ancestral supérieur qu'est le titre aborigène sur le territoire : *Adams* et *Côté*.

D. *Assessment of the Evidence*

78

The question remains whether the trial judges, having applied essentially the right test, erred in their assessment of the evidence or application of the law to the evidence. Absent this, there is no ground for appellate intervention. As discussed, the evidence of aboriginal practices must be assessed from the aboriginal perspective. The question is whether the practices on a broad sense correspond to the right claimed.

79

Curran Prov. Ct. J. in *Marshall* reviewed the facts extensively and summarized his conclusions as follows:

- a) The Mi'kmaq of 18th century Nova Scotia could be described as "moderately nomadic" as were the Algonquins in *Côté, supra*. The Mi'kmaq, too, moved with the seasons and circumstances to follow their resources. They did not necessarily return to the same campsites each year. Nevertheless, for decades before and after 1713 local communities on mainland Nova Scotia stayed generally in the areas where they had been.
- b) On the mainland the Mi'kmaq made intensive use of bays and rivers and at least nearby hunting grounds. The evidence is just not clear about exactly where those lands were or how extensive they were. It is most unlikely all the mainland was included in those lands. There just weren't enough people for that.
- c) As for Cape Breton, there simply is not enough evidence of where the Mi'kmaq were and how long they were there to conclude that they occupied any land to the extent required for aboriginal title.
- d) In particular, there is no clear evidence that the Mi'kmaq of the time made any use, let alone regular use, of the cutting sites where these charges arose, either on the mainland or in Cape Breton. The [Respondents] have not satisfied me on the balance of probability that their ancestors had aboriginal title to those sites. [para. 142]

D. *L'appréciation de la preuve*

Il reste donc à déterminer si les juges des procès, après avoir appliqué essentiellement le bon critère, ont commis une erreur dans l'appréciation de la preuve ou dans l'application du droit à la preuve. Sans cela, la cour d'appel n'a pas de motif d'intervenir. Comme je l'ai indiqué précédemment, la preuve des pratiques autochtones doit s'apprécier du point de vue autochtone. Il faut se demander si les pratiques correspondent, au sens large, au droit revendiqué.

Dans la décision *Marshall*, le juge Curran de la Cour provinciale a procédé à une analyse approfondie des faits et a résumé ainsi ses conclusions :

[TRADUCTION]

- a) On peut qualifier les Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse, au XVIII^e siècle, de « plus ou moins nomades », comme les Algonquins dans *Côté, précité*. Les Mi'kmaq aussi se déplaçaient en fonction des saisons et des circonstances pour suivre leurs ressources. Ils ne retournaient pas nécessairement aux mêmes campements chaque année. Toutefois, pendant des décennies, avant et après 1713, les communautés locales de la Nouvelle-Écosse continentale sont généralement demeurées dans les régions où elles se trouvaient.
- b) Sur le continent, les Mi'kmaq ont intensivement utilisé les baies et les rivières et, à tout le moins, des territoires de chasse voisins. Simplement, la preuve n'établit pas clairement la localisation et l'étendue exactes de ces territoires. Il est très peu probable qu'ils aient englobé la totalité de la partie continentale. La population n'était tout simplement pas assez nombreuse pour cela.
- c) Pour ce qui est du Cap-Breton, la preuve de l'endroit où se trouvaient les Mi'kmaq et de la durée de leur occupation n'est tout simplement pas suffisante pour conclure qu'ils occupaient des terres dans la mesure nécessaire pour établir un titre aborigène.
- d) Plus particulièrement, la preuve n'établit pas clairement que les Mi'kmaq de l'époque ont utilisé les zones de coupe de la partie continentale ou du Cap-Breton visées par les accusations et encore moins qu'ils les aient utilisées régulièrement. Les [intimés] ne m'ont pas convaincu suivant la prépondérance des probabilités que leurs ancêtres possédaient un titre aborigène sur ces zones. [par. 142]

Applying the law to these facts, Curran Prov. Ct. J. “concluded that the Mi’kmaq of the 18th century on mainland Nova Scotia probably had aboriginal title to lands around their local communities, but not to the cutting sites” (para. 143).

In *Bernard*, Lordon Prov. Ct. J. also made a thorough review of the evidence of Mi’kmaq occupation of lands at the time of sovereignty, and concluded that it did not establish title:

Given the evidence before me, I cannot conclude that the land at the *locus in quo* was used on a regular basis for hunting and fishing. Such trips made there in 1759 would have been occasional at best. Occasional forays for hunting, fishing and gathering are not sufficient to establish Aboriginal title in the land.

Furthermore, the evidence does not convince me that the Mi’kmaq were the only occasional visitors to the area. From the time of contact onward the Indians welcomed Europeans. . . .

There was no evidence of capacity to retain exclusive control and, given the vast area of land and the small population they did not have the capacity to exercise exclusive control. In addition, according to the evidence of Chief Augustine, the Mi’kmaq had neither the intent nor the desire to exercise exclusive control, which, in my opinion, is fatal to the claim for Aboriginal title. [paras. 107-8 and 110]

The Nova Scotia Court of Appeal did not criticize the findings of fact in *Marshall*, basing its reversal on the legal test. However, in *Bernard*, the New Brunswick Court of Appeal criticized aspects of Lordon Prov. Ct. J.’s approach to the facts. Daigle J.A. found that the trial judge failed to give appropriate weight to the evidence of the pattern of land use and discounted the evidence of oral traditions. Daigle J.A. emphasized that during the winter, the Mi’kmaq would break into smaller hunting groups and disperse inland, fishing and hunting in the interior. He also emphasized the proximity of the cutting sites to traditional settlement sites. However,

Appliquant le droit à ces faits, le juge Curran a [TRADUCTION] « conclu que les Mi’kmaq qui se trouvaient dans la partie continentale de la Nouvelle-Écosse au XVIII^e siècle avaient probablement un titre aborigène sur les terres entourant leurs communautés, mais non sur les zones de coupe » (par. 143).

Dans *Bernard*, le juge Lordon de la Cour provinciale a lui aussi examiné minutieusement la preuve de l’occupation des terres par les Mi’kmaq au moment de l’affirmation de la souveraineté, et il a conclu qu’elle n’établissait pas de titre aborigène :

[TRADUCTION] Vu la preuve dont je dispose, je ne peux conclure que les terres du lieu de l’infraction étaient utilisées régulièrement pour la chasse et la pêche. Les expéditions à cet endroit, en 1759, devaient être tout au plus occasionnelles. Des incursions occasionnelles pour pratiquer la chasse, la pêche et la cueillette ne suffisent pas pour établir un titre aborigène sur les terres.

De plus, la preuve ne me convainc pas que les Mi’kmaq étaient les seuls visiteurs occasionnels des lieux. Dès l’arrivée des Européens, les Indiens leur ont fait bon accueil. . . .

Rien dans la preuve n’indiquait une capacité de garder le contrôle exclusif et, du fait du vaste territoire et d’une petite population, les Mi’kmaq n’avaient pas la capacité d’exercer un contrôle exclusif. En outre, d’après le témoignage du chef Augustine, ils n’avaient ni l’intention ni le désir d’exercer ce contrôle exclusif, ce qui, à mon avis, réfute la thèse du titre aborigène. [par. 107-108 et 110]

La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé la décision *Marshall* en rejetant le critère juridique appliqué mais n’a pas critiqué les conclusions de fait. Dans *Bernard*, toutefois, la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a critiqué certains aspects des conclusions de fait tirées par le juge Lordon. Le juge Daigle a estimé que le juge de première instance n’avait pas accordé l’importance qu’il fallait à la preuve des modes d’utilisation du territoire et qu’il avait écarté la preuve des traditions orales. Le juge Daigle a insisté sur le fait que pendant l’hiver, les Mi’kmaq se séparaient en petits groupes de chasseurs et se dispersaient à l’intérieur des terres pour

80

81

82

these facts, even if overlooked by the trial judge, do not support a finding of aboriginal title on the principles discussed above. They amount only, as Daigle J.A. put it, to “compelling evidence . . . that the cutting site area . . . would have been within the range of seasonal use and occupation by the Miramichi Mi’kmaq” (para. 127). Assuming the trial judge overlooked or undervalued this evidence, the evidence would have made no difference and the error was inconsequential.

83 I conclude that there is no ground to interfere with the trial judges’ conclusions on the absence of common law aboriginal title.

E. *Extinguishment, Infringement, Justification and Membership*

84 The Crown argued that even if common law aboriginal title is established, it was extinguished by statutes passed between 1774 and 1862 relating to forestry on Crown lands. Since aboriginal title is not established, it is unnecessary to consider this issue. Nor is it necessary to consider whether the statutes under which the respondents were charged infringe aboriginal title, or if so, whether that infringement is justified. Finally, it is unnecessary to consider continuity issues relating to the sites claimed.

F. *Aboriginal Title Under the Royal Proclamation*

85 The respondents argue that the *Royal Proclamation* of 1763 (see Appendix) reserved to the Mi’kmaq title in all unceded, unpurchased land in the former Nova Scotia, which later was divided into Nova Scotia and New Brunswick. I agree with the courts below that this argument must be rejected.

chasser et pêcher. Il a souligné également que les zones de coupe avoisinaient des lieux traditionnels d’établissement. Même si le juge du procès n’en a pas tenu compte, ces faits ne permettent pas de conclure à l’existence d’un titre aborigène, en raison des principes exposés précédemment. Comme le juge Daigle l’a écrit, ils ne constituent qu’une « preuve convaincante [. . .] [que] la région de la zone de coupe [. . .] aurait été suffisamment proche pour être utilisée et occupée de façon saisonnière par les Mi’kmaq de la Miramichi » (par. 127). En supposant que le juge du procès ait omis de prendre cette preuve en considération ou l’ait sous-évaluée, le fait est qu’elle n’aurait rien changé à la décision et que l’erreur ne portait pas à conséquence.

J’estime qu’il n’existe aucun motif de modifier les conclusions de fait des juges de première instance relatives à l’absence de titre aborigène en common law.

E. *Extinction, atteinte, justification et appartenance*

L’appelante soutient que même si les intimés établissent l’existence d’un titre aborigène en common law, ce titre a été éteint par des lois relatives à l’exploitation forestière sur les terres publiques adoptées entre 1774 et 1862. Comme le titre aborigène n’a pas été établi, il n’est pas nécessaire d’examiner cette question, non plus que les questions de savoir si les lois en vertu desquelles les intimés ont été poursuivis portent atteinte au titre aborigène et, le cas échéant, si l’atteinte se justifie. Enfin, il n’y a pas lieu d’examiner les questions de continuité concernant les terres revendiquées.

F. *Le titre aborigène en vertu de la Proclamation royale*

Les intimés soutiennent que la *Proclamation royale* de 1763 (voir l’annexe) a réservé aux Mi’kmaq le titre sur toutes les terres non concédées ni achetées de l’ancienne Nouvelle-Écosse, qui a par la suite été divisée pour former la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. Je conviens avec les juridictions inférieures qu’il y a lieu de rejeter cet argument.

The *Royal Proclamation* must be interpreted liberally, and any matters of doubt resolved in favour of aboriginal peoples: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36. Further, the *Royal Proclamation* must be interpreted in light of its status as the “Magna Carta” of Indian rights in North America and Indian “Bill of Rights”: *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 1 Q.B. 892 (C.A.), at p. 912. I approach the question on this basis.

The first issue is whether the *Royal Proclamation* applies to the former colony of Nova Scotia. The *Royal Proclamation* states that it applies to “our other Colonies or Plantations in America” and at the beginning annexes Cape Breton and Prince Edward Island to Nova Scotia. Other evidence, including correspondence between London and Nova Scotia, suggests that contemporaries viewed the *Royal Proclamation* as applying to Nova Scotia (*Marshall*, trial decision, at para. 112). Interpreting the *Royal Proclamation* liberally and resolving doubts in favour of the aboriginals, I proceed on the basis that it applied to the former colony of Nova Scotia.

This brings us to the text of the *Royal Proclamation*. The text supports the Crown’s argument that it did not grant the Mi’kmaq title to all the territories of the former colony of Nova Scotia. The respondents rely principally on three provisions of the *Royal Proclamation*.

The first provision is the preamble to the part addressing aboriginal peoples which reads:

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interest, and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds.

La Proclamation royale doit recevoir une interprétation libérale, et tout doute doit se résoudre en faveur des peuples autochtones : *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36. Il faut en outre l’interpréter en tenant compte de son statut de « Magna Carta » des droits indiens en Amérique du Nord et de « Déclaration des droits » des Indiens : *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 1 Q.B. 892 (C.A.), p. 912. J’aborde cette question en me fondant sur ces principes.

Il faut se demander en premier lieu si la *Proclamation royale* s’applique à l’ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse. La *Proclamation royale* énonce qu’elle s’applique à « Nos autres colonies ou [. . .] Nos autres plantations en Amérique », et elle annexe, au début, l’île du Cap-Breton et l’Île-du-Prince-Édouard à la Nouvelle-Écosse. D’autres éléments de preuve, dont de la correspondance échangée entre Londres et la Nouvelle-Écosse, indiquent que l’on considérait, à l’époque, que la *Proclamation royale* s’appliquait à la Nouvelle-Écosse (*Marshall*, décision de première instance, par. 112). Interprétant libéralement la *Proclamation royale* et résolvant les doutes en faveur des Autochtones, je poursuis mon analyse en tenant pour acquis qu’elle s’appliquait à l’ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse.

Ce qui nous amène au texte de la *Proclamation royale*. Ce texte appuie l’argument de l’appelante selon lequel la *Proclamation royale* n’a pas octroyé aux Mi’kmaq le titre sur toutes les terres de l’ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse. Les intimés invoquent principalement trois passages de la *Proclamation royale*.

Le premier est le préambule de la partie qui traite des peuples autochtones, et il est rédigé comme suit :

Attendu qu’il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d’entre elles comme territoires de chasse.

86

87

88

89

- 90 As part of the preamble, this does not accord new rights. When the *Royal Proclamation* directed the reservation or annexation of land it used terms of grant (“We do therefore . . . declare it to be our Royal Will and Pleasure, that” or “We have thought fit, with the Advice of our Privy Council” or “We do hereby command”) and referred to the specific tracts of land (“all the Lands and Territories not included within the Limits of Our said Three new Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson’s Bay Company”).
- 91 The second provision of the *Royal Proclamation* relied on by the respondents is the following:
- We do therefore . . . declare it to be our Royal Will and Pleasure, that no Governor or Commander in Chief . . . in any of our other Colonies or Plantations in America do presume . . . to grant Warrants of Survey, or pass Patents for any Lands beyond the Heads or Sources of any of the Rivers which fall into the Atlantic Ocean from the West and North West, or upon any Lands whatever, which, not having been ceded to or purchased by Us as aforesaid, are reserved to the said Indians, or any of them.
- 92 The respondents argue that the underlined phrase reserved to the Mi’kmaq all unceded or unpurchased land within the colony of Nova Scotia. However, this phrase merely repeats the wording from the preamble. It does not create new rights in land. This is confirmed by the fact that it does not use the direct and clear language used elsewhere to reserve lands to the Indians, and is reinforced by its relation to subsequent provisions. If the *Royal Proclamation* had reserved virtually the entire province of Nova Scotia to the Mi’kmaq, the subsequent requirement, that settlers leave lands “still reserved to the . . . Indians”, would have had the effect of ejecting all the settlers from the colony. Yet the historical evidence suggests extensive settlement of Nova Scotia shortly after the *Royal Proclamation*.
- 93 The third provision of the *Royal Proclamation* upon which the respondents rely requires that “no
- Comme il s’inscrit dans le préambule, ce passage ne confère pas de nouveaux droits. Lorsque la *Proclamation royale* ordonne que des terres soient réservées ou annexées, elle emploie des termes indiquant l’octroi (« Nous déclarons par conséquent [. . .] que c’est Notre volonté et Notre plaisir », « Nous avons cru opportun, de l’avis de Notre Conseil privé » ou « Nous enjoignons ») et mentionne des terres précises (« toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d’Hudson »).
- Le deuxième passage de la *Proclamation royale* invoqué par les intimés est le suivant :
- Nous déclarons par conséquent [. . .] que c’est Notre volonté et Notre plaisir [. . .] Nous enjoignons [. . .] à tout gouverneur et à tout commandant en chef de toutes Nos autres colonies ou de Nos autres plantations en Amérique, de n’accorder [. . .] aucun permis d’arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà de la tête ou source de toutes les rivières qui vont de l’ouest et du nord-ouest se jeter dans l’océan Atlantique ni sur celles qui ont été ni cédées ni achetées par Nous, tel que susmentionné, et ont été réservées pour les tribus sauvages susdites ou quelques-unes d’entre elles.
- Les intimés soutiennent que les mots soulignés réservent aux Mi’kmaq toutes les terres de la colonie de la Nouvelle-Écosse non cédées ou non achetées. Toutefois, il ne s’agit là que de la répétition du préambule. Ce passage ne crée pas de nouveaux droits sur les terres. C’est ce que confirment le fait qu’on n’emploie pas dans ce passage le libellé clair et direct employé ailleurs pour réserver des terres aux Indiens, et le rapport existant entre ce passage et les dispositions subséquentes de la *Proclamation royale*. Si la *Proclamation royale* avait effectivement réservé presque toute la province de la Nouvelle-Écosse aux Mi’kmaq, l’injonction subséquente faite aux colons de quitter toute terre « également réservée pour lesdits sauvages » aurait eu pour effet d’expulser la totalité des colons de la colonie. Or, la preuve historique indique que la Nouvelle-Écosse a connu une colonisation substantielle peu après la *Proclamation royale*.
- Le troisième passage de la *Proclamation royale* sur lequel les intimés s’appuient interdit « à qui que

private Person do presume to make any purchase from the said Indians of any Lands reserved to the said Indians, within those parts of our Colonies where, We have thought proper to allow Settlement". The respondents argue that this reinforces reservation of Nova Scotia to the Indians. This language, however, is equally consistent with referring to newly reserved lands as it is to previously reserved lands and does not definitively argue in either direction.

The jurisprudence also supports the Crown's interpretation of the text of the *Royal Proclamation*. In *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, this Court held that "the Royal Proclamation of October 7, 1763 organized the territories recently acquired by Great Britain and reserved two types of land for the Indians: that located outside the colony's territorial limits and the establishments authorized by the Crown inside the colony" (p. 1052 (emphasis added), *per* Lamer J.).

Finally, the historical context and purpose of the *Royal Proclamation* do not support the claim that the *Royal Proclamation* granted the colony of Nova Scotia to the Indians. The *Royal Proclamation* was concluded in the context of discussions about how to administer and secure the territories acquired by Britain in the first Treaty of Paris in 1763. In the discussions between the Board of Trade and the Privy Council about what would eventually become the *Royal Proclamation*, the imperial territories were from the beginning divided into two categories: lands to be settled and those whose settlement would be deferred. Nova Scotia was clearly land marked for settlement by the Imperial policy promoting its settlement by the "Planters", "Ulster Protestants", Scots, Loyalists and others. The Lords of Trade had urged "the compleat Settlement of Your Majesty's Colony of Nova Scotia": Lords of Trade to Lord Egremont, June 8, 1763, in *Documents Relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791* (2nd ed. rev. 1918), Part I, at p. 135. The settlement aspirations of the British were recognized by Binnie J. for the majority in *Marshall 1* when he stated that the recently concluded treaties with the Mi'kmaq of 1760-61 were designed to facilitate a "wave of European

ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements ». Les intimés affirment que ce passage confirme que la Nouvelle-Écosse avait été réservée aux Indiens. Ce libellé, toutefois, peut tout aussi bien faire état de terres nouvellement réservées que de terres antérieurement réservées et ne permet pas de tirer de conclusions définitives dans un sens ou dans l'autre.

La jurisprudence appuie également l'interprétation de la *Proclamation royale* que propose l'appelante. Dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, notre Cour a statué que « la Proclamation royale du 7 octobre 1763 organisa les territoires récemment acquis par la Grande-Bretagne et réserva aux Indiens deux catégories de terres : celles situées à l'extérieur des limites territoriales de la colonie et les établissements permis par la Couronne à l'intérieur de la colonie » (p. 1052 (je souligne), le juge Lamer).

Enfin, le contexte historique de même que l'objet de la *Proclamation royale* n'étaient pas la prétention voulant qu'elle ait accordé la colonie de la Nouvelle-Écosse aux Indiens. La *Proclamation royale* a été lancée dans le contexte de discussions sur l'administration et la préservation des territoires acquis par la Grande-Bretagne en vertu du premier Traité de Paris en 1763. Lors des discussions entre le Board of Trade et le Conseil privé au sujet de ce qui deviendrait la *Proclamation royale*, les territoires impériaux ont été dès le début séparés en deux catégories : les terres à coloniser et les terres dont la colonisation serait remise à plus tard. La politique impériale destinait clairement la Nouvelle-Écosse à la colonisation et encourageait les « Planters », « les protestants de l'Ulster », les Écossais, les Loyalistes et d'autres à s'y établir. Les lords du commerce préconisaient [TRADUCTION] « la colonisation complète de la Nouvelle-Écosse, colonie de Votre Majesté » : lords du commerce à Lord Egremont, 8 juin 1763, dans *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791* (2^e éd. rév. 1921), Première partie, p. 107. Le juge Binnie, rendant jugement pour la majorité dans *Marshall 1*, a reconnu les visées colonisatrices des Britanniques lorsqu'il a indiqué que les traités qui

94

95

settlement” (para. 21). The *Royal Proclamation* sought to ensure the future security of the colonies by minimizing potential conflict between settlers and Indians by protecting existing Indian territories, treaty rights and enjoining abusive land transactions. Reserving Nova Scotia to the Indians would completely counter the planned settlement of Nova Scotia.

96 In summary, the text, the jurisprudence and historic policy, all support the conclusion that the *Royal Proclamation* did not reserve the former colony of Nova Scotia to the Mi’kmaq.

G. *Aboriginal Title Through Belcher’s Proclamation*

97 Colonial governors, including those of the former colony of Nova Scotia, were issued a Royal Instruction on December 9, 1761 forbidding them from granting lands adjacent to or occupied by the Indians, including “any Lands so reserved to or claimed by the said Indians”. Pursuant to the instruction, in 1762 the then governor of Nova Scotia, Jonathan Belcher, issued a Proclamation directing settlers to remove themselves from lands “reserved to or claimed by” the Indians. It further directed that “for the more special purpose of hunting, fowling and fishing, I do hereby strictly injoin and caution all persons to avoid all molestation of the said Indians in their said Claims, till His Majesty’s pleasure in this behalf shall be signified” (emphasis added).

98 Three issues arise in determining the applicability of *Belcher’s Proclamation*: first the geographical area it covers, second, the activities it covers and third, whether it was concluded with the relevant authority.

venaient d’être conclus avec les Mi’kmaq en 1760-1761 avaient pour objet de faciliter l’établissement d’une « vague de colons européens » (par. 21). La *Proclamation royale* visait à assurer la sécurité future des colonies en réduisant les possibilités de conflit entre colons et Indiens par la protection des territoires indiens et des droits issus de traité existants et par l’interdiction des opérations foncières abusives. Si la Nouvelle-Écosse avait été réservée aux Indiens, les projets de colonisation de la Nouvelle-Écosse s’en seraient trouvés anéantis.

En résumé, le texte de la *Proclamation royale*, la jurisprudence et la politique historiquement poursuivie font tous conclure que ce document n’a pas réservé l’ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse aux Mi’kmaq.

G. *Le titre aborigène en vertu de la Proclamation de Belcher*

Les gouverneurs des colonies, dont ceux de l’ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse, ont reçu le 9 décembre 1761 des directives royales qui leur interdisaient d’octroyer des terres occupées par des Indiens ou attenantes à celles-ci, notamment [TRADUCTION] « des terres ainsi réservées aux Indiens ou revendiquées par eux ». Conformément à ces directives, le gouverneur de la Nouvelle-Écosse alors en poste, Jonathan Belcher, a publié en 1762 une proclamation dans laquelle il enjoignait aux colons de quitter les terres [TRADUCTION] « ainsi réservées pour les Indiens ou revendiquées par eux ». Il ordonnait également ce qui suit : [TRADUCTION] « visant spécialement les activités de chasse au gros et au petit gibier, de chasse au gibier à plumes et de pêche, par les présentes, j’enjoins strictement à toutes personnes et les préviens d’éviter toute molestation desdits Sauvages dans leur revendication tant que le plaisir de Sa Majesté dans cette affaire n’aura pas été signifié » (je souligne).

Trois questions se posent relativement à l’applicabilité de la *Proclamation de Belcher*. Il faut établir quel était le territoire visé, quelles étaient les activités visées et si son auteur avait le pouvoir de la faire.

First, *Belcher's Proclamation* defines areas from Musquodobiot to Canso, from Canso along the Northumberland Strait to Miramichi, Bay of Chaleur, Gulf of St. Lawrence and along the Gaspé "and so along the coast". Lordon Prov. Ct. J. in *Bernard* found that it granted only a "common right to the Sea Coast" (para. 116). I see no reason to disturb this finding.

Second, Lordon Prov. Ct. J. found that *Belcher's Proclamation* was, on its terms, limited to "hunting, fowling and fishing" and did not cover logging (para. 116). Again, I see no reason to reject this conclusion. These two conclusions alone suffice to resolve this issue.

The third issue is whether *Belcher's Proclamation* was issued with the relevant authority. *Belcher's Proclamation* provoked immediate adverse reaction and dissatisfaction from the Lords of Trade. On July 2, 1762, Belcher wrote to them to explain what he had done. He explained that he had made a return to the Indians "for a Common right to the Sea Coast from Cape Fronsac onwards for Fishing without disturbance or Opposition by any of His Majesty's Subjects". He went on to assure the Lords of Trade that it was only temporary "till His Majesty's pleasure should be signified". In fact, His Majesty never approved *Belcher's Proclamation*. The text of the Proclamation and the evidence of Drs. Patterson and Wicken accepted by Lordon Prov. Ct. J. confirms its intended temporary nature (para. 116).

On December 3, 1762, the Lords of Trade responded in a strongly worded letter condemning *Belcher's Proclamation* and instructing that the Royal Instruction referred only to "Claims of the Indians, as heretofore of long usage admitted and allowed on the part of the Government and Confirmed to them by solemn Compacts". Interestingly, the Lords of Trade state that if it

Premièrement, cette proclamation décrit des territoires allant de Musquodobiot à Canso, de Canso, le long du détroit de Northumberland, à Miramichi, à la Baie des Chaleurs, au Golfe du St-Laurent et à Gaspé [TRADUCTION] « puis ainsi le long de la côte ». Le juge Lordon de la Cour provinciale a conclu dans *Bernard* qu'elle ne conférait qu'un [TRADUCTION] « droit commun au littoral » (par. 116). Je ne vois rien qui justifie de modifier cette conclusion.

Deuxièmement, le juge Lordon a estimé qu'il ressortait du texte même de la *Proclamation de Belcher* qu'elle ne s'appliquait qu'aux [TRADUCTION] « activités de chasse au gros et au petit gibier, de chasse au gibier à plumes et de pêche » et ne visait pas l'exploitation forestière (par. 116). Encore une fois, je ne vois aucune raison de rejeter cette conclusion. Ces deux conclusions suffisent à régler cette question.

La troisième question porte sur le pouvoir de lancer la *Proclamation de Belcher*. Cette proclamation a immédiatement suscité l'opposition et l'insatisfaction des lords du commerce. Dans une lettre datée du 2 juillet 1762, Belcher a expliqué à ces derniers qu'il avait accédé à la demande des Indiens relativement à un [TRADUCTION] « droit commun au littoral à partir de Cap Fronsac, pour pouvoir y pêcher sans empêchement ou opposition de la part des sujets de Sa Majesté ». Il a assuré les lords du commerce que cette mesure était temporaire [TRADUCTION] « jusqu'à ce que le plaisir de Sa Majesté soit signifié ». En fait, Sa Majesté n'a jamais approuvé la *Proclamation de Belcher*. Le texte de la proclamation ainsi que les témoignages de MM. Patterson et Wicken, acceptés par le juge Lordon de la Cour provinciale, confirment sa nature provisoire (par. 116).

Le 3 décembre 1762, les lords du Commerce ont vivement condamné la *Proclamation de Belcher* dans une lettre où ils indiquaient que les directives royales ne portaient que sur les [TRADUCTION] « revendications des Sauvages, telles celles du passé relevant d'un long usage admis et permis par le gouvernement et confirmé à eux par voie de conventions solennelles ». Fait intéressant, les

99

100

101

102

were necessary to reserve lands for the Indians it should not have been the lands along the coast, “but rather the Lands amongst the woods and lakes where the wild beasts resort and are to be found in plenty”, supporting the view that *Belcher’s Proclamation* did not grant rights over cutting sites further inland.

lords exposent que s’il fallait réserver des terres pour les Indiens, ce n’aurait pas dû être les terres situées le long du littoral [TRADUCTION] « mais plutôt les terres sises parmi les bois et les lacs où les bêtes sauvages vivent et se trouvent en abondance », ce qui appuie l’opinion voulant que la *Proclamation de Belcher* n’a pas octroyé de droit sur les zones de coupe situées plus loin à l’intérieur des terres.

103

By letter of March 20, 1764 the Lords of Trade signified His Majesty’s disallowance of *Belcher’s Proclamation* to Belcher’s successor, Governor Wilmot. The Lords of Trade noted that this claim was “inconsistent with his Majesty’s Right, and so injurious to the Commercial Interest of His Subjects”. They further stated that the grant of the coastal lands to the Indians was contrary to the true spirit and meaning of the Royal Instructions upon which *Belcher’s Proclamation* was based. They referred to “His Majesty’s disallowance” of such claim, though nowhere did they state that *Belcher’s Proclamation* was void *ab initio*. The Lords of Trade instructed Governor Wilmot to “induce the Indians to recede from so extraordinary and inadmissible a claim, if he had not already done so”; however this was to be done in the “mildest manner”. This was apparently done, although no formal action was taken to revoke *Belcher’s Proclamation*.

Dans une lettre en date du 20 mars 1764, les lords du commerce ont signifié au successeur de Belcher, le gouverneur Wilmot, le désaveu de la *Proclamation de Belcher* par Sa Majesté. Ils signalaient que cette revendication était [TRADUCTION] « incompatible avec le droit dont Sa Majesté est titulaire et considérablement préjudiciable aux intérêts commerciaux de ses sujets », ajoutant que l’octroi de terres côtières aux Indiens était contraire à l’esprit et au sens véritables des directives royales sur lesquelles Belcher avait fondé sa proclamation. Les lords ont fait état du [TRADUCTION] « refus de Sa Majesté » de cette revendication, mais sans indiquer nulle part que la *Proclamation de Belcher* était nulle *ab initio*. Ils ont donné instruction au gouverneur Wilmot [TRADUCTION] « [d’]inciter les Sauvages à abandonner une revendication aussi extraordinaire et inadmissible s’il ne l’a déjà fait »; toutefois, il fallait procéder de la [TRADUCTION] « manière la plus douce ». Cela semble avoir été fait, mais aucune mesure formelle n’a été prise pour révoquer la *Proclamation de Belcher*.

104

Against this it is argued that what matters is what the Indians thought *Belcher’s Proclamation* meant, as opposed to whether Belcher in fact had the power to make the Proclamation. The Proclamation was never formally revoked. The Mi’kmaq were apparently told their claims to the colony’s lands were invalid, although in the “mildest manner”. However, there is no evidence that the British misled the Mi’kmaq or acted dishonourably toward them in explaining that *Belcher’s Proclamation* was disallowed. I see no reason to interfere with the conclusion of Robertson J.A. in *Bernard* that “[t]his is one case

On oppose que la question n’est pas tant de savoir si Belcher avait en fait le pouvoir de lancer cette proclamation que la signification que les Indiens ont attribuée à cette proclamation. Cette dernière n’a jamais été officiellement révoquée. Il semble qu’on ait dit aux Mi’kmaq que leur revendication des terres de la colonie était invalide, quoique de la [TRADUCTION] « manière la plus douce ». Toutefois, aucun élément de preuve n’indique que les Britanniques ont induit les Mi’kmaq en erreur ou ont manqué à l’honneur en leur expliquant que la *Proclamation de Belcher* avait été désavouée. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge

where the Crown's silence cannot validate that which is otherwise invalid" (para. 409).

In summary, the defence based on *Belcher's Proclamation* faces formidable hurdles. Did Belcher have the authority to make it, or was it void *ab initio*, as claimed at the time? If it was valid, was it temporary and conditional on further order of His Majesty? If invalid, where is the evidence of Mi'kmaq reliance or dishonorable Crown conduct? Finally, whatever the legal effect of *Belcher's Proclamation*, it seems that it was intended to apply only to certain coastal areas and to "hunting, fowling and fishing". On the evidence before us, it is impossible to conclude that *Belcher's Proclamation* could provide a defence to the charges against the respondents.

IV. Conclusion

The trial judge in each case applied the correct legal tests and drew conclusions of fact that are fully supported by the evidence. Their conclusions that the respondents possessed neither a treaty right to trade in logs nor aboriginal title to the cutting sites must therefore stand. Nor is there any basis for finding title in the *Royal Proclamation* or *Belcher's Proclamation*.

The constitutional questions stated in *Marshall*, as follows:

1. Is the prohibition on cutting or removing timber from Crown lands without authorization pursuant to s. 29 of the *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, c. 114, inconsistent with the treaty rights of the respondents/appellants on cross-appeal contained in the Mi'kmaq Treaties of 1760-61, and therefore

d'appel Robertson, dans l'arrêt *Bernard*, selon laquelle « [i]l s'agit d'un cas où le silence de la Couronne ne peut valider ce qui est par ailleurs invalide » (par. 409).

En résumé, le moyen de défense fondé sur la *Proclamation de Belcher* se heurte à d'imposants obstacles. Belcher avait-il le pouvoir de faire cette proclamation ou était-elle nulle *ab initio* comme on l'a prétendu à l'époque? Si elle était valide, était-elle temporaire et conditionnelle à un décret subséquent de Sa Majesté? Si elle était invalide, où est la preuve que les Mi'kmaq se sont fondés sur elle ou que la Couronne a manqué à l'honneur? Enfin, quel que soit l'effet juridique de la *Proclamation de Belcher*, il semble qu'elle n'était destinée à ne s'appliquer qu'à certaines zones côtières et qu'aux [TRADUCTION] « activités de chasse au gros et au petit gibier, de chasse au gibier à plumes et de pêche ». Compte tenu de la preuve soumise, il est impossible de conclure que cette proclamation peut fonder un moyen de défense aux accusations portées contre les intimés.

IV. Conclusion

Dans chacune des deux affaires, le juge du procès a appliqué le critère juridique approprié et a tiré des conclusions de fait entièrement étayées par la preuve. Par conséquent, il y a lieu de maintenir les conclusions suivant lesquelles les intimés ne jouissaient ni d'un droit issu d'un traité autorisant le commerce des grumes, ni du titre aborigène sur les zones de coupes. Rien ne permet non plus d'asseoir la conclusion que la *Proclamation royale* ou la *Proclamation de Belcher* leur aient conféré un titre.

Il y a lieu de répondre par la négative aux questions constitutionnelles énoncées comme suit dans *Marshall* :

1. L'interdiction pour quiconque de couper du bois se trouvant sur les terres de la Couronne ou de l'enlever de ces terres sans autorisation donnée en vertu de l'article 29 de la *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 114, est-elle incompatible avec les droits issus de traités des intimés/appellants dans l'appel

105

106

107

of no force or effect or application to them, by virtue of ss. 35(1) and 52 of the *Constitution Act, 1982*?

2. Is the prohibition on cutting or removing timber from Crown lands without authorization pursuant to s. 29 of the *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, c. 114, inconsistent with Mi'kmaq aboriginal title to the provincial Crown land from which the timber was cut or removed, by virtue of (i) exclusive occupation by the Mi'kmaq at the time the British acquired sovereignty over the area, or (ii) the *Royal Proclamation, 1763*, and therefore of no force or effect or application to the respondents/appellants on cross-appeal by virtue of ss. 35(1) and 52 of the *Constitution Act, 1982*?

should be answered in the negative.

108

The constitutional questions stated in *Bernard*, as follows:

1. Is the prohibition on unauthorized possession of Crown timber pursuant to s. 67(1)(c) of the *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1 and amendments, inconsistent with the treaty rights of the respondent contained in the Miramichi Mi'kmaq Treaty of June 25, 1761, and therefore of no force or effect or application to the respondent by virtue of ss. 35(1) and 52 of the *Constitution Act, 1982*?
2. Is the prohibition on unauthorized possession of Crown timber pursuant to s. 67(1)(c) of the *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1 and amendments, inconsistent with Mi'kmaq aboriginal title to the provincial Crown land from which the timber was cut, by virtue of (i) exclusive occupation by the Mi'kmaq at the time the British acquired sovereignty over the area, or (ii) *Belcher's Proclamation*, or (iii) the *Royal Proclamation, 1763*, and therefore of no force or effect or application to the respondent by virtue of ss. 35(1) and 52 of the *Constitution Act, 1982*?

should be answered in the negative.

109

I would allow the appeals, dismiss the cross-appeal in *Marshall* and restore the convictions. There is no order as to costs.

incident, et qui figurent dans les traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et 1761 et, donc, inopérante ou inapplicable à leur égard selon les articles 35(1) et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

2. L'interdiction pour quiconque de couper du bois se trouvant sur les terres de la Couronne ou de l'enlever de ces terres sans autorisation donnée en vertu de l'article 29 de la loi intitulée *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 114, est-elle incompatible avec le titre aborigène des Mi'kmaq sur les terres de la Couronne provinciale où a eu lieu la coupe du bois ou son enlèvement en vertu de (i) l'occupation exclusive de ces terres par les Mi'kmaq lorsque la Couronne y a acquis la souveraineté ou en vertu de (ii) la *Proclamation royale (1763)* et, donc, inopérante ou inapplicable à l'égard des intimés/appellants dans l'appel incident, selon les articles 35(1) et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il y a lieu de répondre par la négative aux questions constitutionnelles énoncées comme suit dans *Bernard* :

1. L'interdiction pour quiconque d'être en possession sans autorisation de bois qui provient des terres de la Couronne contrairement à l'article 67(1)(c) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, et ses modifications, est-elle incompatible avec les droits issus de traités de l'intimé et qui figurent dans le traité conclu, le 25 juin 1761, par les Mi'kmaq de Miramichi et, donc, inopérante ou inapplicable à l'égard de l'intimé selon les articles 35(1) et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
2. L'interdiction pour quiconque d'être en possession sans autorisation contrairement à l'article 67(1)(c) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, et ses modifications, est-elle incompatible avec le titre aborigène des Mi'kmaq sur les terres de la Couronne provinciale où le bois a été coupé en vertu de (i) l'occupation exclusive de ces terres par les Mi'kmaq lorsque la Couronne y a acquis souveraineté ou en vertu de (ii) la *Proclamation de Belcher* ou (iii) de la *Proclamation royale (1763)* et, donc, inopérante ou inapplicable à l'égard de l'intimé selon les articles 35(1) et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, de rejeter le pourvoi incident dans *Marshall* et de rétablir les déclarations de culpabilité. Il n'y a aucune ordonnance quant aux dépens.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

I have read the reasons of the Chief Justice. While I am in agreement with the ultimate disposition, I have concerns about various parts of them. Briefly, the protected treaty right includes not only a right to trade but also a corresponding right of access to resources for the purpose of engaging in trading activities. On the facts of the cases on appeal, however, the parties to the treaties did not contemplate that the forest resources to which the Mi'kmaq had a right of access would be used to engage in logging activities. On the issue of aboriginal title, I take the view that given the nature of land use by aboriginal peoples — and in particular the nomadic nature of that use by many First Nations — in the course of their history, the approach adopted by the majority is too narrowly focused on common law concepts relating to property interests.

The Chief Justice's reasons review the judicial history and factual background of these cases, and I do not intend to summarize them again. I will refer only to such elements of the evidence and history of this case as may be required for the purposes of my analysis. I will first consider the rights protected under the treaties of 1760-61. I will then turn to the issue of aboriginal title and in particular the nature of the occupation needed to ground a title claim. Finally, I will comment on the difficulties that arise when aboriginal rights claims are litigated in the context of summary conviction trials. My comments will not address the interpretation of the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), or of *Belcher's Proclamation* because I agree with the Chief Justice's analysis and conclusions on these issues.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

J'ai lu les motifs de la Juge en chef. Bien que je souscrive au dispositif, certaines parties de ses motifs me préoccupent. Brièvement, le droit en cause, qui est protégé par un traité, comprend non seulement un droit de commercer, mais également un droit corrélatif d'accès aux ressources permettant de se livrer à des activités commerciales. Cependant, les faits des affaires portées en appel révèlent que les parties aux traités n'avaient pas envisagé que les Mi'kmaq utiliseraient les ressources forestières auxquelles ils possèdent un droit d'accès pour se livrer à des activités d'exploitation forestière. Quant à la question du titre aborigène, j'estime qu'en raison de la nature de l'utilisation du territoire par les Autochtones, en particulier son utilisation par un bon nombre de Premières Nations dans le cadre d'un mode de vie nomade au cours de leur histoire, la méthode d'analyse préconisée par la majorité est étroitement centrée sur des concepts de droit de propriété en common law.

Dans ses motifs, la Juge en chef passe en revue l'historique des procédures judiciaires et le contexte factuel de ces affaires, et je n'ai pas l'intention de les résumer de nouveau. Je ne mentionnerai que les éléments de la preuve et de l'historique de l'espèce qui s'avèrent nécessaires à mon analyse. Je commencerai par l'examen des droits protégés par les traités de 1760-1761. J'aborderai ensuite la question du titre aborigène et, en particulier, la nature de l'occupation nécessaire pour fonder une revendication de titre. Enfin, je commenterai les difficultés qui surviennent lorsque des revendications de droits ancestraux sont soulevées dans le cadre des procès par voie de procédures sommaires. Mes commentaires ne traiteront pas de l'interprétation de la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1), ni de la *Proclamation de Belcher*, puisque je souscris à l'analyse de la Juge en chef et à ses conclusions sur ces questions.

110

111

II. Aboriginal Treaty Right

112 The Chief Justice concludes that “what the treaty protects is not the right to harvest and dispose of particular commodities, but the right to practice a traditional 1760 trading activity in the modern way and modern context” (para. 26). In my view, although the treaty does protect traditional trading activities, the treaty right comprises both a right to trade and a right of access to resources. There is no right to trade in the abstract because a right to trade implies a corresponding right of access to resources for trade.

113 The treaty protects both a right to trade and a right of access to resources, and these rights are closely intertwined. This appeal requires us to determine what this implies in a modern setting in respect of the use of resources. The modern activity must bear some relation to the traditional use of forest products in the Mi’kmaq economy. More specifically, the issue to be decided is whether the current use of forest resources for logging falls within the Mi’kmaq people’s right of access to resources for the purpose of engaging in trading activities.

114 The treaties of 1760-61 affirm the right of the Mi’kmaq people to continue to provide for their own sustenance. Unless the treaty protects the Mi’kmaq’s access to resources, the objectives of the treaty cannot be advanced. In *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 (“*Marshall I*”), Binnie J. noted that the British saw the Mi’kmaq trade issue in terms of peace, and that peace was bound up with the ability of the Mi’kmaq people to sustain themselves economically. He wrote:

The British certainly did not want the Mi’kmaq to become an unnecessary drain on the public purse of the colony of Nova Scotia or of the Imperial purse in London, as the trial judge found. To avoid such a result, it became necessary to protect the traditional Mi’kmaq

II. Droits issus de traités des Autochtones

La Juge en chef conclut que « le traité ne protège pas le droit de récolter et de vendre des ressources déterminées mais le droit d’exercer de façon moderne, dans un contexte moderne, une activité commerciale exercée traditionnellement en 1760 » (par. 26). À mon avis, bien que le traité protège des activités commerciales traditionnelles, le droit issu du traité comprend à la fois un droit de commercer et un droit d’accès aux ressources. Le droit de commercer n’existe pas dans l’absolu parce que ce droit suppose un droit corrélatif d’accès aux ressources pour en faire le commerce.

Le traité protège tant le droit de commercer que le droit d’accès aux ressources et ces deux droits sont étroitement liés. Dans ce pourvoi, nous sommes appelés à déterminer ce que cela implique, dans un contexte moderne, au regard de l’utilisation des ressources. L’activité moderne doit comporter un certain rapport avec l’utilisation traditionnelle des produits forestiers dans l’économie des Mi’kmaq. Plus particulièrement, il s’agit de décider si l’utilisation actuelle des ressources forestières à des fins d’exploitation participe du droit des Mi’kmaq d’accéder aux ressources pour poursuivre des activités commerciales.

Les traités de 1760-1761 confirment le droit des Mi’kmaq de continuer à assurer leur subsistance. À moins que le traité ne protège l’accès des Mi’kmaq aux ressources, ses objectifs ne peuvent se concrétiser. Dans l’arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« *Marshall I* »), le juge Binnie a fait remarquer que les Britanniques considéraient que la question du commerce avec les Mi’kmaq était liée à la paix, et que la paix était liée à la capacité des Mi’kmaq de subvenir à leurs besoins sur le plan économique. Il a écrit ce qui suit :

Les Britanniques ne voulaient certes pas que les Mi’kmaq deviennent une ponction inutile sur les deniers publics de la colonie de la Nouvelle-Écosse ou sur le trésor impérial à Londres, comme a conclu le juge du procès. Pour éviter un tel résultat, il est devenu

economy, including hunting, gathering and fishing. [para. 25]

The treaties of 1760-61 assured the Mi'kmaq a right to live in their traditional way. This traditional way of life included hunting and fishing, and trading. The Mi'kmaq had been trading with Europeans for many years prior to the making of these treaties.

The parties to the treaties must have intended that the Mi'kmaq would have access to resources in order to have something to bring to the truckhouse. The access was related to a particular use, namely trading for necessities as part of the Mi'kmaq traditional economy. The treaties represented a promise by the British that the Mi'kmaq would be allowed to have access to resources in order to engage in traditional trading activities so as to obtain a moderate livelihood. It was for this reason that Binnie J. wrote that “the surviving substance of the treaty is not the literal promise of a truckhouse, but a treaty right to continue to obtain necessities through hunting and fishing by trading the products of those traditional activities subject to restrictions that can be justified under the *Badger* test” (*Marshall 1*, at para. 56). The Court reiterated this understanding in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533 (“*Marshall 2*”), when it stated that “[t]he treaty right permits the Mi'kmaq community to work for a living through continuing access to fish and wildlife to trade for ‘necessaries’” (para. 4).

In *Marshall 2*, the Court emphasized that only those types of resources traditionally gathered in the Mi'kmaq economy — and not everything that is physically capable of being gathered — would reasonably have been in the contemplation of the parties to the treaties (paras. 19-20). There are limits to the trading activities and access to resources that are protected by the treaty. The parties contemplated access to the types of resources

nécessaire de protéger l'économie mi'kmaq traditionnelle, y compris leurs activités de la chasse, de cueillette et de pêche. [par. 25]

Les traités de 1760-1761 ont assuré aux Mi'kmaq le droit de vivre selon leur mode de vie traditionnel. Ce mode de vie traditionnel incluait la chasse, la pêche et le commerce. Les Mi'kmaq faisaient déjà du commerce avec les Européens de nombreuses années avant la conclusion de ces traités.

Les parties aux traités doivent avoir voulu que les Mi'kmaq aient accès aux ressources afin qu'ils aient quelque chose à apporter à la maison de troc. Cet accès était lié à un usage particulier, à savoir le commerce des biens nécessaires dans le cadre de l'économie mi'kmaq traditionnelle. Les traités représentent la promesse faite par les Britanniques que les Mi'kmaq auraient accès aux ressources afin de poursuivre les activités commerciales traditionnelles leur permettant de s'assurer une subsistance convenable. Pour cette raison, le juge Binnie a écrit que « l'aspect du traité qui survit n'est pas la promesse littérale d'établir des maisons de troc, mais un droit — issu de ce traité — qui permet de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles, sous réserve des restrictions qui peuvent être justifiées suivant le critère établi dans *Badger* » (*Marshall 1*, par. 56). Cette interprétation est réitérée par la Cour dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (« *Marshall 2* »), lorsqu'elle affirme que « [l]e droit issu du traité permet à la communauté mi'kmaq d'assurer sa subsistance en lui accordant un accès continu aux ressources halieutiques et fauniques pour qu'elle puisse en faire le commerce afin de pouvoir se procurer les “choses nécessaires” » (par. 4).

Dans *Marshall 2*, la Cour a souligné que seules les ressources qui étaient traditionnellement visées par les activités de cueillette dans le cadre de l'économie mi'kmaq — et non pas toute chose qui peut physiquement être recueillie — seraient donc raisonnablement envisagées par les parties aux traités (par. 19-20). L'activité commerciale et l'accès aux ressources protégés par le traité comportent des limites. Les parties ont envisagé l'accès aux

115

116

traditionally gathered in the Mi'kmaq economy for trade purposes. Thus, the resource and resource-extracting activity for which the respondents seek treaty protection must reasonably have been in the contemplation of the parties. It is not enough for the respondents to demonstrate that the Mi'kmaq had access to and use of forest resources at the time the treaties entered into force. Any access to forest products must relate to the use of such resources as intended by the parties at the time the treaties were signed.

types de ressources traditionnellement recueillies dans le cadre de l'économie mi'kmaq pour les besoins du commerce. Ainsi, la ressource et son exploitation, dont les intimés cherchent la protection par traité, doivent avoir raisonnablement été envisagées par les parties. Il ne suffit pas que les intimés démontrent que les Mi'kmaq avaient accès aux ressources forestières et qu'ils les utilisaient au moment de l'entrée en vigueur des traités. L'accès aux produits forestiers doit être lié à l'utilisation de cette ressource telle que l'avaient envisagée les parties au moment de la conclusion des traités.

117 In order to be protected under the treaties of 1760-61, trade in forest products must be the modern equivalent or a logical evolution of Mi'kmaq use of forest products at the time the treaties were signed. This was the basis upon which Binnie J. found a right to take and trade fish in *Marshall I*:

Pour bénéficier de la protection conférée par les traités de 1760-1761, le commerce des produits forestiers doit constituer l'équivalent moderne ou l'évolution logique de l'utilisation que les Mi'kmaq faisaient des produits forestiers au moment de la conclusion des traités. C'est sur ce fondement que le juge Binnie a conclu à l'existence d'un droit de pêcher du poisson et d'en faire le commerce dans *Marshall I* :

... the Mi'kmaq people have sustained themselves in part by harvesting and trading fish (including eels) since Europeans first visited the coasts of what is now Nova Scotia in the 16th century. [para. 2]

... les Mi'kmaq subviennent en partie à leurs besoins en pêchant et en faisant le commerce du poisson (y compris l'anguille), et ce depuis que les Européens ont visité pour la première fois, au 16^e siècle, les côtes du territoire qui est maintenant la Nouvelle-Écosse. [par. 2]

118 On the facts of the cases on appeal, there was direct evidence that trade in forest products was not contemplated by the parties. The evidence also supports the finding that logging is not a logical evolution of the activities traditionally engaged in by Mi'kmaq at the time the treaties were entered into. There was no evidence either that the Mi'kmaq sold or traded in timber at the time of the treaties or that the parties contemplated the commercial harvesting of trees for trade at that time.

Selon les faits des affaires portées en appel, il existe une preuve directe que le commerce des produits forestiers n'était pas envisagé par les parties. La preuve permet aussi de conclure que l'exploitation forestière ne constitue pas l'évolution logique des activités auxquelles s'adonnaient traditionnellement les Mi'kmaq au moment de la conclusion des traités. La preuve n'indique pas que les Mi'kmaq aient vendu du bois, en aient fait le commerce à l'époque des traités, ou que les parties aient envisagé la récolte commerciale des arbres au moment de la conclusion des traités.

119 The courts below found that, at the time the treaties were made, the Mi'kmaq gathered and occasionally traded in wood products. There is a fundamental difference between logging and the use to which the parties must have contemplated the resources would be put. The evidence is

Les juridictions inférieures ont estimé que, au moment de la conclusion des traités, les Mi'kmaq cueillaient des produits du bois et en faisaient à l'occasion le commerce. Il existe une différence fondamentale entre l'exploitation forestière et l'utilisation que les parties ont dû envisager à l'égard

reasonably clear that the Mi'kmaq and the British did not trade in logs or timber. As a result, any access to forest resources for trade is limited to types of trading activities related to the use of forest resources in the Mi'kmaq lifestyle and economy of 1760-61.

The evidence in and holdings of the courts below support the conclusion that the Mi'kmaq gathered and may occasionally have traded in “bows from maple, arrows from cedar, birch bark baskets, canoes of birch bark, spruce resin for the seams, spruce for wigwam frames, medicines from a variety of plants, lances, spears and dishes”: *R. v. Bernard*, [2000] 3 C.N.L.R. 184, at para. 83. According to Mi'kmaq oral history and tradition, testified to by Chief Augustine, “[t]here were some trade of canoes, toboggans, modes of travel . . . Snowshoes would be included in there. Because the British and the Europeans wanted to use these equipment to travel through the winter on the ice and the snow, and the toboggans”: *Bernard*, at para. 82.

At both trials, Chief Augustine conceded that the Mi'kmaq probably did not contemplate trade in logs at the time the treaties were signed: see *Bernard*, at para. 85, and *Marshall*, at para. 63. As found by the trial judge in *Marshall*, “[t]here is no evidence the Mi'kmaq sold or traded timber up to the time of the treaties and no reason to believe they did. They had no need to cut stands of trees for themselves. . . . Trees were readily available and Europeans could cut their own”: *R. v. Marshall* (2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSPC 2, at para. 92. Further, there is evidence that large logs could not have been cut down, since the Mi'kmaq lacked the appropriate tools to do so. In *Bernard*, there was no evidence suggesting that the Mi'kmaq ever harvested and traded in “logs” or timber with either the British or the French. The experts agreed that it was probably not before the 1780s that the Mi'kmaq became involved in logging, and then only in a limited way as part of British operations:

de ces ressources. Il ressort assez clairement de la preuve que les Mi'kmaq et les Britanniques ne faisaient pas le commerce des grumes ou du bois. Ainsi, l'accès aux ressources forestières pour le commerce est limité au type d'activités commerciales qui correspond à l'utilisation des ressources forestières dans le cadre du mode de vie et de l'économie des Mi'kmaq en 1760-1761.

La preuve et les décisions des instances inférieures permettent de conclure que les Mi'kmaq ont recueilli des produits forestiers et ont pu à l'occasion faire le commerce [TRADUCTION] « d'arcs en érable, de flèches en cèdre, de paniers et de canots en écorce de bouleau, de résine d'épinette servant à faire des coutures, de l'épinette servant aux structures de wigwams, de médicaments issus de diverses plantes, de lances, de harpons et de plats » : *R. c. Bernard*, [2000] 3 C.N.L.R. 184, par. 83. Selon le témoignage du chef Augustine, l'histoire orale et les traditions des Mi'kmaq révèlent [TRADUCTION] « [q]u'il existait un commerce des canots, des traîneaux, des moyens de transport [. . .] ce qui comprendrait les raquettes et les traîneaux. Parce que les Britanniques et les Européens voulaient les utiliser pour voyager tout l'hiver sur la glace et la neige » : *Bernard*, par. 82.

Aux deux procès, le chef Augustine a admis que les Mi'kmaq n'avaient probablement pas envisagé de faire le commerce des grumes au moment de la conclusion des traités : voir *Bernard*, par. 85, et *Marshall*, par. 63. Comme l'a conclu le juge du procès dans *Marshall*, [TRADUCTION] « [i]l n'existe aucune preuve que les Mi'kmaq ont vendu du bois ou en ont fait le commerce avant la conclusion des traités, et rien ne permet de croire qu'ils l'ont fait. Ils n'avaient pas besoin de couper des arbres pour leurs propres besoins. [. . .] Les arbres étaient à portée de main et les Européens pouvaient couper leurs propres arbres » : *R. c. Marshall* (2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSPC 2, par. 92. En outre, la preuve indique que les Mi'kmaq n'auraient pas pu couper de grosses grumes puisqu'ils ne possédaient pas les outils nécessaires à cette fin. Dans *Bernard*, aucun élément de preuve ne laissait croire que les Mi'kmaq avaient déjà récolté et fait le commerce des « grumes » ou du bois, que ce soit avec

120

121

Bernard, at para. 84. It was only in the 19th century that the Mi'kmaq began to harvest forest resources to trade in forest products with the British.

les Britanniques ou avec les Français. Selon les spécialistes, ce n'est probablement pas avant les années 1780 que les Mi'kmaq ont commencé à s'engager dans l'exploitation forestière et encore, seulement d'une façon limitée dans le cadre des opérations britanniques : *Bernard*, par. 84. Les Mi'kmaq n'ont commencé à récolter les ressources forestières pour en faire le commerce avec les Britanniques qu'au XIX^e siècle.

122 Moreover, there was some evidence before the New Brunswick courts that logging may even have *interfered with* the Mi'kmaq's traditional activities, such as salmon fishing, at or around the time the treaties were made. With respect to stories from Mi'kmaq oral history from after 1763, Chief Augustine testified that

En outre, certains éléments de preuve soumis aux tribunaux du Nouveau-Brunswick indiquent que l'exploitation forestière peut même avoir *nui* aux activités traditionnelles des Mi'kmaq, telles que la pêche au saumon, au moment de la conclusion des traités ou à cette époque. À propos des récits appartenant à l'histoire orale des Mi'kmaq après 1763, le chef Augustine a affirmé ce qui suit :

the stories were mostly about British people coming in and cutting timber, cutting big large trees and moving them down the river systems and clogging up the rivers, I guess, with bark and remnants of debris from cutting up lumber. And this didn't allow the salmon to go up the rivers

[TRADUCTION] . . . il s'agissait pour la plupart de récits dans lesquels des Britanniques venaient et coupaient du bois, coupaient de gros arbres et les déplaçaient en empruntant les réseaux hydrographiques, et bloquaient les rivières, je suppose, avec les écorces et les restes des débris provenant de la coupe du bois. Ce qui empêchait le saumon de remonter les rivières . . .

(Direct examination of Stephen Augustine, Factum of the Intervener New Brunswick Forest Products Association, at p. 41)

(Interrogatoire principal de Stephen Augustine, mémoire de l'intervenante l'Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick, p. 41)

Given this evidence, it is doubtful that the right of access to forest resources for trade would be for the purpose of engaging in logging and similar resource exploitation activities.

Compte tenu de ce témoignage, il y a lieu de douter que le droit d'accès aux ressources forestières à des fins commerciales ait eu pour but l'exploitation des forêts et de semblables ressources.

123 The trial courts below concluded that trade in forest products was not in the contemplation of the parties in 1760. This conclusion is consistent with the evidence adduced at trial. The parties did not contemplate access to forest resources for purposes other than trade in traditional products, such as bows, arrows, baskets, and canoes.

Les tribunaux de première instance ont conclu que le commerce des produits forestiers n'avait pas été envisagé par les parties en 1760. Cette conclusion est compatible avec la preuve présentée au procès. Les parties n'ont pas envisagé l'accès aux ressources forestières pour une utilisation autre que celle du commerce traditionnel des produits fabriqués, tels que des arcs, des flèches, des paniers et des canots.

124 Is the exploitation of timber resources a logical evolution of treaty rights? Given the cultural and historical context in which the treaties were signed,

L'exploitation des ressources forestières constitue-t-elle une évolution logique des droits issus des traités? Compte tenu du contexte

to interpret the right of access to resources for the purpose of engaging in traditional trading activities as a right to participate in the wholesale exploitation of natural resources would alter the terms of the treaty and wholly transform the rights it confirmed. Accordingly, trade in logs is not a right afforded to the Mi'kmaq under any of the treaties of 1760-61 because logging represents a fundamentally different use from that which would have been in the contemplation of the parties.

The right to trade and the right of access to resources for trade must bear some relation to the traditional use of resources in the lifestyle and economy of the Mi'kmaq people in 1760. I conclude that the evidence supports the Chief Justice's conclusion that logging was not in the contemplation of the parties and was not the logical evolution of Mi'kmaq treaty rights.

III. Aboriginal Title

Although the test for aboriginal title set out in the Chief Justice's reasons does not foreclose the possibility that semi-nomadic peoples would be able to establish aboriginal title, it may prove to be fundamentally incompatible with a nomadic or semi-nomadic lifestyle. This test might well amount to a denial that any aboriginal title could have been created by such patterns of nomadic or semi-nomadic occupation or use: nomadic life might have given rise to specific rights exercised at specific places or within identifiable territories, but never to a connection with the land itself in the absence of evidence of intensive and regular use of the land.

In my view, aboriginal conceptions of territoriality, land-use and property should be used to modify and adapt the traditional common law concepts of property in order to develop an occupancy standard that incorporates both the aboriginal and

culturel et historique entourant la conclusion des traités, interpréter le droit des Mi'kmaq d'accéder aux ressources pour se livrer aux activités commerciales traditionnelles comme s'il s'agissait d'un droit de participer à l'exploitation massive des ressources naturelles aurait pour effet de modifier les conditions du traité et de transformer du tout au tout les droits qu'il confirmait. Par conséquent, le commerce des grumes n'est pas un droit que les traités de 1760-1761 ont conféré aux Mi'kmaq, parce que l'exploitation forestière représente une utilisation fondamentalement différente de celle que les parties auraient envisagée.

Le droit de commercer et le droit d'accéder aux ressources à cette fin doivent conserver un lien réel avec l'utilisation traditionnelle des ressources selon le mode de vie et l'économie des Mi'kmaq en 1760. Je conclus que la preuve appuie la conclusion de la Juge en chef selon laquelle l'exploitation forestière n'avait pas été envisagée par les parties et ne procédait pas de l'évolution logique des droits conférés par le traité aux Mi'kmaq.

III. Titre aborigène

Le critère permettant d'établir l'existence d'un titre aborigène énoncé dans les motifs de la Juge en chef n'exclue pas la possibilité que des peuples semi-nomades puissent établir l'existence de ce titre, mais il peut s'avérer fondamentalement incompatible avec un mode de vie nomade ou semi-nomade. Ce critère pourrait bien équivaloir à un refus d'admettre qu'un titre aborigène puisse avoir été créé par ces modes d'occupation ou d'utilisation nomades ou semi-nomades. Le mode de vie nomade pourrait avoir donné naissance à certains droits spécifiques exercés à des endroits précis ou à l'intérieur de territoires identifiables, mais jamais à un rapport avec le territoire lui-même en l'absence d'une preuve d'utilisation intensive et régulière du territoire.

À mon avis, il faudrait recourir à des conceptions autochtones de territorialité, d'utilisation du territoire et de propriété pour modifier et adapter les notions traditionnelles de propriété en common law afin d'élaborer une norme d'occupation qui

125

126

127

common law approaches. Otherwise, we might be implicitly accepting the position that aboriginal peoples had no rights in land prior to the assertion of Crown sovereignty because their views of property or land use do not fit within Euro-centric conceptions of property rights. See S. Hepburn, "Feudal Tenure and Native Title: Revising an Enduring Fiction" (2005), 27 *Sydney L. Rev.* 49.

intègre les perspectives autochtones et de common law. Autrement, nous pourrions adhérer implicitement à la thèse selon laquelle les peuples autochtones ne possédaient aucun droit sur le sol avant l'affirmation de la souveraineté parce que leurs notions de propriété ou d'utilisation du territoire ne correspondaient pas aux conceptions eurocentriques du droit de propriété. Voir S. Hepburn, « Feudal Tenure and Native Title : Revising an Enduring Fiction » (2005), 27 *Sydney L. Rev.* 49.

128

It is very difficult to introduce aboriginal conceptions of property and ownership into the modern property law concepts of the civil law and common law systems, according to which land is considered to be a stock in trade of the economy. Aboriginal title has been recognized by the common law and is in part defined by the common law, but it is grounded in aboriginal customary laws relating to land. The interest is proprietary in nature and is derived from inter-traditional notions of ownership: "The idea is to reconcile indigenous and non-indigenous legal traditions by paying attention to the Aboriginal perspective on the meaning of the right at stake" (J. Borrows, "Creating an Indigenous Legal Community" (2005), 50 *McGill L.J.* 153, at p. 173).

Il est très difficile d'intégrer les conceptions autochtones en matière de biens et de droit de propriété aux concepts modernes du droit des biens des régimes de droit civil et de common law, où la terre est considérée comme une monnaie d'échange de l'économie. Le titre aborigène a été reconnu par la common law et il tire en partie sa définition de la common law, mais il repose sur les lois coutumières autochtones relatives au territoire. La nature de ce droit relève des notions juridiques de la propriété dérivées à la fois des traditions de droit autochtones et européennes : [TRADUCTION] « [i]l s'agit de concilier les traditions juridiques indigènes et non indigènes en tenant compte du point de vue autochtone sur le sens du droit en jeu » (J. Borrows, « Creating an Indigenous Legal Community » (2005), 50 *R.D. McGill* 153, p. 173).

129

This Court has on many occasions explained that aboriginal title is a *sui generis* interest in land. A dimension of the *sui generis* aspect of aboriginal title that is of particular relevance to the issues on appeal is the source of such title. As with all aboriginal rights protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, aboriginal title arises from the prior possession of land and the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 74, cited in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 141). It originates from "the prior occupation of Canada by aboriginal peoples" and from "the relationship between common law and pre-existing systems of aboriginal law" (*Delgamuukw*, at para. 114). The need to reconcile this prior occupation with the assertion of Crown

À maintes occasions, la Cour a expliqué que le titre aborigène constitue un droit foncier *sui generis*. Une des dimensions du caractère *sui generis* du titre aborigène qui revêt un intérêt particulier pour les questions soulevées dans le présent pourvoi est celle de son origine. Comme tous les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le titre aborigène découle de la possession antérieure du territoire et de l'organisation sociale et des cultures distinctives antérieures du peuple autochtone habitant ce territoire (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 74, cité dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 141). Il provient de « l'occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones » et du « rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants » (*Delgamuukw*, par. 114). La

sovereignty was reinforced in *Delgamuukw* when Lamer C.J. stated that common law aboriginal title “cannot be completely explained by reference either to the common law rules of real property or to the rules of property found in aboriginal legal systems. As with other aboriginal rights, it must be understood by reference to both common law and aboriginal perspectives” (para. 112). The Court must give equal consideration to the aboriginal and common law perspectives. An analysis which seeks to reconcile aboriginal and European perspectives may not draw a distinction between nomadic and sedentary modes of use or of occupation. Both modes would suffice to create the connection between the land and the First Nations which forms the core of aboriginal title.

The role of the aboriginal perspective cannot be simply to help in the interpretation of aboriginal practices in order to assess whether they conform to common law concepts of title. The aboriginal perspective shapes the very concept of aboriginal title. “Aboriginal law should not just be received as evidence that Aboriginal peoples did something in the past on a piece of land. It is more than evidence: it is actually law. And so, there should be some way to bring to the decision-making process those laws that arise from the standards of the indigenous people before the court” (Borrows, at p. 173). In the Nova Scotia Court of Appeal, Cromwell J.A. tried to reflect on and develop the notion of occupation in order to reconcile aboriginal and common law perspectives on ownership: *R. v. Marshall* (2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 2003 NSCA 105, at paras. 153-56. He attempted to take the different patterns of First Nations land use into consideration in order to effect a legal transposition of the native perspective and experience into the structures of the law of property. He stayed within the framework of this part of the law while remaining faithful to the tradition of flexibility of the common law, which should allow it to bridge gaps between

nécessité de concilier cette occupation antérieure avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne est confirmée dans *Delgamuukw* lorsque le juge en chef Lamer affirme, à propos du titre aborigène en common law, qu’« il est impossible d’expliquer entièrement ses caractéristiques en fonction soit des règles du droit des biens en common law soit des règles relatives à la propriété prévues par les régimes juridiques autochtones. Tout comme d’autres droits ancestraux, le titre aborigène doit être défini en tenant compte à la fois de la common law et du point de vue des autochtones » (par. 112). La Cour doit tenir également compte de la common law et du point de vue des autochtones. Une analyse visant à concilier les perspectives autochtones et européennes ne peut distinguer entre les modes d’utilisation ou d’occupation nomades et sédentaires. Ces deux modes suffiraient à créer, entre le territoire et les Premières Nations, le lien qui est au cœur du titre aborigène.

Le rôle du point de vue autochtone ne se limite pas à faciliter l’interprétation des pratiques autochtones dans le but de déterminer si celles-ci sont compatibles avec les concepts de la common law en matière de titre. Le point de vue autochtone façonne la notion même du titre aborigène. [TRADUCTION] « Le droit autochtone ne doit pas être simplement considéré comme la preuve que les peuples autochtones ont fait dans le passé quelque chose sur un certain territoire. Il s’agit plus que d’une preuve : il s’agit véritablement de droit. Ainsi, il devrait y avoir une façon d’intégrer au processus décisionnel ces règles de droit qui découlent des normes invoquées par les peuples autochtones devant le tribunal » (Borrows, p. 173). À cet égard, le juge Cromwell de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a examiné la notion d’occupation et l’a précisée en vue de concilier le point de vue autochtone et la common law en matière de droit de propriété : *R. c. Marshall* (2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 2003 NSCA 105, par. 153-156. Il a tenté de tenir compte des différents modes d’utilisation du territoire par les Premières Nations dans le but d’effectuer une transposition juridique du point de vue et de l’expérience autochtones dans les principes du droit des biens. Le juge est

sharply distinct cultural perspectives on the relationship of different peoples with their land.

resté à l'intérieur du cadre de cette partie du droit, tout en respectant la souplesse traditionnelle de la common law qui permet à cette dernière de rapprocher des perspectives culturelles fort distinctes quant au rapport qu'entretiennent des peuples différents avec leur territoire.

131 At common law, the physical fact of occupation is proof of possession. This explains the common law theory underlying the recognition of aboriginal title that is set out by the Chief Justice at para. 39: "an aboriginal group which occupied land at the time of European sovereignty and never ceded or otherwise lost its right to that land, continues to enjoy title to it". If aboriginal title is a right derived from the historical occupation and possession of land by aboriginal peoples, then notions and principles of ownership cannot be framed exclusively by reference to common law concepts. The patterns and nature of aboriginal occupation of land should inform the standard necessary to prove aboriginal title. The common law notion that "physical occupation is proof of possession" remains, but the nature of the occupation is shaped by the aboriginal perspective, which includes a history of nomadic or semi-nomadic modes of occupation.

En common law, l'occupation physique fait preuve de la possession. Cette notion explique la théorie de common law sous-jacente à la reconnaissance du titre aborigène qu'a exposée la Juge en chef au par. 39 : « un groupe autochtone qui occupait un territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne et qui n'a jamais cédé ou autrement perdu son droit sur ce territoire continue de détenir un titre sur celui-ci ». Si le titre aborigène est un droit issu de l'occupation et de la possession historiques du territoire par les peuples autochtones, alors les notions et les principes du droit de propriété ne peuvent être élaborés exclusivement à partir des concepts de la common law. Les modes et la nature de l'occupation autochtone du territoire devraient servir à définir la norme nécessaire pour établir le titre aborigène. La notion de common law selon laquelle « l'occupation physique prouve la possession » demeure, mais la nature de l'occupation se définit en fonction d'un point de vue autochtone, qui comprend une histoire de modes d'occupation nomades ou semi-nomades.

132 At the time of the assertion of British sovereignty, North America was not treated by the Crown as *res nullius*. The jurisprudence of this Court has recognized the factual and legal existence of aboriginal occupation prior to that time. In *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, Judson J. wrote that "when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries" (p. 328). Hall J., dissenting, also found that indigenous legal traditions pre-existed the Crown's assertion of sovereignty, and he recognized the existence of concepts of ownership that were "indigenous to their culture and capable of articulation under the common law" (p. 375).

Au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, la Couronne ne considérait pas l'Amérique du Nord comme *res nullius*. La jurisprudence de la Cour a d'ailleurs reconnu l'existence factuelle et juridique de l'occupation autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, le juge Judson a écrit que « lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles » (p. 328). Le juge Hall, dissident, a aussi conclu que les traditions juridiques aborigènes existaient avant l'affirmation de la souveraineté par la Couronne et a reconnu l'existence de notions aborigènes de propriété « propres à leur culture, et pouvant être énoncées en termes de common law » (p. 375).

The *Royal Proclamation* of 1763 is evidence of British recognition of aboriginal modes of possession of the land. As La Forest J. noted in *Delgamuukw*, the huge tracts of lands that were reserved for aboriginal groups were not limited to villages or permanent settlements (para. 200). In a similar vein, the Robinson Treaties, the Numbered Treaties, and the entire treaty system did not formally acknowledge the existence of aboriginal title, but nonetheless evince the Crown's recognition that aboriginal peoples possessed certain rights in the land even if many of them were nomadic at the time. The Crown's claim to sovereignty did not affect aboriginal rights of occupancy and possession. In *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, McLachlin C.J., writing for the majority, wrote:

Accordingly, European settlement did not terminate the interests of aboriginal peoples arising from their historical occupation and use of the land. To the contrary, aboriginal interests and customary laws were presumed to survive the assertion of sovereignty, and were absorbed into the common law as rights, unless (1) they were incompatible with the Crown's assertion of sovereignty, (2) they were surrendered voluntarily via the treaty process, or (3) the government extinguished them: see B. Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727. [para. 10]

Nomadic peoples and their modes of occupancy of land cannot be ignored when defining the concept of aboriginal title to land in Canada. "The natural and inevitable consequence of rejecting enlarged *terra nullius* was not just recognition of indigenous occupants, but also acceptance of the validity of their prior possession and title" (Hepburn, at p. 79). To ignore their particular relationship to the land is to adopt the view that prior to the assertion of Crown sovereignty Canada was not occupied. Such an approach is clearly unacceptable and incongruent with the Crown's recognition that aboriginal peoples were in possession of the land when the Crown asserted sovereignty. Aboriginal title reflects this fact of prior use and occupation of

La *Proclamation royale* de 1763 atteste la reconnaissance par les Britanniques des modes autochtones de possession du territoire. Comme le signale le juge La Forest dans *Delgamuukw*, les vastes étendues de territoire réservées pour l'usage des groupes autochtones n'étaient pas limitées aux villages ou aux établissements permanents (par. 200). De même, les traités Robinson, les traités numérotés, de même que l'ensemble du système des traités n'ont pas reconnu officiellement l'existence du titre aborigène, mais témoignent néanmoins de la reconnaissance par la Couronne de l'existence de certains droits fonciers possédés par les peuples autochtones, même si, à l'époque, bon nombre de ces peuples étaient nomades. L'affirmation de la souveraineté par la Couronne n'a pas porté atteinte aux droits d'occupation et de possession des Autochtones. Dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, la juge en chef McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit ce qui suit :

En conséquence, l'établissement des Européens n'a pas mis fin aux intérêts des peuples autochtones qui découlaient de leur occupation et de leur utilisation historiques du territoire. Au contraire, les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l'affirmation de souveraineté, et ont été incorporés dans la common law en tant que droits, sauf si : (1) ils étaient incompatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne; (2) ils avaient été cédés volontairement par traité; ou (3) le gouvernement les avait éteints : voir B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727. [par. 10]

On ne saurait faire abstraction des peuples nomades et de leurs modes d'occupation du territoire lorsqu'il s'agit de définir la notion de titre aborigène sur un territoire au Canada. [TRADUCTION] « La conséquence naturelle et inévitable du rejet de cette vaste *terra nullius* ne réside pas simplement dans la reconnaissance de ses occupants autochtones, mais également dans l'acceptation de la validité de leur possession et de leur titre antérieurs » (Hepburn, p. 79). Le défaut de prise en compte de leur rapport particulier avec le territoire revient à adopter la théorie voulant qu'avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, le Canada n'était pas occupé. Cette façon de voir est manifestement inacceptable et inconciliable avec

the land together with the relationship of aboriginal peoples to the land and the customary laws of ownership. This aboriginal interest in the land is a burden on the Crown's underlying title.

le fait que la Couronne a reconnu que les peuples autochtones possédaient le territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté par la Couronne. Le titre aborigène témoigne de cette utilisation et de cette occupation antérieures des territoires par les Autochtones, de leur rapport avec les territoires et de leurs lois coutumières en matière de droit de propriété. L'intérêt autochtone dans le territoire grève le titre sous-jacent de la Couronne.

135 This qualification or burden on the Crown's title has been characterized as a usufructuary right. The concept of a community usufruct over land was first discussed by this Court in *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577. Ritchie C.J. used this concept as an analogy to explain the relationship between Crown and aboriginal interests in the land. The usufruct concept is useful because it is premised on a right of property that is divided between an owner and a usufructuary. A usufructuary title to all unsundered lands is understood to protect aboriginal peoples in the absolute use and enjoyment of their lands.

Cette réserve ou charge grevant le titre de la Couronne a été qualifiée d'usufruit. La notion d'un usufruit détenu par une collectivité sur un territoire a été employée pour la première fois par cette Cour dans *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577. Le juge en chef Ritchie a eu recours à cette analogie pour expliquer le rapport entre les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones dans le territoire. La notion d'usufruit est utile en ce qu'elle s'appuie sur un démembrement du droit de propriété entre un propriétaire et un usufruitier. Un titre usufructuaire sur toutes les terres non cédées est considéré comme une protection de l'utilisation et de la jouissance absolue de leur territoire par les peuples autochtones.

136 If this form of *dominium utile* is recognized as belonging to aboriginal peoples and the *dominium directum* is considered to be in the Crown, then it seems to follow that the test for proof of aboriginal title cannot simply reflect common law concepts of property and ownership. The nature and patterns of land use that are capable of giving rise to a claim for title are not uniform and are potentially as diverse as the aboriginal peoples that possessed the land prior to the assertion of Crown sovereignty. The fact that a tract of land was used for hunting instead of agriculture does not mean that the group did not possess the land in such a way as to acquire aboriginal title. Taking into account the aboriginal perspective on the occupation of land means that physical occupation as understood by the modern common law is not the governing criterion. The group's relationship with the land is paramount. To impose rigid concepts and criteria is to ignore aboriginal social and cultural practices that may reflect the significance of the land to the

S'il est reconnu que cette forme de *dominium utile* appartient aux peuples autochtones et que le *dominium directum* relève de la Couronne, il semble donc normal d'inférer que le critère permettant d'établir le titre aborigène ne peut simplement refléter les notions de la common law relatives au droit des biens et de la propriété. La nature et le mode d'utilisation du territoire qui pourront éventuellement fonder une revendication de titre varieront, et sont peut-être aussi différents que les peuples autochtones qui possédaient le territoire antérieurement à l'affirmation de la souveraineté. Le fait qu'un secteur du territoire était utilisé pour la chasse plutôt que pour l'agriculture ne signifie pas que le groupe ne possédait pas le territoire d'une façon qui lui permette d'acquérir un titre aborigène. Prendre en compte le point de vue autochtone sur l'occupation du territoire signifie que l'occupation physique, telle que la conçoit la common law moderne, ne représente pas le critère déterminant. Le rapport qu'entretient le groupe

group seeking title. The mere fact that the group travelled within its territory and did not cultivate the land should not take away from its title claim.

The standard of proof required to ground a claim must therefore reflect the patterns of occupation of the land prior to the assertion of British sovereignty. If the presence of an aboriginal group on the land at the time of the assertion of sovereignty is the source of aboriginal title and the explanation for the burden on the Crown's underlying title, then pre-sovereignty patterns of use are highly relevant to the issue of occupation.

As explained above, the common law principle that "occupation is proof of possession in law" supports the proposition that the claimant must demonstrate physical occupation of the land claimed. In the context of aboriginal title claims, the physical fact of sedentary and continuous occupation is only one of the sources of title. According to Lamer C.J. in *Delgamuukw*, aboriginal title affords legal protection to historical patterns of occupation in recognition of the importance of the relationship of an aboriginal community to its land (para. 126). At paragraph 128 he explained that

one of the critical elements in the determination of whether a particular aboriginal group has aboriginal title to certain lands is the matter of the occupancy of those lands. Occupancy is determined by reference to the activities that have taken place on the land and the uses to which the land has been put by the particular group. If lands are so occupied, there will exist a special bond between the group and the land in question such that the land will be part of the definition of the group's distinctive culture.

This point was reinforced in the reasons of La Forest J.:

avec le territoire prévaut. L'imposition de concepts et de critères rigides équivaut à passer outre aux pratiques sociales et culturelles autochtones qui peuvent témoigner de l'importance du territoire pour le groupe revendiquant le titre. Le simple fait que le groupe s'est déplacé à l'intérieur de son territoire et n'a pas cultivé la terre ne devrait rien enlever à sa revendication de titre.

La norme de preuve requise pour fonder une revendication doit donc refléter les modes d'occupation du territoire antérieurs à l'affirmation de la souveraineté britannique. Si la présence d'un groupe autochtone sur le territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté est à l'origine du titre aborigène et explique pourquoi le titre sous-jacent de la Couronne est grevé, alors les modes d'utilisation antérieurs à l'affirmation de la souveraineté deviennent fort pertinents à la question de l'occupation.

Comme je l'ai expliqué, le principe de la common law voulant que l'« occupation fait preuve de la possession en droit » permet d'affirmer que le demandeur doit démontrer l'occupation physique du territoire revendiqué. Dans le contexte des revendications relatives au titre aborigène, le fait physique de la sédentarité et de l'occupation continue n'est que l'une des sources du titre. Selon le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, le titre aborigène accorde une protection juridique aux modes historiques d'occupation en reconnaissance de l'importance du rapport qu'une collectivité autochtone entretient avec ses terres (par. 126). Au paragraphe 128, il explique ce qui suit :

... l'un des éléments fondamentaux qui permettent de déterminer si un groupe autochtone donné possède un titre aborigène sur certaines terres est la question de l'occupation de celles-ci. L'occupation est définie en fonction des activités qui ont été exercées sur les terres et des utilisations qui ont été faites de celles-ci par le groupe en question. Si des terres font l'objet d'une telle occupation, il existera entre ce groupe et les terres visées un lien spécial tel que les terres feront partie intégrante de la définition de la culture distinctive du groupe.

L'analyse de la question a été élaborée davantage dans les motifs du juge La Forest :

137

138

As already mentioned, when dealing with a claim of “aboriginal title”, the court will focus on the occupation and use of the land as part of the aboriginal society’s traditional way of life. In pragmatic terms, this means looking at the manner in which the society used the land to live, namely to establish villages, to work, to get to work, to hunt, to travel to hunting grounds, to fish, to get to fishing pools, to conduct religious rites, etc. [Emphasis deleted; para. 194.]

Later in his reasons, La Forest J. stated:

As already suggested, aboriginal occupancy refers not only to the presence of aboriginal peoples in villages or permanently settled areas. Rather, the use of adjacent lands and even remote territories to pursue a traditional mode of life is also related to the notion of occupancy. Viewed in this light, occupancy is part of aboriginal culture . . . [para. 199]

If the aboriginal perspective is to be taken into account by a court, then the occupancy requirement cannot be equated to the common law notion of possession amounting to a fee simple. On the contrary, proof of aboriginal title relates to the manner in which the aboriginal group used and occupied the land prior to the assertion of Crown sovereignty.

139 The aboriginal perspective on the occupation of their land can also be gleaned in part, but not exclusively, from pre-sovereignty systems of aboriginal law. The relevant laws consisted of elements of the practices, customs and traditions of aboriginal peoples and might include a land tenure system or laws governing land use.

140 In *Delgamuukw*, Lamer C.J. acknowledged having stated in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, that a claim to title is made out when a group can demonstrate “that their connection with the piece of land . . . was of a central significance to their distinctive culture” (*Adams*, at para. 26). He concluded that this requirement, while remaining a

Comme il a été mentionné plus tôt, le tribunal qui examine la revendication d’un « titre aborigène » se demande principalement si l’occupation et l’utilisation des terres visées faisaient partie du mode de vie traditionnel de la société autochtone concernée. En pratique, cela veut dire qu’il doit se demander de quelle manière les membres de la société utilisaient les terres visées pour vivre, c’est-à-dire pour y établir des villages, pour y travailler, pour se rendre à leur travail, pour y chasser, pour se rendre à leurs territoires de chasse, pour y pêcher, pour se rendre à leurs sites de pêche, pour y accomplir des cérémonies religieuses et pour d’autres fins. [Soulignements omis; par. 194.]

Et plus loin, il a affirmé ce qui suit :

Comme il a été suggéré plus tôt, la notion d’occupation d’un territoire par des autochtones ne s’entend pas seulement de la présence de peuples autochtones dans des villages ou des établissements permanents. Est également visée par cette notion l’utilisation de terres adjacentes et même de territoires éloignés dans le cadre d’un mode de vie traditionnel. Vue sous cet angle, l’occupation constitue un aspect de la culture autochtone . . . [par. 199]

Si un tribunal doit prendre en compte le point de vue autochtone, alors il ne doit pas confondre l’exigence d’occupation avec une notion de possession en common law identifiée à un fief simple. Au contraire, la preuve du titre aborigène est liée à la manière dont le groupe autochtone a utilisé et occupé le territoire avant l’affirmation de la souveraineté.

Le point de vue des Autochtones concernant l’occupation de leur territoire peut aussi être dégagé, en partie mais pas exclusivement, des régimes juridiques autochtones qui existaient avant l’affirmation de la souveraineté. Les règles de droit pertinentes sont des éléments des coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones et elles pourraient inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l’utilisation des terres.

Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a reconnu avoir dit dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, que le bien-fondé de la revendication d’un titre est établi lorsqu’un groupe peut démontrer « que le rapport qu’il entretient avec le territoire [. . .] avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale » (*Adams*, par. 26). Il

crucial part of the test for aboriginal rights generally, is subsumed by the requirement of occupancy in the test for aboriginal title. This demonstrates that anyone considering the degree of occupation sufficient to establish title must be mindful that aboriginal title is ultimately premised upon the notion that the specific land or territory at issue was of central significance to the aboriginal group's culture. Occupation should therefore be proved by evidence not of regular and intensive use of the land but of the traditions and culture of the group that connect it with the land. Thus, intensity of use is related not only to common law notions of possession but also to the aboriginal perspective.

The record in the courts below lacks the evidentiary foundation necessary to make legal findings on the issue of aboriginal title in respect of the cutting sites in Nova Scotia and New Brunswick and, as a result, the respondents in these cases have failed to sufficiently establish their title claim. In the circumstances, I do not wish to suggest that this decision represents a final determination of the issue of aboriginal title rights in Nova Scotia or New Brunswick. A final determination should be made only where there is an adequate evidentiary foundation that fully examines the relevant legal and historical record. The evidentiary problems may reflect the particular way in which these constitutional issues were brought before the courts.

IV. Summary Conviction Proceedings

Although many of the aboriginal rights cases that have made their way to this Court began by way of summary conviction proceedings, it is clear to me that we should re-think the appropriateness of litigating aboriginal treaty, rights and title issues in the context of criminal trials. The issues that are determined in the context of these cases have little to do with the criminality of the accused's

a conclu que cette exigence, bien qu'elle demeure un aspect fondamental du critère de détermination de l'existence des droits ancestraux en général, est subsumée par l'exigence d'occupation que prévoit le critère relatif au titre aborigène. Cela démontre que, dans l'examen du degré d'occupation suffisant pour établir l'existence d'un titre, il faut tenir compte du fait que le titre aborigène repose en définitive sur l'idée que la terre ou le territoire en cause avait, pour la culture du groupe autochtone, une importance fondamentale. La preuve de l'occupation devrait donc être établie, non pas par une preuve d'utilisation intensive et régulière du territoire, mais à l'aide des éléments des traditions et de la culture du groupe qui le relie à la terre. De cette façon, l'intensité de l'utilisation est liée non seulement aux notions de possession en common law, mais aussi au point de vue autochtone.

Le dossier présenté aux juridictions inférieures n'offre pas le fondement probatoire nécessaire pour tirer des conclusions de droit sur la question du titre aborigène à l'égard des sites de coupe situés en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick et de ce fait, les intimés aux présents pourvois n'ont pas réussi à établir de manière suffisante le bien-fondé de leur revendication de titre. Dans les circonstances, je ne veux pas laisser entendre que cette décision tranche de façon définitive la question des droits au titre aborigène en Nouvelle-Écosse ou au Nouveau-Brunswick. Une décision définitive ne devrait être prise que s'il existe un fondement probatoire adéquat qui traite pleinement le dossier aux points de vue juridique et historique. Les problèmes de preuve peuvent être le reflet de la voie particulière empruntée pour saisir les tribunaux de ces questions constitutionnelles.

IV. Procédures sommaires

Bien qu'un grand nombre des affaires de droits ancestraux qui se sont retrouvées devant cette Cour aient été introduites par voie de procédures sommaires, il me paraît évident que nous devrions reconsidérer l'opportunité de débattre les questions de traité autochtone, de droits ancestraux et de titre aborigène dans le contexte de procès criminels. Les questions sur lesquelles il est statué dans

141

142

conduct; rather, the claims would properly be the subject of civil actions for declarations. Procedural and evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims arise not only out of the rules of evidence, the interpretation of evidence and the impact of the relevant evidentiary burdens, but also out of the scope of appellate review of the trial judge's findings of fact. These claims may also impact on the competing rights and interests of a number of parties who may have a right to be heard at all stages of the process. In addition, special difficulties come up when dealing with broad title and treaty rights claims that involve geographic areas extending beyond the specific sites relating to the criminal charges.

le cadre de ces affaires ont bien peu à voir avec la conduite criminelle de l'accusé; il s'agit plutôt de revendications qu'il conviendrait de traiter dans le cadre d'actions déclaratoires de nature civile. Les problèmes de procédure et de preuve inhérents à l'examen des revendications autochtones découlent non seulement des règles de preuve, de l'interprétation de la preuve et des conséquences des charges de présentation de la preuve qui s'appliquent, mais également de la portée de l'examen, en appel, des conclusions de fait tirées par le juge du procès. Ces revendications peuvent également influencer sur les droits et les intérêts concurrents d'un certain nombre de tiers qui pourraient avoir le droit d'être entendus à toutes les étapes du processus. En outre, des difficultés particulières surgissent s'il s'agit de statuer sur des revendications générales portant sur des droits relatifs à un titre ou issus d'un traité, lorsque ces revendications visent des zones géographiques qui ne se limitent pas aux lieux spécifiques aux accusations criminelles.

143 There is little doubt that the legal issues to be determined in the context of aboriginal rights claims are much larger than the criminal charge itself and that the criminal process is inadequate and inappropriate for dealing with such claims. I note that in the New Brunswick Court of Appeal, Robertson J.A. raised a number of concerns to support his view that summary conviction proceedings are not conducive to adjudicating fairly on claims of aboriginal title: *R. v. Bernard* (2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55, at paras. 450-60. See also Daigle J.A.'s reasons, at para. 210.

Il fait peu de doute que les questions de droit à trancher dans le cadre des revendications de droits ancestraux sont beaucoup plus vastes que l'accusation criminelle elle-même, et que le processus pénal n'est ni adéquat ni approprié pour l'examen de ces revendications. Je signale que le juge Robertson de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a soulevé un certain nombre de préoccupations pour appuyer son opinion selon laquelle les procédures sommaires ne favorisent pas le prononcé de décisions équitables en matière de revendications de titre aborigène : *R. c. Bernard* (2003), 262 R.N.-B. (2^e) 1, 2003 NBCA 55, par. 450-460. Voir aussi les motifs du juge Daigle, par. 210.

144 The question of aboriginal title and access to resources in New Brunswick and Nova Scotia is a complex issue that is of great importance to all the residents and communities of the provinces. The determination of these issues deserves careful consideration, and all interested parties should have the opportunity to participate in any litigation or negotiations. Accordingly, when issues of aboriginal title or other aboriginal rights claims arise in the context of summary conviction proceedings, it may be most beneficial to all concerned to

La question du titre aborigène et de l'accès aux ressources au Nouveau-Brunswick et en Nouvelle-Écosse constitue un problème complexe d'une grande importance pour l'ensemble des résidents et des collectivités de ces provinces. Le sort de ces questions mérite que l'on procède à un examen minutieux et tous les intéressés devraient pouvoir participer au débat ou aux négociations. Ainsi, lorsque des questions de titre aborigène ou d'autres revendications de droits ancestraux sont soulevées dans le cadre de procédures sommaires, il

seek a temporary stay of the charges so that the aboriginal claim can be properly litigated in the civil courts. Once the aboriginal rights claim to the area in question is settled, the Crown could decide whether or not to proceed with the criminal charges.

V. Disposition

For these reasons, I would concur with my colleague, allow the appeals, dismiss the cross-appeal in *Marshall* and restore the convictions.

APPENDIX

Royal Proclamation of 1763

Whereas We have taken into Our Royal Consideration the extensive and valuable Acquisitions in America, secured to our Crown by the late Definitive Treaty of Peace, concluded at Paris, the 10th Day of February last; and being desirous that all Our loving Subjects, as well of our Kingdom as of our Colonies in America, may avail themselves with all convenient Speed, of the great Benefits and Advantages which must accrue therefrom to their Commerce, Manufactures, and Navigation, We have thought fit, with the Advice of our Privy Council, to issue this our Royal Proclamation, hereby to publish and declare to all our loving Subjects, that we have, with the Advice of our Said Privy Council, granted our Letters Patent, under our Great Seal of Great Britain, to erect, within the Countries and Islands ceded and confirmed to Us by the said Treaty, Four distinct and separate Governments, styled and called by the names of Quebec, East Florida, West Florida and Grenada, and limited and bounded as follows, viz.

. . .

We have also, with the advice of our Privy Council, thought fit to annex the Islands of St. John's, and Cape Breton, or Isle Royale, with the lesser Islands adjacent thereto, to our Government of Nova Scotia.

. . .

pourrait être plus avantageux, pour toutes les personnes concernées, de demander la suspension temporaire des accusations afin de permettre que la revendication autochtone soit régulièrement débattue devant les tribunaux civils. Une fois tranchée la revendication des droits ancestraux sur la région en cause, le ministère public pourrait alors décider de l'opportunité de poursuivre les accusations criminelles.

V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de souscrire au dispositif proposé par ma collègue, d'accueillir les pourvois, de rejeter le pourvoi incident dans *Marshall* et de rétablir les déclarations de culpabilité.

145

ANNEXE

Proclamation royale de 1763

Attendu que Nous avons accordé Notre considération royale aux riches et considérables acquisitions d'Amérique assurées à Notre couronne par le dernier traité de paix définitif, conclu à Paris, le 10 février dernier et désirant faire bénéficier avec tout l'empressement désirable Nos sujets bien-aimés, aussi bien ceux du royaume que ceux de Nos colonies en Amérique, des grands profits et avantages qu'ils peuvent en retirer pour le commerce, les manufactures et la navigation, Nous avons cru opportun, de l'avis de Notre Conseil privé, de publier Notre présente proclamation royale pour annoncer et déclarer à tous Nos sujets bien-aimés que Nous avons, de l'avis de Notre-dit Conseil privé, par Nos lettres patentes sous le grand sceau de la Grande-Bretagne, établi dans les contrées et les îles qui Nous ont été cédées et assurées par ledit traité, quatre gouvernements séparés et distincts, savoir : ceux de Québec, de la Floride Orientale, de la Floride Occidentale et de Grenade, dont les bornes sont données ci-après.

. . .

Nous avons aussi, de l'avis de Notre Conseil privé, cru opportun d'annexer l'île Saint-Jean et l'île du Cap-Breton ou île Royale, ainsi que les îles de moindre dimension situées dans leurs environs, au gouvernement de la Nouvelle-Écosse.

. . .

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interest, and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds. — We do therefore, with the Advice of our Privy Council, declare it to be our Royal Will and Pleasure, that no Governor or Commander in Chief in any of our Colonies of Quebec, East Florida, or West Florida, do presume, upon any Pretence whatever, to grant Warrants of Survey, or pass any Patents for Lands beyond the Bounds of their respective Governments, as described in their Commissions; as also, that no Governor or Commander in Chief in any of our other Colonies or Plantations in America do presume for the present, and until our further Pleasure be known, to grant Warrants of Survey, or pass Patents for any Lands beyond the Heads or Sources of any of the Rivers which fall into the Atlantic Ocean from the West and North West, or upon any Lands whatever, which, not having been ceded to or purchased by Us as aforesaid, are reserved to the said Indians, or any of them.

And We do further declare it to be Our Royal Will and Pleasure, for the present as aforesaid, to reserve under our Sovereignty, Protection, and Dominion, for the use of the said Indians, all the Lands and Territories not included within the Limits of Our said Three new Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson's Bay Company, as also all the Lands and Territories lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West as aforesaid.

And We do hereby strictly forbid, on Pain of our Displeasure, all our loving Subjects from making any Purchases or Settlements whatever, or taking Possession of any of the Lands above reserved, without our especial leave and Licence for that Purpose first obtained.

And, We do further strictly enjoin and require all Persons whatever who have either wilfully or inadvertently seated themselves upon any Lands within the Countries above described, or upon any other Lands which, not having been ceded to or purchased by Us, are still reserved to the said Indians as aforesaid, forthwith to remove themselves from such Settlements.

Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse, Nous déclarons par conséquent de l'avis de Notre Conseil privé, que c'est Notre volonté et Notre plaisir et nous enjoignons à tout gouverneur et à tout commandant en chef de Nos colonies de Québec, de la Floride Orientale et de la Floride Occidentale, de n'accorder sous aucun prétexte des permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà des limites de leur gouvernement respectif, conformément à la délimitation contenue dans leur commission. Nous enjoignons pour la même raison à tout gouverneur et à tout commandant en chef de toutes Nos autres colonies ou de Nos autres plantations en Amérique, de n'accorder présentement et jusqu'à ce que Nous ayons fait connaître Nos intentions futures, aucun permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà de la tête ou source de toutes les rivières qui vont de l'ouest et du nord-ouest se jeter dans l'océan Atlantique ni sur celles qui ont été ni cédées ni achetées par Nous, tel que susmentionné, et ont été réservées pour les tribus sauvages susdites ou quelques-unes d'entre elles.

Nous déclarons de plus que c'est Notre plaisir royal ainsi que Notre volonté de réserver pour le présent, sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer.

Nous défendons aussi strictement par la présente à tous Nos sujets, sous peine de s'attirer Notre déplaisir, d'acheter ou posséder aucune terre ci-dessus réservée, ou d'y former aucun établissement, sans avoir au préalable obtenu Notre permission spéciale et une licence à ce sujet.

Et Nous enjoignons et ordonnons strictement à tous ceux qui en connaissance de cause ou par inadvertance, se sont établis sur des terres situées dans les limites des contrées décrites ci-dessus ou sur toute autre terre qui n'ayant pas été cédée ou achetée par Nous se trouve également réservée pour lesdits sauvages, de quitter immédiatement leurs établissements.

And whereas great Frauds and Abuses have been committed in purchasing Lands of the Indians, to the great Prejudice of our Interests, and to the great Dissatisfaction of the said Indians; In order, therefore, to prevent such Irregularities for the future, and to the end that the Indians may be convinced of our Justice and determined Resolution to remove all reasonable Cause of Discontent, We do, with the Advice of our Privy Council strictly enjoin and require, that no private Person do presume to make any purchase from the said Indians of any Lands reserved to the said Indians, within those parts of our Colonies where, We have thought proper to allow Settlement; but that, if at any Time any of the Said Indians should be inclined to dispose of the said Lands, the same shall be Purchased only for Us, in our Name, at some public Meeting or Assembly of the said Indians, to be held for that Purpose by the Governor or Commander in Chief of our Colony respectively within which they shall lie; and in case they shall lie within the limits of any Proprietary Government, they shall be purchased only for the Use and in the name of such Proprietaries, conformable to such Directions and Instructions as We or they shall think proper to give for that Purpose; And we do, by the Advice of our Privy Council, declare and enjoin, that the Trade with the said Indians shall be free and open to all our Subjects whatever, provided that every Person who may incline to Trade with the said Indians do take out a Licence for carrying on such Trade from the Governor or Commander in Chief of any of our Colonies respectively where such Person shall reside, and also give Security to observe such Regulations as We shall at any Time think fit, by ourselves or by our Commissaries to be appointed for this Purpose, to direct and appoint for the Benefit of the said Trade:

And we do hereby authorize, enjoin, and require the Governors and Commanders in Chief of all our Colonies respectively, as well those under Our immediate Government as those under the Government and Direction of Proprietaries, to grant such Licences without Fee or Reward, taking especial Care to insert therein a Condition, that such Licence shall be void, and the Security forfeited in case the Person to whom the same is granted shall refuse or neglect to observe such Regulations as We shall think proper to prescribe as aforesaid.

And we do further expressly enjoin and require all Officers whatever, as well Military as those Employed in the Management and Direction of Indian Affairs, within the Territories reserved as aforesaid for the use of the said Indians, to seize and apprehend all Persons whatever, who standing charged with Treason, Misprisions of Treason, Murders, or other Felonies or

Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement, Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie, dans laquelle elles se trouvent situées; en outre, si ces terres sont situées dans les limites de territoires administrés par leurs propriétaires, elles ne seront alors achetées que pour l'usage et au nom des propriétaires, conformément aux directions et aux instructions que Nous croirons ou qu'ils croiront à propos de donner à ce sujet; de plus Nous déclarons et signifions de l'avis de Notre Conseil privé que Nous accordons à tous Nos sujets le privilège de commerce ouvert et libre, à condition que tous ceux qui auront l'intention de commercer avec lesdits sauvages se munissent de licence à cette fin, du gouverneur ou du commandant en chef de celle de Nos colonies dans laquelle ils résident, et qu'ils fournissent des garanties d'observer les règlements que Nous croirons en tout temps, à propos d'imposer Nous-même ou par l'intermédiaire de Nos commissaires nommés à cette fin, en vue d'assurer le progrès dudit commerce.

Nous autorisons par la présente les gouverneurs et les commandants en chef de toutes Nos colonies respectivement, aussi bien ceux qui relèvent de Notre autorité immédiate que ceux qui relèvent de l'autorité et de la direction des propriétaires, d'accorder ces licences gratuitement sans omettre d'y insérer une condition par laquelle toute licence sera déclarée nulle et la protection qu'elle conférera enlevée, si le porteur refuse ou néglige d'observer les règlements que Nous croirons à propos de prescrire. Et de plus Nous ordonnons et enjoignons à tous les officiers militaires et à ceux chargés de l'administration et de la direction des affaires des sauvages, dans les limites des territoires réservés à l'usage desdits sauvages, de saisir et d'arrêter tous ceux sur qui pèsera une accusation de trahison, de non-révélation d'attentat, de meurtre, de félonie ou de délits de tout genre et qui, pour échapper aux atteintes de la justice, auront cherché un refuge dans lesdits territoires, et de les renvoyer sous bonne escorte dans la colonie où le crime dont ils seront

Misdemeanours, shall fly from Justice and take Refuge in the said Territory, and to send them under a proper guard to the Colony where the Crime was committed of which they stand accused, in order to take their Trial for the same.

Appeals allowed and cross-appeal in Marshall dismissed.

Solicitor for the appellant/respondent on the cross-appeal in Marshall and the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.

Solicitor for the appellant in Bernard and the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitors for the respondents/appellants on the cross-appeal in Marshall and the respondent in Bernard: Bruce H. Wildsmith and Eric A. Zscheile, Barss Corner, Nova Scotia.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.

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

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Hunter Voith Litigation Counsel, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the interveners the Forest Products Association of Nova Scotia: McInnes Cooper, Halifax.

Solicitors for the interveners Keptin John Joe Sark and Keptin Frank Nevin (of the Mi'kmaq

accusés aura été commis et pour lequel ils devront subir leur procès.

Pourvois accueillis et pourvoi incident dans Marshall rejeté.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident dans Marshall et de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.

Procureur de l'appelante dans Bernard et de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident dans Marshall et de l'intimé dans Bernard : Bruce H. Wildsmith et Eric A. Zscheile, Barss Corner (Nouvelle-Écosse).

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Hunter Voith Litigation Counsel, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs de l'intervenante Forest Products Association of Nova Scotia : McInnes Cooper, Halifax.

Procureurs des intervenants Keptin John Joe Sark et Keptin Frank Nevin (du Grand Conseil

Grand Council), the Native Council of Nova Scotia and the New Brunswick Aboriginal Peoples Council: Burchell Hayman Parish, Halifax.

Solicitors for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Joseph E. Magnet, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations): Cook Roberts, Victoria.

Solicitor for the intervener the Union of New Brunswick Indians: Daniel R. Theriault, Fredericton.

Solicitors for the intervener the New Brunswick Forest Products Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Mi'kmaq), Native Council of Nova Scotia et New Brunswick Aboriginal Peoples Council : Burchell Hayman Parish, Halifax.

Procureurs de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Joseph E. Magnet, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.

Procureurs des intervenantes la Bande indienne de Songhees, la Première nation de Malahat, la Première nation des T'Sou-ke, la Première nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et la Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations des Te'mexw) : Cook Roberts, Victoria.

Procureur de l'intervenante Union of New Brunswick Indians : Daniel R. Theriault, Fredericton.

Procureurs de l'intervenante l'Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick : Osler Hoskin & Harcourt, Toronto.

Provincial Court Judges' Association of New Brunswick, Honourable Judge Michael McKee and Honourable Judge Steven Hutchinson *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by the Minister of Justice *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Canadian Association of Provincial Court Judges, Ontario Conference of Judges and Federation of Law Societies of Canada *Intervenors*

and between

Ontario Judges' Association, Ontario Family Law Judges' Association and Ontario Provincial Court (Civil Division) Judges' Association *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Ontario, as represented by the Chair of Management Board *Respondent*

and

Attorney General of Quebec, Attorney General of Alberta, Canadian Bar Association and Federation of Law Societies of Canada *Intervenors*

and between

Association des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, honorable juge Michael McKee et honorable juge Steven Hutchinson *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de la Justice *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Association canadienne des juges de cours provinciales, Conférence des juges de l'Ontario et Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada *Intervenants*

et entre

Association des juges de l'Ontario, Association ontarienne des juges du droit de la famille et Ontario Provincial Court (Civil Division) Judges' Association *Appelantes*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Ontario, représentée par le président du Conseil de gestion *Intimée*

et

Procureur général du Québec, procureur général de l'Alberta, Association du Barreau canadien et Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada *Intervenants*

et entre

Her Majesty The Queen in Right of Alberta and the Lieutenant Governor in Council *Appellants*

v.

Chereda Bodner, Robert Philp, Timothy Stonehouse, William Martin, Waldo B. Ranson, Glenn Morrison, Q.C., Johnathan H.B. Moss, David M. Duggan, Mark W. Gruman, Patrick McIlhargy, John R. Shaw and Gregory Francis *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Canadian Superior Court Judges Association, Ontario Conference of Judges, Conférence des juges du Québec, Canadian Association of Provincial Court Judges, Association of Justices of the Peace of Ontario, Judicial Justices Association of British Columbia and Federation of Law Societies of Canada *Interveners*

and between

Attorney General of Quebec and Minister of Justice of Quebec *Appellants*

v.

Conférence des juges du Québec, Maurice Abud, Claude C. Boulanger, Marc Vanasse, Gilles Gagnon, Jacques R. Roy, Gérald Laforest, Jean-François Gosselin, Hubert Couture, Michael Sheehan, Yvan Mayrand, Dominique Slater, Guy Gagnon, Mireille Allaire, Anne Laberge, Armando Aznar, Jean-Pierre Lortie, Guy Lecompte, Huguette

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le Lieutenant-gouverneur en conseil *Appellants*

c.

Chereda Bodner, Robert Philp, Timothy Stonehouse, William Martin, Waldo B. Ranson, Glenn Morrison, c.r., Johnathan H.B. Moss, David M. Duggan, Mark W. Gruman, Patrick McIlhargy, John R. Shaw et Gregory Francis *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, Association canadienne des juges des cours supérieures, Conférence des juges de l'Ontario, Conférence des juges du Québec, Association canadienne des juges de cours provinciales, Association des juges de paix de l'Ontario, Judicial Justices Association of British Columbia et Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada *Intervenants*

et entre

Procureur général du Québec et ministre de la Justice du Québec *Appellants*

c.

Conférence des juges du Québec, Maurice Abud, Claude C. Boulanger, Marc Vanasse, Gilles Gagnon, Jacques R. Roy, Gérald Laforest, Jean-François Gosselin, Hubert Couture, Michael Sheehan, Yvan Mayrand, Dominique Slater, Guy Gagnon, Mireille Allaire, Anne Laberge, Armando Aznar, Jean-Pierre Lortie, Guy Lecompte, Huguette

St-Louis, Rémi Bouchard, Michel Jasmin, Jacques Lachapelle, Louise Provost, Michèle Rivet, Paule Lafontaine, Rosaire Larouche, Réal R. Lapointe, Claude Chicoine, Céline Pelletier, René de la Sablonnière, Gabriel de Pokomandy, Jean-R. Beaulieu, Michel Beauchemin, Jacques Trudel, Denis Bouchard, Ruth Veillet, Gilson Lachance, Claude Parent, Michel L. Auger, Lise Gaboury and Jean Alarie *Respondents*

and

Attorney General of New Brunswick and Federation of Law Societies of Canada *Interveniers*

and between

Attorney General of Quebec and Minister of Justice of Quebec *Appellants*

v.

Morton S. Minc, Denis Boisvert, Antonio Discepola, Yves Fournier, Gilles Gaumond, Louise Baribeau, Jean-Pierre Bessette, Pierre D. Denault, René Déry, Gérard Duguay, Pierre Fontaine, Pierre Gaston, Denis Laliberté, Louis-Jacques Léger, Jean Massé, Evasio Massignani, Ronald Schachter, Bernard Caron, Jean Charbonneau and Raymonde Verreault *Respondents*

and

Attorney General of New Brunswick and Federation of Law Societies of Canada *Interveniers*

and between

Conférence des juges municipaux du Québec *Appellant*

v.

St-Louis, Rémi Bouchard, Michel Jasmin, Jacques Lachapelle, Louise Provost, Michèle Rivet, Paule Lafontaine, Rosaire Larouche, Réal R. Lapointe, Claude Chicoine, Céline Pelletier, René de la Sablonnière, Gabriel de Pokomandy, Jean-R. Beaulieu, Michel Beauchemin, Jacques Trudel, Denis Bouchard, Ruth Veillet, Gilson Lachance, Claude Parent, Michel L. Auger, Lise Gaboury et Jean Alarie *Intimés*

et

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

et entre

Procureur général du Québec et ministre de la Justice du Québec *Appellants*

c.

Morton S. Minc, Denis Boisvert, Antonio Discepola, Yves Fournier, Gilles Gaumond, Louise Baribeau, Jean-Pierre Bessette, Pierre D. Denault, René Déry, Gérard Duguay, Pierre Fontaine, Pierre Gaston, Denis Laliberté, Louis-Jacques Léger, Jean Massé, Evasio Massignani, Ronald Schachter, Bernard Caron, Jean Charbonneau et Raymonde Verreault *Intimés*

et

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

et entre

Conférence des juges municipaux du Québec *Appelante*

c.

**Conférence des juges du Québec et al. and
Attorney General of Quebec** *Respondents*

and

**Attorney General of New Brunswick
and Federation of Law Societies of
Canada** *Intervenors*

**INDEXED AS: PROVINCIAL COURT JUDGES'
ASSN. OF NEW BRUNSWICK v. NEW BRUNSWICK
(MINISTER OF JUSTICE); ONTARIO JUDGES' ASSN.
v. ONTARIO (MANAGEMENT BOARD); BODNER v.
ALBERTA; CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC v.
QUEBEC (ATTORNEY GENERAL); MINC v. QUEBEC
(ATTORNEY GENERAL)**

Neutral citation: 2005 SCC 44.

File Nos.: 30006, 30148, 29525, 30477.

2004: November 9, 10; 2005: July 22.*

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK**

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

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

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

*Constitutional law — Judicial independence — Judi-
cial remuneration — Nature of judicial compensation*

* The amendments to paras. 134, 152 and 171, issued on July 28, 2005, are included in these reasons. The motions to amend the judgment or for a rehearing of the appeal, filed subsequently by the Conférence des juges du Québec et al. and by the Conférence des juges municipaux du Québec, were dismissed on October 27, 2005. This decision is reported at [2005] 3 S.C.R. 41.

**Conférence des juges du Québec et autres et
procureur général du Québec** *Intimés*

et

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

**RÉPERTORIÉ : ASSOC. DES JUGES DE LA COUR
PROVINCIALE DU NOUVEAU-BRUNSWICK c.
NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA JUSTICE);
ASSOC. DES JUGES DE L'ONTARIO c. ONTARIO
(CONSEIL DE GESTION); BODNER c. ALBERTA;
CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC c. QUÉBEC
(PROCUREUR GÉNÉRAL); MINC c. QUÉBEC
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Référence neutre : 2005 CSC 44.

N^{os} du greffe : 30006, 30148, 29525, 30477.

2004 : 9, 10 novembre; 2005 : 22 juillet*.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK**

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

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Indépendance de la magis-
trature — Rémunération des juges — Nature des*

* Les modifications qui ont été apportées aux par. 134, 152 et 171 du jugement le 28 juillet 2005 sont incorporées dans les présents motifs. Les requêtes demandant la modification du jugement ou la tenue d'une nouvelle audience, qui ont été présentées par la Conférence des juges du Québec et autres et par la Conférence des juges municipaux du Québec, ont été rejetées le 27 octobre 2005. Cette décision est publiée à [2005] 3 R.C.S. 41.

commissions and their recommendations — Obligation of government to respond to recommendations — Scope of judicial review of government's response — Remedies.

Constitutional law — Judicial independence — Judicial remuneration — Government departing from compensation commission's recommendations on salary and benefits — Whether government's reasons for departing from recommendations satisfy rationality test — Three-stage analysis for determining rationality of government's response.

Evidence — Admissibility — Judicial review of government's response to compensation commission's recommendations — Government seeking to have affidavits admitted in evidence — Whether affidavits admissible — Whether affidavits introduce evidence and facts not contained in government's response.

Courts — Judges — Remuneration — Compensation committee — Mandate — Committee recommending elimination of salary parity between judges of Court of Québec and municipal court judges — Whether committee had mandate to consider parity issue.

Civil procedure — Application for leave to intervene in Court of Appeal — Conférence des juges municipaux du Québec not mounting a court challenge to government's response to compensation committee's recommendations on salary of municipal court judges outside Laval, Montreal and Quebec City — Conférence unsuccessfully seeking leave to intervene in related cases at Court of Appeal — Whether leave to intervene should have been granted.

These appeals raise the question of judicial independence in the context of judicial remuneration, and the need to clarify the principles of the compensation commission process in order to avoid future conflicts.

In New Brunswick, a commission established under the *Provincial Court Act* recommended increasing the salary of Provincial Court judges from \$142,000 in 2000 to approximately \$169,000 in 2003. The Government rejected this recommendation, arguing (1) that the Commission had misunderstood its mandate; (2) that it was inappropriate to link the Provincial Court judges'

commissions de rémunération des juges et de leurs recommandations — Obligation pour le gouvernement de répondre aux recommandations — Portée du contrôle judiciaire de la réponse du gouvernement — Réparations.

Droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Rémunération des juges — Décision du gouvernement de s'écarter des recommandations de la commission de rémunération portant sur les traitements et avantages — Les motifs invoqués par le gouvernement pour justifier sa décision de s'écarter des recommandations satisfont-ils au critère de la rationalité? — Analyse en trois étapes pour déterminer la rationalité de la réponse du gouvernement.

Preuve — Admissibilité — Contrôle judiciaire de la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission de rémunération — Gouvernement cherchant à faire admettre des affidavits en preuve — Les affidavits sont-ils admissibles? — Les affidavits présentent-ils des éléments de preuve et des faits ne figurant pas dans la réponse du gouvernement?

Tribunaux — Juges — Rémunération — Comité de rémunération — Mandat — Recommandation, par le comité, de l'élimination de la parité salariale entre les juges de la Cour du Québec et les juges des cours municipales — Le comité avait-il le mandat d'examiner la question de la parité?

Procédure civile — Demande d'autorisation d'intervenir en Cour d'appel — Conférence des juges municipaux du Québec ne contestant pas en cour la réponse du gouvernement aux recommandations du comité de rémunération au sujet du traitement des juges des cours municipales à l'extérieur de Laval, de Montréal et de Québec — Conférence demandant sans succès l'autorisation d'intervenir dans des affaires connexes devant la Cour d'appel — L'autorisation d'intervenir aurait-elle dû être accordée?

Les présents pourvois soulèvent la question de l'indépendance de la magistrature dans le contexte de la rémunération des juges, y compris la nécessité de clarifier les principes du recours à une commission de rémunération pour éviter des conflits à l'avenir.

Au Nouveau-Brunswick, une commission établie en vertu de la *Loi sur la Cour provinciale* a recommandé de porter le traitement des juges de la Cour provinciale de 142 000 \$ en 2000 à environ 169 000 \$ en 2003. Le gouvernement a rejeté cette recommandation, soutenant (1) que la commission avait mal compris son mandat, (2) qu'il n'était pas fondé d'établir un lien entre le traitement

salary to that of federally appointed judges; and (3) that the judges' existing salary was adequate. The appellant Association applied for judicial review of the Government's response, and the Government successfully applied to have four affidavits admitted in evidence. On the salary issue, the reviewing judge found the Government's reasons for rejecting the Commission's recommendation to be rational. The Court of Appeal reversed the reviewing judge's decision on the admissibility of the affidavits, but upheld his decision on the salary issue.

In Ontario, the remuneration commission made a binding recommendation that a salary increase of approximately 28 percent over three years be awarded and also made certain optional pension recommendations. Ontario retained an accounting firm to determine the cost of the pension options and subsequently refused to adopt any of the pension recommendations, listing several reasons, including: (1) that the 28 percent salary increase, which had automatically increased the value of the pension by 28 percent, was appropriate; (2) that no significant demographic changes had occurred since the 1991 review of the pension plan; and (3) that the Government's current fiscal responsibilities required a continued commitment to fiscal restraint. The judges applied for judicial review. In support of its position, Ontario filed affidavits from the accounting firm and they were held to be admissible. The Divisional Court dismissed the application, holding that Ontario's reasons for rejecting the pension recommendations were clear, logical and relevant. The Court of Appeal upheld the decision.

In Alberta, the compensation commission issued a report recommending, among other things, a substantial increase in salary for Justices of the Peace. Although Alberta accepted that salaries and per diem rates ought to be increased, it rejected the specific increases recommended by the Commission and proposed a modified amount. Alberta's reasons stressed that it had a duty to manage public resources and act in a fiscally responsible manner, and that the overall level of increase recommended was greater than that of other publicly funded programs and significantly exceeded those of individuals in comparative groups. The Court of Queen's Bench allowed the respondents' application challenging the constitutionality of the changes, holding that Alberta's reasons for rejecting the Commission's recommendations did not pass the

des juges de la Cour provinciale et celui des juges de nomination fédérale et (3) que le traitement en vigueur pour les juges était adéquat. L'association appelante a demandé le contrôle judiciaire de la réponse du gouvernement, lequel a réussi à faire admettre quatre affidavits en preuve. Pour ce qui est de la question salariale, le juge saisi du contrôle judiciaire a estimé que les motifs invoqués par le gouvernement pour rejeter la recommandation de la commission étaient rationnels. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge saisi du contrôle judiciaire au sujet de l'admissibilité des affidavits, mais a confirmé sa décision concernant la question salariale.

En Ontario, la commission de rémunération a émis une recommandation ayant force obligatoire selon laquelle les traitements devraient être majorés d'environ 28 pour 100 sur trois ans et des recommandations facultatives concernant les pensions. La province d'Ontario a retenu les services d'un cabinet d'expertise comptable pour déterminer le coût de la mise en œuvre des options en matière de pension. Elle a, par la suite, refusé d'adopter toute recommandation, justifiant sa décision par plusieurs motifs, dont les suivants : (1) l'augmentation salariale de 28 pour 100, qui avait entraîné automatiquement une majoration de 28 pour 100 de la valeur des pensions, était suffisante; (2) aucun changement démographique important n'était survenu depuis l'examen du régime de retraite en 1991 et (3) les obligations financières qu'avait alors le gouvernement exigent l'engagement continu de procéder à des compressions budgétaires. Les juges ont demandé le contrôle judiciaire. La province d'Ontario a déposé à l'appui de sa position les affidavits du cabinet d'expertise comptable, lesquels ont été jugés admissibles. La Cour divisionnaire a rejeté la demande, statuant que les motifs invoqués par la province pour rejeter les recommandations concernant les pensions étaient clairs, logiques et pertinents. La Cour d'appel a confirmé la décision.

En Alberta, la commission de rémunération a publié un rapport dans lequel elle recommandait notamment une augmentation salariale substantielle pour les juges de paix. La province d'Alberta reconnaissait que les traitements et les taux quotidiens doivent être majorés, mais elle rejetait les augmentations recommandées par la commission et proposait plutôt un montant modifié. Dans ses motifs, la province insiste sur son obligation de gérer les ressources publiques et d'agir de manière responsable sur le plan financier. Elle y souligne que la hausse globale recommandée est supérieure à celle accordée dans le cas d'autres programmes financés par l'État et dépasse de beaucoup celle octroyée aux personnes faisant partie des groupes de référence. La Cour du Banc de la Reine a fait droit à la demande des intimés dans laquelle ils contestaient la constitutionnalité des modifications,

test of simple rationality. The Court of Appeal upheld the decision.

In Quebec, the judicial compensation committee established under the *Courts of Justice Act* recommended raising the salary of judges of the Court of Québec from \$137,000 to \$180,000 and adjusting their pension. The report also recommended eliminating the salary parity of municipal court judges in Laval, Montreal and Quebec City with judges of the Court of Quebec and suggested a lower pay scale. A second panel of the Committee addressed the compensation of judges of the municipal courts to which the *Act respecting municipal courts* applies — namely, the judges of municipal courts outside Laval, Montreal and Quebec City — and, on the assumption that parity should be abandoned, set the fee schedule at a scale reflecting responsibilities less onerous than those of full-time judges. In its response, the Government proposed that the most important recommendations be rejected. It limited the initial salary increase of judges of the Court of Quebec to 8 percent, with small additional increases in 2002 and 2003. The response accepted the elimination of parity for municipal judges, limited the raise in their salaries to 4 percent in 2001 and granted them the same adjustments as judges of the Court of Quebec in 2002 and 2003. It accordingly adjusted the fees payable to judges of municipal courts to which the *Act respecting municipal courts* applies rather than accepting the fee scales recommended by the Committee. The Conférence des juges du Québec, which represents the judges of the Court of Québec and the judges of the municipal courts of Laval, Montreal and Quebec City, challenged the Government's response in court. Both the Superior Court and the Court of Appeal held that the response did not meet the test of rationality. The Conférence des juges municipaux du Québec, which represents municipal court judges outside Laval, Montreal and Quebec City and which had not challenged the Government's response, was denied leave to intervene in the Court of Appeal.

Held: The appeals in the New Brunswick and Ontario cases should be dismissed.

Held: The appeal in the Alberta case should be allowed.

Held: The appeals of the Attorney General of Quebec and the Minister of Justice of Quebec should be dismissed. Those portions of the orders in the courts below which are not in accordance with these reasons must be set aside and the matter must be remitted to the

statuant que les motifs invoqués par la province pour rejeter les recommandations de la commission ne satisfaisaient pas au critère de la simple rationalité. La Cour d'appel a confirmé la décision.

Au Québec, le comité de la rémunération des juges, institué en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, a recommandé de porter le traitement des juges de la Cour du Québec de 137 000 \$ à 180 000 \$ et de rajuster leur pension. Il a aussi recommandé dans son rapport l'élimination de la parité salariale des juges des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec avec les juges de la Cour du Québec et a proposé une échelle salariale inférieure. La deuxième formation du comité a fait rapport sur la rémunération des juges des cours municipales auxquelles s'applique la *Loi sur les cours municipales*, à savoir les juges des cours municipales à l'extérieur de Laval, de Montréal et de Québec, et, partant du principe que la parité devait être abolie, a établi un barème de traitement reflétant leurs responsabilités moins lourdes que celles des juges exerçant leurs fonctions à temps plein. Dans sa réponse, le gouvernement préconisait le rejet des recommandations les plus importantes. Il limitait la majoration salariale initiale à 8 pour 100 pour les juges de la Cour du Québec, de faibles hausses additionnelles étant prévues pour 2002 et 2003. Il acceptait l'élimination de la parité pour les juges des cours municipales, limitait la hausse de leur traitement à 4 pour 100 en 2001 et leur accordait pour 2002 et 2003 les mêmes rajustements que pour les juges de la Cour du Québec. Il rajustait en conséquence les honoraires payables aux juges des cours municipales auxquelles s'applique la *Loi sur les cours municipales* au lieu d'accepter les échelles salariales recommandées par le comité. La Conférence des juges du Québec, qui représente les juges de la Cour du Québec et les juges des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec, a contesté en cour la réponse du gouvernement. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont statué que la réponse ne satisfaisait pas au critère de la rationalité. La Conférence des juges municipaux du Québec, qui représente les juges municipaux de l'extérieur de Laval, de Montréal et de Québec et qui n'avait pas contesté la réponse du gouvernement, s'est vu refuser l'autorisation d'intervenir en Cour d'appel.

Arrêt: Les pourvois dans les affaires du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario sont rejetés.

Arrêt: Le pourvoi dans l'affaire de l'Alberta est accueilli.

Arrêt: Les pourvois formés par le procureur général du Québec et le ministre de la Justice du Québec sont rejetés. Les dispositions des ordonnances rendues par les juridictions inférieures qui sont incompatibles avec les présents motifs sont infirmées et l'affaire est renvoyée

Government of Quebec and the National Assembly for reconsideration in accordance with these reasons.

Held: The appeal of the Conférence des juges municipaux du Québec should be allowed in part, and the application for leave to intervene should be granted.

General Principles

Judicial salaries can be maintained or changed only by recourse to a commission that is independent, objective and effective. Unless the legislature provides otherwise, a commission's report is consultative, not binding. Its recommendations must be given weight, but the government retains the power to depart from the recommendations as long as it justifies its decision with rational reasons in its response to the recommendations. Reasons that are complete and that deal with the commission's recommendations in a meaningful way will meet the standard of rationality. The reasons must also rely upon a reasonable factual foundation. If different weights are given to relevant factors, this difference must be justified. The use of a particular comparator must also be explained. If it is called upon to justify its decision in a court of law, the government may not advance reasons other than those mentioned in its response, though it may provide more detailed information with regard to the factual foundation it has relied upon. [8] [21] [26-27]

The government's response is subject to a limited form of judicial review by the superior courts. The reviewing court is not asked to determine the adequacy of judicial remuneration but must focus on the government's response and on whether the purpose of the commission process has been achieved. A three-stage analysis for determining the rationality of the government's response should be followed: (1) Has the government articulated a legitimate reason for departing from the commission's recommendations? (2) Do the government's reasons rely upon a reasonable factual foundation? (3) Viewed globally, has the commission process been respected and have the purposes of the commission — preserving judicial independence and depoliticizing the setting of judicial remuneration — been achieved? [29-31]

If the reviewing court concludes that the commission process has not been effective, the appropriate remedy will generally be to return the matter to the government for reconsideration. If problems can be traced to the commission, the matter can be referred back to it. Courts should avoid issuing specific orders to make the

au gouvernement du Québec et à l'Assemblée nationale pour réexamen conformément à ces motifs.

Arrêt : Le pourvoi formé par la Conférence des juges municipaux du Québec est accueilli en partie et la demande d'autorisation d'intervenir est accordée.

Principes généraux

Il faut recourir à une commission indépendante, objective et efficace pour maintenir ou modifier les traitements des juges. Sauf indication contraire de l'assemblée législative, le rapport d'une commission a valeur d'avis; il n'a pas force obligatoire. Il faut accorder du poids aux recommandations de la commission, mais le gouvernement conserve le pouvoir de s'en écarter à condition de justifier sa décision par des motifs rationnels dans sa réponse aux recommandations. Les motifs qui respectent la norme de la rationalité sont ceux qui sont complets et qui traitent les recommandations de la commission de façon concrète. Les motifs doivent également reposer sur un fondement factuel raisonnable. Si l'importance accordée aux facteurs pertinents varie, cette variation doit être justifiée. Il faut aussi expliquer l'emploi d'un facteur de comparaison donné. S'il est tenu d'expliquer sa décision devant une cour de justice, le gouvernement ne peut invoquer d'autres motifs que ceux mentionnés dans sa réponse, mais il lui est possible de fournir d'autres renseignements plus détaillés sur le fondement factuel sur lequel il s'est appuyé. [8] [21] [26-27]

La réponse du gouvernement est soumise à une forme limitée de contrôle judiciaire par les cours supérieures. Le tribunal saisi du contrôle judiciaire n'a pas à décider si la rémunération des juges est adéquate. Il doit plutôt se concentrer sur la réponse du gouvernement et se demander si l'objectif du recours à une commission est atteint. Il faut suivre une analyse en trois étapes pour déterminer la rationalité de la réponse du gouvernement : (1) Le gouvernement a-t-il justifié par un motif légitime sa décision de s'écarter des recommandations de la commission? (2) Les motifs invoqués par le gouvernement ont-ils un fondement factuel raisonnable? (3) Dans l'ensemble, le mécanisme d'examen par une commission a-t-il été respecté et les objectifs du recours à une commission, à savoir préserver l'indépendance de la magistrature et dépoliticiser la fixation de la rémunération des juges, ont-ils été atteints? [29-31]

Si le tribunal saisi du contrôle judiciaire conclut que le recours à une commission ne s'est pas révélé efficace, la réparation appropriée consistera généralement à renvoyer l'affaire au gouvernement pour réexamen. Si les difficultés rencontrées sont attribuables à la commission, l'affaire peut lui être renvoyée. Les tribunaux devraient

recommendations binding unless the governing statutory scheme gives them that option. [44]

New Brunswick

Although the part of the Government's response questioning the Commission's mandate is not legitimate, the portion relating to the adequacy of the judges' existing salary and the excessiveness of the recommended raise meets the standard of rationality. First, the Government's reasons on these two points cannot be characterized as being purely political or as an attempt to avoid the process, and there is no suggestion that the Government has attempted to manipulate the judiciary. Second, the Government's response does not lack a reasonable factual foundation. While some parts of the response may appear dismissive, others have a rational basis. On the one hand, the Government's rejection of the recommended increase on the basis that it is excessive is amply supported by a reasonable factual foundation. On the other hand, the arguments in support of the adequacy of the current salary were not properly dealt with by the Commission. Consequently, the Government was justified in restating its position that the existing salary was sufficient to attract qualified candidates. The Government's reliance on this factual foundation was reasonable. Third, while the Government's justification for its departure from the recommendations is unsatisfactory in several respects, the response, viewed globally and with deference, shows that it took the process seriously. [67-69] [76] [81] [83]

The affidavits filed by the Government before the reviewing judge were admissible. Although all the reasons upon which the Government relies in rejecting the Commission's recommendations must be stated in its public response, these affidavits do not advance arguments that were not previously raised. They simply go into the specifics of the factual foundation relied upon by the Government. [62] [64]

Ontario

The Ontario government's reasons rejecting the Commission's optional pension recommendations pass the rationality test. The reasons outlined in the Government's response do not reveal political or discriminatory motivations or any improper motive. They reveal a consideration of the judicial office and an intention to deal with it appropriately. Also, Ontario relied upon a reasonable factual foundation by alleging the need for fiscal restraint and suggesting that no significant demographic change had occurred warranting a change to the pension plan structure. Lastly, in its

s'abstenir de rendre des ordonnances donnant force obligatoire aux recommandations, à moins d'y être autorisés par le régime législatif applicable. [44]

Nouveau-Brunswick

La partie de la réponse du gouvernement portant sur sa remise en question du mandat de la commission n'est pas légitime, mais la partie qui porte sur le caractère adéquat du traitement en vigueur pour les juges et sur le caractère excessif de la hausse recommandée satisfait à la norme de la rationalité. Premièrement, on ne peut pas affirmer que les motifs exposés par le gouvernement sur ces deux points soient purement politiques ou constituent une tentative d'éviter le recours à une commission, et rien n'indique qu'il essayait de manipuler la magistrature. Deuxièmement, la réponse du gouvernement a un fondement factuel raisonnable. Certaines parties peuvent sembler dénoter un manque d'égard, mais d'autres ont des assises rationnelles. D'une part, le rejet par le gouvernement de la hausse recommandée parce qu'elle est excessive est amplement justifié par un fondement factuel rationnel. D'autre part, la commission n'a pas analysé correctement les arguments en faveur du statu quo. Le gouvernement a donc eu raison de reformuler sa position selon laquelle le traitement en vigueur était suffisant pour attirer des candidats compétents. Il a eu raison de s'appuyer sur ce fondement factuel. Troisièmement, même si, à plusieurs égards, le gouvernement n'a pas justifié de façon satisfaisante sa décision de s'écarter des recommandations, sa réponse, examinée globalement et avec retenue, montre qu'il a pris au sérieux le processus. [67-69] [76] [81] [83]

Les affidavits déposés par le gouvernement devant le juge saisi du contrôle de révision sont admissibles. Bien que le gouvernement doive indiquer dans sa réponse publique tous les motifs sur lesquels il s'appuie pour rejeter les recommandations de la commission, ces affidavits ne contiennent aucun argument qu'il n'a pas déjà soulevé. Ils donnent tout simplement des détails sur le fondement factuel invoqué par le gouvernement. [62-64]

Ontario

Les motifs du gouvernement d'Ontario rejetant les recommandations facultatives de la commission en matière de pensions satisfont aux critères de la rationalité. Les motifs invoqués dans la réponse du gouvernement ne révèlent pas qu'ils sont dictés par des considérations politiques ou discriminatoires, ou qu'ils sont illégitimes. Ils dénotent un examen sérieux de la charge judiciaire et l'intention de prendre les mesures qui s'imposent. De plus, la province d'Ontario s'est appuyée sur un fondement factuel raisonnable en invoquant la nécessité d'effectuer des compressions

reasons, examined globally, Ontario has clearly respected the commission process, taken it seriously and given it a meaningful effect. Ontario's engagement of an accounting firm was not a distortion of the process but, rather, demonstrates Ontario's good faith and the serious consideration given to the Commission's recommendations. [95-101]

The admission of the accounting firm's affidavits was proper. These affidavits do not add a new position. They merely illustrate Ontario's commitment to taking the Commission's recommendations seriously. [103]

Alberta

The judicial independence of Justices of the Peace warrants the same degree of constitutional protection that is provided by an independent, objective commission. Since Alberta has already provided an independent commission process through the *Justices of the Peace Compensation Commission Regulation*, this process must be followed. [121]

Alberta's reasons for rejecting the specific level of salary increase satisfy the rationality test. The reasons do not reveal political or discriminatory motivations, and are therefore legitimate. They consider the overall level of increase recommended, comment upon the Government's responsibility to properly manage fiscal affairs, and examine various comparator groups. The reasons illustrate Alberta's desire to compensate its Justices of the Peace in a manner consistent with the nature of the office. They clearly state the reasons for variation and explain why Alberta attributed different weights to the comparator groups. Further, the factual basis upon which the Government sought to rely is indicated and its reliance is, for the most part, rational. In its reasons, Alberta discusses general fiscal policy, various comparator groups, and the roles and responsibilities of Justices of the Peace. Finally, viewed globally, it appears that the process of the Commission, as a consultative body created to depoliticize the issue of judicial remuneration, has been effective. [122-126] [128] [131]

Quebec

The Government's response does not meet the standard of rationality. While the response does not evidence any improper political purpose or intent to

budgétaires et en affirmant qu'aucun changement démographique important justifiant une modification de la structure du régime de retraite ne s'est produit. Enfin, dans ses motifs, examinés globalement, elle a clairement respecté le mécanisme d'examen par une commission, l'a pris au sérieux et lui a donné un effet concret. Le recours par la province aux services d'un cabinet d'expertise comptable n'a pas faussé le mécanisme. Au contraire, il démontre la bonne foi de la province et indique qu'elle a analysé en profondeur les recommandations de la commission. [95-101]

Les affidavits du cabinet d'expertise comptable ont été admis à bon droit. Ils n'apportent pas de nouveaux arguments. Ils illustrent simplement l'engagement de la province de prendre au sérieux les recommandations de la commission. [103]

Alberta

L'indépendance des juges de paix commande la même protection constitutionnelle que celle garantie par une commission indépendante et objective. Comme la province d'Alberta a déjà prévu un processus d'examen par une commission indépendante lorsqu'elle a adopté le règlement intitulé *Justices of the Peace Compensation Commission Regulation*, il faut suivre ce processus. [121]

Les motifs avancés par la province d'Alberta pour rejeter les hausses recommandées satisfont au critère de la « rationalité ». Ils ne révèlent pas qu'ils sont dictés par des considérations politiques ou discriminatoires; ils sont donc légitimes. Dans ses motifs, la province tient compte des hausses globales recommandées, commente l'obligation pour le gouvernement de gérer judicieusement les finances publiques et passe en revue divers groupes de référence. Les motifs illustrent la volonté de la province de rémunérer ses juges de paix en fonction de la nature de leur charge. Ils indiquent clairement les raisons des écarts et expliquent pourquoi la province a accordé un poids différent aux divers groupes de référence. De plus, le fondement factuel que voulait invoquer le gouvernement est indiqué et sa décision de s'y appuyer était pour l'essentiel rationnel. Dans ses motifs, la province d'Alberta aborde plusieurs questions, dont la politique budgétaire, les divers groupes de référence ainsi que les rôles et responsabilités des juges de paix. Enfin, globalement, il semble que le recours à la commission, en tant qu'organisme consultatif mis sur pied pour dépolitiser l'examen de la rémunération des juges, a été efficace. [122-126] [128] [131]

Québec

La réponse du gouvernement ne satisfait pas à la norme de la rationalité. Même si elle ne dénote pas l'existence d'un objectif politique illégitime ni une intention

manipulate or influence the judiciary, it fails to address the Committee's most important recommendations and the justifications given for them. The Government appears to have been content to restate its original position before the Committee, and in particular the point that no substantial salary revision was warranted because the recommendations of the previous committee, which led to a substantial increase in judges' salaries, had just been implemented. Once the Committee had decided to conduct a broad review of the judicial compensation of provincial judges, as it was entitled to do, the constitutional principles governing the response required the Government to give full and careful attention to the recommendations and to the justifications given for them. The failure to do so impacted on the validity of the essentials of the response. [158-159] [162] [164]

With respect to the issue of salary parity for municipal court judges, the Government did not have to state the reasons for its agreement with recommendations which were well explained. Moreover, the Committee did not exceed its mandate or breach any principle of natural justice in examining the issue of parity. [166-168]

The appeal and the application for leave to intervene of the Conférence des juges municipaux du Québec should be allowed for the sole purpose of declaring that the response is also void in respect of the compensation of the judges of municipal courts to which the *Act respecting municipal courts* applies. The recommendations concerning the three groups of judges are closely linked, and the complete constitutional challenge launched by the other two groups of judges benefits the members of the Conférence. [169-170]

Cases Cited

Applied: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; **referred to:** *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 744; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 2803.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting municipal courts, R.S.Q., c. C-72.01.
 Alberta Order in Council, 174/2000, s. 2, Sch. 1, 6, 7.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, Schedule (Appendix A of Framework Agreement), para. 28.

de manipuler ou d'influencer la magistrature, elle ne tient pas compte des recommandations les plus importantes du comité et de leur justification. Le gouvernement semble s'être contenté de reformuler la position initiale qu'il avait adoptée devant le comité et, en particulier, le fait qu'aucune révision en profondeur n'était justifiée, car les recommandations du comité précédent — dont l'application avait donné lieu à une forte augmentation du traitement des juges — venaient juste d'être mises en œuvre. Une fois que le comité a décidé d'effectuer un vaste examen de la rémunération des juges provinciaux — comme c'était son droit —, les principes constitutionnels régissant la réponse du gouvernement obligeaient celui-ci à porter toute son attention sur les recommandations et leur justification. Son omission à cet égard se répercutait sur la validité de l'essentiel de la réponse. [158-159] [162] [164]

En ce qui concerne la parité salariale pour les juges des cours municipales, le gouvernement n'avait pas à justifier sa décision de souscrire à des recommandations déjà bien expliquées. De plus, le comité n'a pas outrepassé son mandat et n'a violé aucun principe de justice naturelle en examinant la question de la parité. [166-168]

Le pourvoi de la Conférence des juges municipaux du Québec est accueilli et leur demande d'autorisation d'intervenir est autorisée, à seule fin de déclarer que la réponse est également annulée en ce qui concerne la rémunération des juges des cours municipales auxquelles s'applique la *Loi sur les cours municipales*. Les recommandations visant les trois groupes de juges sont étroitement liées et la contestation constitutionnelle engagée par les deux autres groupes de juges profite aux membres de la Conférence. [169-170]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; **arrêts mentionnés :** *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 744; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 2803.

Lois et règlements cités

Alberta Order in Council, 174/2000, art. 2, ann. 1, 6, 7.
Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1 [mod. 1998, ch. 18].

Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16 [am. 1997, c. 84], ss. 246.29, 246.30, 246.31, 246.42, 246.43, 246.44.
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1 [am. 1998, c. 18].
Justices of the Peace Compensation Commission Regulation, Alta. Reg. 8/2000, ss. 3(1), 5(1), 16, 21(2).
Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21, s. 22.03(1), (6).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Turnbull, Larlee and Robertson J.J.A.) (2003), 231 D.L.R. (4th) 38, 260 N.B.R. (2d) 201, 5 Admin. L.R. (4th) 45, 40 C.P.C. (5th) 207, [2003] N.B.J. No. 321 (QL), 2003 NBCA 54, affirming a decision of Boisvert J. (2002), 213 D.L.R. (4th) 329, 249 N.B.R. (2d) 275, 42 Admin. L.R. (3d) 275, [2002] N.B.J. No. 156 (QL), 2002 NBQB 156. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (O'Connor A.C.J.O. and Borins and MacPherson J.J.A.) (2003), 67 O.R. (3d) 641, 233 D.L.R. (4th) 711, 8 Admin. L.R. (4th) 222, 38 C.C.P.B. 118, 112 C.R.R. (2d) 58, [2003] O.J. No. 4155 (QL), affirming a decision of O'Driscoll, Then and Dunnet J.J. (2002), 58 O.R. (3d) 186, 157 O.A.C. 367, 33 C.C.P.B. 83, [2002] O.J. No. 533 (QL). Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Picard and Paperny J.J.A.) (2002), 222 D.L.R. (4th) 284, 16 Alta. L.R. (4th) 244, 317 A.R. 112, 284 W.A.C. 112, 36 C.P.C. (5th) 1, [2003] 9 W.W.R. 637, [2002] A.J. No. 1428 (QL), 2002 ABCA 274, affirming a decision of Clark J. (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 358, 296 A.R. 22, 10 C.P.C. (5th) 157, [2001] 10 W.W.R. 444, [2001] A.J. No. 1033 (QL), 2001 ABQB 650, with supplementary reasons (2001), 3 Alta. L.R. (4th) 59, 300 A.R. 170, 19 C.P.C. (5th) 242, [2002] 8 W.W.R. 152, [2001] A.J. No. 1565 (QL), 2001 ABQB 960. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Brossard, Proulx, Rousseau-Houle and Morissette J.J.A.), [2004] R.J.Q.

Justices of the Peace Compensation Commission Regulation, Alta. Reg. 8/2000, art. 3(1), 5(1), 16, 21(2).

Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, art. 22.03(1), (6).

Loi sur les cours municipales, L.R.Q., ch. C-72.01.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, annexe (appendice A de la convention cadre), art. 28.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16 [mod. 1997, ch. 84], art. 246.29, 246.30, 246.31, 246.42, 246.43, 246.44.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Turnbull, Larlee et Robertson) (2003), 231 D.L.R. (4th) 38, 260 R.N.-B. (2^e) 201, 5 Admin. L.R. (4th) 45, 40 C.P.C. (5th) 207, [2003] A.N.-B. n^o 321 (QL), 2003 NBCA 54, qui a confirmé un jugement du juge Boisvert (2002), 213 D.L.R. (4th) 329, 249 R.N.-B. (2^e) 275, 42 Admin. L.R. (3d) 275, [2002] A.N.-B. n^o 156 (QL), 2002 NBQB 156. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint O'Connor et les juges Borins et MacPherson) (2003), 67 O.R. (3d) 641, 233 D.L.R. (4th) 711, 8 Admin. L.R. (4th) 222, 38 C.C.P.B. 118, 112 C.R.R. (2d) 58, [2003] O.J. No. 4155 (QL), qui a confirmé un jugement des juges O'Driscoll, Then et Dunnet (2002), 58 O.R. (3d) 186, 157 O.A.C. 367, 33 C.C.P.B. 83, [2002] O.J. No. 533 (QL). Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Picard et Paperny) (2002), 222 D.L.R. (4th) 284, 16 Alta. L.R. (4th) 244, 317 A.R. 112, 284 W.A.C. 112, 36 C.P.C. (5th) 1, [2003] 9 W.W.R. 637, [2002] A.J. No. 1428 (QL), 2002 ABCA 274, qui a confirmé un jugement du juge Clark (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 358, 296 A.R. 22, 10 C.P.C. (5th) 157, [2001] 10 W.W.R. 444, [2001] A.J. No. 1033 (QL), 2001 ABQB 650, avec motifs supplémentaires (2001), 3 Alta. L.R. (4th) 59, 300 A.R. 170, 19 C.P.C. (5th) 242, [2002] 8 W.W.R. 152, [2001] A.J. No. 1565 (QL), 2001 ABQB 960. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Brossard, Proulx, Rousseau-Houle et Morissette),

1450, [2004] Q.J. No. 6622 (QL), affirming a decision of Guibault J., [2003] R.J.Q. 1488, [2003] Q.J. No. 3947 (QL). Appeal dismissed.

APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Brossard, Proulx, Rousseau-Houle and Morissette J.J.A.), [2004] R.J.Q. 1475, [2004] Q.J. No. 6626 (QL) and [2004] Q.J. No. 6625 (QL), reversing a decision of Guibault J., [2003] R.J.Q. 1510, [2003] Q.J. No. 3948 (QL). Appeals dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Brossard, Proulx, Rousseau-Houle and Morissette J.J.A.), [2004] R.J.Q. 1450, [2004] Q.J. No. 6622 (QL), dismissing the intervention of the Conférence des juges municipaux du Québec. Appeal allowed in part.

Susan Dawes and Robb Tonn, for the appellants the Provincial Court Judges' Association of New Brunswick, the Honourable Judge Michael McKee and the Honourable Judge Steven Hutchinson.

Gaétan Migneault and Nancy Forbes, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by the Minister of Justice.

C. Michael Mitchell and Steven M. Barrett, for the appellants the Ontario Judges' Association, the Ontario Family Law Judges' Association and the Ontario Provincial Court (Civil Division) Judges' Association, and the intervener the Ontario Conference of Judges.

Lori R. Sterling, Sean Hanley and Arif Virani, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario, as represented by the Chair of Management Board.

Phyllis A. Smith, Q.C., Kurt Sandstrom and Scott Chen, for the appellants Her Majesty the Queen in Right of Alberta and the Lieutenant Governor in Council.

[2004] R.J.Q. 1450, [2004] J.Q. n° 6622 (QL), qui a confirmé un jugement du juge Guibault, [2003] R.J.Q. 1488, [2003] J.Q. n° 3947 (QL). Pourvoi rejeté.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Brossard, Proulx, Rousseau-Houle et Morissette), [2004] R.J.Q. 1475, [2004] J.Q. n° 6626 (QL) et [2004] J.Q. n° 6625 (QL), qui ont infirmé un jugement du juge Guibault, [2003] R.J.Q. 1510, [2003] J.Q. n° 3948 (QL). Pourvois rejetés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Brossard, Proulx, Rousseau-Houle et Morissette), [2004] R.J.Q. 1450, [2004] J.Q. n° 6622 (QL), qui a rejeté la demande d'intervention de la Conférence des juges municipaux du Québec. Pourvoi accueilli en partie.

Susan Dawes et Robb Tonn, pour les appelants l'Association des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, l'honorable juge Michael McKee et l'honorable juge Steven Hutchinson.

Gaétan Migneault et Nancy Forbes, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de la Justice.

C. Michael Mitchell et Steven M. Barrett, pour les appelantes l'Association des juges de l'Ontario, l'Association ontarienne des juges du droit de la famille et Ontario Provincial Court (Civil Division) Judges' Association, et l'intervenante la Conférence des juges de l'Ontario.

Lori R. Sterling, Sean Hanley et Arif Virani, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Ontario, représentée par le président du Conseil de gestion.

Phyllis A. Smith, c.r., Kurt Sandstrom et Scott Chen, pour les appelants Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le Lieutenant-gouverneur en conseil.

Alan D. Hunter, Q.C., and S. L. Martin, Q.C., for the respondents Chereda Bodner et al.

Claude-Armand Sheppard, Annick Bergeron and Brigitte Bussières, for the appellant/respondent/intervener the Attorney General of Quebec and the appellant the Minister of Justice of Quebec.

Raynold Langlois, Q.C., and Chantal Chatelain, for the respondent/intervener Conférence des juges du Québec, the respondents Maurice Abud et al., and the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges.

William J. Atkinson and Michel Gagné, for the respondents Morton S. Minc et al.

André Gauthier and Raymond Nepveu, for the appellant Conférence des juges municipaux du Québec.

Robert J. Frater and Anne M. Turley, for the intervener the Attorney General of Canada.

Janet Minor, Sean Hanley and Arif Virani, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

George H. Copley, Q.C., and Jennifer Button, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Kurt Sandstrom, for the intervener the Attorney General of Alberta.

F. William Johnson, Q.C., for the intervener the Canadian Bar Association.

Louis Masson, Michel Paradis and Valerie Jordi, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Pierre Bienvenu, for the intervener the Canadian Superior Court Judges Association.

Alan D. Hunter, c.r., et S. L. Martin, c.r., pour les intimés Chereda Bodner et autres.

Claude-Armand Sheppard, Annick Bergeron et Brigitte Bussières, pour l'appellant/intimé/intervenant le procureur général du Québec et l'appellant le ministre de la Justice du Québec.

Raynold Langlois, c.r., et Chantal Chatelain, pour l'intimée/intervenante la Conférence des juges du Québec, les intimés Maurice Abud et autres, et l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales.

William J. Atkinson et Michel Gagné, pour les intimés Morton S. Minc et autres.

André Gauthier et Raymond Nepveu, pour l'appelante la Conférence des juges municipaux du Québec.

Robert J. Frater et Anne M. Turley, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Janet Minor, Sean Hanley et Arif Virani, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

George H. Copley, c.r., et Jennifer Button, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Kurt Sandstrom, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

F. William Johnson, c.r., pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Louis Masson, Michel Paradis et Valerie Jordi, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Pierre Bienvenu, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures.

Paul B. Schabas and Catherine Beagan Flood,
for the intervener the Association of Justices of the
Peace of Ontario.

Written submissions only by *W. S. Berardino*,
Q.C., for the intervener the Judicial Justices
Association of British Columbia.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

1 These appeals again raise the important question
of judicial independence and the need to maintain
independence both in fact and in public perception.
Litigants who engage our judicial system should
be in no doubt that they are before a judge who is
demonstrably independent and is motivated only by
a search for a just and principled result.

2 The concept of judicial independence has evolved
over time. Indeed, “[c]onceptions have changed over
the years as to what ideally may be required in the
way of substance and procedure for securing judicial
independence Opinions differ on what is neces-
sary or desirable, or feasible”: *Valente v. The Queen*,
[1985] 2 S.C.R. 673, at p. 692, *per Le Dain J.*

3 This evolution is evident in the context of judicial
remuneration. In *Valente*, at p. 706, Le Dain J. held
that what was essential was not that judges’ remun-
eration be established by an independent commit-
tee, but that a provincial court judge’s right to
a salary be established by law. By 1997 this state-
ment had proved to be incomplete and inadequate.
In *Reference re Remuneration of Judges of the
Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997]
3 S.C.R. 3 (“*Reference*”), this Court held that inde-
pendent commissions were required to improve the
process designed to ensure judicial independence
but that the commissions’ recommendations need

Paul B. Schabas et Catherine Beagan Flood,
pour l’intervenante l’Association des juges de paix
de l’Ontario.

Argumentation écrite seulement par *W. S.*
Berardino, c.r., pour l’intervenante Judicial Justices
Association of British Columbia.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

Les présents pourvois soulèvent encore une
fois l’importante question de l’indépendance de la
magistrature, y compris la nécessité de préserver
cette indépendance tant dans les faits que dans la
perception du public. Il doit être hors de doute pour
les parties qui font appel à notre système judiciaire
que le juge chargé d’instruire leur affaire est mani-
festement indépendant et que son seul objectif est la
recherche d’une solution juste et conforme aux prin-
cipes.

La notion d’indépendance de la magistrature
a évolué avec le temps. En effet, « [l]es idées ont
évolué au cours des années sur ce qui idéalement
peut être requis, sur le plan du fond comme sur celui
de la procédure, pour assurer une indépendance
judiciaire [. . .] Les opinions diffèrent sur ce qui est
nécessaire ou souhaitable, ou encore réalisable »
(*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 692, le
juge Le Dain).

Cette évolution est manifeste dans le contexte
de la rémunération des juges. Dans *Valente*, p. 706,
le juge Le Dain a précisé que l’essentiel était non
pas que la rémunération des juges soit fixée par
un comité indépendant, mais que la loi prévoit le
droit du juge de cour provinciale à un traitement.
En 1997, il est devenu clair qu’il ne suffisait plus de
laisser au corps législatif le soin de fixer le salaire
des juges. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération
des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-
Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi* »), la Cour a
statué qu’il fallait recourir à des commissions indé-
pendantes pour améliorer le mécanisme permettant

not be binding. These commissions were intended to remove the amount of judges' remuneration from the political sphere and to avoid confrontation between governments and the judiciary. The *Reference* has not provided the anticipated solution, and more is needed.

II. General Principles

A. *The Principle of Judicial Independence*

The basis for the principle of judicial independence can be found in both our common law and the Canadian Constitution; see *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at pp. 70-73; *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35, at paras. 18-23. Judicial independence has been called "the lifeblood of constitutionalism in democratic societies" (*Beauregard*, at p. 70), and has been said to exist "for the benefit of the judged, not the judges" (*Ell*, at para. 29). Independence is necessary because of the judiciary's role as protector of the Constitution and the fundamental values embodied in it, including the rule of law, fundamental justice, equality and preservation of the democratic process; *Beauregard*, at p. 70.

There are two dimensions to judicial independence, one individual and the other institutional. The individual dimension relates to the independence of a particular judge. The institutional dimension relates to the independence of the court the judge sits on. Both dimensions depend upon objective standards that protect the judiciary's role: *Valente*, at p. 687; *Beauregard*, at p. 70; *Ell*, at para. 28.

The judiciary must both be and be seen to be independent. Public confidence depends on both these requirements being met: *Valente*, at p. 689. "Judicial independence serves not as an end in itself, but as a means to safeguard our constitutional order and to maintain public confidence in the administration of justice": *Ell*, at para. 29.

de garantir l'indépendance de la magistrature, mais qu'il n'était pas nécessaire de donner un caractère obligatoire à leurs recommandations. La création de ces commissions avait pour but de dépolitiser le mécanisme d'examen de la rémunération et d'éviter un affrontement entre les gouvernements et la magistrature. Le *Renvoi* n'a toutefois pas apporté la solution espérée et il faut maintenant aller plus loin.

II. Principes généraux

A. *Le principe de l'indépendance de la magistrature*

Le principe de l'indépendance de la magistrature tire ses origines à la fois de la common law et de la Constitution canadienne; voir *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 70-73; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35, par. 18-23. On a qualifié l'indépendance de la magistrature d'« élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques » (*Beauregard*, p. 70) qui « existe au profit de la personne jugée et non des juges » (*Ell*, par. 29). L'indépendance est essentielle en raison du rôle des juges en tant que protecteurs de la Constitution et des valeurs fondamentales qui s'y trouvent, notamment la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité et la préservation du processus démocratique (*Beauregard*, p. 70).

L'indépendance de la magistrature comporte deux dimensions : l'indépendance individuelle d'un juge et l'indépendance institutionnelle de la cour qu'il préside. Ces deux dimensions sont tributaires de l'existence des normes objectives qui préservent le rôle des juges (*Valente*, p. 687; *Beauregard*, p. 70; *Ell*, par. 28).

Les juges doivent non seulement être indépendants, mais aussi être perçus comme tels. La confiance du public repose sur ces deux conditions (*Valente*, p. 689). « L'indépendance judiciaire est non pas une fin en soi, mais un moyen de préserver notre ordre constitutionnel et de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice » (*Ell*, par. 29).

4

5

6

- 7 The components of judicial independence are: security of tenure, administrative independence and financial security; see *Valente*, at pp. 694, 704 and 708; the *Reference*, at para. 115; *Ell*, at para. 28.
- 8 The *Reference*, at paras. 131-35, states that financial security embodies three requirements. First, judicial salaries can be maintained or changed only by recourse to an independent commission. Second, no negotiations are permitted between the judiciary and the government. Third, salaries may not fall below a minimum level.
- 9 The *Reference* arose when salaries of Provincial Court judges in Prince Edward Island were statutorily reduced as part of the government's budget deficit reduction plan. Following this reduction, numerous accused challenged the constitutionality of their proceedings in Provincial Court alleging that the court had lost its status as an independent and impartial tribunal. Similar cases involving Provincial Court judges in other provinces were joined in the *Reference*. Prior to the *Reference*, salary review was between Provincial Court judges, or their association, and the appropriate minister of the provincial Crown. Inevitably, disagreements arose.
- 10 The often spirited wage negotiations and the resulting public rhetoric had the potential to deleteriously affect the public perception of judicial independence. However independent judges were in fact, the danger existed that the public might think they could be influenced either for or against the government because of issues arising from salary negotiations. The *Reference* reflected the goal of avoiding such confrontations. Lamer C.J.'s hope was to "depoliticize" the relationship by changing the methodology for determining judicial remuneration (para. 146).
- 11 Compensation commissions were expected to become the forum for discussion, review and recommendations on issues of judicial compensation. Although not binding, their recommendations, it
- Les composantes de l'indépendance de la magistrature sont l'inamovibilité, l'indépendance administrative et la sécurité financière (voir *Valente*, p. 694, 704 et 708; le *Renvoi*, par. 115; *Ell*, par. 28).
- Le *Renvoi* précise que la sécurité financière comporte trois éléments (par. 131-135). Premièrement, il faut recourir à une commission indépendante pour maintenir ou modifier les traitements des juges. Deuxièmement, les négociations sont interdites entre la magistrature et le gouvernement. Troisièmement, les traitements ne peuvent être abaissés sous un seuil minimum.
- Le *Renvoi* découle de la réduction des traitements des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard que le gouvernement a imposée par voie législative dans le cadre de son programme de réduction du déficit budgétaire. À la suite de cette réduction, de nombreux accusés ont attaqué la constitutionnalité des procédures intentées contre eux en Cour provinciale, affirmant que la cour avait perdu sa qualité de tribunal indépendant et impartial. Des affaires similaires auxquelles sont parties des juges d'autres cours provinciales sont jointes au *Renvoi*. Avant cet arrêt, la révision des salaires s'effectuait entre les juges des cours provinciales, ou leur association, et le ministre provincial compétent. Des différends ont inévitablement surgi.
- Les négociations salariales souvent vigoureuses et la rhétorique publique qui en résultait étaient susceptibles de nuire à la perception qu'a le public de l'indépendance de la magistrature. Malgré l'indépendance réelle des juges, il existait un danger que le public perçoive les juges comme susceptibles de se laisser influencer en faveur ou défaveur du gouvernement à cause de problèmes découlant des négociations salariales. Le *Renvoi* traduisait l'intention d'éviter de tels affrontements. Le juge en chef Lamer espérait « dépolitiser » les rapports en changeant la méthode de détermination de la rémunération des juges (par. 146).
- Les commissions de rémunération étaient appelées à devenir des forums de discussion, d'examen et de recommandation pour les questions relatives à la rémunération des juges. On espérait que leurs

was hoped, would lead to an effective resolution of salary and related issues. Courts would avoid setting the amount of judicial compensation, and provincial governments would avoid being accused of manipulating the courts for their own purposes.

Those were the hopes, but they remain unfulfilled. In some provinces and at the federal level, judicial commissions appear, so far, to be working satisfactorily. In other provinces, however, a pattern of routine dismissal of commission reports has resulted in litigation. Instead of diminishing friction between judges and governments, the result has been to exacerbate it. Direct negotiations no longer take place but have been replaced by litigation. These regrettable developments cast a dim light on all involved. In order to avoid future conflicts such as those at issue in the present case, the principles of the compensation commission process elaborated in the *Reference* must be clarified.

B. *The Fundamental Principles of the Commission Process*

The principles stated in the *Reference* remain valid. The *Reference* focussed on three themes: the nature of compensation commissions and their recommendations; the obligation of the government to respond; and the scope of judicial review of the government's response and the related remedies.

(1) The Nature of the Compensation Commission and Its Recommendations

The *Reference* laid the groundwork to ensure that provincial court judges are independent from governments by precluding salary negotiations between them and avoiding any arbitrary interference with judges' remuneration. The commission process is an "institutional sieve" (*Reference*, at paras. 170, 185 and 189) — a structural separation between the government and the judiciary. The process is neither

recommandations, même si elles n'avaient pas un caractère obligatoire, permettraient de régler efficacement la question salariale et des questions connexes. Les tribunaux n'auraient pas à fixer le montant de la rémunération des juges et les gouvernements provinciaux ne seraient pas accusés de manipuler les tribunaux à leurs propres fins.

Tels étaient les espoirs, mais ils ne se sont pas réalisés. Dans certaines provinces et au niveau fédéral, les commissions judiciaires semblent jusqu'à maintenant fonctionner de façon satisfaisante. Dans d'autres provinces, toutefois, le rejet systématique des rapports des commissions a donné lieu à des poursuites. Loin de diminuer, les frictions entre les juges et les gouvernements se sont envenimées. Il n'y a plus de négociations directes, celles-ci ayant été remplacées par des litiges. Ces événements regrettables donnent une piètre image de ceux qui y sont associés. Il convient de clarifier les principes fondamentaux du recours à une commission de rémunération formulés dans le *Renvoi*, afin de prévenir les conflits comme ceux dont il est question en l'espèce.

B. *Les principes fondamentaux du recours à une commission*

Les principes énoncés dans le *Renvoi* demeurent valables. Le *Renvoi* s'articule autour de trois thèmes : la nature des commissions de rémunération et leurs recommandations; l'obligation pour le gouvernement de répondre aux recommandations et la portée du contrôle judiciaire de la réponse du gouvernement; et les réparations susceptibles d'être accordées.

(1) La nature des commissions de rémunération et leurs recommandations

Le *Renvoi* a établi le mécanisme qui permet d'assurer l'indépendance des juges des cours provinciales par rapport aux gouvernements en empêchant les négociations salariales entre les deux parties ainsi que les interventions arbitraires dans la rémunération des juges. Les commissions servent de « crible institutionnel » (*Renvoi*, par. 170, 185 et 189) — de séparation organisationnelle entre le

12

13

14

adjudicative interest arbitration nor judicial decision making. Its focus is on identifying the appropriate level of remuneration for the judicial office in question. All relevant issues may be addressed. The process is flexible and its purpose is not simply to "update" the previous commission's report. However, in the absence of reasons to the contrary, the starting point should be the date of the previous commission's report.

- 15 Each commission must make its assessment in its own context. However, this rule does not mean that each new compensation commission operates in a void, disregarding the work and recommendations of its predecessors. The reports of previous commissions and their outcomes form part of the background and context that a new compensation committee should consider. A new commission may very well decide that, in the circumstances, its predecessors conducted a thorough review of judicial compensation and that, in the absence of demonstrated change, only minor adjustments are necessary. If on the other hand, it considers that previous reports failed to set compensation and benefits at the appropriate level due to particular circumstances, the new commission may legitimately go beyond the findings of the previous commission, and after a careful review, make its own recommendations on that basis.

- 16 It is a constitutional requirement that commissions be independent, objective and effective. One requirement for independence is that commission members serve for a fixed term which may vary in length. Appointments to a commission are not entrusted exclusively to any one of the branches of government. The appointment process itself should be flexible. The commission's composition is legislated but it must be representative of the parties.

- 17 The commission must objectively consider the submissions of all parties and any relevant factors

gouvernement et la magistrature. Elles n'agissent pas à titre d'arbitre de différends ni à titre de tribunal judiciaire. Elles remplissent essentiellement la fonction de déterminer le niveau de rémunération approprié pour la charge judiciaire en cause. Elles peuvent examiner toutes les questions pertinentes. Le mécanisme est souple et le rôle de la commission ne consiste pas simplement à « mettre à jour » le rapport de la commission précédente. Toutefois, en l'absence de raisons dans le sens contraire, le point de départ de l'examen demeure la date du rapport de la commission précédente.

Chaque commission doit procéder à son évaluation dans son propre contexte. Toutefois, cela ne signifie pas que chaque nouvelle commission de rémunération opère dans le vide, sans tenir compte des travaux et des recommandations de ses prédécesseurs. Les rapports des commissions antérieures et les suites qui leur ont été données font partie des éléments et du contexte dont la nouvelle commission de rémunération doit tenir compte. La nouvelle commission peut très bien décider que, dans les circonstances, ses prédécesseurs ont effectué un examen complet de la question de la rémunération des juges et que, en l'absence de preuves démontrant un changement, seuls des rajustements mineurs s'imposent. Par contre, si elle estime que les rapports antérieurs n'ont pas fixé un niveau approprié pour les traitements et avantages en raison de circonstances particulières, elle peut légitimement aller plus loin que les conclusions de la commission précédente et, après une analyse minutieuse, formuler ses propres recommandations.

C'est une exigence constitutionnelle que les commissions soient indépendantes, objectives et efficaces. L'exigence d'indépendance suppose que le mandat des membres de la commission est à durée déterminée variable. Les nominations à une commission ne relèvent pas exclusivement de l'un des trois pouvoirs du gouvernement. Le processus de nomination doit être souple. La composition des commissions est établie par la loi, mais elle doit être représentative des parties.

La commission doit examiner objectivement les arguments de toutes les parties et tenir compte des

identified in the enabling statute and regulations. Its recommendations must result from a fair and objective hearing. Its report must explain and justify its position.

A number of criteria that must be met to ensure effectiveness are identified in the *Reference*. Once the process has started, the commission must meet promptly and regularly. As well there must be no change in remuneration until the commission has made its report public and sent it to the government. The commission's work must have a "meaningful effect" on the process of determining judicial remuneration (*Reference*, at para. 175).

What is a "meaningful effect"? Some of the appellants submit that "meaningful effect" means a binding effect on the government. A number of Attorneys General, by contrast, submit that "meaningful effect" requires a public and open process of recommendation and response. They urge that governments be permitted to depart from the report for a rational reason, but not to manipulate the judiciary. The essence of this appeal depends on whether "meaningful effect" means a binding effect or refers to an open process. For the reasons that follow, we conclude that it is the latter.

"Meaningful effect" does not mean binding effect. In the *Reference*, the Court addressed this question and stated that a recommendation could be effective without being binding. It held that the Constitution does not require that commission reports be binding, as decisions about the allocation of public resources belong to legislatures and to the executive (para. 176).

A commission's report is consultative. The government may turn it into something more. Unless the legislature provides that the report is binding, the government retains the power to depart from the

facteurs pertinents énoncés dans la loi habilitante et ses règlements d'application. Elle doit formuler ses recommandations après la tenue d'une audience équitable et objective. Elle doit expliquer et justifier sa position dans son rapport.

Le *Renvoi* énonce plusieurs critères auxquels les commissions doivent satisfaire pour assurer l'efficacité du mécanisme. Une fois celui-ci enclenché, les membres de la commission doivent se réunir rapidement et régulièrement. De plus, aucune modification ne peut être apportée à la rémunération des juges tant que la commission n'a pas rendu public son rapport et ne l'a pas transmis au gouvernement. Les travaux de la commission doivent avoir un « effet concret » sur la détermination de la rémunération des juges (*Renvoi*, par. 175).

Qu'entend-on par « effet concret »? Selon certains des appelants, il s'agit d'un effet obligatoire pour le gouvernement. Par contre, des procureurs généraux ont soutenu que cette expression exige que les recommandations et les réponses soient faites dans le cadre d'un mécanisme public et transparent. Ils demandent instamment que les gouvernements soient autorisés à s'écarter du rapport pour un motif rationnel, mais non pour manipuler la magistrature. Il s'agit essentiellement ici de savoir si « effet concret » s'entend d'un effet obligatoire ou d'un mécanisme transparent. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que c'est le deuxième sens qui s'applique.

« Effet concret » ne signifie pas effet obligatoire. La Cour a examiné cette question dans le *Renvoi*, où elle a statué qu'une recommandation pourrait produire des effets sans pour autant avoir un caractère obligatoire. Elle a conclu que la Constitution n'exige pas que les rapports des commissions aient un caractère obligatoire, car les décisions concernant l'affectation des ressources publiques relèvent de la compétence de l'assemblée législative et de l'exécutif (par. 176).

Les rapports des commissions ont valeur d'avis. Le gouvernement peut toutefois étendre leur portée. Sauf si l'assemblée législative donne force obligatoire aux recommandations de la commission, le

18

19

20

21

commission's recommendations as long as it justifies its decision with rational reasons. These rational reasons must be included in the government's response to the commission's recommendations.

(2) The Government's Response to the Recommendations

22 If the government departs from the commission's recommendations, the *Reference* requires that it respond to the recommendations. Uncertainties about the nature and scope of the governments' responses are the cause of this litigation. Absent statutory provisions to the contrary, the power to determine judicial compensation belongs to governments. That power, however, is not absolute.

23 The commission's recommendations must be given weight. They have to be considered by the judiciary and the government. The government's response must be complete, must respond to the recommendations themselves and must not simply reiterate earlier submissions that were made to and substantively addressed by the commission. The emphasis at this stage is on what the commission has recommended.

24 The response must be tailored to the commission's recommendations and must be "legitimate" (*Reference*, at paras. 180-83), which is what the law, fair dealing and respect for the process require. The government must respond to the commission's recommendations and give legitimate reasons for departing from or varying them.

25 The government can reject or vary the commission's recommendations, provided that legitimate reasons are given. Reasons that are complete and that deal with the commission's recommendations in a meaningful way will meet the standard of rationality. Legitimate reasons must be compatible with the common law and the Constitution. The government must deal with the issues at stake in good faith. Bald expressions of rejection or disapproval are inadequate. Instead, the reasons must show that the

gouvernement conserve le pouvoir de s'en écarter à condition de justifier sa décision par des motifs rationnels. Ceux-ci doivent faire partie de la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission.

(2) La réponse du gouvernement aux recommandations

Selon le *Renvoi*, le gouvernement qui décide de ne pas suivre les recommandations de la commission est tenu d'y répondre. Ce sont les incertitudes au sujet de la nature et de l'étendue des réponses des gouvernements qui sont à l'origine du présent litige. Sauf dispositions législatives contraires, la détermination de la rémunération des juges relève des gouvernements. Ce pouvoir n'est toutefois pas absolu.

Il convient d'accorder du poids aux recommandations de la commission. Elles doivent être examinées par la magistrature et le gouvernement. La réponse du gouvernement doit être complète et porter sur les recommandations elles-mêmes et non pas simplement sur les positions exposées devant la commission que celle-ci a, pour l'essentiel, déjà abordées. À cette étape, ce sont les recommandations qui importent.

La réponse doit être adaptée aux recommandations de la commission et être « légitime » (*Renvoi*, par. 180-183), ce qu'exigent le droit, l'obligation d'agir honorablement et le respect du mécanisme d'examen. Le gouvernement doit répondre aux recommandations de la commission et justifier par des motifs légitimes sa décision de les modifier ou de ne pas les suivre.

Le gouvernement peut rejeter ou modifier les recommandations de la commission, à condition de fournir des motifs légitimes. Les motifs qui respectent la norme de la rationalité sont ceux qui sont complets et qui traitent les recommandations de la commission de façon concrète. Les motifs sont légitimes s'ils sont conciliables avec la common law et la Constitution. Le gouvernement doit aborder de bonne foi les questions en jeu. De simples déclarations rejetant ou désapprouvant les

commission's recommendations have been taken into account and must be based on facts and sound reasoning. They must state in what respect and to what extent they depart from the recommendations, articulating the grounds for rejection or variation. The reasons should reveal a consideration of the judicial office and an intention to deal with it appropriately. They must preclude any suggestion of attempting to manipulate the judiciary. The reasons must reflect the underlying public interest in having a commission process, being the depoliticization of the remuneration process and the need to preserve judicial independence.

The reasons must also rely upon a reasonable factual foundation. If different weights are given to relevant factors, this difference must be justified. Comparisons with public servants or with the private sector may be legitimate, but the use of a particular comparator must be explained. If a new fact or circumstance arises after the release of the commission's report, the government may rely on that fact or circumstance in its reasons for varying the commission's recommendations. It is also permissible for the government to analyse the impact of the recommendations and to verify the accuracy of information in the commission's report.

The government's reasons for departing from the commission's recommendations, and the factual foundations that underlie those reasons, must be clearly and fully stated in the government's response to the recommendations. If it is called upon to justify its decision in a court of law, the government may not advance reasons other than those mentioned in its response, though it may provide more detailed information with regard to the factual foundation it has relied upon, as will be explained below.

(3) The Scope and Nature of Judicial Review

Once the commission has made its recommendations and the government has responded, it is hoped that, with the guidance of these reasons for

recommandations ne suffisent pas. Au contraire, les motifs doivent révéler que les recommandations ont été prises en compte et ils doivent être fondés sur des faits et un raisonnement solide. Ils doivent indiquer à quels égards et dans quelle mesure le gouvernement s'écarte des recommandations et indiquer les raisons du rejet ou de la modification. Ils doivent démontrer qu'on a procédé à un examen des fonctions judiciaires et qu'on a l'intention de prendre les mesures qui s'imposent. Ils ne doivent pas donner à penser qu'on cherche à manipuler la magistrature. Les motifs doivent refléter l'intérêt du public à ce qu'il y ait recours à une commission, mécanisme qui garantit la dépolitisation de l'examen de la rémunération et permet de préserver l'indépendance de la magistrature.

Les motifs doivent également reposer sur des faits raisonnables. Si l'importance accordée aux facteurs pertinents varie, cette variation doit être justifiée. Il est légitime de procéder à des comparaisons avec les salaires offerts dans le secteur public ou dans le secteur privé, mais il faut expliquer l'emploi d'un facteur de comparaison donné. Si un fait ou circonstance nouveau se produit après la publication du rapport de la commission, le gouvernement peut l'invoquer dans ses motifs pour modifier les recommandations de la commission. Il lui est également loisible d'analyser l'incidence des recommandations et de s'assurer de l'exactitude des renseignements contenus dans le rapport de la commission.

Le gouvernement doit, dans sa réponse, énoncer clairement et complètement les motifs qui l'amènent à s'écarter des recommandations de la commission ainsi que le fondement factuel de ses motifs. S'il est tenu d'expliquer sa décision devant une cour de justice, il ne peut invoquer d'autres motifs que ceux mentionnés dans sa réponse, mais il lui est possible de fournir d'autres renseignements plus détaillés sur le fondement factuel sur lequel il s'est appuyé, comme nous allons l'expliquer plus loin.

(3) La portée et la nature du contrôle judiciaire

Une fois que la commission a formulé ses recommandations et que le gouvernement y a répondu, il est à espérer que, grâce aux indications données

26

27

28

judgment, the courts will rarely be involved. Judicial review must nonetheless be envisaged.

- 29 The *Reference* states that the government's response is subject to a limited form of judicial review by the superior courts. The government's decision to depart from the commission's recommendations must be justified according to a standard of rationality. The standard of judicial review is described in the *Reference* as one of "simple rationality" (paras. 183-84). The adjective "simple" merely confirms that the standard is rationality alone.
- 30 The reviewing court is not asked to determine the adequacy of judicial remuneration. Instead, it must focus on the government's response and on whether the purpose of the commission process has been achieved. This is a deferential review which acknowledges both the government's unique position and accumulated expertise and its constitutional responsibility for management of the province's financial affairs.
- 31 In the *Reference*, at para. 183, a two-stage analysis for determining the rationality of the government's response is set out. We are now adding a third stage which requires the reviewing judge to view the matter globally and consider whether the overall purpose of the commission process has been met. The analysis should be as follows:
- (1) Has the government articulated a legitimate reason for departing from the commission's recommendations?
 - (2) Do the government's reasons rely upon a reasonable factual foundation? and
 - (3) Viewed globally, has the commission process been respected and have the purposes of the commission — preserving judicial independence and depoliticizing the setting of judicial remuneration — been achieved?
- dans les présents motifs, les tribunaux seront rarement appelés à intervenir. Il faut néanmoins envisager la possibilité d'un contrôle judiciaire.
- Le *Renvoi* précise que la réponse du gouvernement est soumise à une forme limitée de contrôle judiciaire par les cours supérieures. Si le gouvernement décide de s'écarter des recommandations de la commission, il doit justifier sa décision suivant la norme de la rationalité. Selon le *Renvoi*, la norme de contrôle judiciaire applicable est celle de la « simple rationalité » (par. 183-184). L'adjectif « simple » confirme simplement que la norme est celle de la seule rationalité.
- Le tribunal saisi du contrôle judiciaire n'a pas à décider si la rémunération des juges est suffisante ou adéquate. Il doit plutôt se concentrer sur la réponse du gouvernement et se demander si l'objectif du recours à une commission est atteint. Il s'agit d'un contrôle fondé sur un principe de retenue judiciaire qui reconnaît à la fois la position unique et l'expertise accumulée du gouvernement et sa responsabilité constitutionnelle en matière de gestion des finances de la province.
- Le *Renvoi* prévoit une analyse en deux étapes pour la détermination de la rationalité de la réponse du gouvernement (par. 183). Nous ajoutons maintenant une troisième étape, laquelle exige que le juge saisi du contrôle judiciaire examine la question dans son ensemble et détermine si l'objectif général du recours à une commission a été réalisé. Les questions pertinentes à se poser au moment de l'analyse sont les suivantes :
- (1) Le gouvernement a-t-il justifié par un motif légitime sa décision de s'écarter des recommandations de la commission?
 - (2) Les motifs invoqués par le gouvernement ont-ils un fondement factuel raisonnable?
 - (3) Dans l'ensemble, le mécanisme d'examen par une commission a-t-il été respecté et les objectifs du recours à une commission, à savoir préserver l'indépendance de la magistrature et dépoliticiser la fixation de la rémunération des juges, ont-ils été atteints?

The first stage of the process described in the *Reference* is a screening mechanism. It requires the government to provide a “legitimate” reason for any departure from the commission’s recommendation. What constitutes a “legitimate” reason is discussed above (paras. 23-27).

The second stage of the review consists of an inquiry into the reasonableness and sufficiency of the factual foundation relied upon by the government in rejecting or varying the commission’s recommendations. The *Reference* states that this inquiry is to be conducted in a manner similar to the Court’s assessment of the “economic emergency” in *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373 (“*Anti-Inflation Reference*”).

Lamer C.J.’s mention of the *Anti-Inflation Reference* must be read in context. His statement was not meant to incorporate the circumstances of that case (i.e., an emergency) and, hence, does not require that the legislature or the executive establish the existence of “exceptional circumstances” in order to justify a departure from the recommendations. What Lamer C.J. intended was that a reviewing court is to assess the factual foundation relied upon by the government in a manner similar to how this Court, in the *Anti-Inflation Reference*, assessed whether there were “exceptional circumstances” that provided a rational basis for the government’s legislation under the “peace, order and good government” head of power.

In the *Anti-Inflation Reference*, the analysis focussed on two factors: first, whether the government had indicated that this was the factual basis upon which it was enacting the legislation and, second, whether on the face of the evidence before the Court, it was rational for the government to rely on such facts. The analysis required a deferential standard; see p. 423, *per* Laskin C.J.:

In considering such material and assessing its weight, the Court does not look at it in terms of whether it provides proof of the exceptional circumstances as a matter of fact. The matter concerns social and economic policy and hence governmental and legislative judgment. It may

La première étape décrite dans le *Renvoi* est celle de l’examen préalable. Le gouvernement doit justifier par un motif « légitime » sa décision de s’écarter de toute recommandation de la commission. Nous avons déjà expliqué dans le présent jugement ce qui constitue un motif « légitime » (par. 23-27).

La deuxième étape du contrôle consiste à déterminer si le rejet ou la modification par le gouvernement des recommandations de la commission reposent sur un fondement factuel raisonnable et suffisant. La Cour déclare dans le *Renvoi* qu’il s’agit de procéder comme elle l’a fait dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373 (« *Renvoi anti-inflation* »), où elle s’est demandé s’il existait une « crise financière ».

Il faut interpréter dans son contexte la mention par le juge en chef Lamer du *Renvoi anti-inflation*. Sa déclaration ne signifie pas qu’il faille incorporer les circonstances de cette affaire (c.-à-d. la crise) et que l’assemblée législative ou l’exécutif doive donc établir l’existence de « circonstances exceptionnelles » pour justifier sa décision de ne pas suivre les recommandations. Elle signifiait plutôt que le tribunal saisi du contrôle judiciaire doit évaluer le fondement factuel des motifs du gouvernement de la même manière que la Cour a procédé dans le *Renvoi anti-inflation* pour déterminer s’il existait des « circonstances exceptionnelles » pouvant servir de fondement rationnel à l’adoption de la loi en cause en vertu du pouvoir de légiférer pour assurer « la paix, l’ordre et le bon gouvernement ».

Dans le *Renvoi anti-inflation*, l’analyse a porté principalement sur deux éléments : il s’agissait, premièrement, de savoir si le gouvernement avait indiqué que c’était le fondement factuel de l’adoption de la loi et, deuxièmement, si, compte tenu de la preuve présentée, il était rationnel pour le gouvernement de s’appuyer sur de tels faits. L’analyse exigeait l’application d’une norme fondée sur la retenue (voir le jugement en chef Laskin, p. 423) :

En examinant ces éléments de preuve et en appréciant leur poids, la Cour ne se demande pas s’ils démontrent l’existence des circonstances exceptionnelles comme on prouve un fait dans une cause ordinaire. Elle est appelée à [se] prononcer sur une question de politique sociale

32

33

34

35

be that the existence of exceptional circumstances is so notorious as to enable the Court, of its own motion, to take judicial notice of them without reliance on extrinsic material to inform it. Where this is not so evident, the extrinsic material need go only so far as to persuade the Court that there is a rational basis for the legislation which it is attributing to the head of power invoked in this case in support of its validity.

36

In analysing these two factors as part of the second stage of the judicial review process, the reviewing court must determine whether the government has explained the factual foundation of its reasons in its response. Absent new facts or circumstances, as a general rule, it is too late to remedy that foundation in the government's response before the reviewing court. Nevertheless, the government may be permitted to expand on the factual foundation contained in its response by providing details, in the form of affidavits, relating to economic and actuarial data and calculations. Furthermore, affidavits containing evidence of good faith and commitment to the process, such as information relating to the government's study of the impact of the commission's recommendations, may also be admissible.

37

The reviewing court should also, following the *Anti-Inflation Reference*, determine whether it is rational for the government to rely on the stated facts or circumstances to justify its response. This is done by looking at the soundness of the facts in relation to the position the government has adopted in its response.

38

At the third stage, the court must consider the response from a global perspective. Beyond the specific issues, it must weigh the whole of the process and the response in order to determine whether they demonstrate that the government has engaged in a meaningful way with the process of the commission and has given a rational answer to its recommendations. Although it may find fault with certain aspects of the process followed by the government or with some particular responses or lack of answer, the court must weigh and assess the government's participation in the process and its response in order to determine whether the response, viewed in its entirety, is impermissibly flawed even after the

et économique, c'est-à-dire sur le jugement exercé par le gouvernement et le Parlement. Il est possible que les circonstances exceptionnelles soient d'une telle notoriété que la Cour puisse en prendre connaissance d'office sans recourir à des éléments de preuve extrinsèque. Lorsque la situation n'est pas aussi claire, les éléments de preuve extrinsèque ne sont requis que pour convaincre la Cour que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité.

Dans son analyse de ces deux éléments dans le cadre de la deuxième étape du contrôle judiciaire, le tribunal doit déterminer si le gouvernement a expliqué dans sa réponse le fondement factuel de ses motifs. En l'absence de nouveaux faits ou circonstances, il est généralement trop tard pour le gouvernement, une fois devant le tribunal saisi du contrôle judiciaire, de remédier aux lacunes du fondement factuel. Cependant, il peut être autorisé à le développer en fournissant, sous forme d'affidavits, des détails sur des données et calculs économiques et actuariels. Sont également admissibles les affidavits contenant des preuves de la bonne foi et de l'engagement à l'égard du mécanisme, par exemple, des renseignements sur l'étude gouvernementale de l'impact des recommandations de la commission.

Le tribunal saisi du contrôle judiciaire doit également, appliquant le *Renvoi anti-inflation*, déterminer s'il est rationnel pour le gouvernement de s'appuyer sur les faits ou circonstances exposés pour justifier sa réponse. Pour ce faire, il doit examiner la validité des faits par rapport à la position que le gouvernement a adoptée dans sa réponse.

À la troisième étape du contrôle, le tribunal doit examiner la réponse de façon globale. Outre les questions particulières, il doit évaluer le mécanisme et la réponse dans leur ensemble pour déterminer s'ils démontrent que le gouvernement s'est engagé concrètement dans le recours à une commission et a opposé une réponse rationnelle aux recommandations de la commission. Même s'il peut trouver matière à critiquer certains aspects du mécanisme adopté par le gouvernement, certaines réponses particulières ou l'absence de réponse, le tribunal doit soupeser et apprécier la participation du gouvernement ainsi que sa réponse pour déterminer si, dans son ensemble, la réponse comporte des

proper degree of deference is shown to the government's opinion on the issues. The focus shifts to the totality of the process and of the response.

It is obvious that, on the basis of the test elaborated above, a bald expression of disagreement with a recommendation of the commission, or a mere assertion that judges' current salaries are "adequate", would be insufficient. It is impossible to draft a complete code for governments, and reliance has to be placed on their good faith. However, a careful application of the rationality standard dispenses with many of the rules that have dominated the discourse about the standard since the *Reference*. The test also dispenses with the "rules" against other methods for rejecting a commission's recommendations, such as prohibiting the reweighing of factors previously considered by the commission. The response can reweigh factors the commission has already considered as long as legitimate reasons are given for doing so. The focus is on whether the government has responded to the commission's recommendations with legitimate reasons that have a reasonable factual foundation.

In a judicial review context, the court must bear in mind that the commission process is flexible and that, while the commission's recommendations can be rejected only for legitimate reasons, deference must be shown to the government's response since the recommendations are not binding. If, in the end, the reviewing court concludes that the response does not meet the standard, a violation of the principles of judicial independence will have been made out.

In the *Reference*, Lamer C.J. briefly commented in passing on the justification under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (paras. 277-85). Since the parties have not raised this issue in the case at bar, consideration of it, if it is indeed applicable, should await the proper case. We will now consider the remedies that are available in cases in which the constitutional standard is not met.

lacunes inacceptables, même compte tenu du degré de retenue qui s'impose à l'égard de l'avis du gouvernement sur ces questions. L'analyse porte sur l'ensemble du mécanisme et de la réponse.

Il est évident que, d'après le critère formulé ci-dessus, il ne suffit pas de désapprouver une recommandation de la commission ou de déclarer « suffisants » les traitements en vigueur pour les juges. Il est impossible de rédiger un code complet à l'intention des gouvernements; il faut donc s'en remettre à leur bonne foi. Cependant, une application consciencieuse de la norme de la rationalité rend superflues bon nombre des règles qui ont dominé les débats sur la norme depuis le *Renvoi*. Le critère permet également d'écarter les « règles » interdisant le recours à d'autres méthodes, dont l'interdiction de réévaluer les facteurs déjà pris en considération par la commission, pour rejeter les recommandations de la commission. Il est possible dans la réponse de réévaluer des facteurs déjà pris en compte à condition de fournir des motifs légitimes. Il s'agit essentiellement de savoir si le gouvernement a, dans sa réponse aux recommandations de la commission, fourni des motifs légitimes reposant sur un fondement factuel raisonnable.

Dans le contexte du contrôle judiciaire, le tribunal doit se rappeler que le mécanisme d'examen par une commission est souple et que, même si seuls des motifs légitimes permettent de rejeter les recommandations des commissions, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la réponse puisque les recommandations n'ont pas un caractère obligatoire. Si, en fin de compte, le tribunal saisi du contrôle judiciaire conclut que la réponse ne satisfait pas à la norme, il faudra constater la violation des principes de l'indépendance de la magistrature.

Dans le *Renvoi*, le juge en chef Lamer a commenté brièvement en passant la justification en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (par. 277-285). Comme les parties n'ont pas soulevé cette question en l'espèce, à supposer même qu'elle soit pertinente, elle ne peut être examinée que dans le cadre d'une affaire ultérieure. Nous allons maintenant examiner les réparations possibles pour les cas qui ne satisfont pas à la norme constitutionnelle.

39

40

41

(4) Remedies

42 The limited nature of judicial review dictates the choice of remedies. The remedies must be consistent with the role of the reviewing court and the purpose of the commission process. The court must not encroach upon the commission's role of reviewing the facts and making recommendations. Nor may it encroach upon the provincial legislature's exclusive jurisdiction to allocate funds from the public purse and set judicial salaries unless that jurisdiction is delegated to the commission.

43 A court should not intervene every time a particular reason is questionable, especially when others are rational and correct. To do so would invite litigation, conflict and delay. This is antithetical to the object of the commission process. If, viewed globally, it appears that the commission process has been effective and that the setting of judicial remuneration has been "depoliticized", then the government's choice should stand.

44 In light of these principles, if the commission process has not been effective, and the setting of judicial remuneration has not been "depoliticized", then the appropriate remedy will generally be to return the matter to the government for reconsideration. If problems can be traced to the commission, the matter can be referred back to it. Should the commission no longer be active, the government would be obliged to appoint a new one to resolve the problems. Courts should avoid issuing specific orders to make the recommendations binding unless the governing statutory scheme gives them that option. This reflects the conclusion in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, that it is "not appropriate for this Court to dictate the approach that should be taken in order to rectify the situation. Since there is more than one way to do so, it is the government's task to determine which approach it prefers" (para. 77).

(4) Les réparations

Les limites du contrôle judiciaire dictent le choix des réparations. Celles-ci doivent rester conciliables avec le rôle du tribunal saisi du contrôle judiciaire et avec l'objectif du recours à une commission. Le tribunal ne devrait pas empiéter sur le rôle de la commission, qui consiste à examiner les faits et à formuler des recommandations. Il ne devrait pas non plus empiéter sur la compétence exclusive des assemblées législatives provinciales en matière d'allocation des fonds publics et de fixation des traitements des juges, sauf délégation de pouvoirs à la commission.

Un tribunal ne devrait pas intervenir chaque fois qu'un motif particulier est discutable, surtout si les autres motifs sont rationnels et corrects. Une telle façon de procéder entraînerait des litiges, des conflits et des retards. C'est l'antithèse de l'objectif du recours à une commission. S'il ressort, dans l'ensemble, que le recours à une commission s'est révélé efficace et qu'on a « dépolitisé » la fixation de la rémunération des juges, le choix du gouvernement devrait alors être confirmé.

Selon ces principes, si le recours à une commission ne s'est pas révélé efficace et qu'on n'a pas « dépolitisé » la fixation de la rémunération des juges, la réparation appropriée consistera généralement à renvoyer l'affaire au gouvernement pour réexamen. Il pourra toutefois être renvoyé à la commission si les difficultés rencontrées lui sont attribuables. Si la commission n'existe plus, le gouvernement aura l'obligation d'en constituer une nouvelle pour régler les problèmes. Les tribunaux devraient s'abstenir de rendre des ordonnances donnant force obligatoire aux recommandations, à moins d'y être autorisés par le régime législatif applicable. Tous ces commentaires reflètent la conclusion dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, selon laquelle « la Cour ne devrait pas dicter la marche à suivre pour remédier à la situation. En effet, comme il y a plus d'une façon d'y parvenir, il appartient au gouvernement de déterminer celle qui lui convient » (par. 77).

III. Application of the Principles to the Cases

Provincial Court judges in New Brunswick, Ontario and Quebec, justices of the peace in Alberta and municipal court judges in Quebec have sought judicial review of their provincial governments' decisions to reject certain compensation commission recommendations relating to their salaries and benefits. We will apply the principles set out above to the facts of each of these cases.

A. *New Brunswick*

Before the *Reference*, the Government of New Brunswick negotiated directly with Provincial Court judges. Although these negotiations led to salary changes in some years, the judges' salary was usually treated on the same basis as the salaries of non-bargaining civil service employees, notably those of senior civil servants. After the *Reference*, the New Brunswick legislature amended the province's *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, in order to establish the process recommended by our Court (s. 22.03(1)). The new legislation sets out the factors to be considered by the Commission in making its recommendations:

22.03(6) In making its report and recommendations, the Commission shall consider the following factors:

- (a) the adequacy of judges' remuneration having regard to the cost of living or changes in real per capita income,
- (a.1) the remuneration of other members of the judiciary in Canada as well as the factors which may justify the existence of differences between the remuneration of judges and that of other members of the judiciary in Canada,
- (b) economic fairness, including the remuneration of other persons paid out of the Consolidated Fund,
- (c) the economic conditions of the Province, and
- (d) any other factors the Commission considers relevant to its review.

III. Application des principes en l'espèce

Des juges provinciaux du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario et du Québec, des juges de paix de l'Alberta ainsi que des juges municipaux du Québec ont demandé le contrôle judiciaire de la décision de leur gouvernement provincial de rejeter certaines recommandations des commissions de rémunération concernant leurs traitements et avantages. Nous appliquerons les principes énoncés précédemment aux faits de chacune de ces affaires.

A. *Nouveau-Brunswick*

Avant le *Renvoi*, le gouvernement du Nouveau-Brunswick négociait directement avec les juges de la Cour provinciale. Même si, à l'occasion, les négociations aboutissaient à une modification des salaires, la plupart du temps, les salaires des juges étaient traités de la même manière que ceux des employés non syndiqués de la fonction publique, en particulier ceux des hauts fonctionnaires. Après le *Renvoi*, la législature du Nouveau-Brunswick a modifié la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, afin d'établir la procédure recommandée par la Cour (par. 22.03(1)). La nouvelle loi énonce les facteurs dont la Commission doit tenir compte dans ses recommandations :

22.03(6) Lorsqu'elle fait son rapport et ses recommandations, la Commission doit prendre en considération les facteurs suivants :

- a) la suffisance de la rémunération des juges relativement au coût de la vie ou aux changements du revenu réel par tête,
- a.1) la rémunération versée aux autres membres de la magistrature du Canada ainsi que les facteurs qui peuvent justifier les différences qui existent entre la rémunération des juges et celle des autres membres de la magistrature du Canada,
- b) l'équité économique, y compris la rémunération versée à d'autres personnes prélevée sur le Fonds consolidé,
- c) la situation économique de la province, et
- d) tous autres facteurs que la Commission considère pertinents à sa révision.

45

46

These factors now provide the basis for the assessment that is to be conducted by New Brunswick's judicial remuneration commissions.

47

When the first commission was appointed in 1998, the salary of New Brunswick's Provincial Court judges was \$100,000. In its representations to the 1998 Commission, the Provincial Court Judges' Association of New Brunswick ("Association") submitted that an increase was justified in view of its members' increased workload resulting from a number of legislative changes. It maintained that their work was as important as the work of judges of the Court of Queen's Bench and consequently asked that they receive the same remuneration. The 1998 Commission recommended salary increases to \$125,000 as of April 1, 1998 and to approximately \$142,000 in 2000. It relied on two principal factors: "both the nature of the work and the workload of Provincial Court judges have changed dramatically" and "the current salary and benefits paid to a Provincial Court judge in New Brunswick is insufficient to attract the number and quality of candidates which is appropriate for the Court". The Commission mentioned the salary of federally appointed judges, but only for purposes of comparison with the salary of Provincial Court judges.

48

In its response to the 1998 Commission's report, the Government accepted only the \$25,000 increase. However, the salary was further increased to the recommended level on October 27, 2000, just a few months before the appointment of the 2001 Commission.

49

By an Order in Council published on February 14, 2001, the Government appointed the members of a commission whose term would end on December 31, 2003. The Association renewed the argument based on a comparison with other provincial court judges and a link with federally appointed judges. It again relied on the increase in the number, length and complexity of the cases its members decide. The Government took the position that the remuneration of Provincial Court judges was fair and

Ces facteurs servent désormais de base à l'évaluation que doivent effectuer les commissions sur la rémunération des juges au Nouveau-Brunswick.

Lorsque la première commission a été établie en 1998, le salaire des juges de nomination provinciale au Nouveau-Brunswick s'élevait à 100 000 \$. Devant la Commission de 1998, l'Association des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick (« Association ») a fait valoir qu'une hausse était justifiée vu l'augmentation de la charge de travail de ses membres par suite d'un certain nombre de modifications en matière législative. Elle a soutenu que leur travail était aussi important que celui des juges de la Cour du Banc de la Reine et elle a donc demandé qu'ils reçoivent la même rémunération. La Commission de 1998 a recommandé de porter le traitement des juges à 125 000 \$ au 1^{er} avril 1998 et à environ 142 000 \$ en 2000. Elle s'est appuyée principalement sur deux facteurs : « tant la nature du travail que la charge de travail des juges de la Cour provinciale ont connu une évolution spectaculaire » et « le salaire et les prestations actuellement consentis à un juge de la Cour provinciale au Nouveau-Brunswick sont insuffisants pour attirer [des candidats assez nombreux possédant les qualités requises] pour les besoins de la Cour ». La Commission a mentionné le traitement des juges de nomination fédérale, mais uniquement pour comparaison avec celui des juges de la Cour provinciale.

Dans sa réponse au rapport de la Commission de 1998, le Gouvernement n'a accepté que la hausse de 25 000 \$. Toutefois, le 27 octobre 2000, quelques mois seulement avant l'établissement de la Commission de 2001, le traitement a été porté au niveau recommandé.

Par un décret publié le 14 février 2001, le Gouvernement a nommé les membres d'une commission dont le mandat devait prendre fin le 31 décembre 2003. L'Association a réitéré son argument fondé sur la comparaison avec les juges des autres cours provinciales et a établi un lien avec les juges de nomination fédérale. Elle a encore une fois insisté sur l'augmentation du nombre des causes dont les juges sont saisis, sur leur durée et sur leur complexité. Le Gouvernement a

that it was sufficient to attract qualified candidates. It asserted that since the last increase, there had been no changes that would justify another increase of the judges' compensation. The Government provided the Commission with indexes, information on economic factors in New Brunswick and salary trends in the public sector, and comparisons with other judges in Canada. It specifically rejected parity with federally appointed judges.

In its report, the 2001 Commission mentioned the judges' increased workload. It noted that the Government had not given any indication of being in financial difficulty and highlighted increases granted to public service employees in excess of the wage restraint policy. It dealt expressly with the parity argument. The following extract from the report reflects the gist of the justification for the recommendation on salary:

Without wishing to debate the merits of the development of the court system over the past 300 years, the Commission feels that the wage difference between PCJ and members of the Court of Queen's Bench cannot be ignored.

The only persons, in fact, whose job and method of appointment are similar to the PCJ in New Brunswick are judges of the Court of Queen's Bench.

However, recognising this is different from insisting either on parity with the salaries or in establishing some lock-step arrangement which would keep PCJ remuneration at a constant percentage, either above or below Court of Queen's Bench salaries.

In their submission, the Province notes that since the PCJ received a 40% increase within the last six months or so, there is no reason to consider a further increase.

prétendu que la rémunération des juges de la Cour provinciale était juste et suffisante pour attirer des candidats compétents. Il a affirmé que, depuis la dernière hausse, il n'était survenu aucun changement pouvant justifier une autre augmentation de la rémunération des juges. Il a fourni à la Commission des indices, des renseignements sur les facteurs économiques au Nouveau-Brunswick, les tendances salariales dans le secteur public ainsi que des comparaisons avec d'autres juges au Canada. Il a expressément rejeté la parité avec les juges de nomination fédérale.

Dans son rapport, la Commission de 2001 mentionne la charge de travail croissante des juges. Elle y souligne que le Gouvernement n'a tenu aucun propos indiquant qu'il connaissait des difficultés financières et elle fait remarquer que les hausses accordées aux fonctionnaires étaient supérieures à ce qui était prévu dans la politique de restrictions salariales. Elle aborde expressément la question de la parité. L'extrait suivant du rapport comporte l'essentiel des arguments invoqués pour justifier les recommandations salariales :

Sans vouloir débattre le bien-fondé du développement du système judiciaire au cours des 300 dernières années, la Commission estime qu'on ne peut ignorer la différence salariale entre les juges de la Cour provinciale et les juges de la Cour du Banc de la Reine.

En fait, les juges de la Cour du Banc de la Reine sont les seules personnes dont le travail et le mode de nomination sont semblables à ceux des juges de la Cour provinciale au Nouveau-Brunswick.

Toutefois, c'est une chose que de reconnaître cette réalité, mais c'en est une autre d'insister sur la parité salariale entre les juges de la Cour provinciale et ceux de la Cour du Banc de la Reine ou sur un système de pourcentage fixe qui maintiendrait la rémunération des juges de la Cour provinciale à un pourcentage constant, soit au-dessus, soit au-dessous de la rémunération des juges de la Cour du Banc de la Reine.

Dans sa soumission, la province fait remarquer qu'il n'était pas nécessaire d'envisager une autre augmentation salariale pour les juges de la Cour provinciale puisqu'ils avaient reçu une augmentation salariale de 40 % au cours des six derniers mois environ.

The effect that this would be to freeze the salaries of PCJ for three years, except, presumably, for a cost-of-living adjustment which all employees get.

The reason that this large increase occurred when it did, was that the Province did not pay what the last Commission recommended.

. . .

It is the view of this Commission that the suggestion made by the Province that nothing be paid for a further three years would be in violation of the Supreme Court ruling.

. . .

According to figures contained in the submission of the Province to this Commission, New Brunswick reported personal income per capita in 1999 equal to 85% of the Canadian average.

Considering these factors and the prospect of salaries of Judges of the Queen's Bench rising to just over \$200,000, and continuing to rise by about \$2,000, it is proposed that PCJ receive 8% in the first year and a further 5% in the succeeding two years to keep them in reasonable relationship to judges of the Court of Queen's Bench.

This would result in an annual salary as follows, beginning January 1, 2001 and effective on the same date in the succeeding two years:

2001 – \$154,018
2002 – \$161,709
2003 – \$169,805

In addition, the Commission recommends that the Province apply to these annual salary amounts, the New Brunswick Industrial Aggregate Index. . . .

In this third year, the annual salaries of PCJ would be approximately \$30,000 less than the salaries of judges of the Court of Queen's Bench, and marginally lower than the percentage that New Brunswick's personal income per capita was in 1999 of the national average.

Il en résulterait un blocage du traitement des juges de la Cour provinciale pendant trois ans, à l'exception peut-être du rajustement au titre du coût de la vie que tous les employés reçoivent.

La raison pour laquelle cette augmentation considérable a été accordée à ce moment-là est parce que la province n'avait pas payé ce qui avait été recommandé par l'ancienne Commission.

. . .

La Commission est d'avis que la proposition de la province selon laquelle le statu quo salarial devrait être observé pour une autre période de trois ans constituerait une violation de la décision de la Cour suprême.

. . .

Selon les chiffres figurant dans la soumission de la province, le revenu personnel par tête au Nouveau-Brunswick pour l'année 1999 était de 85 % de la moyenne canadienne.

Compte tenu de ces facteurs et de la perspective que le traitement des juges de la Cour du Banc de la Reine augmentera un peu au-delà de 200 000 \$ et qu'il continuera d'augmenter d'environ 2 000 \$, la Commission propose que les juges de la Cour provinciale reçoivent une augmentation de 8 % au cours de la première année et une augmentation additionnelle de 5 % pour les deux années suivantes de façon que soit maintenu un rapport acceptable entre la rémunération des juges de la Cour provinciale avec celle des juges de la Cour du Banc de la Reine.

Il en résulterait un traitement annuel comme suit, à compter du 1^{er} janvier 2001 et à la même date au cours des deux années suivantes :

2001 – 154 018 \$
2002 – 161 709 \$
2003 – 169 805 \$

En outre, la Commission recommande que la province applique à ces montants l'indice de la rémunération pour l'ensemble des activités économiques du Nouveau-Brunswick . . .

Au cours de la troisième année, le traitement annuel des juges de la Cour provinciale serait d'environ 30 000 \$ de moins que le traitement des juges de la Cour du Banc de la Reine, et légèrement inférieur au pourcentage que représentait le revenu personnel par tête du Nouveau-Brunswick par rapport à la moyenne nationale de 1999.

The Commission also made a number of recommendations with respect to pensions, vacations, health care and life insurance.

The Government rejected all the Commission's recommendations with regard to remuneration except for the increase based on the province's Industrial Aggregate Index. The Government's response took the form of recitals, which are reproduced in the appendix and will be dealt with at greater length below. These 29 recitals can be condensed into three main reasons: in the Government's view, (1) the Commission misunderstood its mandate, (2) it is inappropriate to link the Provincial Court judges' salary to that of federally appointed judges, and (3) the judges' existing salary is adequate.

(1) Judicial History

The reviewing judge found the Government's reasons for rejecting the Commission's salary recommendations to be rational, but held that its reasons for rejecting the recommendations relating to pensions and benefits were not ((2002), 249 N.B.R. (2d) 275). The recommendations relating to vacations, pensions and health benefits were declared to be binding upon the Government.

The reviewing judge stressed that the review process should focus on the reasons set out in the Government's response rather than on the adequacy of the Commission's recommendations: "I note parenthetically that this court is not called upon to determine whether or not the recommendations of the 2001 Commission are adequate, insufficient or over generous. Rather, the role of this court is simply to determine if the government has justified its decision according to the criterion which was set by the Supreme Court of Canada in the *P.E.I. Reference*" (para. 20). He considered that the question he had to answer was whether judicial independence had been preserved despite the Government's rejection of the recommended raise: ". . . would a reasonable person, appearing before the Provincial Court, fear that he or she is not being heard by an independent

La Commission a aussi formulé plusieurs recommandations au sujet de la pension, des vacances, des soins de santé et de l'assurance-vie.

Le Gouvernement a rejeté toutes les recommandations salariales de la Commission, à l'exception de la hausse fondée sur l'indice de la rémunération pour l'ensemble des activités économiques de la province. Il a formulé sa réponse sous forme d'attendus, qui sont reproduits en annexe et seront examinés plus en détail plus loin. On peut toutefois regrouper ces 29 attendus sous trois motifs principaux : de l'avis du Gouvernement, (1) la Commission a mal compris son mandat, (2) il n'était pas fondé d'établir un lien entre le traitement des juges de la Cour provinciale et celui des juges de nomination fédérale et (3) le traitement en vigueur pour les juges est adéquat.

(1) Historique des procédures judiciaires

Le juge saisi du contrôle judiciaire a conclu que les motifs invoqués par le Gouvernement pour rejeter les recommandations salariales de la Commission étaient rationnels, mais que ce n'était pas le cas des motifs fournis relativement à la pension et aux autres avantages ((2002), 249 R.N.-B. (2^e) 275). Il a déclaré que les recommandations se rapportant aux vacances, à la pension et au régime d'assurance-maladie liaient le Gouvernement.

Le juge a souligné que le processus de contrôle devrait être axé sur les motifs figurant dans la réponse du Gouvernement plutôt que sur le bien-fondé des recommandations de la Commission : « Je souligne en passant que notre Cour n'a pas à déterminer si les recommandations de la Commission de 2001 sont ou non appropriées, insuffisantes ou excessivement généreuses. Notre Cour a plutôt pour rôle de déterminer si le gouvernement a justifié sa décision conformément au critère que la Cour suprême du Canada a énoncé dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)* » (par. 20). Le juge a toutefois considéré qu'il devait déterminer si l'indépendance de la magistrature avait été préservée malgré le rejet par le Gouvernement de la hausse recommandée : « . . . est-ce qu'une personne raisonnable qui comparaitrait devant la Cour

51

52

53

54

tribunal because the government of this Province declined to raise the presiding judge's salary from \$141,206 to \$169,805 by this time next year? I would have to answer 'no' to the question" (para. 52).

55 In considering whether judicial independence had been preserved, the judge looked at the proposed increases through the lens of the reasonable person standard. This led him to focus on a quantitative evaluation to determine whether judicial independence was threatened. The Provincial Court judges appealed to the Court of Appeal. The Government did not appeal the order relating to pensions and benefits.

56 The Court of Appeal stated that the Commission's mandate was to insulate the process from political interference and to depoliticize the determination of changes to remuneration ((2003), 260 N.B.R. (2d) 201, 2003 NBCA 54, at para. 60). It stressed that the Commission's responsibility was to make recommendations as to the appropriate compensation for judges based on the relevant factors (para. 69). The court distanced itself from a standard of deference to the Commission. It instead referred to a need to defer to the Government's response: "In conclusion, the simple rationality test requires deference to the government's factual justification for its rejection decision" (para. 113). The court criticized the Government for relying in its response on economic constraints that had not been raised in its submissions to the Commission. It also faulted the Government for insisting that the salary was adequate but said that this failing could be explained by a weakness in the Commission's report:

The Government insists that the present salary level is adequate in the sense that there has been no material change in circumstances since implementation of the 40% salary increase recommended by the 1998 Commission: see Recital 1. In my view, this bald assertion fails the simple rationality test. For example, the Government does not deal with the fact that the salaries of other provincial and federal judges have risen since

provinciale craindrait de ne pas être entendue par un tribunal indépendant parce que le gouvernement de notre Province a refusé de hausser le traitement du juge qui préside l'instance et de le faire passer de 141 206 \$ à 169 805 \$ à la même époque l'an prochain? Je dois répondre "non" à cette question » (par. 52).

Analysant si l'indépendance de la magistrature avait été préservée, le juge a examiné les augmentations proposées selon la norme de la personne raisonnable. C'est ce qui l'a amené à axer son analyse sur une évaluation quantitative pour déterminer si l'indépendance de la magistrature était menacée. Les juges de la Cour provinciale se sont pourvus en Cour d'appel. Le Gouvernement n'a pas interjeté appel de l'ordonnance en ce qui a trait aux pensions et aux autres avantages.

La Cour d'appel a déclaré que le mandat de la Commission consistait à mettre les tribunaux à l'abri de l'ingérence politique et à dépolitisier le processus de modification des traitements des juges ((2003), 260 R.N.-B. (2^e) 201, 2003 NBCA 54, par. 60). Elle a souligné que la Commission avait pour responsabilité de recommander la rémunération appropriée pour les juges en tenant compte des facteurs pertinents (par. 69). La cour s'est distancée d'une norme de retenue à l'égard de la Commission. Elle a plutôt parlé de la nécessité de faire preuve de retenue à l'égard de la réponse du Gouvernement : « Pour conclure, le critère de la simple rationalité exige la retenue face au fondement factuel de la décision de rejet prise par le gouvernement » (par. 113). Elle a reproché au Gouvernement de s'être appuyé dans sa réponse sur des contraintes d'ordre économique qui n'avaient pas été débattues devant la Commission. Elle a aussi blâmé le Gouvernement d'avoir soutenu que le traitement est adéquat, mais elle a attribué cette erreur à une lacune du rapport de la Commission :

Le gouvernement soutient que le niveau de traitement actuel est suffisant au sens où il n'y a pas eu de changement de situation important depuis la mise en vigueur de la hausse de traitement de 40 % recommandée par la Commission de 1998; voir le 1^{er} attendu. À mon avis, cette vague assertion ne satisfait pas au critère de la simple rationalité. Par exemple, le gouvernement passe sous silence le fait que les traitements des juges

implementation of the 1998 Commission's salary recommendation. That being said, I must confess that the manner in which the Commission disposed of this argument is flawed. [para. 138]

The Court of Appeal then identified major problems in the Commission's report, and in particular its conclusion that to deny an increase would be in violation of the *Reference*. The court stressed that the Government could have identified the Commission's errors in law in its response (para. 141). It noted that such errors might have been avoided had the Commission been provided with independent legal counsel to assist the lay tribunal in its deliberations. The Court of Appeal also addressed the Government's contention that the recommended salary increase is excessive, particularly when compared with the increases received by civil servants. It concluded that the comparison was inappropriate and that the response, in this regard, failed to meet the standard of rationality. It then reviewed the argument based on parity with federally appointed judges and found that the Government was right to reject the link between the salary of federally appointed judges and that of Provincial Court judges. At this point, the court conducted its own analysis to determine whether the salary was sufficient to attract qualified candidates. It concluded that the Government's position met the rationality standard and that it could be reasserted in the response because the Commission had not dealt with it properly.

Having concluded that two cogent reasons had been advanced for refusing to implement the Commission's report, namely the rejection of parity and the ability to attract qualified candidates, the Court of Appeal found that the reasons met the rationality standard and dismissed the appeal. The Association appealed to this Court.

For the reasons that follow, the appeal should be dismissed. The justifications for rejecting the 2001 Commission's recommendations given by the Government in its response to the Commission's

d'autres provinces et ceux des juges fédéraux ont augmenté depuis l'application de la recommandation de la Commission de 1998 en matière de traitement. Cela dit, je dois admettre que la réponse de la Commission à cet argument est insuffisante. [par. 138]

La Cour d'appel a ensuite signalé des problèmes majeurs dans le rapport de la Commission, en particulier lorsque cette dernière conclut que le refus d'accorder une hausse irait à l'encontre du *Renvoi*. La cour a fait remarquer que le Gouvernement aurait pu, dans sa réponse, invoquer comme motifs les erreurs de droit commises par la Commission (par. 141). Elle a souligné que ces erreurs auraient pu être évitées si la Commission, qui n'est pas formé de juristes, avait pu bénéficier des services d'un conseiller juridique indépendant chargé de l'aider dans ses délibérations. La Cour d'appel a aussi examiné la prétention du Gouvernement que le redressement salarial recommandé est excessif, en particulier si on le compare avec les hausses accordées aux fonctionnaires. Elle a conclu que cette comparaison n'était pas appropriée et que la réponse, à cet égard, ne satisfaisait pas à la norme de la rationalité. Elle a ensuite examiné l'argument fondé sur la parité avec les juges de nomination fédérale et elle a jugé que le Gouvernement avait eu raison de nier l'existence d'un lien entre les traitements des juges de nomination fédérale et ceux des juges de la Cour provinciale. La cour a alors analysé si les traitements étaient suffisants pour attirer des candidats compétents. Elle a conclu que la position du Gouvernement était rationnelle et qu'elle pouvait être réitérée dans la réponse parce que la Commission ne l'avait pas convenablement analysée.

Ayant conclu que le Gouvernement avait avancé deux raisons convaincantes pour refuser d'appliquer le rapport de la Commission, à savoir le rejet de la parité et la capacité d'attirer des candidats compétents, la Cour d'appel a jugé que les motifs invoqués satisfaisaient à la norme de la rationalité et a rejeté l'appel. L'Association se pourvoit maintenant devant la Cour.

Pour les motifs qui suivent, le pourvoi doit être rejeté. Dans sa réponse au rapport de la Commission de 2001, le Gouvernement a justifié sa décision de rejeter les recommandations de la Commission par

57

58

59

report meet the rationality standard. To explain this conclusion, the Government's response will be reviewed in light of the principles set out above. The questions are: first, whether the response contains legitimate reasons based on the public interest; second, whether it is based on a sufficient factual foundation; and finally, whether the Government's reasons, viewed globally, show that the purposes of the commission process have been achieved. But before turning to the analysis of the Government's response, a preliminary issue must be addressed — namely the admissibility of affidavits submitted by the Government at the trial level in support of its response to the Commission's report.

(2) Admissibility of Affidavits

60

In the Court of Queen's Bench, the Government sought to have four affidavits admitted. In one, Bryan Whitfield, the Senior Policy Advisor in the Department of Justice's Research and Planning Branch, detailed his estimate of the costs arising from the implementation of the Commission's recommendations. In a second affidavit, Conrad Ferguson, an actuary in private practice, provided the annual cost of the judges' salary and benefits at various salary levels. Next, James Turgeon, the Executive Director of the Department of Finance's Economic and Fiscal Policy Division, outlined the economic conditions in the province. Finally, Lori Anne McCracken, an employee of the Government's office of Human Resources, addressed salary increases granted within the civil service.

61

The appellants contested the admissibility of the Government's four affidavits, arguing that they advanced additional evidence and new reasons for rejecting the Commission's salary recommendations. The reviewing judge admitted the affidavits in the record. The Court of Appeal reversed the lower court's decision and held that the affidavits were not admissible on the basis that they introduced evidence and facts not contained in the Government's response.

des motifs qui satisfont à la norme de la rationalité. Afin d'expliquer cette conclusion, nous examinerons la réponse en fonction des principes énoncés précédemment. Il convient de déterminer, premièrement, si la réponse fournit des motifs légitimes, dictés par l'intérêt public, deuxièmement, si elle a un fondement factuel suffisant et, enfin, si les motifs invoqués par le Gouvernement, considérés globalement, montrent que les objectifs du recours à une commission ont été atteints. Mais avant de procéder à l'analyse, il importe de trancher une question préliminaire : l'admissibilité des affidavits déposés en première instance par le Gouvernement à l'appui de sa réponse au rapport de la Commission.

(2) Admissibilité des affidavits

Le Gouvernement a tenté de faire admettre quatre affidavits devant la Cour du Banc de la Reine. Bryan Whitfield, conseiller supérieur en politiques à la Direction de la recherche et de la planification du ministère de la Justice, a estimé en détail dans son affidavit le coût qu'entraînerait la mise en œuvre des recommandations de la Commission. Conrad Ferguson, un actuaire de pratique privée, indique dans son affidavit le coût annuel des traitements et avantages des juges à divers niveaux de traitement. James Turgeon, directeur général de la Division des politiques économiques et fiscales du ministère des Finances, décrit la conjoncture économique de la province. Enfin, Lori Anne McCracken, une employée du Bureau des ressources humaines du Gouvernement, traite dans son affidavit des hausses salariales accordées dans la fonction publique.

Les appelants contestent l'admissibilité des quatre affidavits déposés par le Gouvernement, faisant valoir que ces documents apportent des éléments de preuve additionnels et de nouveaux motifs de rejeter les recommandations salariales de la Commission. Le juge saisi du contrôle judiciaire a autorisé le dépôt des affidavits au dossier. La Cour d'appel a infirmé la décision du tribunal de première instance et a statué que les affidavits n'étaient pas admissibles parce qu'ils introduisaient des éléments de preuve et des faits ne faisant pas partie de la réponse du Gouvernement.

In the *Reference*, this Court stated that the government's response must be complete. In other words, all the reasons upon which the government relies in rejecting the commission's recommendations must be stated in its public response. As a result, once the matter is before the reviewing court, it is too late for the government to bolster its response by including justifications and reasons not previously mentioned in the response.

This is not to say that the government's response must set out and refer to all the particulars upon which its stated reasons are based. The objective of an open and transparent public process would not be furthered if governments were required to answer commission recommendations by, for example, producing volumes of economic and actuarial data. It is enough that the government's reasons provide a response to the commission's recommendations that is sufficient to inform the public, members of the legislature and the reviewing court of the facts on which the government's decision is based and to show them that the process has been taken seriously.

In the present case, the affidavits do not advance arguments that were not previously raised by the Government in its submissions to the Commission; nor do they add to the reasons given in the Government's response. They simply go into the specifics of the factual foundation relied upon by the Government. They show how calculations were made and what data were available. They contribute to showing the consideration given to the recommendation. This is permissible, and the documents are admissible.

(3) Application of the Principles

As has already been mentioned, the Government's response points to three reasons for rejecting the recommendations. Those reasons will now be analysed through the prism of the test elaborated above. The first reason given by the Government is that the Commission misunderstood its mandate. The Government takes the position that, when making salary recommendations, the Commission's

Dans le *Renvoi*, la Cour a dit que la réponse du gouvernement doit être complète. En d'autres mots, le gouvernement doit indiquer dans sa réponse publique tous les motifs sur lesquels il s'appuie pour rejeter les recommandations de la commission. Par conséquent, une fois devant le juge saisi du contrôle judiciaire, il ne peut plus renforcer sa réponse en y incluant des justifications et des motifs non mentionnés dans sa réponse.

Cela ne signifie pas que la réponse du gouvernement doit contenir et mentionner tous les éléments sur lesquels reposent les motifs qu'il a invoqués. Obliger les gouvernements à répondre aux recommandations des commissions en produisant, par exemple, des volumes entiers de données économiques et actuarielles ne contribuerait pas à la mise en place d'un mécanisme public et transparent. Il suffit que les motifs fournis par le gouvernement en réponse aux recommandations de la commission soient suffisamment détaillés pour informer le public, les députés et le tribunal saisi du contrôle judiciaire des faits sur lesquels repose sa décision et pour leur permettre de constater que le processus a été pris au sérieux.

En l'espèce, les affidavits ne contiennent aucun argument que le Gouvernement n'a pas déjà soulevé devant la Commission et n'ajoutent rien aux motifs qu'il a fournis dans sa réponse. Ils donnent tout simplement des détails sur le fondement factuel invoqué par le Gouvernement. Ils indiquent comment les calculs ont été faits et quelles données étaient disponibles. Ils contribuent à démontrer que la recommandation a été examinée avec sérieux. Il est permis de fournir de tels détails et les documents sont admissibles en preuve.

(3) Application des principes

Comme il a été mentionné précédemment, le Gouvernement invoque dans sa réponse trois motifs distincts pour rejeter les recommandations. Nous allons maintenant les analyser en fonction du critère formulé ci-dessus. Le Gouvernement fait premièrement valoir que la Commission a mal compris son mandat. Il soutient que, lorsqu'elle formule ses recommandations salariales, la Commission a

62

63

64

65

primary purpose is to ensure that compensation levels do not fall below the adequate minimum required to guarantee judicial independence. Second, the Government considers the recommended raise to be excessive because it fails to take account of economic conditions in New Brunswick and is instead based on a desire to maintain partial parity with federally appointed judges. Third, the Government states that the judges' existing salary is adequate. In making this assertion, it relies on indexes and economic data and on the ability to attract qualified candidates with the existing salary. It takes the position that an increase based on inflation would be sufficient to maintain the adequacy of the judges' remuneration.

66 The first stage of the analysis consists of screening the government's reasons to determine if they are legitimate. This is done by ascertaining whether the reasons are simply bald rejections or whether they are guided by the public interest, and by ensuring that they are not based on purely political considerations.

67 The Government's questioning and reformulation of the Commission's mandate are inadequate. As we have already mentioned and as the Court of Appeal correctly pointed out, the Commission's purpose is to depoliticize the remuneration process and to avoid direct confrontation between the Government and the judiciary. Therefore, the Commission's mandate cannot, as the Government asserts, be viewed as being to protect against a reduction of judges' salaries below the adequate minimum required to guarantee judicial independence. The Commission's aim is neither to determine the minimum remuneration nor to achieve maximal conditions. Its role is to recommend an appropriate level of remuneration. The Government's questioning of the Commission's mandate is misguided and its assertion regarding the Commission's role is incorrect. The part of the response in which the Government questions the Commission's mandate is not legitimate. It does nothing to further the public interest and accordingly fails at the first stage of the analysis.

pour principal objectif de s'assurer que le niveau de rémunération ne tombe pas sous le seuil minimum requis pour assurer l'indépendance de la magistrature. Deuxièmement, il estime excessive la hausse recommandée parce qu'elle ne tient pas compte de la conjoncture économique du Nouveau-Brunswick et repose plutôt sur la volonté de maintenir une parité partielle avec les juges de nomination fédérale. Troisièmement, il affirme que le traitement des juges en vigueur est adéquat. Il s'appuie, à cet égard, sur les indices et les données économiques ainsi que sur la capacité d'attirer des candidats compétents grâce au régime de rémunération en vigueur. Il prétend qu'un rajustement fondé sur le taux d'inflation suffirait pour que la rémunération demeure adéquate.

La première étape de l'analyse consiste à examiner les motifs du gouvernement pour déterminer s'ils sont légitimes. À cette fin, il faut établir s'ils dénotent uniquement un simple rejet ou s'ils sont guidés par l'intérêt public, et s'assurer qu'ils ne sont pas dictés par des considérations purement politiques.

Il est peu judicieux pour le Gouvernement de remettre en question le mandat de la Commission et de le reformuler. Comme nous l'avons déjà mentionné et comme la Cour d'appel l'a fait remarquer avec raison, l'objectif du recours à une commission est de dépolitiser le processus de fixation de la rémunération et d'éviter un affrontement direct entre le Gouvernement et la magistrature. On ne peut donc pas considérer que le mandat de la Commission consiste, comme le prétend le Gouvernement, à empêcher que le traitement des juges ne tombe sous le seuil minimum requis pour assurer l'indépendance de la magistrature. La Commission n'a pour objectif ni de déterminer le seuil minimum ni d'établir quelles seraient les conditions maximales. Son rôle consiste plutôt à recommander un niveau de rémunération approprié. Le Gouvernement a tort de remettre en cause le mandat de la Commission et donne une définition erronée du rôle de celle-ci. La partie de sa réponse portant sur sa remise en question du mandat de la Commission n'est pas légitime. Elle ne favorise en rien l'intérêt public et ne résiste donc pas à la première étape de l'analyse.

However, the Government's reasons relating to the adequacy of the judges' existing salary and the excessiveness of the recommended raise cannot be characterized, at the first stage of the analysis, as being purely political or as an attempt to avoid the process. Furthermore, there is no suggestion that the Government has attempted to manipulate the judiciary. As for the reasons relating to the appropriateness of the salary recommendations, although some of the recitals may seem dismissive of the process, the reviewing judge was on the whole right to conclude at the first stage (at para. 58):

By declining to accept the 2001 Commission's salary recommendation, there is no evidence that the executive intended to manipulate the bench or politically interfere with it. There is no indication that the government's policy of fiscal restraints constituted measures directed at judges alone. There is no suggestion that the refusal to grant a salary increase amounts to unscrupulous measures whereby the provincial government utilized "its authority to set judges' salaries as a vehicle to influence the course and outcome of adjudication" (*P.E.I. Reference*, at para. 145).

Since the portion of the Government's response relating to the adequacy of the judges' existing salary and the excessiveness of the recommended raise is legitimate, the reasons given must be examined further to determine if they rely upon a sufficient factual foundation. This second stage of the rationality test requires the court to determine, first, whether the government has set out sufficient facts to support its reasons for rejecting the recommendations on remuneration and, second, whether it is rational for the government to rely on the stated facts to justify its response.

The two justifications raised by the Government must be addressed separately — after all, the excessiveness of a recommended salary increase is not necessarily commensurate with the appropriateness of the judges' existing salary. However, the facts relied upon by the Government in support of both

On ne peut toutefois pas affirmer, à la première étape de l'analyse, que les motifs exposés par le Gouvernement relativement au caractère adéquat du traitement en vigueur pour les juges et au caractère excessif de la majoration recommandée sont purement politiques ou constituent une tentative d'éviter le recours à une commission. De plus, rien n'indique que le Gouvernement essayait de manipuler la magistrature. Quant aux motifs concernant le bien-fondé des recommandations salariales, même si certains des attendus semblent dénoter un manque d'égard pour le processus, le juge saisi du contrôle judiciaire a eu raison, dans l'ensemble, de conclure à la première étape (par. 58) :

Aucune preuve n'indique qu'en refusant d'accepter la recommandation de la Commission de 2001 en matière de traitement, l'exécutif avait l'intention de manipuler la magistrature ou de la soumettre à une ingérence politique. Rien n'indique que la politique de compression budgétaire du gouvernement consistait en des mesures qui ne visaient que les juges. On ne laisse nullement entendre que le refus d'accorder une augmentation de traitement équivaut à la prise de mesures peu scrupuleuses grâce auxquelles le gouvernement aurait utilisé « son pouvoir de fixer les traitements des juges comme moyen d'influencer le déroulement et l'issue des litiges » (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale (l.-P.-É.)*, au paragraphe 145).

Comme la partie de la réponse du Gouvernement qui porte sur le caractère adéquat du traitement en vigueur pour les juges et sur le caractère excessif de la hausse recommandée est légitime, il faut examiner de façon plus approfondie les motifs invoqués pour déterminer s'ils ont un fondement factuel suffisant. Dans le cadre de cette deuxième étape de l'analyse du critère de la rationalité, la cour doit déterminer tout d'abord si le gouvernement a énoncé suffisamment de faits pour étayer les motifs qu'il a avancés pour rejeter les recommandations salariales et, ensuite, s'il est rationnel pour lui de s'appuyer sur ces faits pour justifier sa réponse.

Les deux arguments invoqués par le Gouvernement doivent être examinés séparément. Après tout, accepter l'argument du Gouvernement que l'augmentation salariale recommandée est excessive ne signifie pas nécessairement que le traitement dont bénéficient les juges soit adéquat. On

these justifications can be examined together insofar as the evidence adduced by the Government to show that the recommended increase is excessive supports, to some extent at least, its contention that the remuneration is adequate.

71

The Government objected to the salary increase because it believed that in granting an increase of this magnitude, the Commission was in fact giving effect to the Provincial Court judges' argument that they should be granted parity or partial parity. Even though the Commission explicitly stated that it did not accept the parity argument, there is, in reality, an obvious connection between the recommended increase and the salary of federally appointed judges that transcends the report: the recommended increase would result in the judges' salary equaling 85 percent of the salary of federally appointed judges. This figure corresponds to the Government's submission, mentioned by the Commission in its report, that the average per capita income in New Brunswick is equal to 85 percent of the Canadian average. This would account for the figure, not otherwise explained, chosen by the Commission for the recommended increase. The Court of Appeal correctly highlighted the facts relied on by the Government and the weakness of the Commission's report in this regard (at para. 159):

Historically, federal judicial remuneration commissions have consistently accepted that the federal salary should be uniform and, with one exception, not reflect geographic differences. Additionally, federal commissions have consistently recognized that the uniform salary must be set at a level that is capable of attracting highly qualified candidates. This factor is problematic with respect to potential applicants practising law in Canada's larger metropolitan centres. Their incomes and salary expectations are understandably greater than those practising in smaller communities. Rather than recommending a salary differential based on the geographic location of a judge's residence, federal commissions have concluded that the salary level must be set at a level which does not have a chilling effect on recruitment in the largest metropolitan areas of the country. For this reason, the recommended

peut cependant examiner ensemble les faits invoqués par le Gouvernement à l'appui de ces arguments dans la mesure où les éléments de preuve qu'il a produits pour démontrer que la hausse recommandée est excessive lui permettent, dans une certaine mesure du moins, de prétendre que la rémunération est suffisante.

Le Gouvernement s'est opposé à l'augmentation salariale parce que, à son avis, en accordant une majoration de cette envergure, la Commission donnait en fait suite à l'argument des juges de la Cour provinciale qu'ils devraient avoir droit à la parité ou à une parité partielle. Même si la Commission a affirmé expressément qu'elle n'acceptait pas l'argument de la parité, il existe dans les faits un lien évident entre la hausse recommandée et le traitement des juges de nomination fédérale, lien qui se dégage du rapport. En effet, par suite de la hausse recommandée, le traitement des juges représenterait 85 pour 100 de celui des juges de nomination fédérale. C'est ce pourcentage de 85 pour 100 que le Gouvernement a mentionné devant la Commission pour exprimer le revenu moyen par habitant au Nouveau-Brunswick par rapport à la moyenne nationale et que la Commission a repris dans son rapport. Cela explique le chiffre que la Commission a choisi, sans donner d'autres raisons, pour la hausse recommandée. La Cour d'appel a fait correctement ressortir les faits invoqués par le Gouvernement ainsi que les lacunes du rapport de la Commission à cet égard (par. 159) :

Dans le passé, les commissions fédérales sur la rémunération des juges ont constamment admis que le traitement fédéral devrait être uniforme et, à une exception près, ne pas tenir compte des différences géographiques. En outre, les commissions fédérales ont constamment reconnu que le traitement uniforme doit être fixé à un niveau capable d'attirer des candidats très compétents. Ce facteur constitue un problème pour ce qui est des candidats éventuels qui pratiquent le droit dans les grands centres métropolitains du Canada. On peut comprendre qu'ils gagnent davantage et espèrent un traitement plus élevé que les avocats qui pratiquent dans des collectivités plus petites. Au lieu de recommander une différence de traitement fondée sur le lieu de résidence d'un juge, les commissions fédérales ont conclu que le niveau de traitement devait être fixé à un niveau qui ne nuirait pas au recrutement dans les grandes régions métropolitaines

federal salary is adjusted to reflect this geographic disparity.

The role of the reviewing court is not to second-guess the appropriateness of the increase recommended by the Commission. It can, however, consider the fact that the salaries of federally appointed judges are based on economic conditions and lawyers' earnings in major Canadian cities, which differ from those in New Brunswick. As a result, while the Commission can consider the remuneration of federally appointed judges as a factor when making its recommendations, this factor alone cannot be determinative. In fact, s. 22.03(6)(a.1) of the *Provincial Court Act* requires the Commission to consider factors which may justify the existence of differences between the remuneration of Provincial Court judges and that of other members of the judiciary in Canada, yet the Commission chose not to address this. Moreover, it is inappropriate to determine the remuneration of Provincial Court judges in New Brunswick by applying the percentage ratio of average incomes in New Brunswick to those in Canada to the salary of federally appointed judges, because the salary of federally appointed judges is based on lawyers' earnings in major Canadian cities, not the average Canadian income.

The Government also asserts that economic conditions in the province do not support the salary increase of 49.24 percent between 1990 and 2000, which rises to 68.16 percent when combined with the recommended increase for 2001. In its view this increase far exceeds changes in economic indicators in New Brunswick. The Government compares the increase to the 18.93 percent increase granted to senior civil servants between 1990 and 2000. It relies on the fact that the recommendation would give New Brunswick's judges the third highest salary among provincial court judges in the country after their counterparts in Ontario and Alberta, while the average earner in New Brunswick is ranked eighth out of ten. The economic data on which the

du pays. Pour cette raison, le traitement fédéral recommandé est rajusté pour tenir compte de cette disparité géographique.

Le tribunal saisi du contrôle judiciaire n'a pas pour rôle d'apprécier après coup le bien-fondé de la hausse recommandée par la Commission. Il peut cependant constater que le traitement des juges de nomination fédérale est fixé en fonction des conditions économiques et des revenus des avocats dans les grandes villes canadiennes. Ces conditions et ces revenus diffèrent de ceux qui existent au Nouveau-Brunswick. Par conséquent, même si la Commission peut s'inspirer de la rémunération des juges de nomination fédérale pour faire ses recommandations, ce seul facteur ne peut pas être déterminant. En fait, l'al. 22.03(6)a.1) de la *Loi sur la Cour provinciale* oblige la Commission à prendre en considération les facteurs qui peuvent justifier les différences qui existent entre la rémunération des juges de la Cour provinciale et celle des autres membres de la magistrature du Canada. Pourtant, la Commission a décidé de ne pas le faire. De plus, il ne convient pas de déterminer la rémunération des juges de la Cour provinciale au Nouveau-Brunswick en appliquant au traitement des juges de nomination fédérale le rapport exprimé en pourcentage entre le revenu moyen au Nouveau-Brunswick et celui au Canada, parce que ce traitement est établi en fonction des revenus des avocats dans les grandes villes canadiennes et non en fonction du revenu moyen canadien.

Le Gouvernement affirme également que la conjoncture économique de la province ne justifie pas une augmentation salariale de 49,24 pour 100 entre 1990 et 2000, laquelle s'élève à 68,16 pour 100 une fois combinée à la majoration recommandée pour 2001. Il considère qu'une telle augmentation dépasse de loin les changements des indicateurs économiques au Nouveau-Brunswick. Il compare cette hausse à celle de 18,93 pour 100 qui a été accordée aux hauts fonctionnaires entre 1990 et 2000. Il invoque le fait que, par suite de la recommandation, les juges du Nouveau-Brunswick se classeraient au troisième rang parmi les juges des cours provinciales les mieux rémunérés au pays, après ceux de l'Ontario et de l'Alberta, alors que le salarié moyen au

Government relies were set out in its representations to the Commission, but the Commission did not discuss them. The calculation of the value of the recommended increase was included in the affidavits that it sought to have admitted.

74

Except for the reason relating to the Commission's failure to cost its recommendations, the arguments raised in the Government's response may at first glance appear to be a restatement of its position before the Commission. However, as a result of two particular circumstances, the Government can rely on them. First, the Commission did not discuss the data set out in the Government's representations and, second, the report did not explain how economic fairness and economic conditions in the province had been taken into consideration, even though these are two important factors that the *Provincial Court Act* requires the Commission to consider. The deficiencies of the Commission's report are such that the Government cannot be prevented from relying on a relevant factual foundation, not even one that was included in the representations it made to the Commission.

75

In its response, the Government correctly points to several facts that legitimately support its position that the increase is excessive, namely, the fact that the recommendations are not based on economic conditions in New Brunswick but correspond to a percentage of the salary of federally appointed judges; the fact that such a raise would constitute preferential treatment in comparison with the raises received by senior civil servants in New Brunswick and most other provincial court judges in Canada; and finally, the fact that the increase would far exceed changes in economic indicators since the 1998 recommendations were implemented. Accordingly, the Government can legitimately refuse to implement the recommended salary increase on the ground that it is excessive.

Nouveau-Brunswick se situe au huitième rang sur dix. Les données économiques sur lesquelles s'appuie le Gouvernement faisaient partie des observations qu'il avait présentées à la Commission, mais celle-ci n'en a pas fait mention dans son rapport. Le calcul de la valeur de la hausse recommandée figure dans les affidavits qu'il a cherché à faire admettre en preuve.

À l'exception du motif concernant le défaut de la part de la Commission d'évaluer le coût de la mise en œuvre de ses recommandations, les arguments que le Gouvernement a invoqués dans sa réponse semblent à première vue être une reformulation de la position qu'il a défendue devant la Commission. Cependant, deux circonstances particulières permettent au Gouvernement de s'y appuyer. Premièrement, la Commission n'a pas traité des données qui faisaient partie des observations du Gouvernement et, deuxièmement, le rapport n'expliquait pas comment on avait tenu compte de l'équité économique ainsi que de la conjoncture économique de la province, même si ce sont là deux facteurs importants que la Commission est tenue par la *Loi sur la Cour provinciale* de prendre en considération. En raison des lacunes du rapport de la Commission, on ne peut pas empêcher le Gouvernement de s'appuyer sur un fondement factuel pertinent, même s'il fait partie des observations qu'il a présentées à la Commission.

Dans sa réponse, le Gouvernement signale à juste titre plusieurs faits qui lui permettent d'affirmer en toute légitimité que la hausse est excessive : les recommandations ne tiennent pas compte de la conjoncture économique du Nouveau-Brunswick, mais correspondent plutôt à un pourcentage du traitement des juges de nomination fédérale; une telle hausse constituerait un traitement préférentiel si on la compare aux augmentations reçues par les hauts fonctionnaires du Nouveau-Brunswick et la plupart des juges des autres cours provinciales au Canada; enfin, la hausse dépasse de loin les changements des indicateurs économiques depuis la mise en œuvre des recommandations de 1998. Le Gouvernement peut donc légitimement refuser d'accorder l'augmentation salariale recommandée au motif qu'elle est excessive.

In rejecting the Commission's salary recommendations, the Government also relies on its assessment that the judges' existing salary is adequate. This argument also formed part of the Government's submissions to the 2001 Commission. In its report, however, the Commission dismissed this argument on the ground that to accept it would lead to a salary freeze in violation of the principles stated in the *Reference*. In taking this position, the Commission committed an error of law. The *Reference* did not make salary increases mandatory. Consequently, the Government was justified in restating its position that the existing salary was adequate insofar as it relied on a reasonable factual foundation.

In its response, the Government relies on three facts in support of this assertion: that nothing has changed since the recommendations of the 1998 Commission that would warrant a further increase, that the existing remuneration is sufficient to attract qualified candidates, and that judges are currently in the top 5 percent of wage earners in New Brunswick. We will deal with each of these facts in turn.

The 2001 Commission rejected the Government's argument that nothing had occurred since the salary increase granted a few months before the Commission was appointed. It faulted the Government for having delayed implementation of the previous commission's salary recommendations. In these circumstances, if the Government's stance on the adequacy of remuneration can be said to have a reasonable factual foundation, it is not because of its reliance upon the fact that nothing has changed since the last increase.

The Government also states in its response that the judges' existing salary is adequate because it is sufficient to attract a number of qualified candidates for appointment to the bench. The Commission did not assess this argument or the facts in support of it, except to say that Provincial Court judges are chosen from the same pool of lawyers as Court of Queen's Bench judges. The figure of 50 qualified

76
En rejetant les recommandations salariales de la Commission, le Gouvernement fait aussi valoir que, selon lui, le traitement en vigueur pour les juges est adéquat. Il avait également invoqué cet argument dans les observations présentées à la Commission de 2001. Dans son rapport, la Commission a toutefois rejeté cet argument parce que, à son avis, son acceptation entraînerait le gel des salaires, ce qui contreviendrait aux principes énoncés dans le *Renvoi*. En adoptant cette position, la Commission a commis une erreur de droit. Le *Renvoi* n'a jamais rendu les hausses salariales obligatoires. Le Gouvernement a donc eu raison de reformuler sa position selon laquelle le traitement en vigueur était adéquat, à la condition de s'appuyer sur un fondement factuel raisonnable.

77
Dans sa réponse, le Gouvernement invoque trois faits pour étayer sa position : depuis les recommandations de la Commission de 1998, il ne s'est produit aucun changement qui justifierait une autre hausse; la rémunération en vigueur est suffisante pour attirer des candidats compétents; enfin, les juges se classent à l'heure actuelle parmi les 5 pour 100 des habitants qui, au Nouveau-Brunswick, touchent les plus hauts salaires. Nous examinerons chacun de ces faits l'un après l'autre.

78
La Commission de 2001 a rejeté l'argument du Gouvernement qu'il n'y a eu aucun changement depuis la hausse salariale accordée quelques mois avant sa création. Elle a reproché au Gouvernement d'avoir retardé la mise en œuvre des recommandations salariales de la commission précédente. Dans ces circonstances, si on reconnaît un fondement factuel raisonnable à la position du Gouvernement quant au caractère adéquat de la rémunération, ce n'est pas parce qu'il n'y a eu aucun changement depuis la dernière augmentation.

79
Le Gouvernement a également affirmé dans sa réponse que le traitement en vigueur pour les juges était adéquat puisqu'il permettait d'attirer des candidats compétents à la magistrature. La Commission n'a pas évalué cet argument ni les faits à l'appui, sauf pour faire remarquer que les juges de la Cour provinciale et ceux de la Cour du Banc de la Reine sont choisis dans le même bassin d'avocats. Le

candidates advanced by the Government was questioned at one point, but the Court of Appeal found that there were at least 30, thus showing that the salary, in combination with the pension plan, was sufficient to attract qualified candidates. The Court of Appeal correctly found that the Commission's report did not adequately address the Government's position. The Government's reliance on this factual foundation is reasonable.

80

Finally, the Government's argument that the salary increase should be rejected because judges are currently among the top 5 percent of the province's wage earners bears little weight in itself. This information is meaningless because salaries in the group in question may vary widely. The reference to the top 5 percent of the province's wage earners can be traced to the Government's submissions to the 2001 Commission, in which it stated that the average salary in this category is approximately \$92,000. That amount is less than the salary earned by the judges even before the 1998 Commission started its process. As the Court of Appeal stated, now is not the time to rewind the clock.

81

In conclusion, the Government's response cannot be struck down for lack of a reasonable factual foundation. While some parts of the Government's response may appear dismissive, others have a rational basis. On the one hand, the Government's rejection of the recommended increase on the basis that it is excessive is amply supported by a reasonable factual foundation. On the other hand, the arguments in support of the *status quo* were not properly dealt with by the Commission. The Commission also failed to adequately address the Association's submissions in support of a reasonable increase, namely those relating to the judges' increased workload and to the salaries of provincial court judges in other jurisdictions. These omissions may have occurred because the parity argument advanced by the Association had blurred the Commission's focus.

chiffre de 50 candidats compétents avancé par le Gouvernement a été contesté, mais la Cour d'appel a conclu qu'il y avait au moins 30 candidats, ce qui prouvait que le traitement, conjugué à la valeur de la pension de juge, était suffisant pour attirer des candidats compétents. La Cour d'appel a conclu à juste titre que, dans son rapport, la Commission n'avait pas examiné suffisamment la position du Gouvernement. Il est raisonnable pour celui-ci d'invoquer ce fondement factuel.

Enfin, l'argument du Gouvernement que l'augmentation salariale devrait être refusée parce que les juges font partie à l'heure actuelle des 5 pour 100 des plus hauts salariés de la province a peu de poids en soi. Cette information n'a aucune valeur, car les salaires dans ce groupe peuvent varier considérablement. Le Gouvernement a effectivement mentionné les 5 pour 100 des plus hauts salariés dans les arguments qu'il a présentés à la Commission de 2001, affirmant que le salaire moyen dans cette catégorie s'établissait à environ 92 000 \$. Cette somme est inférieure au traitement que touchaient les juges avant même que la Commission de 1998 commence ses travaux. Comme l'a mentionné la Cour d'appel, ce n'est pas le moment de remonter le cours de l'histoire.

En conclusion, on ne peut pas écarter la réponse du Gouvernement au motif qu'elle n'a pas un fondement factuel raisonnable. Certaines parties de sa réponse peuvent sembler dénoter un manque d'égard, mais d'autres ont des assises rationnelles. D'une part, le refus du Gouvernement d'accorder la hausse recommandée parce qu'elle est excessive est amplement justifié par un fondement factuel rationnel. D'autre part, la Commission n'a pas analysé correctement les arguments en faveur du statu quo. Elle n'a pas non plus examiné, comme elle aurait dû le faire, les arguments de l'Association en faveur d'une majoration raisonnable, à savoir ceux concernant l'augmentation de la charge de travail et des traitements des juges des cours provinciales dans les autres provinces et territoires. Il se peut que l'argument de la parité avancé par l'Association ait fait perdre de vue son objectif à la Commission et soit à l'origine de ces omissions.

This being said, a reviewing court cannot substitute itself for the Commission and cannot proceed to determine the appropriate salary where the Commission has neglected to do so. However, deference should not undermine the process. Whereas a commission's report can normally be relied upon by a subsequent commission to have set an appropriate level of compensation, in certain circumstances, such as where the earlier commission neglected to consider all the criteria enumerated in the *Provincial Court Act* or where it encountered constraints preventing it from giving full effect to one or more criteria, the subsequent commission may reconsider the earlier commission's findings or recommendations when conducting its own review. This may be one such case in which a future commission will have greater latitude than it would otherwise have had.

At the third stage of the rationality analysis, the government's reasons must be examined globally in order to determine whether the purposes of the commission process have been achieved. The Government's justification for its departure from the Commission's recommendations is unsatisfactory in several respects. However, at this stage, the response must be viewed globally and with deference. From this perspective, the response shows that the Government took the process seriously. In some respects, it had to rely on the representations it had made to the Commission, since the Commission had failed to deal with them properly. Thus, the Government has participated actively in the process and it must be shown greater deference than if it had ignored the process.

Overall, the analysis shows that the principles of the *Reference* have been respected and that the criticisms of the Government's response were properly dismissed.

For these reasons, the appeal is dismissed with disbursement costs to the respondent, as requested by the latter.

Cela dit, le tribunal saisi du contrôle judiciaire ne peut pas se substituer à la Commission et déterminer le niveau de traitement approprié si elle a négligé de le faire. L'exercice de la retenue ne saurait toutefois entraver le processus. Normalement, une commission peut considérer que la commission précédente a déterminé, dans son rapport, le niveau de traitement approprié; néanmoins, dans certaines circonstances, par exemple, lorsque la commission précédente n'a pas tenu compte de tous les critères énumérés dans la *Loi sur la Cour provinciale* ou a fait face à des contraintes l'empêchant d'appliquer pleinement un ou plusieurs critères, la commission suivante peut dans son analyse réexaminer les facteurs ou les recommandations déjà considérés par la commission précédente. C'est peut-être l'un de ces cas où une commission future disposera d'une plus grande latitude qu'elle n'aurait autrement eue.

À la troisième étape de l'analyse de la rationalité, il faut examiner globalement les motifs invoqués par le gouvernement pour déterminer si les objectifs du recours à une commission ont été atteints. À plusieurs égards, le Gouvernement n'a pas justifié de façon satisfaisante sa décision de s'écarter des recommandations de la Commission. Toutefois, à cette étape, la réponse doit être examinée globalement et avec retenue. Dans cette perspective, la réponse montre que le Gouvernement a pris au sérieux le processus de fixation de la rémunération des juges. À certains égards, il a dû s'appuyer sur les observations qu'il avait soumises à la Commission, car cette dernière ne les a pas examinées comme il se devait. Ainsi, le Gouvernement a participé activement au processus. Il convient donc de faire preuve à son égard d'une plus grande retenue que s'il n'avait pas respecté ce mécanisme.

Dans l'ensemble, l'analyse montre bien que les principes formulés dans le *Renvoi* ont été respectés et que c'est à juste titre que les critiques formulées à l'égard de la réponse du Gouvernement ont été écartées.

Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté, avec paiement des débours en faveur de l'intimée, comme elle l'a demandé.

82

83

84

85

B. *Ontario*

86 The Ontario Judges' Association, the Ontario Family Law Judges' Association and the Ontario Provincial Court (Civil Division) Judges' Association (together "Judges") are the appellants in this appeal. Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario, as represented by the Chair of Management Board ("Ontario") is the respondent.

87 Under the statutory regime in Ontario, a commission's salary recommendations are binding on the government. However, the commission's pension recommendations are not. This case involves pension recommendations. For the reasons that follow, the appeal is dismissed.

(1) Background

88 The Fourth Triennial Provincial Judges Remuneration Commission (1998-2001) ("Commission") was established by Appendix A of the Framework Agreement set out in the Schedule to the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43. The Framework Agreement sets out the jurisdiction and terms of reference of each triennial commission. Before the Commission, the Judges sought higher salaries and a better pension. In particular, they sought to reduce the disparity between federally and provincially appointed judges. Ontario submitted before the Commission that salary and benefits should not be increased. It also argued that the Judges' salaries, pensions and benefits were at a fair and appropriate level.

89 The Commission recommended a salary increase of approximately 28 percent over three years. This recommendation was binding in Ontario by virtue of the Framework Agreement. The majority of the Commission also set out three optional pension recommendations. These were (1) to increase the provincial Judges' pension plan to the level of the federal judges' plan; (2) to change to a 20-year accrual rate of 3.3 percent so that after 20 years of service a

B. *Ontario*

L'Association des juges de l'Ontario, l'Association ontarienne des juges du droit de la famille et l'Ontario Provincial Court (Civil Division) Judges' Association (collectivement les « Juges ») sont les appelantes dans le présent pourvoi. Sa Majesté la Reine du chef de la province d'Ontario, représentée par le président du Conseil de gestion (la « province d'Ontario » ou la « province ») est l'intimée.

Selon le régime législatif de l'Ontario, les recommandations d'une commission qui ont trait aux salaires lient le gouvernement. Toutefois celles de la commission portant sur les pensions n'ont pas force obligatoire. Il s'agit en l'espèce de recommandations concernant les pensions. Pour les motifs qui suivent, le pourvoi est rejeté.

(1) Contexte

La quatrième Commission triennale de rémunération des juges provinciaux (1998-2001) (« Commission ») a été établie en vertu de l'appendice A de la convention cadre prévue à l'annexe de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43. La convention cadre régit la compétence et le mandat de chaque commission triennale. Devant la Commission, les Juges ont demandé des traitements plus élevés et une meilleure pension. Ils cherchaient notamment à faire réduire l'écart entre les traitements des juges de nomination fédérale et celui des juges de nomination provinciale. La province d'Ontario a fait valoir devant la Commission qu'il n'y avait pas lieu de hausser les traitements et avantages. Elle a en outre soutenu que les traitements, pensions et avantages des Juges étaient justes et adéquats.

La Commission a recommandé une augmentation salariale de l'ordre de 28 pour 100 sur trois ans. Cette recommandation a force obligatoire en Ontario en raison de la convention cadre. De plus, les membres de la Commission ont émis, à la majorité, trois recommandations facultatives concernant les pensions : (1) bonifier le régime de retraite des Juges provinciaux de manière à ce qu'il corresponde à celui des juges fédéraux, (2) adopter un

provincial judge could retire at 65 years of age with a pension of 66 2/3 percent of his salary at the date of retirement; or (3) to provide an across-the-board pension benefit increase of 10 percent. The majority also recommended that Ontario consider either (1) adopting a “Rule of 80” that would entitle a judge to retire with a full pension any time after his or her age plus years of service equalled 80; or (2) reducing the early retirement penalties.

The Commission did not retain actuaries to cost out its pension recommendations in light of the 28 percent salary increase. The only costings referred to in the Commission’s report involved the estimated costs of the pension enhancements and were done before the salary increase was taken into account. The minority of the Commission did not support the pension recommendations.

In order to consider the Commission’s optional pension recommendations, Ontario retained PricewaterhouseCoopers (“PwC”) to determine the cost. Ontario ultimately concluded that the 28 percent salary increase, which in turn automatically increased the value of the pension by 28 percent, was sufficient. It refused to adopt any of the pension recommendations. On February 1, 2000, Ontario sent its response to the chair of the Commission. It listed seven reasons why it was not implementing the pension recommendations, including the fact that the current pension entitlements were appropriate and their value had already increased as a result of the salary increase awarded by the Commission (i.e., 28 percent). However, Ontario’s reasons for rejecting the Commission’s recommendations made no reference to it having retained PwC or to any alleged error or incompleteness in costings made by the Commission.

The Judges applied for judicial review. In support of its position, Ontario filed affidavits from

taux d’accumulation des prestations de retraite de 3,3 pour 100 sur 20 ans, ce qui donnerait au juge une pension de 66 2/3 pour 100 du salaire à 65 ans après 20 années de service, ou (3) accorder une augmentation générale de 10 pour 100 des prestations de retraite. La Commission a également recommandé, à la majorité, que la province soit (1) applique la « règle de 80 », qui permettrait au juge de prendre sa retraite sans pénalité si l’addition de son âge et de ses années de service donne au moins 80, soit (2) réduise les pénalités en cas de retraite anticipée.

La Commission n’a pas retenu les services d’actuaire pour évaluer le coût de la mise en œuvre de ses recommandations en matière de pensions compte tenu de l’augmentation salariale de 28 pour 100. Les seuls coûts dont il est question dans le rapport de la Commission sont les coûts estimatifs de la bonification des pensions qui avaient été calculés compte non tenu de l’augmentation salariale. Les membres minoritaires de la Commission n’ont pas souscrit aux recommandations en matière de pensions.

Pour étudier les recommandations facultatives de la Commission en matière de pensions, la province d’Ontario a demandé à PricewaterhouseCoopers (« PwC ») d’évaluer le coût de leur application. Elle a finalement conclu que l’augmentation salariale de 28 pour 100, qui entraînait automatiquement une majoration de 28 pour 100 de la valeur des pensions, était suffisante. Elle a refusé d’adopter les recommandations touchant les pensions. Le 1^{er} février 2000, elle a envoyé sa réponse au président de la Commission. Elle a justifié par sept motifs sa décision de ne pas donner suite à ces recommandations, notamment le fait que les droits à pension en vigueur étaient adéquats et que la valeur des pensions se trouvait déjà accrue par suite de l’augmentation salariale (28 pour 100) accordée par la Commission. Elle ne précise toutefois pas dans ses motifs de rejet des recommandations de la Commission qu’elle a retenu les services de PwC; elle n’y indique pas non plus que les coûts établis par la Commission seraient erronés ou incomplets.

Les Juges ont demandé un contrôle judiciaire. La province d’Ontario a déposé à l’appui de sa position

90

91

92

Owen M. O'Neil of PwC detailing PwC's work for the Government. The Judges objected to Ontario's retention of PwC. They also objected to the admissibility of the affidavits. They accused Ontario of engaging in a "Unilateral and Secretive Post-Commission Process". They argued that this rendered the commission process ineffective. Evidently, the parties disagreed on the real purpose of the PwC retainer.

(2) Judicial History

(a) *Ontario Superior Court of Justice (Divisional Court)* ((2002), 58 O.R. (3d) 186)

93

The Ontario Divisional Court dismissed the Judges' application. It held that the affidavit evidence respecting the PwC costing was admissible because, according to the *Reference*, a government is entitled to "justify its decision in a court of law". The court considered the *Reference* and concluded that Ontario's reasons for rejecting the pension recommendations were clear, logical, relevant and consistent with the position taken before the Commission. There was no evidence that the decision was purely political, was discriminatory or lacked a rational basis. Paragraph 28 of the Framework Agreement contemplates a return to the Commission if the Commission had failed to deal with any matter properly arising from the inquiry or if an error is apparent in the report. However, this is merely permissive. In any event, the Divisional Court was not persuaded that the Commission erred in either of these regards.

(b) *Court of Appeal* ((2003), 67 O.R. (3d) 641)

94

The Ontario Court of Appeal upheld the dismissal of the Judges' application. MacPherson J.A. explained that the Divisional Court did not err by concluding that Ontario's engagement of PwC did not undermine the effectiveness of the commission process. Instead, it showed that Ontario intended

les affidavits d'Owen M. O'Neil, de PwC, qui expliquent en détail le travail que PwC effectue pour le Gouvernement. Les Juges se sont opposés au recours par la province aux services de PwC. Ils se sont également opposés à l'admissibilité en preuve des affidavits. Ils ont accusé la province de s'engager dans un [TRADUCTION] « processus unilatéral et secret d'après-Commission ». Ils ont soutenu que cette façon d'agir compromettait l'efficacité du mécanisme. Évidemment, les parties ne s'entendaient pas sur l'objet réel du mandat confié à PwC.

(2) Historique des procédures judiciaires

a) *Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour divisionnaire)* ((2002), 58 O.R. (3d) 186)

La Cour divisionnaire de l'Ontario a rejeté la demande des Juges. Elle a statué que la preuve par affidavits concernant l'évaluation du coût faite par PwC était admissible parce que, selon le *Renvoi*, un gouvernement a le droit de [TRADUCTION] « justifier sa décision devant une cour de justice ». La cour a examiné le *Renvoi* et a conclu que les motifs invoqués par la province pour rejeter les recommandations concernant les pensions étaient clairs, logiques, pertinents et conciliables avec la position défendue devant la Commission. Rien n'indique que la décision était purement politique, discriminatoire ou dénuée de fondement rationnel. L'article 28 de la convention cadre prévoit la possibilité de renvoyer l'affaire à la Commission si elle n'a pas traité de questions soulevées légitimement par l'enquête ou qu'une erreur se trouve clairement dans son rapport. Cependant, cette mesure est simplement facultative. Quoi qu'il en soit, la Cour divisionnaire n'est pas convaincue que la Commission ait fait erreur à l'un ou l'autre de ces égards.

b) *Cour d'appel* ((2003), 67 O.R. (3d) 641)

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le rejet de la demande des Juges. Le juge MacPherson a expliqué que la Cour divisionnaire a eu raison de conclure que le recours aux services de PwC par la province n'avait pas compromis l'efficacité du recours à une commission. Cette décision dénotait

to conduct a serious analysis with respect to those recommendations. The court considered each of Ontario's seven reasons for rejecting the pension recommendations. It concluded that the reasons were clear, logical, relevant and consistent with Ontario's position taken before the Commission.

(3) Analysis

(a) *Do Ontario's Reasons Satisfy the "Rationality" Test?*

As outlined above, Ontario rejected all the Commission's optional pension recommendations. Its reasons for doing so are set out in the letter from the Honourable Chris Hodgson, Chair of the Management Board, to Mr. Stanley M. Beck, Q.C., Chair of the Commission ("Letter"). These seven reasons are essentially (1) the automatic 28 percent increase is appropriate; (2) the Judges' pensions will not erode over time due to the benefit formula; (3) the increase in the Judges' salary (which, in turn, automatically increased the pension) has narrowed the gap between provincial and federal judges' salaries; (4) no significant demographic changes have occurred since the 1991 independent commission reviewed the structure of the Judges' pension plan and presented a design which was accepted; (5) a 75 percent replacement ratio is achieved under the current pension arrangement when the likely pre-appointment savings of the Judges are considered; (6) the Ontario Judges' pension plan is superior to the pensions provided in all other provinces and territories; and (7) the Government's current fiscal responsibilities and competing demands for limited resources require a continued commitment to fiscal restraint to strengthen Ontario's economy.

Do these reasons pass the test of "rationality"? To pass the test of rationality, the reasons must be

plutôt l'intention de la province de procéder à une analyse minutieuse des recommandations. La cour a examiné chacun des sept motifs invoqués par la province pour rejeter les recommandations relatives aux pensions. Elle a conclu que les motifs étaient clairs, logiques, pertinents et conciliables avec la position défendue par la province d'Ontario devant la Commission.

(3) Analyse

a) *Les motifs fournis par la province d'Ontario satisfont-ils au critère de la « rationalité »?*

Comme nous l'avons indiqué précédemment, la province d'Ontario a rejeté toutes les recommandations facultatives de la Commission en matière de pensions. Les motifs invoqués à l'appui de cette décision sont exposés dans la lettre que l'honorable Chris Hodgson, président du Conseil de gestion, a adressée à M. Stanley M. Beck, c.r., président de la Commission (« Lettre »). Ces sept motifs peuvent essentiellement se résumer ainsi : (1) la majoration automatique de 28 pour 100 est suffisante; (2) grâce à la formule de calcul des prestations, la pension des Juges ne s'amenuisera pas avec le temps; (3) la hausse des traitements des Juges (qui a entraîné un relèvement automatique de la pension) a réduit l'écart entre la rémunération des juges de nomination provinciale et celle des juges de nomination fédérale; (4) aucun changement démographique important n'est survenu depuis que la commission indépendante de 1991 a examiné la structure du régime de retraite des Juges et a proposé un modèle qui a été accepté; (5) le régime de retraite en vigueur permet un coefficient de remplacement du revenu de 75 pour 100 compte tenu des épargnes probables des Juges avant leur nomination; (6) le régime de retraite des Juges de l'Ontario est supérieur à ceux des autres provinces et territoires; (7) les obligations financières qu'avait alors le Gouvernement ainsi que les demandes concurrentes de ressources limitées exigent l'engagement continu de procéder à des compressions budgétaires pour renforcer l'économie ontarienne.

Ces motifs satisfont-ils au critère de la « rationalité »? Pour satisfaire à ce critère, les motifs

legitimate. The Letter sets out seven reasons for rejecting the optional pension recommendations. The reasons outlined in the Letter do not reveal political or discriminatory motivations. They note the fact that the 28 percent salary increase automatically increases the value of the pension. They also note that no demographic changes have occurred since the pension structure was reviewed by the Second Triennial Commission in 1991. They explain that Ontario is in a period of fiscal restraint and that many areas are facing reduction. In this regard, the Judges are getting a 28 percent increase in salary and pension, and it implicitly appears that they are being treated fairly. The reasons are not political or discriminatory.

97 Ontario's reasons do not reveal any improper motive. They are not bald expressions of rejection or disapproval. They reveal a consideration of the judicial office and an intention to deal with it appropriately. The reasons reflect the underlying public interest in having a commission process, being the depoliticization of the remuneration process and the need to preserve judicial independence. Therefore, this branch of the "rationality" test is satisfied.

98 Next, it must be determined whether the reasons rely upon a reasonable factual foundation. In determining whether the reasons rely upon a reasonable factual foundation, the test is one of a deferential standard to the government. It does not require the government to demonstrate exceptional circumstances. It simply asks: (1) Did the government indicate the factual basis upon which it sought to rely? (2) On the face of the evidence, was this reliance rational? In this case, Ontario's reasons allege the need for fiscal restraint and point to reductions in other expenditures. The rejection of the recommended additional pension benefits for the Judges is consistent with this reasonable factual foundation. Likewise, in its reasons, Ontario suggests that no significant demographic changes have occurred

doivent être légitimes. La Lettre énonce sept motifs justifiant le rejet des recommandations facultatives concernant les pensions. Rien dans les motifs fournis dans la Lettre ne révèle qu'ils sont dictés par des considérations politiques ou discriminatoires. Ils indiquent que l'augmentation salariale de 28 pour 100 entraîne un relèvement automatique de la valeur des pensions. Ils précisent en outre qu'il ne s'est produit aucun changement démographique depuis l'analyse de la structure du régime de retraite par la deuxième Commission triennale de rémunération en 1991. Ils expliquent que la province d'Ontario se trouve en période de compressions budgétaires et que de nombreux secteurs font face à des réductions de dépenses. Les Juges obtiennent pour leur part une majoration de 28 pour 100 de leurs traitement et pension; il semble implicitement qu'ils sont traités équitablement. Les motifs ne sont ni politiques ni discriminatoires.

Les motifs fournis par la province d'Ontario ne sont pas illégitimes. Il ne s'agit pas de simples déclarations rejetant ou désapprouvant les recommandations. Ces motifs dénotent un examen sérieux de la charge judiciaire et l'intention de prendre les mesures qui s'imposent. Ils reflètent l'intérêt sous-jacent du public à ce qu'il y ait recours à une commission, c'est-à-dire dépolitisation du mécanisme d'examen de la rémunération et nécessité de préserver l'indépendance de la magistrature. Ce volet du critère de la « rationalité » est donc respecté.

Il faut ensuite déterminer si les motifs invoqués ont un fondement factuel raisonnable. À cette fin, le critère applicable est la norme qui commande la retenue à l'égard du gouvernement. Celui-ci n'a pas à démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles. Il faut seulement se poser les questions suivantes : (1) Le gouvernement a-t-il indiqué le fondement factuel qu'il avait l'intention d'invoquer? (2) Compte tenu de la preuve, était-il rationnel de s'appuyer sur ce fondement factuel? En l'espèce, dans ses motifs, la province d'Ontario invoque la nécessité d'effectuer des compressions budgétaires et signale des réductions des dépenses dans d'autres secteurs. Le rejet des prestations de retraite additionnelles recommandées pour les Juges est compatible avec ce fondement factuel raisonnable. De

warranting a change to the pension plan structure. This is also a reasonable factual foundation upon which a government can base its reasons for rejecting the Commission's recommendations.

We conclude that Ontario's reasons rely upon a reasonable factual foundation.

Finally, the government's reasons must be examined globally to ensure that the objectives of the commission process have been achieved. Here, a reviewing court also plays a limited role. In this case, it appears that the commission process has been effective. Under the Framework Agreement, the Commission's salary recommendations are binding. The pension recommendations are not. Through the binding salary recommendations, the value of the Judges' pension has increased by 28 percent. In its reasons, Ontario has clearly respected the commission process, taken it seriously and given it a meaningful effect.

We also agree with the Ontario Divisional Court and the Court of Appeal that Ontario's engagement of PwC was not a distortion of the process. To the contrary, it is the opposite. It demonstrates Ontario's good faith and the serious consideration given to the Commission's recommendations.

Ontario's reasons, viewed globally, meet the "rationality" test.

(b) *Admissibility of the PwC Affidavits*

In addition to their objection to the engagement of PwC, the Judges objected to the admissibility of the PwC affidavits. We agree with the Ontario Divisional Court and the Court of Appeal that the admission of the affidavits was proper. The Judges called upon Ontario to justify its reasons "in a court of law". This was done. The affidavits do not add a new position. They merely illustrate Ontario's good

même, la province indique dans ses motifs qu'aucun changement démographique important justifiant une modification de la structure du régime de retraite ne s'est produit. Il s'agit là encore d'un fondement factuel raisonnable sur lequel un gouvernement peut s'appuyer pour rejeter les recommandations de la Commission.

Nous concluons que les motifs de la province d'Ontario ont un fondement factuel raisonnable.

Enfin, il convient d'examiner globalement les motifs du gouvernement pour s'assurer que les objectifs du recours à une commission ont été atteints. À cet égard, le tribunal saisi du contrôle judiciaire joue également un rôle limité. En l'espèce, il semble que le recours à une commission a été efficace. En vertu de la convention cadre, les recommandations salariales de la Commission ont force obligatoire, mais ce n'est pas le cas des recommandations relatives aux pensions. En raison du caractère obligatoire des recommandations salariales, la valeur des pensions des Juges a augmenté de 28 pour 100. Il ressort de ses motifs que la province a clairement respecté le mécanisme d'examen par une commission, l'a pris au sérieux, en tient compte et lui a donné un effet concret.

Nous convenons également avec la Cour divisionnaire de l'Ontario et la Cour d'appel que le recours par la province aux services de PwC n'a pas faussé le mécanisme. Au contraire, il démontre la bonne foi de la province et indique qu'elle a analysé en profondeur les recommandations de la Commission.

Globalement, les motifs de la province d'Ontario satisfont au critère de la « rationalité ».

b) *Admissibilité des affidavits de PwC*

Les Juges ont contesté non seulement le recours aux services de PwC, mais aussi l'admissibilité des affidavits de PwC. Nous convenons avec la Cour divisionnaire de l'Ontario et la Cour d'appel que les affidavits ont été admis à bon droit. Les Juges ont demandé à la province d'Ontario de justifier ses motifs « devant une cour de justice », ce qu'elle a fait. Les affidavits n'apportent pas de nouveaux

99

100

101

102

103

faith and its commitment to taking the Commission's recommendations seriously. The fact that the Letter does not refer to Ontario's engagement of PwC is irrelevant. The PwC retainer is not advanced as a key reason for rejecting the Commission's pension recommendations. The reasons which are relevant are those contained within the Letter itself. These reasons met the "rationality" test.

arguments. Ils illustrent simplement la bonne foi de la province et son engagement de prendre au sérieux les recommandations de la Commission. Il importe peu que la Lettre ne fasse pas état du fait que la province avait retenu les services de PwC. Le mandat de PwC n'est pas invoqué comme motif principal pour le rejet des recommandations de la Commission relatives aux pensions. Les motifs pertinents sont ceux qui figurent dans la Lettre elle-même. Ces motifs satisfont au critère de la « rationalité ».

104 The appeal is dismissed with costs.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

C. Alberta

C. Alberta

105 The respondents in this appeal are Justices of the Peace in Alberta. Her Majesty the Queen in Right of Alberta and the Lieutenant Governor in Council (together "Alberta") are the appellants. The issue is whether Alberta's partial departure from the Justices of the Peace Compensation Commission's ("Commission") recommended salary increase violates the principle of judicial independence. The respondents say it does. Alberta disagrees. For the reasons which follow, we conclude that it does not.

Les intimés en l'espèce sont les juges de paix de l'Alberta. Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le lieutenant-gouverneur en conseil (collectivement la « province d'Alberta » ou la « province ») sont les appelants. Il s'agit de déterminer si la décision de la province d'Alberta de ne pas respecter intégralement l'augmentation salariale recommandée par la Commission de rémunération des juges de paix (« Commission ») contrevient au principe de l'indépendance de la magistrature. Les intimés affirment que c'est le cas. La province n'est pas d'accord. Pour les motifs qui suivent, nous concluons qu'il n'y a pas contravention à ce principe.

(1) Background

(1) Contexte

106 On April 30, 1998, amendments to the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1 (am. S.A. 1998, c. 18) came into force which provided for, among other things, the establishment of an independent compensation commission for Justices of the Peace. Section 3(1) of the *Justices of the Peace Compensation Commission Regulation*, Alta. Reg. 8/2000, provides that the Commission's task is to review remuneration and benefits paid to Alberta's Justices of the Peace. Section 16 sets out the relevant criteria to be considered. The Commission's recommendations are non-binding (see ss. 5(1) and 21(2) of the Regulation).

Le 30 avril 1998, des modifications à la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1 (mod. S.A. 1998, ch. 18), sont entrées en vigueur; elles prévoyaient notamment la constitution d'une commission indépendante de rémunération des juges de paix. Le paragraphe 3(1) du *Justices of the Peace Compensation Commission Regulation*, Alta. Reg. 8/2000, dispose que la Commission est chargée d'examiner la rémunération et les avantages consentis aux juges de paix de l'Alberta. L'article 16 énonce les critères pertinents à prendre en considération. Les recommandations de la Commission n'ont pas force obligatoire (voir par. 5(1) et 21(2) du règlement).

107 In this case, the Commission received submissions for the period of April 1, 1998 to March 31,

En l'espèce, la Commission a reçu des observations visant la période du 1^{er} avril 1998 au 31 mars

2003. On February 29, 2000, it issued a report recommending, among other things, a substantial increase in salary (*The Justices of the Peace Compensation Commission: Commission Report* (2000)). In its opinion, the compensation for Justices of the Peace should be approximately two thirds of the amount given to Provincial Court judges.

When the Commission made its recommendations, the salary of full time sitting Justices of the Peace was approximately \$55,008 per annum. Per diem rates for part time sitting and presiding Justices of the Peace were \$250 and \$220 respectively. These amounts have not changed since 1991. In its report, the Commission noted that it did not consider the current levels of compensation to be helpful. They were out of line with the comparator groups and not the product of any type of independent inquiry process. The Commission made the following recommendations:

Full Time Sitting or Presiding Justices of the Peace

April 1, 1998 – \$95 000 per annum
 April 1, 1999 – \$95 000 per annum
 April 1, 2000 – \$100 000 per annum
 April 1, 2001 – \$100 000 per annum
 April 1, 2002 – \$105 000 per annum

together, in each year, with a continuation of the current benefits and an amount equal to an additional 10% in lieu of pension and an increase in vacation entitlement from 3 to 4 weeks.

Part time Sitting and Part time Presiding Justices of the Peace

April 1, 1998 – \$600 per diem
 April 1, 1999 – \$600 per diem
 April 1, 2000 – \$650 per diem
 April 1, 2001 – \$650 per diem
 April 1, 2002 – \$670 per diem

Alberta accepted the bulk of the Commission's recommendations. On May 17, 2000, Order in Council 174/2000 ("Order") was issued. In it, Alberta accepted that salaries and per diem rates ought to be increased (subject to the proposed modifications) (s. 2(a)); that current benefits for full-time

2003. Le 29 février 2000, elle a publié un rapport dans lequel elle recommandait notamment une augmentation salariale substantielle (*The Justices of the Peace Compensation Commission: Commission Report* (2000)). À son avis, la rémunération des juges de paix devrait représenter environ les deux tiers de celle des juges de la Cour provinciale.

Lorsque la Commission a émis ses recommandations, le traitement des juges de paix siégeant à temps plein s'établissait à environ 55 008 \$ par année. Les taux quotidiens de rémunération pour les juges de paix siégeant à temps partiel et pour les juges de paix président à temps partiel s'élevaient à 250 \$ et à 220 \$ respectivement. Ces taux demeurent les mêmes depuis 1991. Dans son rapport, la Commission a mentionné qu'elle ne considérait pas d'un grand recours les niveaux de rémunération en vigueur. En effet, ils ne correspondaient nullement à ceux des groupes de référence et ils ne résultaient pas d'une enquête indépendante. La Commission a formulé les recommandations suivantes :

[TRADUCTION] Juges de paix siégeant ou président à temps plein

1^{er} avril 1998 – 95 000 \$ par année
 1^{er} avril 1999 – 95 000 \$ par année
 1^{er} avril 2000 – 100 000 \$ par année
 1^{er} avril 2001 – 100 000 \$ par année
 1^{er} avril 2002 – 105 000 \$ par année

plus, pour chaque année, les avantages en vigueur, une somme additionnelle représentant 10 pour 100 du traitement en guise de prestations de retraite et quatre semaines de vacances au lieu de trois.

Juges de paix siégeant ou président à temps partiel

1^{er} avril 1998 – 600 \$ par jour
 1^{er} avril 1999 – 600 \$ par jour
 1^{er} avril 2000 – 650 \$ par jour
 1^{er} avril 2001 – 650 \$ par jour
 1^{er} avril 2002 – 670 \$ par jour

La province d'Alberta a accepté la majeure partie des recommandations de la Commission. Le décret 174/2000 (le « décret ») a été pris le 17 mai 2000. La province reconnaissait ce qui suit : les traitements et les taux quotidiens doivent être majorés (sous réserve des modifications proposées) (al. 2a)); les avantages

Justices of the Peace ought to be continued (s. 2(b)); that vacation entitlement for full-time Justices of the Peace ought to be increased from three weeks to four weeks (s. 2(c)); that full-time Justices of the Peace ought to be paid an additional sum equal to 10 percent of annual salary in lieu of pension benefits (s. 2(d)); and that compensation for sitting and presiding Justices of the Peace ought to be determined on the same basis (s. 2(e)). While the Order recognized that some increase in salary was needed, it rejected the specific increases recommended by the Commission (s. 2(f)). Instead, it proposed a modified amount (s. 2(g)). The respondents challenge the constitutionality of ss. 2(a), 2(f) and 2(g).

110

Schedule 6 of the Order sets out Alberta's reasons for rejecting the specific increases recommended by the Commission. These reasons are contained under the following headings:

1 General comment [raising the fact that the executive and legislative branches have the constitutional and political responsibility to properly manage fiscal affairs]

2 Overall level of the Increase [comparing the overall level of increase with the current compensation and increases in other publicly funded programs]

3 Qualifications for eligibility and the determination of compensation as compared to Crown Counsel [arguing that Crown counsel is an appropriate comparator for Justices of the Peace]

4 Lawyer compensation generally [cautioning against using lawyers in private practice as a comparator, given the difference in working conditions, hours of work, client pressures and problems respecting the collection of legal fees that are not applicable to the office of Justice of the Peace]

5 Comparisons to legal aid tariff and ad hoc Crown Counsel [agreeing that these are acceptable indicators but objecting to the amounts used by the Commission as not reflecting the actual tariffs]

en vigueur pour les juges de paix à temps plein doivent être maintenus (al. 2b)); le nombre de semaines de vacances pour les juges de paix à temps plein doit passer de trois à quatre (al. 2c)); les juges de paix à temps plein doivent recevoir une somme additionnelle représentant 10 pour 100 du traitement annuel en guise de prestations de retraite (al. 2d)) et la rémunération des juges de paix qui siègent à l'instance ou qui la président doit être déterminée de la même façon (al. 2e)). Même s'il reconnaissait qu'une augmentation salariale s'imposait, le décret rejetait les augmentations recommandées par la Commission (al. 2f)) et proposait plutôt un montant modifié (al. 2g)). Les intimés contestent la constitutionnalité des al. 2a), f) et g).

L'annexe 6 du décret énonce les motifs invoqués par la province d'Alberta pour justifier sa décision de rejeter les hausses recommandées par la Commission. Ils figurent sous les rubriques suivantes :

[TRADUCTION]

1 Commentaire général [soulignant le fait que l'exécutif et le législatif sont responsables, sur les plans constitutionnel et politique, de la gestion judicieuse des finances publiques]

2 Niveau global de la hausse [comparaison du niveau global de la hausse avec la rémunération en vigueur et les hausses accordées dans d'autres programmes financés par l'État]

3 Conditions d'admissibilité et détermination de la rémunération par comparaison avec les avocats de la Couronne [il est allégué que les avocats de la Couronne constituent un groupe de référence approprié dans le cas des juges de paix]

4 Rémunération des avocats en général [mise en garde contre l'utilisation, pour comparaison, des avocats de pratique privée à cause de leurs conditions et heures de travail différentes, des pressions exercées par les clients et des problèmes de perception des honoraires, facteurs ne s'appliquant pas dans le cas des juges de paix]

5 Comparaisons avec le tarif de l'aide juridique et la rémunération des avocats de la Couronne *ad hoc* [reconnaissant qu'il s'agit là d'indicateurs acceptables, mais contestant les sommes utilisées par la Commission au motif qu'elles ne représentent pas les tarifs réels]

6 Comparison to compensation paid to senior Government employees [cautioning against using senior government employees as a comparator group given the different responsibilities]

7 Comparison to Compensation Paid to Justices of the Peace in Other Jurisdictions in Canada [comparing Justices of the Peace in Alberta and Justices of the Peace in other jurisdictions]

8 Comparison to Provincial Court Judges [disagreeing with the Commission's conclusion that a 2/3 relationship with Provincial Court Judges is appropriate]

Alberta's reasons stress that it has a duty to manage public resources and act in a fiscally responsible manner. The reasons point out that the overall level of increase recommended is greater than that of other publicly funded programs and significantly exceeds those of individuals in comparative groups. The groups to which Alberta said Justices of the Peace were comparable included Crown counsel, lawyers paid according to the legal aid tariff and *ad hoc* Crown counsel, senior government employees and Justices of the Peace in other jurisdictions in Canada. Lawyers in private practice, it thought, should be distinguished. The reasons relating to the appropriateness of these comparator groups are consistent with Alberta's position before the Commission.

Section 2(g) of the Order establishes the modified annual increases which Alberta ultimately decided to implement after considering the Commission's recommendations. The increases for full-time sitting and presiding Justices of the Peace are as follows:

Full Time Sitting [or Presiding] Justices of the Peace

April 1, 1998 – \$75 000 per annum
 April 1, 1999 – \$80 000 per annum
 April 1, 2000 – \$80 000 per annum
 April 1, 2001 – \$85 000 per annum
 April 1, 2002 – \$85 000 per annum

together, in each year, with a continuation of the current benefits and an amount equal to an additional 10% in lieu

6 Comparaison avec la rémunération des hauts fonctionnaires [mise en garde contre l'utilisation des hauts fonctionnaires comme groupe de référence, vu les responsabilités différentes]

7 Comparaison avec la rémunération des juges de paix des autres provinces et territoires du Canada [comparaison de la rémunération des juges de paix de l'Alberta avec celle des juges de paix d'autres provinces et territoires]

8 Comparaison avec les juges de la Cour provinciale [désaccord avec la conclusion de la Commission que la rémunération doit représenter les 2/3 de celle des juges de la Cour provinciale]

Dans ses motifs, la province d'Alberta insiste sur son obligation de gérer les ressources publiques et d'agir de manière responsable sur le plan financier. Elle y souligne que la hausse globale recommandée est supérieure à celle accordée dans le cas d'autres programmes financés par l'État et dépasse de beaucoup celle octroyée aux personnes faisant partie des groupes de référence. Les groupes de référence qui, selon la province, pouvaient servir de base de comparaison étaient les avocats de la Couronne, ceux rémunérés selon le tarif de l'aide juridique et ceux de la Couronne *ad hoc*, les hauts fonctionnaires et les juges de paix d'autres provinces et territoires du Canada. La province a toutefois estimé qu'une distinction avec les avocats de pratique privée s'imposait. Les motifs invoqués pour justifier l'utilisation de ces groupes de référence correspondent à la position adoptée par la province devant la Commission.

L'alinéa 2g) du décret établit les hausses annuelles modifiées que la province a finalement décidé d'accorder après avoir examiné les recommandations de la Commission. Les augmentations pour les juges de paix siégeant ou présidant à temps plein sont les suivantes :

[TRADUCTION] Juges de paix siégeant [ou présidant] à temps plein

1^{er} avril 1998 – 75 000 \$ par année
 1^{er} avril 1999 – 80 000 \$ par année
 1^{er} avril 2000 – 80 000 \$ par année
 1^{er} avril 2001 – 85 000 \$ par année
 1^{er} avril 2002 – 85 000 \$ par année

plus, pour chaque année, les avantages en vigueur, une somme additionnelle représentant 10 pour 100 du

111

112

of pension and an increase in vacation entitlement from 3 to 4 weeks.

113 These increases are approximately \$15,000 greater than what Alberta proposed in its submissions before the Commission. The reasons given for selecting these levels of increase are set out in Sch. 7 of the Order under the following headings:

- 1 Accounts for inflationary erosion
- 2 Recognizes the disadvantages of the 10-year term
- 3 Recognizes the roles and responsibilities of Justices of the Peace
- 4 Overall increase is significant
- 5 Phase in of the increase and certainty

114 Alberta also increased the per diem rate for part-time sitting and part-time presiding Justices of the Peace as follows:

Part Time Sitting and Part Time Presiding Justices of the Peace

April 1, 1998 – \$460 per diem
 April 1, 1999 – \$490 per diem
 April 1, 2000 – \$490 per diem
 April 1, 2001 – \$515 per diem
 April 1, 2002 – \$515 per diem

115 These increases are approximately \$202 to \$214 greater than what Alberta proposed in its submissions before the Commission. The reasons given for adopting these amounts are set out in Sch. 7.

116 Alberta's reasons for this increase in the per diem rate state that it is based upon a calculation derived from a base salary for full-time sitting Justices of the Peace, plus additional considerations set out in Sch. 7 of the Order. The reasons state that this level of increase accounts for inflationary erosion, recognizes the roles and responsibilities of Justices of the Peace, and represents a major increase in the allocation of public resources to part-time Justices of the Peace.

traitement en guise de prestations de retraite et quatre semaines de vacances au lieu de trois.

Ces augmentations représentent environ 15 000 \$ de plus que celles proposées par la province dans ses observations devant la Commission. Les motifs invoqués à l'appui sont énoncés à l'ann. 7 du décret sous les rubriques suivantes :

[TRADUCTION]

- 1 Prise en compte de l'érosion due à l'inflation
- 2 Reconnaissance des inconvénients d'un mandat de 10 ans
- 3 Reconnaissance des rôles et responsabilités des juges de paix
- 4 Importante hausse globale
- 5 Mise en place progressive de la hausse et certitude

La province d'Alberta a également augmenté le taux quotidien de rémunération des juges de paix siégeant ou présidant à temps partiel :

[TRADUCTION] Juges de paix siégeant ou présidant à temps partiel

1^{er} avril 1998 – 460 \$ par jour
 1^{er} avril 1999 – 490 \$ par jour
 1^{er} avril 2000 – 490 \$ par jour
 1^{er} avril 2001 – 515 \$ par jour
 1^{er} avril 2002 – 515 \$ par jour

Ces hausses représentent environ 202 \$ à 214 \$ de plus que celles proposées par la province dans ses observations devant la Commission. L'annexe 7 énonce les motifs invoqués à l'appui.

Dans ses motifs, la province justifie cette augmentation du taux quotidien de rémunération en affirmant qu'elle est calculée en fonction du traitement de base des juges de paix siégeant à temps plein, plus les considérations additionnelles prévues à l'ann. 7 du décret. La hausse tient compte de l'érosion due à l'inflation, reconnaît les rôles et responsabilités des juges de paix et représente une augmentation majeure de l'allocation des ressources publiques aux juges de paix siégeant à temps partiel.

(2) Judicial History

- (a) *Court of Queen's Bench* ((2001), 93 Alta. L.R. (3d) 358, 2001 ABQB 650; (2001), 3 Alta. L.R. (4th) 59, 2001 ABQB 960)

The respondents challenged the constitutionality of ss. 2(a), 2(f) and 2(g) of the Order. They claimed these sections violate the judicial independence of Alberta's Justices of the Peace. The trial judge allowed their application. He rejected Alberta's argument that some lesser standard of protection is required for Justices of the Peace. He then examined Alberta's reasons for rejecting the Commission's recommendations and found that they did not pass the test of simple rationality. He found that, apart from the alleged errors made by the Commission, there were no rational reasons for the rejection. The trial judge declared ss. 2(a), 2(f) and 2(g) of the Order to be unconstitutional. As a remedy, it was ordered that the Commission's report be binding and that solicitor-client costs be paid to the respondents.

- (b) *Court of Appeal* ((2002), 16 Alta. L.R. (4th) 244, 2002 ABCA 274)

(i) Majority (Paperny and Picard J.J.A.)

The majority of the Alberta Court of Appeal agreed with the trial judge and dismissed Alberta's appeal. Paperny J.A. emphasized the constitutional nature of the commission process. She held that the reasons did not withstand scrutiny under the "constitutional microscope" (para. 81). On her interpretation of the *Reference*, the standard of simple rationality is a high standard. It demands "a thorough and searching examination of the reasons proffered" (para. 108). Her interpretation of the principles set out in the *Reference* is at paras. 111-15. Paperny J.A. found (at para. 149) that Alberta failed to demonstrate the "extraordinary circumstances" she thought were required to justify the rejection of any portion of the Commission's report. She held that Alberta's

(2) Historique des procédures judiciaires

- a) *Cour du Banc de la Reine* ((2001), 93 Alta. L.R. (3d) 358, 2001 ABQB 650; (2001), 3 Alta. L.R. (4th) 59, 2001 ABQB 960)

Les intimés ont contesté la constitutionnalité des al. 2a), f) et g) du décret. Ils ont prétendu que ces dispositions portent atteinte à l'indépendance des juges de paix de l'Alberta. Le juge de première instance a fait droit à leur demande. Il a rejeté l'argument de la province qu'une norme de protection moins élevée s'applique aux juges de paix. Il a ensuite examiné les motifs invoqués par la province pour rejeter les recommandations de la Commission et a conclu qu'ils ne satisfaisaient pas au critère de la simple rationalité. Il a estimé que, à part les erreurs que la Commission aurait commises, aucun motif rationnel ne justifiait le rejet. Le juge de première instance a déclaré inconstitutionnels les al. 2a), f) et g) du décret. En ce qui concerne la réparation, il a statué que le rapport de la Commission devait avoir force obligatoire et que les intimés avaient droit aux dépens sur la base avocat-client.

- b) *Cour d'appel* ((2002), 16 Alta. L.R. (4th) 244, 2002 ABCA 274)

(i) Juges majoritaires (juges Paperny et Picard)

La Cour d'appel de l'Alberta a souscrit, à la majorité, à la décision du juge de première instance et a rejeté l'appel interjeté par la province. La juge Paperny a insisté sur le caractère constitutionnel du recours à une commission. Elle a statué que les motifs ne résistaient pas à [TRADUCTION] « un examen poussé fondé sur la Constitution » (par. 81). Selon son interprétation du *Renvoi*, la norme de la simple rationalité est une norme élevée. Elle exige [TRADUCTION] « un examen approfondi et rigoureux des motifs invoqués » (par. 108). La juge Paperny expose aux par. 111-115 son interprétation des principes formulés dans le *Renvoi*. Elle a estimé que la province n'avait pas démontré l'existence des [TRADUCTION] « circonstances extraordinaires » (par. 149) qui, selon elle, étaient

reasons did not meet the test of simple rationality. The appeal was dismissed with solicitor-client costs throughout.

(ii) Côté J.A. (Dissenting in Part)

119 Côté J.A., dissenting in part, stated that the standard of review is a fairly lax one, i.e., that of simple rationality. He examined each of the Government's reasons for rejecting the recommended salary increase and identified (a) Government reasons for rejection which recognize demonstrable errors made by the Commission; (b) Government reasons for rejection which, although not alleging demonstrable error by the Commission, pass the test of simple rationality; and (c) Government reasons for rejection which fail the test of simple rationality. He concluded that while some of the reasons were sufficient, others were not. This did not pass muster.

120 As a remedy, Côté J.A. would have ordered the Lieutenant Governor in Council to reconsider the matter in light of the court's special directions. He would not have awarded solicitor-client costs.

(3) Application

(a) *Do Alberta's Justices of the Peace Require Some Lesser Degree of Judicial Independence in the Commission Context?*

121 It was submitted by Alberta that the judicial independence of Justices of the Peace does not warrant the same degree of constitutional protection that is provided by an independent, objective commission. We disagree. As recognized in the Commission's report, at pp. 7-18, Justices of the Peace in Alberta exercise an important judicial role. Their function has expanded over the years and requires constitutional protection. See *Ell*, at paras. 17-27, *per* Major J. In any event, Alberta has already provided an independent commission process through the *Justices of the Peace*

nécessaires pour justifier le rejet de toute partie du rapport de la Commission. Elle a statué que les motifs avancés par la province ne satisfaisaient pas au critère de la simple rationalité. Le pourvoi est rejeté, avec dépens sur la base avocat-client dans toutes les cours.

(ii) Le juge Côté (dissident en partie)

Le juge Côté, dissident en partie, a affirmé que la norme de contrôle est assez souple, c'est-à-dire qu'il s'agit de celle de la simple rationalité. Il a examiné chacun des motifs invoqués par le Gouvernement pour rejeter l'augmentation salariale recommandée et a indiqué a) les motifs de rejet du Gouvernement qui reconnaissent les erreurs prouvables de la Commission, b) les motifs de rejet du Gouvernement qui, bien qu'ils n'allèguent pas d'erreurs prouvables de la part de la Commission, satisfont au critère de la simple rationalité, et c) les motifs de rejet du Gouvernement qui ne satisfont pas au critère de la simple rationalité. Il a conclu que certains des motifs sont suffisants et que d'autres ne le sont pas. Cela n'était pas acceptable.

Pour ce qui est de la réparation, le juge Côté aurait ordonné au lieutenant-gouverneur en conseil de réexaminer l'affaire en tenant compte des directives spéciales de la cour. Il n'aurait pas adjugé de dépens sur la base avocat-client.

(3) Application

a) *Dans le contexte de la Commission, un degré d'indépendance moins élevé pour les juges de paix de l'Alberta se justifie-t-il?*

La province d'Alberta a soutenu que l'indépendance des juges de paix ne commande pas la même protection constitutionnelle que celle garantie par une commission indépendante et objective. Nous ne sommes pas d'accord. Comme l'a reconnu la Commission dans son rapport (p. 7-18), les juges de paix de l'Alberta exercent des fonctions judiciaires importantes. Leur rôle a pris de l'ampleur au fil des ans et il exige une protection constitutionnelle (voir *Ell*, par. 17-27, le juge Major). De toute façon, l'Alberta a déjà prévu un processus d'examen par une commission indépendante lorsqu'elle

Compensation Commission Regulation. This process must be followed.

(b) *Do Alberta's Reasons Satisfy the "Rationality" Test?*

As outlined above, Alberta accepted the bulk of the Commission's recommendations. However, it rejected the specific level of increase and substituted a modified amount. Its reasons for doing so are set out in Schs. 6 and 7 of the Order. Do these reasons pass the test of "rationality"?

To pass the test of rationality, the reasons must be legitimate. At this stage, the role of the reviewing court is to ensure that the reasons for rejecting a commission's recommendations are not political or discriminatory. Schedule 6 of the Order sets out eight reasons for rejecting the specific level of increase recommended by the Commission. The reasons do not reveal political or discriminatory motivations. They consider the overall level of increase recommended, comment upon the Government's responsibility to properly manage fiscal affairs, and examine various comparator groups such as 5-year Crown counsel, directors and chief Crown prosecutors, *ad hoc* Crown counsel, lawyers paid according to the legal aid tariff, senior government employees, Justices of the Peace in other jurisdictions, and Provincial Court judges. In its reasons, Alberta disagreed with the two-thirds ratio of comparison which the Commission gave to Provincial Court judges. It gave reasons for its disagreement. These reasons included the differing nature of the judicial offices and the fact that many Justices of the Peace are not full time and carry on their law practices while continuing to hold office. The reasons in Sch. 6, when viewed as a whole, reveal neither political nor discriminatory motivations.

Alberta's reasons are legitimate. They reflect the public interest in having a commission process,

a adopté le règlement intitulé *Justices of the Peace Compensation Commission Regulation*. Il faut suivre ce processus.

b) *Les motifs invoqués par la province d'Alberta satisfont-ils au critère de la « rationalité »?*

Comme nous l'avons dit précédemment, la province d'Alberta a accepté la grande majorité des recommandations de la Commission, mais elle a rejeté les hausses recommandées et a plutôt proposé un montant modifié. Les motifs de cette décision sont énoncés aux ann. 6 et 7 du décret. Ces motifs satisfont-ils au critère de la « rationalité »?

Pour satisfaire au critère de la rationalité, les motifs doivent être légitimes. À cette étape, le rôle du tribunal saisi du contrôle judiciaire consiste à s'assurer que les motifs de rejet des recommandations d'une commission ne sont ni politiques ni discriminatoires. L'annexe 6 du décret énonce huit motifs de rejet des hausses recommandées par la Commission. Les motifs ne révèlent pas qu'ils sont dictés par des considérations politiques ou discriminatoires. Dans ses motifs, la province tient compte des hausses globales recommandées, commente l'obligation pour le Gouvernement de gérer judicieusement les finances publiques et passe en revue divers groupes de référence tels les avocats de la Couronne ayant cinq ans d'expérience, les directeurs et les substituts en chef du procureur général, les avocats de la Couronne *ad hoc*, les avocats payés selon le tarif de l'aide juridique, les hauts fonctionnaires, les juges de paix des autres provinces et territoires et les juges de cours provinciales. Dans ses motifs, la province a exprimé son désaccord au sujet du coefficient de comparaison de deux tiers que la Commission accorde aux juges de cours provinciales. Elle a expliqué son désaccord, invoquant notamment les différences entre les charges judiciaires et le fait que de nombreux juges de paix ne siègent pas à temps plein et continuent d'exercer le droit tout en agissant comme juges de paix. Globalement, les motifs à l'ann. 6 ne semblent pas être dictés par des considérations politiques ou discriminatoires.

Les motifs fournis par la province sont légitimes. Ils reflètent l'intérêt du public à ce qu'il y ait recours

122

123

124

i.e., the depoliticization of the remuneration process and the need to preserve judicial independence. Alberta points to its duty to allocate public resources, but still accepts the Commission's recommendation that an increase in compensation is needed; see s. 2(a) of the Order and the reasons set out in Sch. 1.

à une commission, c'est-à-dire dépolitisation du mécanisme d'examen de la rémunération des juges et nécessité de préserver leur indépendance. La province invoque ses obligations en matière d'allocation des ressources publiques, mais elle convient avec la Commission qu'une hausse de la rémunération s'impose; voir l'al. 2a) du décret et les motifs énoncés à l'ann. 1.

125 The reasons given for rejecting the specific levels of compensation illustrate Alberta's desire to compensate its Justices of the Peace in a manner consistent with the nature of the office. They address the Commission's recommendations. They are not bald expressions of rejection or disapproval. They clearly state the reasons for variation and explain why Alberta attributed different weights to the comparator groups. They explain why these comparator groups are relevant.

Les motifs invoqués pour rejeter les niveaux de rémunération recommandés illustrent la volonté de la province de rémunérer ses juges de paix en fonction de la nature de leur charge. Ils répondent aux recommandations de la Commission. Il ne s'agit pas de simples déclarations rejetant ou désapprouvant les recommandations. Ils indiquent clairement les raisons des écarts et expliquent la raison pour laquelle la province a accordé un poids différent aux divers groupes de référence. Ils expliquent pourquoi ces groupes de référence sont pertinents.

126 Schedule 7 explains why Alberta chose the level of compensation it did. The reasons recognize the role and responsibilities of Justices of the Peace and reveal a genuine attempt to identify appropriate comparators for this judicial office. These reasons are in good faith and relate to the public interest. As a result, they satisfy this branch of the "rationality" test.

L'annexe 7 explique les niveaux de traitement choisis par la province. Les motifs reconnaissent le rôle et les responsabilités des juges de paix et dénotent une véritable tentative de déterminer les éléments de comparaison appropriés pour cette charge judiciaire. Ils sont de bonne foi et concernent l'intérêt public. Ils satisfont donc à cet aspect du critère de la « rationalité ».

127 Next, it must be determined whether the reasons rely upon a reasonable factual foundation. In determining whether the reasons rely upon a reasonable factual foundation, the test is one of a deferential standard to the government. In this regard, the majority of the Court of Appeal erred. The test does not require the government to demonstrate exceptional circumstances. It simply asks: (1) Did the government indicate the factual basis upon which it sought to rely? (2) On the face of the evidence, was this reliance rational?

Il convient ensuite de déterminer si les motifs invoqués ont un fondement factuel raisonnable. À cet égard, le critère applicable est celui de la retenue envers le gouvernement. Sur ce point, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait erreur. Le critère n'exige pas que le gouvernement démontre l'existence de circonstances exceptionnelles. Les seules questions à se poser sont les suivantes : (1) Le gouvernement a-t-il indiqué le fondement factuel qu'il avait l'intention d'invoquer? (2) Compte tenu de la preuve, était-il rationnel de s'appuyer sur ce fondement factuel?

128 In its reasons, Alberta discusses general fiscal policy, various comparator groups, inflation and the roles and responsibilities of Justices of the Peace. The factual basis upon which the Government

Dans ses motifs, la province d'Alberta aborde plusieurs questions, dont la politique budgétaire, les divers groupes de référence, l'inflation et les rôles et responsabilités des juges de paix. Le fondement

sought to rely is indicated, and its reliance is, for the most part, rational.

However, there is a questionable aspect. Specifically, reason 2 in Sch. 6 and reasons 3 to 5 in Sch. 7 compare the new level of compensation with the level at which compensation was frozen in 1991. The figures it is being compared with were not the product of an independent commission process. Since the 1991 amounts were not the product of an independent commission process, their utility as a guide is limited. However, these amounts do provide a general background for the context in which the Commission was operating. To the extent that the 1991 compensation levels are used as a basis for comparison, the reasons lack a reasonable factual foundation. To the extent that the reasons are simply providing general background information, they are acceptable. It is difficult to determine precisely what effect this alleged error had on Alberta's decision to depart from the Commission's recommendation.

Finally, the government's reasons must be examined globally to ensure that the objective of the commission process has been achieved. Here, a reviewing court also plays a limited role.

It appears that the commission process in this case has been effective. Alberta accepted the bulk of the Commission's recommendations. The process was taken seriously. The reasons for variation are legitimate. Viewed globally, it appears that the process of the Commission, as a consultative body created to depoliticize the issue of judicial remuneration, has been effective.

(c) *Are Solicitor-Client Costs Appropriate?*

Both courts below awarded solicitor-client costs against Alberta. This was not warranted. Neither party has displayed reprehensible, scandalous or outrageous conduct. While the protection of judicial independence is a noble objective, it is not by

factuel que voulait invoquer le Gouvernement y est indiqué et sa décision de s'y appuyer était pour l'essentiel rationnel.

Ces motifs comportent toutefois un élément contestable. En particulier, le motif 2 de l'ann. 6 et les motifs 3 à 5 de l'ann. 7 comparent le nouveau niveau de rémunération à celui qui a fait l'objet d'un gel en 1991. Les chiffres servant de référence ne résultent pas d'un mécanisme indépendant. Leur utilité comme base de référence est donc limitée. Toutefois, ils fournissent des renseignements généraux qui permettent de situer la Commission dans son contexte. Les motifs n'ont pas un fondement factuel raisonnable s'ils servent de base de comparaison, mais ils sont acceptables s'ils servent simplement à fournir des renseignements généraux. Il est difficile de déterminer avec précision l'effet de l'erreur alléguée sur la décision de la province de s'écarter des recommandations de la Commission.

Enfin, il faut examiner globalement les motifs du gouvernement pour vérifier si l'objectif du recours à une commission a été atteint. À cet égard, le tribunal saisi du contrôle judiciaire joue également un rôle limité.

Il semble que le recours à une commission en l'espèce a été efficace. La province a accepté la grande majorité des recommandations de la Commission. Elle a pris au sérieux le mécanisme. Les motifs qu'elle a invoqués pour justifier les modifications sont légitimes. Globalement, il semble que le recours à la Commission, en tant qu'organisme consultatif mis sur pied pour dépoliticiser l'examen de la rémunération des juges, a été efficace.

c) *Y a-t-il lieu d'adjuger des dépens sur la base avocat-client?*

Les deux juridictions inférieures ont condamné la province d'Alberta à payer des dépens sur la base avocat-client. Ce n'était pas justifié. Aucune partie ne s'est comportée de façon répréhensible, scandaleuse ou choquante. Certes, la protection de

129

130

131

132

itself sufficient to warrant an award of solicitor-client costs in the case at bar; see *Mackin*, at paras. 86-87, *per* Gonthier J.

(4) Remedy

133

Although the bulk of Alberta's reasons pass the test of "rationality", those which compare the new salary with the 1991 salary do not rely upon a reasonable factual foundation. This was objected to by the respondents, but without a compelling argument to support the objection. A court should not intervene every time a single reason is questionable, particularly when the others are rational. To do so would invite litigation, conflict and delay in implementing the individual salaries. This is antithetical to the object of the commission process. When viewed globally, the commission process appears to have been effective and the setting of judicial remuneration has been "depoliticized". As a result, the appeal is allowed with costs throughout.

D. *Quebec*

134

Three of the appeals that the Court heard together originate from the province of Quebec. In two of them, the Attorney General of Quebec seeks the reversal of judgments in which the Quebec Court of Appeal held that the responses of the Quebec government and National Assembly to a report of a compensation committee on the salaries and benefits of provincially appointed judges of the Court of Québec and the municipal courts of the cities of Laval, Montreal and Quebec City had not met the constitutional standard; the Court of Appeal ordered the Government and the Minister of Justice to follow and implement the compensation committee's first 11 recommendations (*Quebec (Attorney General) v. Conférence des juges du Québec*, [2004] R.J.Q. 1450, [2004] Q.J. No. 6622 (QL); *Minc v. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 1475). In a third appeal, the Conférence des juges municipaux du Québec, which represents municipal court judges outside Laval, Montreal and Quebec

l'indépendance de la magistrature représente un noble objectif, mais, en l'espèce, elle ne justifie pas en soi l'adjudication des dépens sur la base avocat-client (voir *Mackin*, par. 86-87, le juge Gonthier).

(4) Réparation

Bien que la grande majorité des motifs fournis par l'Alberta satisfassent au critère de la « rationalité », ceux qui comparent les nouveaux traitements à ceux de 1991 n'ont pas un fondement factuel raisonnable. Les intimés ont contesté cette conclusion mais n'ont pas produit d'argument convaincant pour étayer leur thèse. Un tribunal ne devrait pas intervenir chaque fois qu'un seul motif est discutable, surtout si les autres motifs demeurent rationnels. Une telle façon de procéder entraînerait des poursuites, des conflits et des retards dans la mise en œuvre des recommandations concernant les salaires individuels. C'est l'antithèse de l'objectif du recours à une commission. Dans l'ensemble, le mécanisme semble avoir été efficace et la détermination de la rémunération des juges était « dépolitisée ». En conséquence, le pourvoi est accueilli, avec dépens dans toutes les cours.

D. *Québec*

Trois des pourvois que la Cour a entendus conjointement proviennent du Québec. Dans deux de ces pourvois, le procureur général du Québec a demandé l'annulation des arrêts rendus par la Cour d'appel du Québec. Celle-ci y a statué que les réponses du Gouvernement et de l'Assemblée nationale du Québec au rapport du comité de rémunération chargé d'examiner les traitements et avantages consentis aux juges de nomination provinciale de la Cour du Québec et des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec ne respectaient pas la norme constitutionnelle; la Cour d'appel a ordonné au Gouvernement et au ministre de la Justice de suivre et mettre en œuvre les 11 premières recommandations du comité de rémunération (*Québec (Procureur général) c. Conférence des juges du Québec*, [2004] R.J.Q. 1450; *Minc c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 1475). Dans le troisième pourvoi, la Conférence des juges municipaux du Québec, qui représente les juges

City, contests the dismissal by the Court of Appeal of its motion for leave to intervene in the Attorney General's appeal in respect of the municipal court judges of Laval, Montreal and Quebec City. These three appeals were joined.

The disposition of these Quebec appeals will require the Court to consider and apply the general principles set out above in respect of the nature and process of the judicial compensation committee within the legal framework established by the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16. In addition, in the appeal of the Conférence des juges municipaux, we will need to address specific issues concerning aspects of the civil procedure of Quebec which are raised in its motion for leave to intervene.

(1) Background

The cases under consideration are the latest episodes in a long-running history of difficulties and tension between the Government of Quebec and provincially appointed judges, both before and after our Court's ruling in the *Reference*. Although judicial compensation committees were set up as far back as 1984 and although they duly reported, their reports were mostly shelved or ignored, at least in respect of their key recommendations. Since the *Reference*, the responses to the successive reports of the Bisson and O'Donnell Committees have led to litigation. The litigation now before the Court results from the reports of the O'Donnell Committee (*Rapport du Comité de rémunération des juges de la Cour du Québec et des cours municipales* (2001)). In order to clarify the nature of this litigation and of the problems that it raises, we will briefly review the legal framework of the judicial compensation commissions in Quebec. We will then need to consider the work of the two committees that have been set up since the *Courts of Justice Act* was amended in response to the *Reference*.

municipaux de l'extérieur de Laval, de Montréal et de Québec, conteste le rejet par la Cour d'appel de sa requête visant à obtenir l'autorisation d'intervenir dans l'appel interjeté par le procureur général relativement aux juges des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec. Ces trois pourvois ont été joints.

Pour trancher ces pourvois en provenance du Québec, il convient d'examiner et d'appliquer les principes généraux énoncés précédemment en ce qui concerne la nature du comité de la rémunération des juges et le recours à ce comité, en tenant compte du cadre juridique établi par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16. De plus, dans le cas du pourvoi interjeté par la Conférence des juges municipaux, nous devons examiner certaines questions précises touchant la procédure civile au Québec que la Conférence a soulevées dans sa requête d'intervention.

(1) Contexte

Ces pourvois sont les derniers épisodes d'une longue histoire de problèmes et de tensions qui, avant que la Cour ne rende sa décision dans le *Renvoi* et depuis cet arrêt, n'ont cessé d'opposer le gouvernement du Québec et les juges de nomination provinciale. Bien que des comités de la rémunération des juges aient été mis sur pied dès 1984 et qu'ils aient dûment fait rapport sur la situation, leurs rapports ont été pour la plupart écartés ou sont restés lettre morte, du moins pour ce qui est de leurs principales recommandations. Depuis le *Renvoi*, les réponses aux rapports successifs du Comité Bisson et du Comité O'Donnell ont donné lieu à des litiges. La Cour est maintenant saisie des litiges qui ont suivi la publication des rapports du Comité O'Donnell (*Rapport du Comité de rémunération des juges de la Cour du Québec et des cours municipales* (2001)). Pour clarifier la nature de ces litiges et des problèmes qu'ils soulèvent, nous analyserons brièvement le cadre juridique des comités de la rémunération des juges au Québec. Nous devons ensuite examiner les travaux des deux comités mis sur pied après la modification de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* par suite au *Renvoi*.

135

136

(a) *The Courts of Justice Act and the Legal Framework of the Judicial Compensation Committees*

137

Amendments made to the *Courts of Justice Act* in 1997 (S.Q. 1997, c. 84) put in place the legal framework for setting up judicial compensation committees. They provide for the appointment, every three years, of a judicial compensation committee to consider issues relating to salary, pension plan and other social benefits of judges of the Court of Québec and the municipal courts of Laval, Montreal and Quebec City and of judges of other municipalities' courts which fall under the *Act respecting municipal courts*, R.S.Q., c. C-72.01. Judges appointed under the latter Act may continue to practise law and may remain members of the Bar. They often work part-time and are paid on a per-sitting basis. The compensation committee has four members who sit on two three-member panels. One of the panels reports on the judges of the Court of Québec and the municipal courts of Laval, Montreal and Quebec City. The second one considers issues relating to the compensation of judges of municipal courts to which the *Act respecting municipal courts* applies (*Courts of Justice Act*, ss. 246.29, 246.30 and 246.31).

138

The committee must consider a number of factors in preparing its report:

246.42. The committee shall consider the following factors:

- (1) the particularities of judges' functions;
- (2) the need to offer judges adequate remuneration;
- (3) the need to attract outstanding candidates for the office of judge;
- (4) the cost of living index;
- (5) the economic situation prevailing in Québec and the general state of the Québec economy;
- (6) trends in real per capita income in Québec;
- (7) the state of public finances and of public municipal finances, according to the jurisdiction of each panel;

a) *La Loi sur les tribunaux judiciaires et le cadre juridique des comités de la rémunération des juges*

Les modifications apportées à la *Loi sur les tribunaux judiciaires* en 1997 (L.Q. 1997, ch. 84) ont établi le cadre juridique permettant d'instituer des comités de la rémunération des juges. Elles prévoient la constitution, tous les trois ans, d'un comité de la rémunération des juges chargé d'examiner les questions concernant le traitement, le régime de retraite et autres avantages sociaux dont bénéficient les juges de la Cour du Québec et les juges des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec ainsi que les juges des autres cours municipales auxquelles s'applique la *Loi sur les cours municipales*, L.R.Q., ch. C-72.01. Les juges nommés en vertu de cette loi peuvent continuer d'exercer le droit et rester membres du barreau. Ils travaillent souvent à temps partiel et ils sont rémunérés à la séance. Le comité de la rémunération est formé de quatre membres, qui siègent en deux formations de trois membres. L'une des formations fait rapport sur les juges de la Cour du Québec et des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec. L'autre formation examine les questions relatives à la rémunération des juges des cours municipales auxquelles s'applique la *Loi sur les cours municipales* (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, art. 246.29, 246.30 et 246.31).

Dans son rapport, le comité doit prendre en considération divers facteurs :

246.42. Le comité prend en considération les facteurs suivants :

- 1° les particularités de la fonction de juge;
- 2° la nécessité d'offrir aux juges une rémunération adéquate;
- 3° la nécessité d'attirer d'excellents candidats à la fonction de juge;
- 4° l'indice du coût de la vie;
- 5° la conjoncture économique du Québec et la situation générale de l'économie québécoise;
- 6° l'évolution du revenu réel par habitant au Québec;
- 7° l'état des finances publiques ou des finances publiques municipales, selon la formation compétente;

(8) the level and prevailing trend of the remuneration received by the judges concerned, as compared to that received by other persons receiving remuneration out of public funds;

(9) the remuneration paid to other judges exercising a similar jurisdiction in Canada;

(10) any other factor considered relevant by the committee.

The panel having jurisdiction with regard to the judges of the municipal courts to which the Act respecting municipal courts [c. C-72.01] applies shall also take into consideration the fact that municipal judges exercise their functions mainly on a part-time basis.

The committee must report within six months. The Minister of Justice must then table the report in the National Assembly within ten days, if it is sitting. If the National Assembly is not sitting, this must be done within ten days of the resumption of its sittings (s. 246.43). The National Assembly may approve, reject or amend some or all of the committee's recommendations by way of a resolution, which must state the reasons for its decision. Should the National Assembly fail to adopt a resolution, the government must take the necessary measures to implement the report's recommendations (s. 246.44).

(b) *The Judicial Compensation Committee Process After 1997*

The judicial compensation committees which have reported since 1997 were created pursuant to the *Courts of Justice Act*. The first one was appointed late in 1997. Its chair was the Honourable Claude Bisson, a former Chief Justice of Quebec. The Bisson Committee reported in August 1998 (*Rapport du Comité de la rémunération des juges de la Cour du Québec et des cours municipales* (1998)). Its report recommended significant adjustments to judicial salaries and benefits. The initial response of the Quebec government was to reject the recommendations on salaries. Litigation ensued. The Superior Court of Quebec held that the response did not meet constitutional standards and remitted the matter to the National Assembly for reconsideration (*Conférence des juges du Québec v. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 744). The

8° l'état et l'évolution comparés de la rémunération des juges concernés d'une part, et de celle des autres personnes rémunérées sur les fonds publics, d'autre part;

9° la rémunération versée à d'autres juges exerçant une compétence comparable au Canada;

10° tout autre facteur que le comité estime pertinent.

La formation compétente eu égard aux juges des cours municipales auxquelles s'applique la Loi sur les cours municipales [ch. C-72.01] prend également en considération le fait que ces juges exercent principalement leurs fonctions à temps partiel.

Le comité doit remettre son rapport dans les six mois. Le ministre de la Justice dépose ce rapport devant l'Assemblée nationale dans les 10 jours de sa réception ou, si elle ne siège pas, dans les 10 jours de la reprise de ses travaux (art. 246.43). L'Assemblée nationale peut, par résolution motivée, approuver, modifier ou rejeter en tout ou en partie les recommandations du comité. À défaut d'une telle résolution, le gouvernement prend les mesures requises pour mettre en œuvre ces recommandations (art. 246.44).

b) *Le recours aux comités de la rémunération des juges après 1997*

Les comités de la rémunération des juges qui ont fait rapport depuis 1997 ont été institués sous le régime de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Le premier comité a été créé à la fin de 1997. Il était présidé par l'honorable Claude Bisson, ancien juge en chef du Québec. Le Comité Bisson a déposé son rapport en août 1998 (*Rapport du Comité de la rémunération des juges de la Cour du Québec et des cours municipales* (1998)). Il y recommandait d'importants rajustements aux traitements et avantages consentis aux juges. Dans sa première réponse, le gouvernement du Québec a rejeté les recommandations salariales, ce qui a donné lieu à des litiges. La Cour supérieure du Québec a statué que la réponse ne satisfaisait pas aux normes constitutionnelles et a renvoyé l'affaire à l'Assemblée nationale pour réexamen (*Conférence des juges du*

139

140

Government implemented this first report only after the Quebec Court of Appeal had held that it had a legal obligation to implement it, retroactively to July 1, 1998, in respect of judicial salaries (*Conférence des juges du Québec v. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 2803).

Québec c. Québec (Procureure générale), [2000] R.J.Q. 744). Le Gouvernement a mis en œuvre ce premier rapport seulement après que la Cour d'appel du Québec eut statué que la loi l'obligeait à le mettre en œuvre, rétroactivement au 1^{er} juillet 1998, en ce qui concerne le traitement des juges (*Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 2803).

141 In September 1999, the Bisson Committee filed a second report, on the judges' pension plan and benefits, which lead to a new round of litigation (*Rapport du Comité de la rémunération des juges de la Cour du Québec et des cours municipales (Régime de retraite et avantages sociaux reliés à ce régime et aux régimes collectifs d'assurances)* (1999)). At first, the Government rejected the recommendations. After a constitutional challenge, it reversed its stand and stated its intention to implement the recommendations. Nevertheless, litigation in respect of this second report continued in the Superior Court and in the Court of Appeal until 2003; this litigation related to delays in implementation and to remedies.

En septembre 1999, le Comité Bisson a déposé un deuxième rapport, sur le régime de retraite et les avantages des juges, ce qui a donné lieu à une nouvelle série de litiges (*Rapport du Comité de la rémunération des juges de la Cour du Québec et des cours municipales (Régime de retraite et avantages sociaux reliés à ce régime et aux régimes collectifs d'assurances)* (1999)). Le Gouvernement a tout d'abord rejeté les recommandations. Après une contestation constitutionnelle, il est revenu sur sa position et a indiqué son intention de mettre en œuvre les recommandations. Les litiges concernant ce deuxième rapport se sont néanmoins poursuivis jusqu'en 2003 devant la Cour supérieure et devant la Cour d'appel à propos des retards dans la mise en œuvre et aux réparations.

142 In the meantime, in March 2001, as required by the *Courts of Justice Act*, the Quebec government appointed a second committee, chaired by Mr. J. Vincent O'Donnell, Q.C. The Committee was split into two panels, both chaired by Mr. O'Donnell. The first one was to report on the salaries and benefits of judges of the Court of Québec and the municipal courts of Laval, Montreal and Quebec City. The mandate of the second one was limited to the compensation and benefits of the municipal judges to whom the *Act respecting municipal courts* applies. The two panels reported. The National Assembly responded. Litigation ensued. It has now reached our Court.

Entre-temps, en mars 2001, conformément à la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, le gouvernement du Québec a constitué un deuxième comité, présidé par M. J. Vincent O'Donnell, c.r. Le Comité a été séparé en deux formations, toutes deux présidées par M. O'Donnell. La première formation devait faire rapport sur les traitements et avantages consentis aux juges de la Cour du Québec et des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec. Le mandat de la seconde formation se limitait à la rémunération et aux avantages des juges des cours municipales auxquelles s'applique la *Loi sur les cours municipales*. Les deux formations ont remis leur rapport. L'Assemblée nationale y a répondu. Il s'est ensuivi des litiges. La Cour est maintenant appelée à se prononcer sur ces affaires.

(c) *The Reports of the O'Donnell Committee's Panels*

c) *Les rapports des formations du Comité O'Donnell*

143 The key part of the O'Donnell Committee report was drafted by the first panel. It dealt first with

La partie principale du rapport du Comité O'Donnell a été rédigée par la première formation.

the salary and benefits of judges of the Court of Québec. It then moved on to consider the remuneration of judges of the municipal courts of Laval, Montreal and Quebec City. The second part, drafted by the second panel, considered the particular aspects of the compensation of municipal court judges paid on a per-sitting basis.

The work of these panels appears to have been closely coordinated. The main recommendations concerned the salary of judges of the Court of Québec. The recommendations specific to municipal court judges seem to have been based on a comparative analysis of the proposals in respect of judges of the Court of Québec and the positions and responsibilities of the different categories of municipal court judges.

The Government of Quebec had objected to any significant revision of the salaries recommended by the Bisson Committee. In its opinion, as it explained in its written representations, acceptance of the Bisson Committee's recommendations had led to a substantial increase in judges' salaries. It considered the role of the O'Donnell Committee to be to propose minor, incremental revisions and based on changes which might have taken place since the Bisson report. No in-depth review of judicial compensation was warranted. The Government's position paper recommended a 4 to 8 percent increase in the first year and minor cost-of-living adjustments in the next two years. The Government advocated maintaining a rough parity with a class of senior civil servants ("*administrateur d'État I, niveau I*") that had existed since at least 1992. It expressed concerns about the impact of more substantial increases on its public sector compensation policy. It also argued that the precarious situation of the provinces' finances, which remained in a fragile and unstable condition even though the budget had recently been balanced, should be taken into account.

Elle porte tout d'abord sur les traitements et avantages consentis aux juges de la Cour du Québec. Elle aborde ensuite la question de la rémunération des juges des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec. La deuxième partie, rédigée par la deuxième formation, examine les aspects particuliers de la rémunération des juges des cours municipales rémunérés à la séance.

Il semble que les travaux de ces deux formations ont été étroitement coordonnés. Les principales recommandations touchent le traitement des juges de la Cour du Québec. Les recommandations concernant les juges des cours municipales semblent reposer sur l'analyse comparative des propositions visant les juges de la Cour du Québec et des fonctions et responsabilités des différentes catégories de juges des cours municipales.

144

Le gouvernement du Québec s'était opposé à toute révision majeure des traitements recommandés par le Comité Bisson. Il a estimé, comme il l'a indiqué dans ses observations écrites, que l'acceptation des recommandations du Comité Bisson avait entraîné une hausse substantielle du traitement des juges. À son avis, le rôle du Comité O'Donnell consiste à proposer des modifications progressives mineures compte tenu des changements survenus, le cas échéant, depuis la publication du rapport Bisson. Aucun réexamen en profondeur de la rémunération des juges n'était justifié. Dans son exposé de position, le Gouvernement a recommandé une hausse se situant entre 4 et 8 pour 100 pour la première année ainsi que des rajustements mineurs en fonction de l'augmentation du coût de la vie pour les deux années suivantes. Le Gouvernement préconisait le maintien d'une quasi-parité, qui existait depuis au moins 1992, avec une catégorie de fonctionnaires de niveau supérieur, les « administrateurs d'État I, niveau 1 ». Il se dit préoccupé par les répercussions que pourrait avoir une hausse plus importante sur sa politique de rémunération dans le secteur public. Il a également soutenu qu'il fallait tenir compte de la situation financière précaire de la province. Celle-ci était toujours fragile et instable, même si on est récemment parvenu à un budget équilibré.

145

146

The report of the first O'Donnell panel expressed substantial disagreement with the position of the Government of Quebec. In the panel's opinion, its legal mandate required it to consider issues relating to judicial compensation on their own merits, based on a proper consideration of all the relevant factors under s. 246.42 of the *Courts of Justice Act*. It gave considerable weight to the importance of the civil and criminal jurisdictions of the Court of Québec. It noted that these jurisdictions were significantly broader than those of other provincial courts in Canada and that the compensation of provincially appointed judges was nevertheless substantially lower in Quebec than in most other provinces. The panel commented that the constraints arising out of the precarious state of the provinces' finances and of the provincial economy at the time of the Bisson Committee were no longer so compelling. It considered, in addition, that the need to increase the pool of potential candidates for vacant positions in the judiciary had to be addressed. In the end, it recommended raising the salary of judges of the Court of Québec from \$137,333 to \$180,000, with further, but smaller increases in the next two years. It also recommended a number of adjustments to other aspects of the judges' compensation and benefits, and more particularly to their pension plan.

147

On the basis of its findings and opinions regarding the nature of the jurisdiction of judges of the Court of Québec, the panel then considered the position of municipal court judges of Laval, Montreal and Quebec City. Based on a long-standing tradition, which had been confirmed by legislative provisions, these municipal court judges received the same salary and benefits as their colleagues of the Court of Québec. In the course of its review of judicial compensation, however, the O'Donnell Committee decided to raise the issue of parity and notified interested groups and parties that it intended to consider this issue. It called for submissions and representations on the question. It received a limited number of representations, and they recommended that parity be maintained. Some of them objected to any consideration of the issue

Dans son rapport, la première formation du Comité O'Donnell a exprimé son profond désaccord avec la position du gouvernement du Québec. Elle estimait qu'en vertu du mandat qui lui avait été confié par la loi, elle devait examiner sur le fond les questions liées à la rémunération des juges en tenant dûment compte des facteurs pertinents énumérés à l'art. 246.42 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Elle a accordé un poids considérable à l'étendue du champ de compétence de la Cour du Québec en matière civile et pénale. Elle a souligné que ce champ de compétence était beaucoup plus vaste que celui des autres cours provinciales au Canada et que la rémunération des juges de nomination provinciale restait, malgré tout, nettement inférieure au Québec que dans la plupart des autres provinces. Elle a mentionné que les contraintes résultant de l'état précaire des finances des provinces et de l'économie provinciale à l'époque de la publication du rapport du Comité Bisson n'étaient plus aussi déterminantes. Elle a en outre estimé essentiel d'élargir le bassin de recrutement pour la charge judiciaire. Elle a finalement recommandé de porter le traitement des juges de la Cour du Québec de 137 333 \$ à 180 000 \$, des hausses moins importantes étant prévues pour les deux années suivantes. Elle a aussi recommandé divers rajustements touchant d'autres aspects de la rémunération et des avantages des juges, en particulier leur régime de retraite.

S'appuyant sur ses constatations et opinions quant à la nature des compétences des juges de la Cour du Québec, la formation a ensuite examiné la situation des juges des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec. Selon une tradition de longue date, confirmée par des dispositions législatives, ces juges touchaient les mêmes traitements et avantages que leurs collègues de la Cour du Québec. Néanmoins, au cours de son analyse de la rémunération des juges, le Comité O'Donnell a décidé de soulever la question de la parité et a informé les intéressés de son intention d'examiner cette question. Il les a invités à lui faire part de leurs observations, tant orales qu'écrites. Il a reçu quelques mémoires, lesquels recommandaient le maintien de la parité. Certains se sont même opposés à tout examen de la question,

whatsoever and took the position that it lay outside the Committee's remit. In the end, the report recommended eliminating parity and suggested a lower pay scale for municipal judges. In its authors' opinion, the jurisdiction of the municipal courts of the three cities was significantly narrower than the jurisdiction of the Court of Québec, and this fact should be reflected in their salary and benefits.

The second O'Donnell Committee panel reported in September 2001 on the compensation of judges of the municipal courts to which the *Act respecting municipal courts* applies. These judges are paid on a per-sitting basis, with a yearly cap. They remain members of the Quebec Bar and may retain private practices. The panel considered their jurisdiction and the nature of their work. It found that their jurisdiction was narrower and their work usually less complex than those of judges of the Court of Québec and full-time municipal judges. The report based its recommendation on the assumption that parity should be abandoned and the fee schedule set at a scale that would reflect responsibilities less onerous than those of full-time judges.

(d) *The Response of the National Assembly of Quebec*

On October 18, 2001, the Minister of Justice of Quebec tabled the report in the National Assembly. He abstained from any comment at the time. On December 13, 2001, he tabled a document in response to the two reports of the O'Donnell panels; it was entitled "Réponse du gouvernement au Comité de la rémunération des juges de la Cour du Québec et des cours municipales" ("Response"). The Response stated the Government's position on the panels' recommendations. In it, the Government proposed that the most important recommendations be rejected and attempted to explain its decision regarding the proposals in respect of judicial compensation. On December 18, 2001, after a

estimant que cette fonction ne relevait pas du mandat du Comité. Finalement, le Comité a recommandé dans son rapport l'élimination de la parité et a proposé une échelle salariale inférieure pour les juges municipaux. De l'avis des auteurs du rapport, le champ de compétence des cours municipales des trois villes en question était beaucoup moins vaste que celui de la Cour du Québec et les traitements et avantages accordés aux juges de ces cours municipales doivent refléter ce fait.

La deuxième formation du Comité O'Donnell a remis en septembre 2001 son rapport sur la rémunération des juges des cours municipales auxquelles s'applique la *Loi sur les cours municipales*. Ces juges sont rémunérés à la séance, la rémunération ne devant pas dépasser le plafond annuel. Ils restent inscrits au Barreau du Québec et ils peuvent continuer d'exercer le droit en cabinet privé. Après avoir examiné leur champ de compétence et la nature de leur travail, la formation a conclu que leur champ de compétence était beaucoup plus restreint et leur travail habituellement moins complexe que ceux des juges de la Cour du Québec et des juges à temps plein des cours municipales. La recommandation formulée dans le rapport partait du principe que la parité devait être abolie et que le barème de traitement devait refléter leurs responsabilités moins lourdes que celles des juges exerçant leurs fonctions à temps plein.

d) *La réponse de l'Assemblée nationale du Québec*

Le 18 octobre 2001, le ministre de la Justice du Québec a déposé le rapport devant l'Assemblée nationale. Il s'est alors abstenu de tout commentaire. Le 13 décembre 2001, il a déposé un document en réponse aux deux rapports des formations du Comité O'Donnell : « Réponse du gouvernement au Comité de la rémunération des juges de la Cour du Québec et des cours municipales » (« Réponse »). Dans ce document, le Gouvernement exposait sa position au sujet des recommandations émises par les formations du Comité. Il préconisait le rejet des recommandations les plus importantes et tentait de justifier sa décision concernant les propositions relatives à la rémunération des juges.

debate, the National Assembly, by way of a resolution, adopted the Response without any changes.

150

The Response focussed on the recommended increase in judicial salaries. The Government decided to limit the raise of judges of the Court of Québec to 8 percent. Their salary would be fixed at \$148,320, instead of \$180,000 as of July 1, 2001, with further yearly increments of 2.5 percent and 2 percent in 2002 and 2003. The Response accepted the elimination of parity for municipal judges in Laval, Montreal and Quebec City, but limited the raise in their salary to 4 percent in 2001 and granted them the same adjustments as Court of Québec judges in 2002 and 2003. It accordingly adjusted the fees payable to judges of municipal courts to which the *Act respecting municipal courts* applies rather than accepting the fee scales recommended by the O'Donnell Committee. The Response also rejected the recommendations in respect of the provincial judges' pension plan. It also dealt with several minor matters, in respect of which it accepted a number of recommendations of the O'Donnell Committee panels. The most important issues raised by the Response were clearly salaries, pensions, and parity between judges of the Court of Québec, full-time municipal judges and municipal judges paid on a per-sitting basis. The conclusion of the Response summarized the position of the Government of Quebec as follows (at p. 24):

[TRANSLATION] Although the government is adopting several of the O'Donnell Committee's recommendations, it is departing from them significantly in respect of salary.

The Committee's recommendations are based to a large extent on the criteria of the *Courts of Justice Act* relating to the judicial function. The government considers that the previous compensation committee already took those criteria into account in 1998 and finds it hard to understand how the O'Donnell Committee, barely three years later, can recommend a 31% increase for 2001 after the judges obtained increases totalling 21% for the period from 1998 to 2001.

Après un débat le 18 décembre 2001, l'Assemblée nationale a, par résolution, approuvé sans modification la Réponse.

La Réponse portait principalement sur l'augmentation salariale recommandée pour les juges. Le Gouvernement a décidé de limiter la majoration à 8 pour 100 pour les juges de la Cour du Québec. Leur traitement s'établirait à 148 320 \$ au lieu de 180 000 \$ au 1^{er} juillet 2001, des hausses annuelles de 2,5 pour 100 et de 2 pour 100 étant prévues pour 2002 et 2003. La Réponse acceptait l'élimination de la parité pour les juges des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec, mais limitait la hausse de leur traitement à 4 pour 100 en 2001 et leur accordait pour 2002 et 2003 les mêmes rajustements que pour les juges de la Cour du Québec. Elle rajustait en conséquence les honoraires payables aux juges des cours municipales auxquelles s'applique la *Loi sur les cours municipales* au lieu d'accepter les échelles salariales recommandées par le Comité O'Donnell. Elle rejetait également les recommandations portant sur le régime de retraite des juges provinciaux. Elle abordait diverses autres questions moins importantes pour lesquelles elle a retenu plusieurs des recommandations des formations du Comité O'Donnell. Les questions les plus importantes soulevées dans la Réponse portaient clairement sur le traitement, la pension et la parité entre les juges de la Cour du Québec, les juges des cours municipales à temps plein et les juges des cours municipales rémunérés à la séance. On trouvait dans la conclusion de la Réponse un résumé de la position du gouvernement du Québec (p. 24) :

Bien que le gouvernement fasse siennes plusieurs des recommandations du Comité O'Donnell, il s'en démarque de façon importante au niveau du traitement.

Les recommandations du Comité s'appuient beaucoup sur les critères de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* qui traitent de la fonction judiciaire. Le gouvernement croit que le comité de rémunération précédent avait déjà pris en compte ces critères en 1998 et il comprend mal comment le Comité O'Donnell, à peine trois ans plus tard, peut en arriver à recommander une hausse de 31 % pour l'année 2001, alors que les juges avaient obtenu des hausses de 21 % pour la période 1998 à 2001.

The government also takes a different and more comprehensive view of the criteria set out in the *Courts of Justice Act*. It attaches the importance they merit under that Act to the criteria relating to the collective wealth of Quebecers and to fairness considered in a broader sense than that applicable to only the legal community and the private practice of law. Finally, the government disputes the Committee's assessment of the criterion relating to the need to attract outstanding candidates and notes that the O'Donnell Committee committed certain errors in this respect that distorted its assessment.

When all is said and done, the government is of the opinion that its position regarding the O'Donnell Committee's recommendations takes account, on the one hand, of the right of litigants to independent courts and, on the other hand, of the general interest of the Quebec community, of which it remains the guardian, and of that community's collective wealth.

(2) Judicial Challenges to the Response and Their Outcome

The Response was quickly challenged in court. The Conférence des juges du Québec, which represents the judges of the Court of Québec and the judges of the municipal courts of Laval, Montreal and Quebec City, filed two separate applications for judicial review of the Response in the Superior Court of Quebec. Both applications raised the issue of the rationality of the Response in respect of salaries, asserting that the Response did not meet the test of rationality established by the *Reference*. The application of the municipal court judges raised the additional issue of parity. In this respect, it was more in the nature of an attack on the process and on the O'Donnell Committee's report than on the Response itself. It alleged that the question of parity had not been part of the mandate of the Committee, which had raised it *proprio motu*, and that there had been breaches of the principles of natural justice. The application thus faulted the rationality of the Response on the ground that it had failed to reject this particular recommendation. The judges of the other municipal courts did not apply for judicial review. As their counsel acknowledged at the hearing before our Court, they attempted to find solutions to their difficulties by other means, given the number of problems they were facing at the time and their limited resources.

Le gouvernement fait aussi une lecture différente et plus globale des critères prévus dans la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Il accorde l'importance qui leur revient, aux termes de cette loi, aux critères qui font référence à la richesse collective des Québécois et à l'équité prise dans un sens plus large que celle applicable au seul milieu juridique et à la pratique privée du droit. Enfin, le gouvernement conteste l'appréciation faite par le Comité quant au critère relatif à la nécessité d'attirer d'excellents candidats, constatant que le Comité O'Donnell a commis, à cet égard, des erreurs qui ont faussé son appréciation.

En définitive, le gouvernement est d'avis que sa position, eu égard aux recommandations du Comité O'Donnell, tient compte, d'une part, du droit des justiciables à des tribunaux indépendants et, d'autre part, de l'intérêt général de la collectivité québécoise dont il demeure le gardien et de sa richesse collective.

(2) Contestations judiciaires de la Réponse et leur issue

La contestation de la Réponse devant les tribunaux ne s'est pas fait attendre. La Conférence des juges du Québec, qui représente les juges de la Cour du Québec et les juges des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec, a déposé devant la Cour supérieure du Québec deux demandes distinctes de contrôle judiciaire de la Réponse. On a soulevé dans ces deux demandes la rationalité de la Réponse en ce qui a trait aux traitements, affirmant qu'elle ne satisfaisait pas au critère de la rationalité établi dans le *Renvoi*. Dans leur demande, les juges des cours municipales ont en outre soulevé la question de la parité. Il s'agissait davantage dans ce cas d'une contestation du processus et du rapport du Comité O'Donnell que de la Réponse elle-même. On a allégué que la question de la parité ne relevait pas du mandat du Comité, celui-ci l'ayant soulevé de son propre chef, et qu'il y a eu violation des principes de justice naturelle. La demande contestait donc la rationalité de la Réponse parce que celle-ci n'avait pas rejeté cette recommandation particulière. Les juges des autres cours municipales n'ont pas demandé le contrôle judiciaire. Comme l'ont reconnu leurs avocats à l'audience devant la Cour, ils ont tenté de trouver des solutions à leurs difficultés par d'autres moyens, vu les nombreux problèmes auxquels ils devaient faire face à l'époque et les ressources limitées dont ils disposaient.

- 152 The outcome of the litigation in the Quebec courts was that the Response was quashed. The Superior Court and the Court of Appeal held in their judgments that the Response did not meet the test of rationality. The Government would have been required to implement the O'Donnell Committee's first 11 recommendations if the judgments had not been appealed to our Court.
- 153 Despite disagreements on certain aspects of these cases, the Superior Court and the Court of Appeal agreed that the Government of Quebec had failed to establish a rational basis for rejecting the O'Donnell Committee's recommendations in respect of judicial compensation and pensions. In their opinion, the Response had addressed neither the recommendations nor the basis for them. The Superior Court went further and would have imposed an additional burden on the appellants. It asserted that the Response should have demonstrated that the recommendations of the compensation commission were unreasonable. The Court of Appeal disagreed on this point. Nevertheless, applying the simple rationality test, it held that the Government had not stated and demonstrated proper grounds for rejecting the recommendations. In its view, the Response came down to an expression of disagreement with the recommendations and a restatement of the positions advanced by the Government during the Committee's deliberations.
- 154 The Quebec courts also faulted the Response for failing to reject the recommendations on parity between judges of the Court of Québec and judges of the municipal courts of Laval, Montreal and Quebec City. Their reasons for judgment targeted the process of the O'Donnell Committee. In their opinion, the Committee had no mandate even to consider the issue. Moreover, the way it had raised and reviewed the issue breached fundamental principles of natural justice. The courts below found that insufficient notice had been given and that interested parties had not been given a sufficient opportunity to make representations.
- Les litiges devant les tribunaux du Québec ont eu pour résultat l'annulation de la Réponse. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont statué que celle-ci ne satisfaisait pas au critère de la rationalité. Le Gouvernement aurait été tenu de mettre en œuvre les 11 premières recommandations du Comité O'Donnell si les jugements n'avaient pas été portés en appel devant la Cour.
- Malgré leur divergence d'opinion sur certains aspects de ces causes, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont convenu que le gouvernement du Québec n'avait pas démontré l'existence d'un fondement rationnel justifiant le rejet des recommandations du Comité O'Donnell se rapportant au traitement et à la pension des juges. Elles ont estimé que la Réponse ne tenait compte ni des recommandations et ni de leur fondement factuel. La Cour supérieure est allée plus loin et aurait imposé un fardeau additionnel aux appelants. Elle a affirmé que la Réponse aurait dû démontrer le caractère déraisonnable des recommandations du Comité de la rémunération. La Cour d'appel n'était pas d'accord sur ce point. Quoi qu'il en soit, appliquant le critère de la simple rationalité, elle a conclu que le Gouvernement n'avait pas démontré l'existence de motifs justifiant le rejet des recommandations. Elle a considéré que la Réponse se ramenait à une désapprobation des recommandations et à une reformulation des positions qu'avait fait valoir le Gouvernement devant le Comité.
- Les tribunaux du Québec ont également trouvé matière à critiquer la Réponse parce qu'elle ne rejetait pas les recommandations concernant la parité entre les juges de la Cour du Québec et ceux des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec. Ils se sont attaqués dans leurs motifs au mécanisme suivi par le Comité O'Donnell. Ils ont estimé que le Comité n'avait même pas pour mandat d'examiner la question de la parité. De plus, la manière dont il avait soulevé cette question et l'avait analysée contrevenait aux principes fondamentaux de justice naturelle. Les tribunaux d'instance inférieure ont estimé que l'avis donné était insuffisant et que les parties intéressées n'avaient pas vraiment eu l'occasion de faire valoir leurs points de vue.

In its judgment, the Court of Appeal rejected a late attempt by the Conférence des juges municipaux du Québec to challenge the Response to the recommendations of the second O'Donnell Committee panel. The Conférence des juges municipaux had sought leave to intervene in the two appeals then pending before the court in order to bring before the court the concerns of its members about the validity of the Response and the Committee's process. The Court of Appeal refused to grant leave to intervene. It held that the application was an inadmissible attempt to challenge the constitutional validity of the Response after the normal time had expired, and in breach of all relevant rules of Quebec civil procedure.

(3) Analysis and Disposition of the Issues in the Quebec Appeals

(a) *The Issues*

The issues raised in these appeals are mostly related to the issues in the other cases that were joined with them for hearing by this Court. The main question remains whether the Response meets the rationality test we described above, within the framework set out in the *Courts of Justice Act*. We will consider this question first, before moving on to the narrower issues concerning municipal judges, parity and the fate of the application for leave to intervene of the Conférence des juges municipaux du Québec.

(b) *The Response in Respect of Judicial Compensation and Pensions*

The question of the rationality of the Response is critical to the fate of these appeals, subject to the particular procedural difficulties raised in the appeal of the Conférence des juges municipaux du Québec. The Attorney General of Quebec takes the position that the Government met the rationality test, because it gave legitimate reasons for rejecting the recommendations. He asserts that the Response addressed objectives which were in

Dans sa décision, la Cour d'appel a rejeté la dernière tentative de la Conférence des juges municipaux du Québec de contester la Réponse aux recommandations de la deuxième formation du Comité O'Donnell. La Conférence des juges municipaux avait demandé l'autorisation d'intervenir dans les deux appels en instance devant la cour afin de lui exposer les préoccupations de ses membres au sujet de la validité de la Réponse et du mécanisme suivi par le Comité. La Cour d'appel lui a refusé l'autorisation. Elle a statué que la demande constituait une tentative inacceptable de contester la constitutionnalité de la Réponse après l'expiration du délai normal et qu'elle contrevenait à toutes les règles pertinentes de procédure civile applicables au Québec.

(3) Analyse des questions en litige dans les pourvois en provenance du Québec et décision

a) *Les questions en litige*

Les questions soulevées par ces pourvois se rapportent pour la plupart à celles que nous avons examinées dans les autres affaires qui ont été jointes pour audition devant la Cour. Il reste essentiellement à examiner si la Réponse satisfait au critère de la rationalité que nous avons décrit précédemment, dans le cadre établi par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Nous analyserons d'abord cette question, avant de passer à l'étude des questions plus limitées qui concernent les juges municipaux, soit la parité et le sort de la demande d'autorisation d'intervenir présentée par la Conférence des juges municipaux du Québec.

b) *La Réponse quant à la rémunération et aux pensions des juges*

La question de la rationalité de la Réponse est cruciale pour le sort des présents pourvois, sous réserve des difficultés d'ordre procédural soulevées dans le pourvoi interjeté par la Conférence des juges municipaux du Québec. Le procureur général du Québec prétend que le Gouvernement a satisfait au critère de la rationalité puisqu'il a fourni des motifs légitimes pour rejeter les recommandations. Il affirme que la Réponse tenait compte d'objectifs

155

156

157

the public interest and were not discriminatory in respect of the judiciary. The Government's main disagreement, from which all the others flowed, was with what it viewed as an unreasonable and excessive salary increase.

158

According to the Attorney General, several factors justified rejecting the recommendations on judicial salaries. First, no substantial revision was warranted. The recommendations of the Bisson Committee had just been implemented and the judges had already had the benefit of substantial increases. In the absence of important changes in their duties and of evidence of difficulties in filling vacant positions, and given the prevailing economic conditions in Quebec, the limited 8 percent adjustment recommended in the Response was, in the Government's opinion, justified. Second, the Attorney General emphasizes that the Government was not bound by the weight given to relevant factors by the Committee. It could rely on its own assessment of the relative importance of these factors at the time. The judicial compensation committee process remained consultative. Responsibility for the determination of judicial remuneration rested with the Government and the National Assembly.

159

In our comments above, we emphasized the limited nature of judicial review of the Response. Courts must stand back and refrain from intervening when they find that legitimate reasons have been given. We recognize at this stage of our inquiry that the Response does not evidence any improper political purpose or intent to manipulate or influence the judiciary. Nevertheless, on the core issue of judicial salaries, the Response does not meet the standard of rationality. In part at least, the Response fails to address the O'Donnell Committee's most important recommendations and the justifications given for them. Rather than responding, the Government appears to have been content to restate its original position without answering certain key justifications for the recommendations.

d'intérêt public qui n'entraînaient pas de discrimination à l'égard des juges. Son principal point de désaccord, dont découlaient toutes les autres divergences d'opinion, portait sur la hausse salariale, qui, à son avis, était déraisonnable et excessive.

Selon le procureur général, plusieurs facteurs justifiaient le rejet des recommandations salariales. Premièrement, aucune révision en profondeur n'était justifiée. Les recommandations du Comité Bisson venaient tout juste d'être mises en œuvre et les juges avaient déjà bénéficié de hausses substantielles. En l'absence de changements importants dans leurs fonctions et de la preuve qu'il était difficile de trouver des candidats pour combler les postes vacants, le Gouvernement estimait que, compte tenu de la conjoncture économique au Québec, la majoration limitée de 8 pour 100 recommandée dans la Réponse était justifiée. Deuxièmement, le procureur général souligne que le Gouvernement n'était pas tenu d'accorder le même poids que le Comité aux facteurs pertinents. Il pouvait s'en tenir à sa propre appréciation de l'importance relative de ces facteurs à l'époque. Les comités de la rémunération des juges restaient de nature consultative. La détermination de la rémunération des juges demeurait la responsabilité du Gouvernement et de l'Assemblée nationale.

Dans nos commentaires, nous avons insisté sur la nature limitée du contrôle judiciaire de la Réponse. Les tribunaux doivent prendre un certain recul et s'abstenir d'intervenir lorsqu'ils constatent l'existence de motifs légitimes. Nous reconnaissons qu'à cette étape de l'analyse la Réponse ne dénote pas l'existence d'un objectif politique illégitime ni une intention de manipuler ou d'influencer la magistrature. Toutefois, à propos de la question cruciale du traitement des juges, la Réponse ne satisfaisait pas au critère de la rationalité. En partie du moins, la Réponse ne tient pas compte des recommandations les plus importantes du Comité O'Donnell et de leur justification. Au lieu de répliquer à celles-ci, le Gouvernement semble s'être contenté de reformuler sa position initiale, sans opposer de réponse à certains des principaux motifs justifiant les recommandations.

The Government originally submitted that the Committee should not engage in a full review of judicial salaries, because one had recently been conducted by the Bisson Committee. It also stressed the need to retain a linkage with the salaries paid to certain classes of senior civil servants. It underlined its concerns about the impact of the recommendations on its overall labour relations policy in Quebec's public sector. The submissions seemed to be focussed more on concerns about the impact of the judicial compensation committee process than on the objective of the process: a review on their merits of the issues relating to judicial compensation in the province. After the Committee submitted its report, the Government's perspective and focus remained the same. Its position is tainted by a refusal to consider the issues relating to judicial compensation on their merits and a desire to keep them within the general parameters of its public sector labour relations policy. The Government did not seek to consider what should be the appropriate level of compensation for judges, as its primary concerns were to avoid raising expectations in other parts of the public sector and to safeguard the traditional structure of its pay scales.

The O'Donnell Committee had carefully reviewed the factors governing judicial compensation. It was of the view that its role was not merely to update the Bisson Committee's recommendations and that the law gave it a broader mandate.

As we have seen, each committee must make its assessment in its context. In this respect, nothing in the *Courts of Justice Act* restricted the mandate of the O'Donnell Committee when it decided to conduct a broad review of the judicial compensation of provincial judges. The recommendations of the Bisson Committee appear to indicate that it had reached the opinion that the severe constraints resulting from the fiscal and economic situation of the province of Quebec at that time prevented it from recommending what would have been the appropriate level of compensation and benefits in light of all

160
Le Gouvernement a d'abord soutenu que le Comité ne devait pas réexaminer en profondeur les traitements des juges parce que le Comité Bisson l'avait fait récemment. Il a également souligné la nécessité de conserver une corrélation avec les salaires versés à certaines catégories de hauts fonctionnaires. Il s'est dit préoccupé par l'incidence des recommandations sur sa politique globale en matière de relations du travail dans le secteur public au Québec. Dans ses observations, il semble avoir insisté davantage sur ses craintes quant aux répercussions de l'examen de la rémunération des juges par un comité que sur l'objectif même du processus, à savoir l'examen sur le fond des questions relatives à la rémunération des juges de la province. Après le dépôt du rapport du Comité, le Gouvernement a maintenu son point de vue et ses priorités. Sa position est viciée par son refus d'examiner quant au fond les questions relatives à la rémunération des juges et par son désir de continuer d'y appliquer les paramètres généraux de sa politique en matière de relations du travail dans le secteur public. Le Gouvernement n'a pas cherché à déterminer quel serait le niveau de traitement approprié pour les juges; sa principale préoccupation demeurait de ne pas élever les attentes dans d'autres secteurs de la fonction publique et de préserver la structure traditionnelle des échelles salariales.

161
Le Comité O'Donnell avait examiné attentivement les facteurs régissant la rémunération des juges. Il a estimé que son rôle ne consistait pas simplement à mettre à jour les recommandations du Comité Bisson et que la loi lui avait confié un mandat plus large.

162
Comme nous l'avons vu, chaque comité doit procéder à son évaluation dans son propre contexte. À cet égard, aucune disposition de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* ne limitait le mandat du Comité O'Donnell lorsqu'il a décidé d'effectuer un vaste examen de la rémunération des juges provinciaux. Les recommandations du Comité Bisson semblent indiquer que celui-ci avait conclu que les contraintes rigoureuses qui découlaient à l'époque de la situation financière et économique du Québec l'empêchaient de recommander ce qui aurait constitué le niveau approprié de rémunération et

relevant factors. Because those economic and fiscal constraints were no longer so severe, the O'Donnell Committee came to the view that it should make its own complete assessment of judicial compensation in the province of Quebec. This was a proper and legitimate exercise of its constitutional and legal mandate. Once the O'Donnell Committee had decided to carry out its full mandate, the constitutional principles governing the Response required the Government to give full and careful attention to the recommendations and to the justifications given for them.

163 The O'Donnell Committee thus recommended a substantial readjustment of judicial salaries in addition to the Bisson Committee's recommendations. It is fair to say that the O'Donnell Committee's report considered all the factors enumerated in s. 246.42 of the *Courts of Justice Act*. It put particular emphasis on some of them, namely, the nature of the jurisdiction of the Court of Québec, the comparison with federally appointed judges and provincial judges in other provinces, and the need to broaden the pool of applicants whenever there are vacancies to be filled. The Committee stressed that in its opinion, the Court of Québec had a substantially broader jurisdiction in civil and criminal matters than provincial courts elsewhere in Canada. In fact, its jurisdiction had become closer to that of the superior courts. However, owing to the constraints placed on the Bisson Committee by the economic conditions of the period, there remained a considerable differential in comparison with the salary of Superior Court judges. In addition, the salary of Quebec's provincially appointed judges were found to be lower than in most other provinces. On that basis, the O'Donnell Committee recommended the substantial adjustment that the Government rejected.

164 The Response failed to articulate rational reasons for rejecting the recommendations on judicial salaries. In particular, one is hard put to find any articulate argument about the scope of the civil and criminal jurisdictions of the Court of Québec and the impact of that scope on its work. The only response

avantages, compte tenu de tous les facteurs pertinents. Comme ces contraintes économiques et financières ne pesaient plus avec autant d'acuité, le Comité O'Donnell a estimé qu'il devait procéder à sa propre évaluation exhaustive de la rémunération des juges du Québec. Il s'agissait d'un exercice fondé et légitime du mandat qui lui était confié en vertu de la loi et de la Constitution. Une fois que le Comité O'Donnell eut décidé de remplir intégralement son mandat, les principes constitutionnels régissant la Réponse obligeaient le Gouvernement à porter toute son attention sur les recommandations et leur justification.

Le Comité O'Donnell a ensuite recommandé un redressement salarial substantiel pour les juges en plus de ce qui avait été recommandé par le Comité Bisson. Il n'est pas exagéré de dire que le Comité O'Donnell a examiné dans son rapport tous les facteurs énumérés à l'art. 246.42 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Il a insisté sur certains d'entre eux, notamment la nature de la compétence de la Cour du Québec, la comparaison avec les juges de nomination fédérale et les juges de nomination provinciale dans d'autres provinces ainsi que la nécessité d'élargir le bassin de recrutement pour la charge judiciaire. Le Comité a souligné que le champ de compétence de la Cour du Québec en matière civile et pénale était, à son avis, beaucoup plus vaste que celui des autres cours provinciales au Canada. En fait, il se rapprochait davantage de celui des cours supérieures. Cependant, en raison des contraintes qu'imposaient alors les conditions économiques sur le Comité Bisson, l'écart avec le traitement des juges de la Cour supérieure demeurait considérable. De plus, on a constaté que les traitements des juges nommés par le gouvernement du Québec étaient inférieurs à la plupart de ceux des autres juges de nomination provinciale. C'est ainsi que le Comité O'Donnell a recommandé le redressement substantiel qu'a rejeté le Gouvernement.

La Réponse ne fournissait pas de motifs rationnels justifiant le rejet des recommandations salariales. Il est notamment difficile d'y trouver des arguments solides au sujet de l'étendue du champ de compétence de la Cour du Québec en matière civile et pénale et de ses répercussions sur sa charge de

was that the situation had not substantially changed since the time of the Bisson report. The issue was not only change, but whether the Government had properly answered the O'Donnell Committee's recommendations, thereby meeting constitutional standards in this respect. In the end, the Response failed to respond in a legitimate manner to the critical concerns which underpinned the main recommendations of the O'Donnell Committee. This failure went to the heart of the process. It impacted on the validity of the essentials of the Response, which meant that it did not meet constitutional standards, although it must be acknowledged that it was not wholly defective.

In some respects, we would not go as far as the Court of Appeal went in its criticism of the Response. We would not deny the Government's right to assign different weights to a number of factors, provided a reasoned response is given to the recommendations. This was the case for example with the criteria and comparators adopted to create and assess a pool of applicants. This was also the case with the rejection of the recommendations in respect of the pension plans. The Government set out the basis of its position and addressed the Committee's recommendations head-on. Nevertheless, an adequate answer on a number of more peripheral issues will not save a response which is flawed in respect of certain central questions. Thus, the overall assessment of the Response confirms that it does not meet the constitutional standard of rationality. The focus of our analysis must now shift to specific issues which are of interest only to municipal judges of the province of Quebec.

(c) *The Parity Issue*

We discussed the issue of salary parity for municipal court judges of Laval, Montreal and Quebec City above. In its Response, the Government accepted that this principle would be eliminated. Given the importance of this question for the future consideration and determination of

travail. La seule réponse donnée était que la situation n'avait pas beaucoup évolué depuis la publication du rapport Bisson. Il ne s'agit pas seulement de déterminer si des changements s'étaient produits; il faut aussi se demander si le Gouvernement avait répondu comme il se devait aux recommandations du Comité O'Donnell, satisfaisant ainsi aux normes constitutionnelles à cet égard. En fin de compte, le Gouvernement n'avait pas répondu de manière légitime aux importantes préoccupations qui étaient les principales recommandations du Comité O'Donnell. Cette lacune se trouvait au cœur même du processus. Elle se répercutait sur la validité de l'essentiel de la Réponse, ce qui signifiait que celle-ci ne satisfaisait pas aux normes constitutionnelles, même s'il faut admettre qu'elle n'était pas totalement déficiente.

À certains égards, nous n'allons pas aussi loin que la Cour d'appel dans ses critiques de la Réponse. Nous reconnaissons au Gouvernement le droit d'accorder un poids différent à certains facteurs, mais il doit motiver sa réponse aux recommandations. Mentionnons, par exemple, les critères et facteurs de comparaison utilisés pour l'établissement d'un bassin de recrutement et son évaluation. Citons également le rejet des recommandations se rapportant aux régimes de retraite. Le Gouvernement a expliqué ce sur quoi reposait sa position et il s'est attaqué de front aux recommandations du Comité. Cependant, une réponse satisfaisante à des questions plus accessoires ne saurait justifier une réponse déficiente quant à certaines questions cruciales. Ainsi, l'appréciation globale de la Réponse confirme qu'elle ne satisfait pas à la norme constitutionnelle de la rationalité. Nous devons passer maintenant à l'analyse de questions particulières, qui ne concernent que les juges municipaux du Québec.

c) *La question de la parité*

Nous avons abordé plus haut la question de la parité salariale pour les juges des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec. Le Gouvernement a reconnu dans sa Réponse qu'il fallait éliminer ce principe. En raison de l'importance de cette question pour l'analyse et la

165

166

judicial salaries, it must be addressed even if the Response is quashed. With respect for the views of the Court of Appeal, to accept the recommendation in the reports of the O'Donnell Committee's panels in this respect would not breach constitutional standards. The municipal court judges of Laval, Montreal and Quebec City contested the validity of the O'Donnell Committee's report through the narrow procedure of judicial review of the Response. In this respect the Response was rational. The Government did not have to state the reasons for its agreement with recommendations which were well explained. Disagreement and disappointment with the recommendations of a report on certain issues is not a ground for contesting a Response which accepts them.

détermination futures des traitements des juges, il convient de l'examiner même si la Réponse est annulée. Je regrette de ne pouvoir souscrire au point de vue de la Cour d'appel, car l'acceptation de la recommandation formulée à cet égard dans les rapports des formations du Comité O'Donnell ne contreviendrait pas aux normes constitutionnelles. Les juges des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec ont contesté la validité du rapport du Comité O'Donnell en demandant le contrôle judiciaire de la Réponse. À cet égard, celle-ci était rationnelle. Le Gouvernement n'avait pas à justifier sa décision de souscrire à des recommandations déjà bien expliquées. Le désaccord et la déception que soulèvent les recommandations formulées au sujet de certaines questions dans un rapport ne sauraient servir de motif pour contester la Réponse dans laquelle ces recommandations sont acceptées.

167 In our opinion, this indirect challenge to the Committee's mandate and process was devoid of merit. Under the law, the Committee was given the task of reviewing all aspects of judicial compensation. The Committee put considerable emphasis on the workload of the Court of Québec. Although the issue had not been specifically mentioned, it was logical for the Committee to decide whether the same considerations should apply to municipal court judges. It was part of the review even though it might lead to the abandonment of a cherished tradition. Statutory recognition of the principle was not a bar to this review. After all, implementation of the judicial compensation committee's recommendations has often required amendments to a number of laws and regulations.

À notre avis, cette contestation indirecte du mandat du Comité et du mécanisme suivi est dénuée de fondement. La tâche confiée par la loi au Comité consistait à examiner tous les aspects de la rémunération des juges. Le Comité a beaucoup insisté sur la charge de travail de la Cour du Québec. Même si cette question n'avait pas été expressément mentionnée, il était logique qu'il décide si les mêmes considérations devaient s'appliquer aux juges des cours municipales. Cette question relevait du processus d'examen, même si cela pouvait entraîner l'abandon d'une tradition sacrée. La reconnaissance de ce principe dans la loi n'empêchait pas cet examen. Après tout, la mise en œuvre des recommandations des comités de rémunération des juges a souvent nécessité la modification de plusieurs lois et règlements.

168 The respondents' other arguments regarding a breach of natural justice fail too. First, we observed above that the committees are not courts of law or adjudicative bodies. Their process is flexible and they have considerable latitude for initiative in conducting their investigations and deliberations. In any event, the Committee gave notice of its intention to consider the issue, called for submissions and heard those who wanted to appear before it. We find no fault with the Committee's

Les autres arguments soulevés par les intimés au sujet de la violation des principes de justice naturelle sont également rejetés. Tout d'abord, nous avons fait remarquer plus haut que les comités ne constituent pas des cours de justice ni des organismes décisionnels. Leur procédure est souple et ils disposent d'une latitude considérable dans la conduite de leurs enquêtes et de leurs délibérations. De toute façon, le Comité a donné avis de son intention d'examiner cette question, il a invité

process and no breach of any relevant principle of natural justice.

(d) *Procedural Issues in the Appeal of the Conférence des juges municipaux du Québec*

The municipal judges represented by the Conférence des juges municipaux du Québec were as dissatisfied as their colleagues on the municipal courts of Laval, Montreal and Quebec City with the Response to the reports of the O'Donnell Committee's panels. Nevertheless, they decided not to apply for judicial review. When their colleagues' applications reached the Court of Appeal, they tried to join the fray. They hit a procedural roadblock when they were denied leave to intervene in the litigation.

This outcome gives rise to an impossible situation given the result of the judicial review applications launched by the other parties. The recommendations concerning the three groups of judges are closely linked. The recommendations concerning compensation levels for full-time municipal judges are based on a comparative analysis with judges of the Court of Québec. The situation of the Conférence's members is then compared with that of full-time municipal judges. Moreover, the Response is a comprehensive one. Those parts which deal with the compensation of this class of municipal judges are tainted by the flaws we discussed above. The relevant sections form but a part of a Response we have found to be constitutionally invalid. These specific parts do not stand on their own. They are no more valid than the rest of the Response. In this respect, the complete constitutional challenge launched by the other two groups of judges benefits the members of the Conférence. For this reason, their appeal and intervention should be allowed for the sole purpose of declaring that the Response is also void in

les parties intéressées à lui faire part de leurs observations et il a entendu celles qui ont voulu comparaître devant lui. Nous ne constatons aucun manquement dans la procédure suivie par le Comité ni aucune violation des principes pertinents de justice naturelle.

d) *Les problèmes d'ordre procédural dans le pourvoi interjeté par la Conférence des juges municipaux du Québec*

Les juges municipaux représentés par la Conférence des juges municipaux du Québec étaient aussi mécontents que leurs collègues des cours municipales de Laval, de Montréal et de Québec de la Réponse aux rapports des formations du Comité O'Donnell. Ils ont néanmoins décidé de ne pas demander un contrôle judiciaire. Lorsque les demandes de leurs confrères sont arrivées en Cour d'appel, ils ont tenté d'entrer dans la mêlée. Ils se sont heurtés à un obstacle d'ordre procédural lorsque l'autorisation d'intervenir dans ce litige leur a été refusée.

169

Cette dernière décision crée une situation impossible à cause du résultat des demandes de contrôle judiciaire présentées par les autres parties. Les recommandations visant les trois groupes de juges sont étroitement liées. Les recommandations se rapportant aux niveaux de rémunération des juges municipaux à temps plein reposent sur une comparaison avec le traitement des juges de la Cour du Québec. La situation des membres de la Conférence est ensuite comparée avec celle des juges municipaux à temps plein. De plus, la Réponse est globale. Les parties qui concernent la rémunération de cette catégorie de juges municipaux sont déficientes en raison des lacunes que nous avons examinées plus haut. Les sections pertinentes ne forment qu'une partie de la Réponse que nous avons jugée inconstitutionnelle. Elles ne se suffisent pas en elles-mêmes. Elles n'ont pas plus de poids que le reste de la Réponse. La contestation constitutionnelle engagée par les deux autres groupes de juges profite donc à cet égard aux membres de la Conférence. Pour ce motif, leur pourvoi devrait être accueilli et leur intervention autorisée, à seule fin de déclarer que la

170

respect of the compensation of judges of municipal courts to which the *Act respecting municipal courts* applies.

IV. Remedies and Disposition

171

For these reasons, we would dismiss the Attorney General's appeals with costs. However, those portions of the orders below which are not in accordance with these reasons must be set aside and the matter must be remitted to the Government and the National Assembly for reconsideration in accordance with these reasons. We would allow the appeal of the Conférence des juges municipaux du Québec in part and grant its application for leave to intervene, with costs, for the sole purpose of declaring that the invalidity of the Response extends to those parts of it which affect judges of the municipal courts to which the *Act respecting municipal courts* applies.

APPENDIX

[N.B.] Government Response to the 2001 JRC Recommendations

The Government has carefully considered the report of the 2001 Judicial Remuneration Commission and regrets that it is unable to accept the recommendations in their entirety.

1. WHEREAS the previous JRC established a compensation level of \$141,206 as adequate, in keeping with the Supreme Court of Canada decision on this issue, and nothing has changed since that recommendation to warrant further substantial increases;
2. WHEREAS the salaries of Provincial Court Judges rose 49.24 per cent from \$94,614 to \$141,206 in the decade from 1990 to 2000;
3. WHEREAS the salaries of provincially remunerated senior judicial officials and senior Deputy Ministers were identical until 1993;
4. WHEREAS the salaries of the most senior Deputy Ministers in New Brunswick rose by 18.93 per cent from \$94,614 to \$112,528 in the same decade;

Réponse est également annulée en ce qui concerne la rémunération des juges des cours municipales auxquelles s'applique la *Loi sur les cours municipales*.

IV. Réparations et dispositif

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter avec dépens les appels interjetés par le procureur général. Toutefois, les dispositions des ordonnances rendues par les juridictions inférieures qui sont incompatibles avec les présents motifs doivent être infirmées et l'affaire doit être renvoyée au Gouvernement et à l'Assemblée nationale pour réexamen conformément à ces motifs. Nous sommes d'avis d'accueillir en partie le pourvoi de la Conférence des juges municipaux du Québec et de faire droit à sa demande d'autorisation d'intervenir, avec dépens, à seule fin de déclarer que l'invalidité de la Réponse vise également les parties de la Réponse qui touchent les juges des cours municipales auxquelles s'applique la *Loi sur les cours municipales*.

ANNEXE

Réponse du gouvernement [du Nouveau-Brunswick] aux recommandations de la CRJ de 2001

Le gouvernement a examiné attentivement le rapport de la Commission sur la rémunération des juges de 2001 et regrette d'être dans l'impossibilité d'accepter intégralement les recommandations.

- 1) Attendu que la CRJ précédente a établi qu'un niveau de rémunération de 141 206 \$ était suffisant, conformément à la décision de la Cour suprême du Canada sur la question, et que rien n'a changé depuis la recommandation en question pour justifier d'importantes augmentations additionnelles;
- 2) attendu que le traitement des juges de la Cour provinciale a augmenté de 49,24 %, passant de 94 614 \$ à 141 206 \$ pendant la décennie de 1990 à 2000;
- 3) attendu que le traitement des juges rémunérés par la province et les salaires des sous-ministres principaux étaient identiques jusqu'en 1993;
- 4) attendu que les salaires de la plupart des sous-ministres principaux du Nouveau-Brunswick ont augmenté de 18,93 %, passant de 94 614 \$ à 112 528 \$ pendant la décennie de 1990 à 2000;

5. WHEREAS economic conditions in New Brunswick since the previous JRC recommendations do not support the salary increase proposed by the 2001 JRC which would give Provincial Court judges a one-year increase of 12.67 per cent for a cumulative 11-year increase of 68.16 per cent since 1990;

6. WHEREAS the 2001 JRC appears to have failed to address the primary purpose of independently setting judicial compensation in order to ensure judicial independence and “to protect against the possibility that judicial salaries will fall below the adequate minimum guaranteed by judicial independence”;

7. WHEREAS the 2001 JRC does not appear to have recognized the importance of setting judicial salaries within the New Brunswick context, especially since the increases proposed by the 2001 JRC far exceed changes in economic indicators in New Brunswick since the current salary was established;

8. WHEREAS the 2001 JRC appears to have made its assessment primarily upon the prospect of the salaries of federally appointed and remunerated Superior Court judges, as of 2001, rising to over \$200,000 during the next three years;

9. WHEREAS the 2001 JRC appears to have accepted the proposition that salaries of Provincial Court Judges in New Brunswick should maintain a degree of parity with that of the Judges of the Court of Queen’s Bench of New Brunswick, which is inconsistent with the positions that judicial remuneration commissions have taken in other provinces;

10. WHEREAS the issue of what the federal government pays the judges it appoints across Canada should not be so controlling a factor in setting salaries of judges paid by provinces;

11. WHEREAS the 2001 JRC does not appear to have recognized that the current salary of \$141,206, when combined with a generous pension package, was recommended by the previous JRC and, furthermore, the 2001 JRC has not demonstrated that the financial security of Provincial Court Judges has been substantially eroded since that increase;

12. WHEREAS the 2001 JRC has failed to demonstrate that a further increase of nearly 13 per cent for 2001 is necessary to maintain or achieve that security;

5) attendu que la conjoncture économique au Nouveau-Brunswick depuis le dépôt des recommandations de la CRJ précédente ne permet pas d’envisager l’augmentation de traitement proposée par la CRJ de 2001, qui accorderait aux juges de la Cour provinciale une augmentation de 12,67 % pour 1 année, soit une augmentation globale de 68,16 % pour les 11 années depuis 1990;

6) attendu que la CRJ de 2001 semble ne pas avoir abordé l’objectif principal d’établir de façon indépendante la rémunération des juges afin d’assurer l’indépendance de la magistrature et « afin d’empêcher que les traitements des juges ne tombent sous le minimum suffisant garanti par le principe de l’indépendance de la magistrature »;

7) attendu que la CRJ de 2001 ne semble pas avoir reconnu l’importance d’établir les traitements de la magistrature selon la situation du Nouveau-Brunswick, étant donné surtout que les augmentations proposées par la CRJ de 2001 dépassent de loin les changements des indicateurs économiques au Nouveau-Brunswick depuis l’établissement du traitement actuel;

8) attendu que la CRJ de 2001 semble avoir fondé son évaluation principalement sur la perspective des traitements des juges des Cours supérieures nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral qui, à compter de 2001, passeront à plus de 200 000 \$ au cours des trois prochaines années;

9) attendu que la CRJ de 2001 semble avoir accepté la proposition voulant que le traitement des juges de la Cour provinciale au Nouveau-Brunswick ait un niveau de parité avec celui des juges de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, ce qui est en contradiction avec les positions que les commissions sur la rémunération des juges ont prises dans les autres provinces;

10) attendu que la question de ce que verse le gouvernement fédéral aux juges qu’il nomme partout au Canada ne devrait pas être un facteur si déterminant dans l’établissement du traitement des juges rémunérés par les provinces;

11) attendu que la CRJ de 2001 ne semble pas avoir reconnu que le traitement actuel de 141 206 \$, allié à un régime généreux de retraite, a été recommandé par la CRJ précédente et, en outre, que la CRJ de 2001 n’a [pas] démontré que la sécurité financière des juges de la Cour provinciale ait été grandement réduite depuis l’augmentation;

12) attendu que la CRJ de 2001 n’a pas montré qu’une augmentation additionnelle de près de 13 % pour 2001 soit nécessaire pour maintenir ou atteindre une telle sécurité;

13. WHEREAS the 2001 JRC appears to have recommended increases to \$161,709 and \$169,805 in the years 2002 and 2003 respectively, plus an additional cost of living increase, not to ensure financial security for Provincial Court judges, but rather to maintain a degree of parity with the judges of the Court of Queen's Bench;

14. WHEREAS, even if it could be demonstrated that an increase of nearly 13 per cent for 2001 was necessary to achieve financial security, the 2001 JRC has not demonstrated that further increases that it has recommended in each of the next two years are warranted in order to maintain the financial security of the Provincial Court judiciary;

15. WHEREAS the recommendation of the 2001 JRC to amend the pension provisions of the *Provincial Court Act* runs counter to the recommendation of the 1998 JRC to give long-serving judges a choice between the old and new pension plans, a recommendation that was accepted as reasonable by the Provincial Court Judges' Association, especially since nothing has changed to warrant enriching the plan further;

16. WHEREAS the 2001 JRC appears to have given little, if any, weight to the substantial security afforded to Provincial Court judges by their pension plan;

17. WHEREAS the 2001 JRC failed to address the issue of whether the current remuneration is sufficient to place Provincial Court judges beyond the reasonable, or speculative, possibility that they may be tempted to gain some financial advantage in rendering decisions affecting the government and thereby lose the confidence of the public in their independence;

18. WHEREAS, as of January 31, 2001, the present remuneration package was sufficient to have attracted 50 fully qualified candidates, with an average of 20-45 years as members of the Bar, eligible for appointment to the Provincial Court of New Brunswick;

19. WHEREAS the salary recommendation of the 2001 JRC for the current year would make New Brunswick Provincial Court judges the third highest paid in the country, after Ontario and Alberta, while a New Brunswick wage earner is ranked eighth out of ten in average earnings;

20. WHEREAS Provincial Court judges have now accumulated nearly 2000 days of unused vacation, with a

13) attendu que la CRJ de 2001 semble avoir recommandé des augmentations portant le traitement à 161 709 \$ et à 169 805 \$ pour les années 2002 et 2003 respectivement ainsi qu'une augmentation additionnelle en fonction du coût de la vie, non pour assurer la sécurité financière des juges de la Cour provinciale, mais plutôt pour maintenir un niveau de parité avec les juges de la Cour du Banc de la Reine;

14) attendu que, même s'il pouvait être montré qu'une augmentation de près de 13 % pour 2001 était nécessaire pour atteindre la sécurité financière, la CRJ de 2001 n'a pas montré que les augmentations additionnelles qu'elle a recommandées pour chacune des deux prochaines années sont justifiées pour maintenir la sécurité financière des juges de la Cour provinciale;

15) attendu que la recommandation de la CRJ de 2001 en vue de modifier les dispositions de la *Loi sur la Cour provinciale* portant sur la pension de retraite va à l'encontre de la recommandation de la CRJ de 1998 visant à donner aux juges ayant de longs états de service le choix entre l'ancien régime de pension et le nouveau régime, recommandation que l'Association des juges de la Cour provinciale a acceptée comme étant raisonnable, surtout étant donné l'absence de tout changement qui justifierait une bonification additionnelle du régime;

16) attendu que la CRJ de 2001 semble n'avoir guère accordé d'importance à la sécurité considérable qu'assure aux juges de la Cour provinciale leur régime de pension;

17) attendu que la CRJ de 2001 n'a pas abordé la question de savoir si la rémunération actuelle suffit pour écarter toute possibilité raisonnable ou concevable que les juges de la Cour provinciale soient tentés d'obtenir un avantage financier en rendant des décisions touchant le gouvernement et qu'ils perdent ainsi la confiance du public à l'égard de leur indépendance;

18) attendu que, depuis le 31 janvier 2001, le régime actuel de rémunération a suffi pour attirer 50 candidates et candidats très qualifiés, qui sont membres du Barreau depuis 20,45 années en moyenne et admissibles à une nomination à la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick;

19) attendu que le traitement que recommande la CRJ de 2001 pour l'année en cours placerait les juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick au 3^e rang parmi les mieux rémunérés du pays, après ceux de l'Ontario et de l'Alberta, alors que la rémunération moyenne des salariés du Nouveau-Brunswick les place au 8^e rang sur 10;

20) attendu que les juges de la Cour provinciale ont maintenant accumulé près de 2 000 jours de vacances non

current liability to the Province of \$1,080,859, for an average carryover in excess of 79 days per judge;

21. WHEREAS the private sector life insurance carrier will not provide the level of insurance coverage recommended by the 2001 JRC and will only provide enhanced coverage through a cost increase for all members of the provincial public service enrolled in the group life insurance plan;

22. WHEREAS New Brunswick Provincial Court judges are currently in the top 5 per cent of New Brunswick wage earners, based on their present salaries;

23. WHEREAS the Government accepted that the 1998 JRC established a salary that was commensurate with maintaining the status, dignity and responsibility of the office of a judge of the Provincial Court and that an adjustment based on the rate of inflation would be sufficient to maintain that status;

24. WHEREAS the recommendation of the 2001 JRC that the salary of a judge of the Provincial Court be increased by \$12,812 plus the rate of inflation far exceeds the amount required to maintain the status, dignity and responsibility of the office;

25. WHEREAS historically Provincial Court judges in New Brunswick have never had their salaries tied to the salaries of federally appointed and remunerated judges;

26. WHEREAS non-bargaining members of the public service, unlike Provincial Court judges, have had their salary increases restricted to increase of 0.0 or 1.5 per cent per annum for over a decade, with no adjustment for the cost of living;

27. WHEREAS the JRC did not cost its recommendations and, therefore, could not know the impact these costs would have on the finances of the provincial government;

28. WHEREAS the known costs of the recommendations of the 2001 JRC for the three year period will amount to over \$3 million and will have a significant negative impact on the budget of the Province; and

29. WHEREAS the Government of New Brunswick is responsible for and accountable to the taxpayers of the Province for the prudent financial management of the affairs of the Province.

New Brunswick appeal dismissed with disbursement costs. Ontario appeal dismissed with costs.

utilisés, ce qui représente pour la province un passif à court terme de 1 080 859 \$ et un report moyen de plus de 79 jours par juge;

21) attendu que la compagnie d'assurance-vie du secteur privé ne fournira pas le niveau de couverture recommandé par la CRJ de 2001 et ne fournira une couverture améliorée que moyennant une augmentation de prime pour tous les membres des services publics provinciaux qui participent au régime d'assurance-vie collective;

22) attendu que les juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick sont actuellement parmi les 5 % les mieux rémunérés du Nouveau-Brunswick, selon leur traitement actuel;

23) attendu que le gouvernement a accepté que la CRJ de 1998 établisse un traitement suffisant pour maintenir le statut, la dignité et les responsabilités de la charge d'un juge de la Cour provinciale et qu'un rajustement fondé sur le taux de l'inflation suffirait pour maintenir ce statut;

24) attendu que la recommandation de la CRJ de 2001 portant que le traitement d'un juge de la Cour provinciale soit augmenté de 12 812 \$, plus le taux de l'inflation, dépasse largement le montant requis pour maintenir le statut, la dignité et les responsabilités de la charge;

25) attendu que, traditionnellement, le traitement des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick n'a jamais été lié aux salaires des juges nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral;

26) attendu que les augmentations salariales des membres non syndiqués des services publics, contrairement à celles des juges de la Cour provinciale, sont limitées à 0,0 % ou à 1,5 % par année depuis plus d'une décennie, sans rajustement en fonction du coût de la vie;

27) attendu que la CRJ n'a pas établi les coûts de ses recommandations et qu'elle ne pouvait donc pas savoir quelle incidence ces coûts auraient sur les finances du gouvernement provincial;

28) attendu que les coûts connus des recommandations de la CRJ de 2001 pour la période de trois années s'élèveront à plus de 3 millions de dollars et qu'ils auront une importante incidence négative sur le budget de la province;

29) attendu que le gouvernement du Nouveau-Brunswick est responsable envers les contribuables de la province de la gestion financière judicieuse des affaires de la province et qu'il doit leur en rendre compte.

Pourvoi du Nouveau-Brunswick rejeté avec paiement des débours. Pourvoi de l'Ontario rejeté

Alberta appeal allowed with costs throughout. Appeals of the Attorney General of Quebec and the Minister of Justice of Quebec dismissed with costs. Appeal of the Conférence des juges municipaux du Québec allowed in part with costs.

Solicitors for the appellants the Provincial Court Judges' Association of New Brunswick, the Honourable Judge Michael McKee and the Honourable Judge Steven Hutchinson: Myers Weinberg, Winnipeg.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by the Minister of Justice: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitors for the appellants the Ontario Judges' Association, the Ontario Family Law Judges' Association and the Ontario Provincial Court (Civil Division) Judges' Association, and for the intervener the Ontario Conference of Judges: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario, as represented by the Chair of Management Board: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the appellants Her Majesty the Queen in Right of Alberta and the Lieutenant Governor in Council: Emery Jamieson, Edmonton.

Solicitors for the respondents Chereda Bodner et al.: Code Hunter, Calgary.

Solicitors for the appellant/respondent/intervener the Attorney General of Quebec and the appellant the Minister of Justice of Quebec: Robinson Sheppard Shapiro, Montreal.

Solicitors for the respondent/intervener Conférence des juges du Québec, the respondents Maurice Abud et al., and the intervener the

avec dépens. Pourvoi de l'Alberta accueilli avec dépens dans toutes les cours. Pourvois du procureur général du Québec et du ministre de la Justice du Québec rejetés avec dépens. Pourvoi de la Conférence des juges municipaux du Québec accueilli en partie avec dépens.

Procureurs des appelants l'Association des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, l'honorable juge Michael McKee et l'honorable juge Steven Hutchinson : Myers Weinberg, Winnipeg.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de la Justice : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureurs des appelantes l'Association des juges de l'Ontario, l'Association ontarienne des juges du droit de la famille et Ontario Provincial Court (Civil Division) Judges' Association, et de l'intervenante la Conférence des juges de l'Ontario : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Ontario, représentée par le président du Conseil de gestion : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des appelants Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le Lieutenant-gouverneur en conseil : Emery Jamieson, Edmonton.

Procureurs des intimés Chereda Bodner et autres : Code Hunter, Calgary.

Procureurs de l'appellant/intimé/intervenant le procureur général du Québec et l'appellant le ministre de la Justice du Québec : Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.

Procureurs de l'intimée/intervenante la Conférence des juges du Québec, des intimés Maurice Abud et autres, et de l'intervenante

Canadian Association of Provincial Court Judges: Langlois Kronström Desjardins, Montreal.

Solicitors for the respondents Morton S. Minc et al.: McCarthy Tétrault, Montreal.

Solicitors for the appellant Conférence des juges municipaux du Québec: Cain Lamarre Casgrain Wells, Sept-Îles.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Gerrand Rath Johnson, Regina.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Joli-Coeur Lacasse Geoffrion Jetté St-Pierre, Québec.

Solicitors for the intervener the Canadian Superior Court Judges Association: Ogilvy Renault, Montreal.

L'Association canadienne des juges de cours provinciales : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Procureurs des intimés Morton S. Minc et autres : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'appelante la Conférence des juges municipaux du Québec : Cain Lamarre Casgrain Wells, Sept-Îles.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Gerrand Rath Johnson, Regina.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Joli-Coeur Lacasse Geoffrion Jetté St-Pierre, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures : Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Association of Justices of the Peace of Ontario: Blake Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the Judicial Justices Association of British Columbia: Berardino & Harris, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des juges de paix de l'Ontario : Blake Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Judicial Justices Association of British Columbia : Berardino & Harris, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

G.R. *Respondent***INDEXED AS: R. v. G.R.****Neutral citation: 2005 SCC 45.**

File No.: 30108.

2004: December 17; 2005: July 22.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC*Criminal law — Incest — Included offences — Whether offences of sexual interference and sexual assault included in offence of incest — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 662.*

R was charged with committing incest with his daughter. At trial, when asked by the trial judge whether R had put his penis into her vulva, the girl answered in the negative. Moreover, she could not say if R had tried to introduce his penis into her vulva because she could not see what he was doing. At the time of the alleged incest, the daughter was in fact between the ages of five and nine. The physical examination of the child as well as a sexual abuse profile revealed that there had been penetration although it could not be determined whether she had been penetrated by a finger, by a penis or by another object. R testified in his own defence and categorically denied having touched his daughter in a sexual manner. R was convicted of attempted incest. In the Court of Appeal, the Crown conceded that there was insufficient proof with respect to attempted incest, but argued that R should be convicted of sexual interference and sexual assault. The court acquitted R of attempted incest and held that sexual interference and sexual assault are not included offences of incest.

Held (Bastarache, LeBel, Deschamps and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, Fish and Charron JJ.: Since the same set of facts may give rise to different charges, it is fundamental to a fair trial that an accused know the charge or charges he or she must meet. The Crown did not allege that the daughter

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

G.R. *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. G.R.****Référence neutre : 2005 CSC 45.**N^o du greffe : 30108.

2004 : 17 décembre; 2005 : 22 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Inceste — Infractions incluses — Les infractions de contacts sexuels et d'agression sexuelle sont-elles comprises dans celle d'inceste? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 662.

R a été accusé d'inceste avec sa fille. Au procès, quand le juge lui a demandé si R avait mis son pénis dans sa vulve, la fille a répondu par la négative. De plus, elle n'a pas pu dire si R avait tenté d'introduire son pénis dans sa vulve parce qu'elle était incapable de voir ce qu'il faisait. Au moment où elle aurait été victime d'inceste, la fille avait, en fait, entre cinq et neuf ans. L'examen physique de l'enfant ainsi qu'un profil d'abus sexuel ont révélé qu'il y avait eu pénétration, bien qu'il fût impossible de dire si la pénétration avait été effectuée avec un doigt, le pénis ou un autre objet. Témoignant pour sa propre défense, R a catégoriquement nié s'être livré à des attouchements sexuels sur sa fille. R a été déclaré coupable de tentative d'inceste. En Cour d'appel, le ministère public a concédé que la preuve relative à la tentative d'inceste était insuffisante, mais il a fait valoir que R devrait être déclaré coupable de contacts sexuels et d'agression sexuelle. La cour a acquitté R de l'accusation de tentative d'inceste et a décidé que les infractions de contacts sexuels et d'agression sexuelle ne sont pas comprises dans celle d'inceste.

Arrêt (les juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Fish et Charron : Étant donné que les mêmes faits peuvent donner lieu à des accusations différentes, il est essentiel, pour que le procès soit équitable, que l'accusé connaisse l'accusation ou les accusations qu'il doit

was below the age of consent, and there is nothing in the nature of the offence of incest as described in the *Criminal Code* or the wording of the indictment to put R on notice that he was in jeopardy of a conviction for sexual assault or sexual interference. The proper focus is on what the Crown alleges, not on what the accused already knows. An accused will often know a good deal more about the circumstances of an offence than the police or Crown will ever know, but it is not enough for the Crown to say to an accused “you know perfectly well what you’re guilty of”. The basis of our criminal law is that he or she is only called upon to meet the charge put forward by the prosecution. In this case, lack of consent (or the age of the daughter) was not part of the charge put against R. The Crown thus seeks to have R convicted of charges which require the prosecution to establish elements (non-consent in the case of assault or the age of the victim in the case of sexual interference) which were not part of the allegations against him at trial. An important function of an indictment is thus to put the accused on formal notice of his or her potential legal jeopardy. Here, R was informed of the “transaction” that gave rise to the charge of incest, but he was not notified that in meeting that charge he was also required to defend against the offences of sexual assault and sexual interference. While incest may or may not be consensual and is not concerned with the age or consent of the partner, sexual assault is very much concerned with consent, and a critical element of the offence of sexual interference is that the victim be under the age of fourteen years. [2] [4] [11-17] [22-23] [35]

R cannot be convicted of sexual assault or sexual interference because the Crown cannot bring these offences within any of the three categories of “included offences” set out in s. 662 of the *Criminal Code*: (1) the *Criminal Code* does not explicitly make sexual assault or sexual interference an offence included in incest; (2) incest as “described in the enactment creating it” does not include sexual assault or sexual interference; and (3) the wording of the count in this case does not describe facts to put an accused on notice that, if proven, such facts taken together with the elements of the charge, would disclose the commission of sexual assault or sexual interference. The corollary, however, is that acquittal on the charge of incest does not provide R with a defence of *autrefois acquit* to any future charge of sexual assault or sexual interference. While the evidence adduced at trial shows that the commission of incest in this case would necessarily have involved the commission of sexual interference and sexual assault due to the age of the daughter,

repousser. Le ministère public n’a pas allégué que la fille n’avait pas l’âge du consentement, et ni la nature de l’infraction d’inceste que décrit le *Code criminel* ni le libellé de l’acte d’accusation ne notifiât R qu’il risquait d’être déclaré coupable d’agression sexuelle ou de contacts sexuels. L’accent doit être mis sur ce que le ministère public allègue et non sur ce que l’accusé sait déjà. Un accusé connaît souvent mieux que la police ou le ministère public les circonstances d’une infraction, mais cela n’est pas suffisant pour que le ministère public dise à l’accusé : « vous savez parfaitement ce dont vous êtes coupable ». Notre droit criminel repose sur le principe selon lequel l’accusé n’a qu’à repousser l’accusation portée par la poursuite. Dans la présente affaire, l’accusation portée contre R ne mentionnait pas l’absence de consentement (ou l’âge de sa fille). Le ministère public cherche donc à obtenir une déclaration de culpabilité de R relativement à des accusations qui obligent la poursuite à prouver des éléments (l’absence de consentement dans le cas d’une agression ou l’âge de la victime dans celui de contacts sexuels) qui ne faisaient pas partie des allégations formulées contre lui au procès. Une fonction importante d’un acte d’accusation est de notifier formellement à l’accusé le risque qu’il court sur le plan juridique. En l’espèce, R a été informé de « l’affaire » à l’origine de l’accusation d’inceste, mais il n’a pas été avisé qu’en repoussant cette accusation il devrait également se défendre contre les infractions d’agression sexuelle et de contacts sexuels. Bien que l’inceste puisse être consensuel ou non consensuel et que l’âge ou le consentement de la victime n’ait aucune importance à cet égard, le consentement est très pertinent en matière d’agression sexuelle, alors qu’un aspect crucial de l’infraction de contacts sexuels est que la victime doit être âgée de moins de quatorze ans. [2] [4] [11-17] [22-23] [35]

R ne peut pas être déclaré coupable de l’infraction d’agression sexuelle ou de celle de contacts sexuels parce que le ministère public ne peut faire entrer ces infractions dans l’une ou l’autre des trois catégories d’« infractions incluses » énoncées à l’art. 662 du *Code criminel* : (1) le *Code criminel* ne prévoit pas explicitement que l’infraction d’agression sexuelle ou celle de contacts sexuels est comprise dans celle d’inceste; (2) l’infraction d’inceste, telle qu’elle est « décrite dans la disposition qui la crée », n’inclut ni l’agression sexuelle ni les contacts sexuels; (3) le libellé du chef d’accusation en l’espèce ne décrit pas des faits qui, s’ils sont prouvés et pris avec les éléments de l’accusation, révéleront la perpétration d’une infraction d’agression sexuelle ou de contacts sexuels. Toutefois, il s’ensuit que l’acquiescement de l’accusation d’inceste ne permet pas à R d’opposer l’*autrefois acquit* comme moyen de défense à toute accusation d’agression sexuelle ou de contacts sexuels qui pourra éventuellement être portée contre lui. Malgré le fait que

and that the age of the daughter must have been within the knowledge of R, there is nothing in s. 662 that permits the Crown to supplement the allegations in the charge, or the elements of the enactment creating the offence, by reference to evidence subsequently given at trial or the personal knowledge of an accused. [32] [34] [37-41]

Per Bastarache, LeBel, Deschamps and Abella JJ. (dissenting): Sexual assault is included in the offence of incest as charged in this case. For an indictment to be adequate, it must contain sufficient details to give the accused reasonable information with respect to the charge and enable the accused to make full answer and defence. The sufficiency of notice depends on the particular accused and circumstances. While the indictment in this case failed to refer to the daughter's age, by specifying the complainant, the time frame, and the act, R was put on sufficient notice of the age of the child and provided with enough information to make full answer and defence to the included charge of sexual assault. Where, as here, the complainant is under the age of fourteen, consent is no defence to a charge of sexual assault. No one, including R, disputes that the victim was under the age of fourteen during the specified time frame, and R could not have committed the crime of incest with his daughter during that time without also committing the included crime of sexual assault. The acts put in evidence to establish incest and attempted incest on the one hand and sexual assault on the other were the same. Since the trial judge found that there was evidence of sexual touching of a victim under fourteen years of age, a verdict of guilty should be entered with respect to the included offence of sexual assault. [44] [48] [62] [65-70]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122, leave to appeal refused, [1981] 1 S.C.R. xiii; **referred to:** *R. v. Plank* (1986), 28 C.C.C. (3d) 386; *R. v. Guérin*, [1996] Q.J. No. 3746 (QL); *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188; *R. v. Douglas*, [1991] 1 S.C.R. 301; *R. v. S. (M.)*, [1994] B.C.J. No. 1028 (QL), aff'd (1996), 111 C.C.C. (3d) 467, leave to appeal refused, [1997] 1 S.C.R. ix; *R. v. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Bernier* (1997), 119 C.C.C. (3d) 467, aff'd [1998] 1 S.C.R. 975; *R. v. Hess*,

la preuve présentée au procès montre que la perpétration de l'inceste en l'espèce aurait nécessairement comporté la perpétration des infractions de contacts sexuels et d'agression sexuelle en raison de l'âge de la fille de R, et que celui-ci devait connaître l'âge de sa fille, rien dans l'art. 662 ne permet au ministère public de compléter les allégations contenues dans l'accusation ou les éléments de la disposition créant l'infraction par la mention de la preuve présentée ultérieurement au procès ou encore des connaissances personnelles de l'accusé. [32] [34] [37-41]

Les juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Abella (dissidents): L'agression sexuelle est comprise dans l'infraction d'inceste reprochée en l'espèce. Pour qu'un acte d'accusation soit adéquat, il doit contenir des détails suffisants pour renseigner raisonnablement l'accusé sur l'accusation et lui permettre de présenter une défense pleine et entière. Le caractère suffisant de la notification dépend de l'accusé et des circonstances en cause. Bien que, dans la présente affaire, l'acte d'accusation n'ait pas mentionné l'âge de la fille de R, ce dernier a, en raison des précisions concernant la plaignante, la période et l'acte en cause, reçu une notification suffisante de l'âge de l'enfant ainsi que des renseignements suffisants pour pouvoir opposer une défense pleine et entière à l'accusation incluse d'agression sexuelle. Le consentement n'est pas un moyen de défense opposable à une accusation d'agression sexuelle dans le cas où, comme en l'espèce, le plaignant a moins de quatorze ans. Personne, y compris R, ne conteste que la victime avait moins de quatorze ans pendant la période mentionnée, et R ne peut pas avoir commis le crime d'inceste avec sa fille, pendant cette période, sans avoir également commis le crime inclus d'agression sexuelle. Les actes soumis en preuve pour établir l'inceste et la tentative d'inceste, d'une part, et l'agression sexuelle, d'autre part, étaient les mêmes. Étant donné que le juge du procès a conclu que la preuve établissait qu'il y avait eu atouchements sexuels sur une victime de moins de quatorze ans, il y aurait lieu d'inscrire un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction incluse d'agression sexuelle. [44] [48] [62] [65-70]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué: *R. c. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122, autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. xiii; **arrêts mentionnés:** *R. c. Plank* (1986), 28 C.C.C. (3d) 386; *R. c. Guérin*, [1996] A.Q. n° 3746 (QL); *Brodie c. The King*, [1936] R.C.S. 188; *R. c. Douglas*, [1991] 1 R.C.S. 301; *R. c. S. (M.)*, [1994] B.C.J. No. 1028 (QL), conf. par (1996), 111 C.C.C. (3d) 467, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 1 R.C.S. ix; *R. c. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Bernier*, [1997] R.J.Q. 2404, conf. par

[1990] 2 S.C.R. 906; *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201; *Fergusson v. The Queen*, [1962] S.C.R. 229; *Barton v. The King*, [1929] S.C.R. 42; *R. v. Manuel* (1960), 128 C.C.C. 383; *R. v. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C. (2d) 17; *R. v. Drolet* (1988), 14 M.V.R. (2d) 50, aff'd [1990] 2 S.C.R. 1107; *R. v. Allard* (1990), 36 Q.A.C. 137; *R. v. Colburne* (1991), 66 C.C.C. (3d) 235; *R. v. Morehouse* (1982), 65 C.C.C. (2d) 231, leave to appeal refused, [1982] 1 S.C.R. xi; *R. v. Angevine* (1984), 61 N.S.R. (2d) 263; *R. v. Taylor* (1991), 66 C.C.C. (3d) 262; *R. v. Webber* (1995), 102 C.C.C. (3d) 248; *R. v. Rowley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 361; *R. v. Beyo* (2000), 144 C.C.C. (3d) 15, leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. vi; *R. v. Wilmot*, [1940] S.C.R. 53; *R. v. Quinton*, [1947] S.C.R. 234; *R. v. Lucas* (1987), 34 C.C.C. (3d) 28; *R. v. Lépine*, [1993] R.J.Q. 88; *R. v. Carey* (1973), 10 C.C.C. (2d) 330; *Tousignant v. The Queen* (1960), 130 C.C.C. 285; *R. v. Kay*, [1958] O.J. No. 467 (QL); *R. v. Woods*, [1969] 1 Q.B. 447; *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658; *R. v. Rinnie*, [1970] 3 C.C.C. 218.

By Abella J. (dissenting)

Fergusson v. The Queen, [1962] S.C.R. 229; *R. v. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C. (2d) 17; *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122, leave to appeal refused, [1981] 1 S.C.R. xiii; *Tousignant v. The Queen* (1960), 130 C.C.C. 285; *R. v. Manuel* (1960), 128 C.C.C. 383; *R. v. Connolly* (1867), 26 U.C.R. 317; *R. v. Loftus* (1926), 45 C.C.C. 390; *R. v. MacDonald* (1952), 102 C.C.C. 337; *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Douglas*, [1991] 1 S.C.R. 301; *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 4(5), 150.1(1), 151, 155(1), 265(1), (2), 581(1), (2), (3), 607-610, 660, 662, 686(4)(b)(ii).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission of Canada. *Report on Sexual Offences*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1978.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 1, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated May 2005).

Gloin, Peter J. "Included Offences" (1961-62), 4 *Crim. L.Q.* 160.

Ingram, Martin. *Church Courts, Sex and Marriage in England, 1570-1640*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

[1998] 1 R.C.S. 975; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201; *Fergusson c. The Queen*, [1962] R.C.S. 229; *Barton c. The King*, [1929] R.C.S. 42; *R. c. Manuel* (1960), 128 C.C.C. 383; *R. c. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C. (2d) 17; *R. c. Drolet* (1988), 14 M.V.R. (2d) 50, conf. par [1990] 2 R.C.S. 1107; *R. c. Allard* (1990), 36 Q.A.C. 137; *R. c. Colburne*, [1991] R.J.Q. 1199; *R. c. Morehouse* (1982), 65 C.C.C. (2d) 231, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 1 R.C.S. xi; *R. c. Angevine* (1984), 61 N.S.R. (2d) 263; *R. c. Taylor* (1991), 66 C.C.C. (3d) 262; *R. c. Webber* (1995), 102 C.C.C. (3d) 248; *R. c. Rowley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 361; *R. c. Beyo* (2000), 144 C.C.C. (3d) 15, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 2 R.C.S. vi; *R. c. Wilmot*, [1940] R.C.S. 53; *R. c. Quinton*, [1947] R.C.S. 234; *R. c. Lucas* (1987), 10 Q.A.C. 47; *R. c. Lépine*, [1993] R.J.Q. 88; *R. c. Carey* (1973), 10 C.C.C. (2d) 330; *Tousignant c. The Queen* (1960), 33 C.R. 234; *R. c. Kay*, [1958] O.J. No. 467 (QL); *R. c. Woods*, [1969] 1 Q.B. 447; *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658; *R. c. Rinnie*, [1970] 3 C.C.C. 218.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Fergusson c. The Queen, [1962] R.C.S. 229; *R. c. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C. (2d) 17; *R. c. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122, autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. xiii; *Tousignant c. The Queen* (1960), 33 C.R. 234; *R. c. Manuel* (1960), 128 C.C.C. 383; *R. c. Connolly* (1867), 26 U.C.R. 317; *R. c. Loftus* (1926), 45 C.C.C. 390; *R. c. MacDonald* (1952), 102 C.C.C. 337; *Brodie c. The King*, [1936] R.C.S. 188; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Douglas*, [1991] 1 R.C.S. 301; *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 4(5), 150.1(1), 151, 155(1), (2), 265(1), (2), 581(1), (2), (3), 607-610, 660, 662, 686(4)(b)(ii).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit du Canada. *Rapport sur les infractions sexuelles*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1978.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 1, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated May 2005).

Gloin, Peter J. « Included Offences » (1961-62), 4 *Crim. L.Q.* 160.

Ingram, Martin. *Church Courts, Sex and Marriage in England, 1570-1640*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated May 2005).

Williams, Glanville. "Included Offences" (1991), 55 *J. Crim. L.* 234.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rothman and Rousseau-Houle J.J.A. and Biron J. (*ad hoc*)), rendered on October 23, 2003, which set aside the accused's conviction for attempted incest. Appeal dismissed, Bastarache, LeBel, Deschamps and Abella J.J. dissenting.

Joanne Marceau and Annie-Claude Bergeron, for the appellant.

Line Boivin and Karine Piché, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Binnie, Fish and Charron J.J. was delivered by

BINNIE J. —

I. Introduction

The respondent was acquitted of a charge of incest with his daughter. The Crown says that on the evidence at trial he is nevertheless guilty of sexual assault and sexual interference, and a conviction should be entered for what the Crown says are those "lesser and included" offences. The issue on this appeal therefore is whether the rules governing "included" offences under s. 662 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, can be applied to justify such a result.

It is fundamental to a fair trial that an accused knows the charge or charges he or she must meet. The proper focus is on what the Crown alleges, not on what the accused already knows. An accused will often know a good deal more about the circumstances of an offence than the police or Crown will ever know, but it is not enough for the Crown to say to an accused "you know perfectly well

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 4th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1984.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated May 2005).

Williams, Glanville. « Included Offences » (1991), 55 *J. Crim. L.* 234.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rothman, Rousseau-Houle et Biron (*ad hoc*)), rendu le 23 octobre 2003, qui a annulé la déclaration de culpabilité de tentative d'inceste prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Abella sont dissidents.

Joanne Marceau et Annie-Claude Bergeron, pour l'appelante.

Line Boivin et Karine Piché, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Binnie, Fish et Charron rendu par

LE JUGE BINNIE —

I. Introduction

L'intimé a été acquitté d'une accusation d'inceste avec sa fille. Le ministère public soutient que, selon la preuve présentée au procès, il est néanmoins coupable d'agression sexuelle et de contacts sexuels et qu'une déclaration de culpabilité devrait être prononcée à l'égard de ces infractions qu'il qualifie de « moindres et incluses ». Il s'agit donc en l'espèce de déterminer si les règles applicables aux infractions incluses ou « comprises » dont fait état l'art. 662 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, peuvent justifier un tel résultat.

Pour que le procès soit équitable, il est essentiel que l'accusé connaisse l'accusation ou les accusations qu'il doit repousser. L'accent doit être mis sur ce que le ministère public allègue et non sur ce que l'accusé sait déjà. Un accusé connaît souvent mieux que la police ou le ministère public les circonstances d'une infraction, mais cela n'est pas suffisant pour que le ministère public dise à l'accusé :

1

2

what you're guilty of". The basis of our criminal law is that he or she is only called upon to meet the charge put forward by the prosecution. In this case, lack of consent (or the age of the daughter) was not part of the charge put against the respondent.

3 Defence counsel cannot give informed advice to an accused person about defence preparation, trial strategy or a possible guilty plea unless and until the full range of the client's legal jeopardy can be ascertained. The Crown too must be able to know with clarity after an acquittal what further charges may be laid, if any, without confronting the defence of *autrefois acquit* or *autrefois convict* (ss. 607 to 610 of the *Code*) (see, e.g., *R. v. Plank* (1986), 28 C.C.C. (3d) 386 (Ont. C.A.)). On the view taken by my colleague Abella J., what may be found to be an included offence in this case may not necessarily be so found in different circumstances. "Included offences" on this view will vary with the facts established in the courtroom and the personal knowledge of each accused. In my view, on the contrary, the exigencies of *autrefois acquit* or *autrefois convict* impose a more solid foundation. Legal jeopardy must be readily ascertainable on the face of the formal proceedings. It is not desirable for such purposes to have to ferret around to determine (if it is determinable) the state of personal knowledge of a previously acquitted or convicted accused. Here, for whatever reason, the Crown did not charge the respondent with sexual assault and sexual interference with a person under the age of fourteen years at the same time as it charged him with incest. The Crown now belatedly wishes to avail itself of these alternative and different offences only because of the respondent's acquittal on the incest charge it *did* proceed with.

4 In my view, the Quebec Court of Appeal was correct to reject the Crown's position. At no time in these proceedings did the Crown allege against

« vous savez parfaitement ce dont vous êtes coupable ». Notre droit criminel repose sur le principe selon lequel l'accusé n'a qu'à repousser l'accusation portée par la poursuite. En l'espèce, l'accusation portée contre l'intimé ne mentionnait pas l'absence de consentement (ou l'âge de sa fille).

À moins de connaître l'ampleur exacte du risque que son client court sur le plan juridique et tant qu'il ne la connaît pas, l'avocat de la défense ne peut lui donner des conseils éclairés sur la préparation de sa défense, la stratégie à adopter au procès ou un éventuel plaidoyer de culpabilité. Après un acquittement, le ministère public doit aussi être en mesure de savoir avec certitude quelles autres accusations peuvent être portées, le cas échéant, sans se voir opposer l'*autrefois acquit* ou l'*autrefois convict* comme moyen de défense (art. 607 à 610 du *Code*) (voir, par exemple, *R. c. Plank* (1986), 28 C.C.C. (3d) 386 (C.A. Ont.)). D'après ma collègue la juge Abella, ce qui peut être tenu pour une infraction incluse en l'espèce n'est pas nécessairement susceptible de l'être dans d'autres circonstances. Selon ce point de vue, les « infractions incluses » varient selon les faits dont l'existence est établie à l'audience et selon la connaissance personnelle de chaque accusé. J'estime, au contraire, que les exigences de l'*autrefois acquit* ou de l'*autrefois convict* commandent un fondement plus solide. Le risque couru sur le plan juridique doit donc être facile à évaluer à la lecture de l'acte de procédure officiel. Pour cela, il n'est pas souhaitable de chercher à déterminer (s'il est possible de le faire) l'état des connaissances personnelles d'un accusé déjà acquitté ou déclaré coupable. En l'espèce, le ministère public a, pour une raison quelconque, omis d'accuser l'intimé d'agression sexuelle et de contacts sexuels sur un enfant de moins de quatorze ans, en même temps qu'il l'accusait d'inceste. Il souhaite maintenant, à ce stade tardif, imputer à l'intimé ces infractions subsidiaires différentes uniquement en raison de son acquittement de l'accusation d'inceste qu'il a *effectivement* portée.

À mon avis, la Cour d'appel du Québec a eu raison de rejeter le point de vue du ministère public. Celui-ci n'a, à aucun moment pendant les

the respondent that his daughter did not consent, or was too young to consent, to sexual activity. Such elements are not “included” in the definition of incest in s. 155(1) of the *Code*, nor are they described by apt words in the indictment. It is well established that a person can be convicted of incest as a result of a consensual sexual relationship. The Crown thus seeks to have the respondent convicted of charges which require the prosecution to establish elements (non-consent in the case of assault or the age of the victim in the case of sexual interference) which were not part of the allegations against him at trial. The Crown’s surmise that it might have obtained a conviction for sexual assault or sexual interference if it had prosecuted those charges in the first place, or if it had framed the incest case differently, cannot now deprive the respondent of his procedural rights.

A. *The Charge*

The respondent was charged as follows:

[TRANSLATION] Between December 13, 1995 and May 31, 1999, at Québec in the district of Québec, did commit incest with C.R., knowing that person to be his daughter, thereby committing the indictable offence provided for in section 155(2) of the Criminal Code.

The Crown argues that *on the particular facts of this case* sexual assault and sexual interference were included offences, because the respondent is the father of the complainant and knew perfectly well that, at the time of the offences charged, his daughter was under fourteen years of age, and therefore was unable to consent to the sexual activity described in the evidence. The Crown thus seeks to supplement the indictment by resort to the personal knowledge of the accused. In my view however, the proper question is not what *the accused* knew but what charges *the Crown* decided to prosecute, or not to prosecute, in the first instance.

présentes procédures, allégué contre l’intimé que sa fille n’avait pas consenti aux actes sexuels en cause ou qu’elle était trop jeune pour le faire. Ces éléments ne sont ni « compris » dans la définition d’inceste donnée au par. 155(1) du *Code*, ni décrits de manière appropriée dans l’acte d’accusation. Il est bien établi qu’une personne peut être déclarée coupable d’inceste à la suite d’une relation sexuelle consensuelle. Le ministère public cherche donc à obtenir une déclaration de culpabilité de l’intimé relativement à des accusations qui obligent la poursuite à prouver des éléments (l’absence de consentement dans le cas d’une agression ou l’âge de la victime dans celui de contacts sexuels) qui ne faisaient pas partie des allégations formulées contre lui au procès. L’hypothèse du ministère public selon laquelle il aurait pu obtenir une déclaration de culpabilité d’agression sexuelle ou de contacts sexuels s’il avait, au départ, porté des accusations en ce sens ou s’il avait formulé différemment son allégation d’inceste ne saurait maintenant priver l’intimé de ses droits procéduraux.

A. *L'accusation*

L’intimé a été accusé en ces termes :

Entre le 13 décembre 1995 et le 31 mai 1999, à Québec, district de Québec, a commis l’inceste avec C.R., sachant que cette personne était sa fille, commettant ainsi l’acte criminel prévu à l’article 155(2) du Code criminel.

Le ministère public fait valoir que, *selon les faits particuliers de la présente affaire*, l’agression sexuelle et les contacts sexuels étaient des infractions incluses étant donné que l’intimé est le père de la plaignante et qu’il savait pertinemment qu’au moment des infractions reprochées sa fille avait moins de quatorze ans et était donc incapable de consentir aux actes sexuels dont fait état la preuve. Le ministère public cherche donc à compléter l’acte d’accusation en invoquant la connaissance personnelle de l’accusé. J’estime cependant qu’il faut se demander non pas ce que *l’accusé* savait, mais plutôt quelles sont les accusations que *le ministère public* a, au départ, décidé de porter ou de ne pas porter.

5

6

B. *Evidence at Trial*

7 At trial, the Crown called four witnesses: the victim, her mother, a doctor and a neighbour of the family. The victim, born in December 1990, testified with respect to various acts on the part of her father which began when she was four or five years old. When asked by the trial judge whether her father had put his penis into her vulva, the girl answered [TRANSLATION] “no”. Moreover, she could not say if the respondent had tried to introduce his penis into her vulva because she could not see what he was doing.

8 The victim’s mother testified as to what her daughter had told her in the fall of 1998 with respect to the acts of the accused. She filed a complaint with the police in 1999 after a neighbour informed her that C.R. had told her that she had [TRANSLATION] “made love” with her father. The neighbour confirmed this in her testimony. The physical examination of the child as well as a sexual abuse profile revealed, in the opinion of Dr. Déry, the Crown’s expert, that there had been penetration, although whether the penetration was done by a finger or penis or other object she could not say. The accused testified in his own defence and categorically denied having touched his daughter in a sexual manner. The accused admitted to his prior convictions, including a conviction for sexual assault.

C. *Judicial History*

9 On December 18, 2001, the trial judge convicted the accused of attempted incest. Appearing before the Court of Appeal for Quebec on October 23, 2003, the Crown conceded that there was insufficient proof with respect to attempted incest but invited the court to convict the respondent on what the Crown argued were the lesser but included offences of sexual interference and sexual assault. The Court of Appeal held that sexual interference and sexual assault were not included offences. It therefore allowed the appeal and acquitted the accused.

B. *La preuve soumise au procès*

Au procès, le ministère public a fait entendre quatre témoins : la victime, sa mère, un médecin et une voisine de la famille. La victime, qui est née en décembre 1990, a témoigné au sujet de divers actes que son père a commencé à commettre lorsqu’elle était âgée de quatre ou cinq ans. Quand le juge du procès lui a demandé si son père avait mis son pénis dans sa vulve, elle a répondu « non ». De plus, elle n’a pas pu dire si l’intimé avait tenté d’introduire son pénis dans sa vulve parce qu’elle était incapable de voir ce qu’il faisait.

La mère de la victime a relaté ce que sa fille lui avait dit à l’automne 1998 au sujet des actes de l’accusé. Elle a déposé une plainte auprès de la police, en 1999, après qu’une voisine l’eût informée que C.R. lui avait dit qu’elle avait « fait l’amour » avec son père — ce que la voisine a confirmé dans son témoignage. L’examen physique de l’enfant ainsi qu’un profil d’abus sexuel ont révélé, selon l’experte du ministère public, la D^{re} Déry, qu’il y avait eu abus sexuel avec pénétration, bien qu’elle fût incapable de dire si la pénétration avait été effectuée avec un doigt, le pénis ou un autre objet. Témoignant pour sa propre défense, l’accusé a catégoriquement nié s’être livré à des attouchements sexuels sur sa fille, mais il a reconnu avoir déjà été déclaré coupable d’autres infractions, dont celle d’agression sexuelle.

C. *Historique des procédures judiciaires*

Le 18 décembre 2001, le juge du procès a déclaré l’accusé coupable de tentative d’inceste. Le 23 octobre 2003, le ministère public a concédé, devant la Cour d’appel du Québec, que la preuve relative à la tentative d’inceste était insuffisante, mais il a invité la Cour à déclarer l’intimé coupable de ce qu’il qualifiait d’infractions moindres mais incluses de contacts sexuels et d’agression sexuelle. La Cour d’appel a décidé que les contacts sexuels et l’agression sexuelle n’étaient pas des infractions incluses. Elle a, par conséquent, accueilli l’appel et acquitté l’accusé.

D. Relevant Provisions of the Criminal Code**1. Incest**

155. (1) Every one commits incest who, knowing that another person is by blood relationship his or her parent, child, brother, sister, grandparent or grandchild, as the case may be, has sexual intercourse with that person.

2. Sexual Intercourse**4. . . .**

(5) For the purposes of this Act, sexual intercourse is complete on penetration to even the slightest degree, notwithstanding that seed is not emitted.

3. Sexual Interference

151. Every person who, for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of a person under the age of fourteen years is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

4. Assault

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

5. Consent No Defence

150.1 (1) Where an accused is charged with an offence under section 151 or 152 or subsection 153(1), 160(3) or 173(2) or is charged with an offence under section 271, 272 or 273 in respect of a complainant

D. Dispositions pertinentes du Code criminel**1. Inceste**

155. (1) Commet un inceste quiconque, sachant qu'une autre personne est, par les liens du sang, son père ou sa mère, son enfant, son frère, sa sœur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils ou sa petite-fille, selon le cas, a des rappports sexuels avec cette personne.

2. Rapports sexuels**4. . . .**

(5) Pour l'application de la présente loi, les rapports sexuels sont complets s'il y a pénétration même au moindre degré et bien qu'il n'y ait pas émission de semence.

3. Contacts sexuels

151. Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire toute personne qui, à des fins d'ordre sexuel, touche, directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps d'un enfant âgé de moins de quatorze ans.

4. Voies de fait

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

5. Inadmissibilité du consentement du plaignant

150.1 (1) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction prévue aux articles 151 ou 152, aux paragraphes 153(1), 160(3) ou 173(2), ou d'une infraction prévue aux articles 271, 272 ou 273 à l'égard d'un plaignant âgé

under the age of fourteen years, it is not a defence that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge.

6. Included Offences

662. (1) A count in an indictment is divisible and where the commission of the offence charged, as described in the enactment creating it or as charged in the count, includes the commission of another offence, whether punishable by indictment or on summary conviction, the accused may be convicted

(a) of an offence so included that is proved, notwithstanding that the whole offence that is charged is not proved; or

(b) of an attempt to commit an offence so included.

II. Analysis

11

An important function of an indictment is to put the accused on formal notice of his or her potential legal jeopardy. It is equally important, of course, that if the Crown can establish some but not all of the facts described in the indictment or set out in the statutory definition of the offence, and such partial proof satisfies the constituent elements of a lesser and included offence, that the result be not an acquittal but a conviction on the included offence. As Professor Glanville Williams wrote, “an included offence is one that is made out of bits of the offence charged” (“Included Offences” (1991), 55 *J. Crim. L.* 234, at p. 234). Any other outcome would result in a waste of the resources expended on the trial.

12

The Crown’s argument in this appeal triggers the notice issue. An accused is entitled to be *properly apprised* of the charge or charges he or she is required to meet: *R. v. Guérin*, [1996] Q.J. No. 3746 (QL) (C.A.), at para. 36. The question is not what the respondent knew or did not know about his daughter’s age. It would be remarkable if he *did not* know her age. He may also know of other aspects of the events at issue that could have given rise to

de moins de quatorze ans, ne constitue pas un moyen de défense le fait que le plaignant a consenti aux actes à l’origine de l’accusation.

6. Infractions incluses

662. (1) Un chef dans un acte d’accusation est divisible et lorsque l’accomplissement de l’infraction imputée, telle qu’elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu’elle est portée dans le chef d’accusation, comprend la perpétration d’une autre infraction, que celle-ci soit punissable sur acte d’accusation ou sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, l’accusé peut être déclaré coupable :

(a) ou bien d’une infraction ainsi comprise qui est prouvée, bien que ne soit pas prouvée toute l’infraction imputée;

(b) ou bien d’une tentative de commettre une infraction ainsi comprise.

II. Analyse

Une fonction importante d’un acte d’accusation est de notifier formellement à l’accusé le risque qu’il court sur le plan juridique. Il est, bien sûr, tout aussi important que, lorsque le ministère public est en mesure d’établir l’existence d’une partie seulement des faits décrits dans l’acte d’accusation ou énoncés dans la définition légale de l’infraction et qu’une telle preuve partielle établit l’existence des éléments constitutifs d’une infraction moindre et incluse, il y ait non pas acquittement mais plutôt déclaration de culpabilité à l’égard de l’infraction incluse. Comme l’a écrit le professeur Glanville Williams, [TRADUCTION] « une infraction incluse est une infraction constituée de fragments de l’infraction reprochée » (« Included Offences » (1991), 55 *J. Crim. L.* 234, p. 234). Tout autre résultat engendrerait un gaspillage des ressources consacrées au procès.

L’argumentation du ministère public en l’espèce fait intervenir la question de la notification. Un accusé a le droit d’être *bien informé* de l’accusation ou des accusations qu’il doit repousser : *R. c. Guérin*, [1996] A.Q. n° 3746 (QL) (C.A.), par. 36. La question n’est pas de savoir si l’intimé connaissait ou non l’âge de sa fille. Il serait étonnant qu’il *ne* l’ait *pas* connu. Il peut également connaître d’autres aspects des faits en cause qui auraient pu donner

additional charges, but the question is what charges did the Crown allege in the indictment. The answer is that the Crown did not allege that the daughter was below the age of consent, and there is nothing in the nature of the offence of incest as described in the *Criminal Code* or the wording of the indictment to put the respondent on notice that he was in jeopardy of a conviction for sexual assault or sexual interference.

In other words, the same set of facts may give rise to different charges. An accused is entitled to know which amongst those available charges he or she is required to answer. The indictment is a written accusation that fulfills this function. The rules governing which charges are “included” in “the offence charged, as described in the enactment creating it or as charged in the count” are set out in s. 662 of the *Code*.

As my colleague notes, the indictment must go further than simply specifying the offence charged. The indictment must “contain sufficient detail of the circumstances of the alleged offence to give to the accused reasonable information with respect to the act or omission to be proved against him and to identify the transaction referred to” (s. 581(3) of the *Code*). In short, it is not sufficient simply to charge an accused with “incest contrary to s. 155(1) of the *Criminal Code*”. The accused in this case was entitled to know in “sufficient detail” the circumstances or “the transaction” that gave rise to the Crown allegation that he committed incest to enable him to mount a full answer and defence, or to decide to plead guilty. In this case the respondent was fully informed of “the transaction” that gave rise to the charge. That is not, with respect, the problem here.

It is important not to confuse the requirement to specify the charge with the need to provide sufficient supporting detail of the underlying transaction or circumstances. In *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188, cited by my colleague, the charge of seditious conspiracy was clearly made in the

naissance à d'autres accusations, mais la question est de savoir quelles sont les accusations que le ministère public a portées dans l'acte d'accusation. La réponse est qu'il n'a pas allégué que la fille n'avait pas l'âge du consentement, et ni la nature de l'infraction d'inceste que décrit le *Code criminel* ni le libellé de l'acte d'accusation ne notifiât à l'intimé qu'il risquait d'être déclaré coupable d'agression sexuelle ou de contacts sexuels.

En d'autres termes, les mêmes faits peuvent donner lieu à des accusations différentes. Un accusé a le droit de savoir quelles accusations, parmi celles qui peuvent être portées, il devra repousser. L'acte d'accusation est un écrit qui joue ce rôle. L'article 662 du *Code* énonce les règles applicables pour déterminer quelles accusations sont « comprise[s] » dans « l'infraction imputée, telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation ».

Comme le souligne ma collègue, l'acte d'accusation doit faire plus que simplement mentionner l'infraction reprochée. L'acte d'accusation doit « contenir, à l'égard des circonstances de l'infraction présumée, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement le prévenu sur l'acte ou omission à prouver contre lui, et pour identifier l'affaire mentionnée » (par. 581(3) du *Code*). Bref, il ne suffit pas d'inculper simplement un accusé d'« inceste en contravention du par. 155(1) du *Code criminel* ». L'accusé en l'espèce avait droit, à l'égard des circonstances ou de « l'affaire » à l'origine de l'allégation d'inceste du ministère public, à des « détails suffisants » pour pouvoir préparer une défense pleine et entière ou décider de plaider coupable. En l'espèce, l'intimé a été bien informé de « l'affaire » à l'origine de l'accusation. En toute déférence, ce n'est pas le problème qui se pose dans la présente affaire.

Il importe de ne pas confondre l'obligation de mentionner l'accusation avec la nécessité de donner des détails suffisants à l'égard de l'affaire ou des circonstances à l'origine de l'accusation. Dans l'arrêt *Brodie c. The King*, [1936] R.C.S. 188, que cite ma collègue, l'accusation de

13

14

15

indictment, but the transaction that gave rise to the charge was not sufficiently identified. The Court accepted as correct “the apt words of counsel for the appellants: ‘it does not describe the offence in such a way as to lift it from the general to the particular’” (p. 198). Since *Brodie*, the courts, encouraged by amendments to the *Criminal Code*, have taken a broader view of sufficiency and of the exercise of the courts’ powers of amendment, but such a relaxation has nothing to do with the fundamental requirement that the accused be able clearly to ascertain from the offence charged (as described in the enactment creating it or as charged in the count or as expressly stated to be an included offence in the *Criminal Code* itself), the charges for which he or she risks conviction. In the more recent case of *R. v. Douglas*, [1991] 1 S.C.R. 301, for example, there was no question but that the *charge* was specified in the indictment. The question was whether the underlying *transaction* was identified in sufficient detail to permit a full answer and defence. In my view, it is important to keep separate and distinct the different issues of the offence(s) charged and the sufficiency of notice of the underlying circumstances or transaction to which the charge(s) relate. It is on this point, it seems, that my colleague Abella J. and I find ourselves in disagreement.

conspiration séditeuse était clairement portée dans l’acte d’accusation, mais l’affaire à l’origine de l’accusation n’était pas suffisamment identifiée. La Cour a reconnu la justesse des [TRADUCTION] « mots appropriés de l’avocat des appelants : “ils ne décrivent pas l’infraction de manière à la faire passer du général au particulier” » (p. 198). Depuis l’arrêt *Brodie*, les tribunaux, encouragés par les modifications apportées au *Code criminel*, ont interprété de manière plus large le caractère suffisant et l’exercice de leurs pouvoirs de modification, mais un tel assouplissement n’a aucun rapport avec l’exigence fondamentale que l’infraction imputée (décrite dans la disposition qui la crée, portée dans le chef d’accusation ou qualifiée expressément d’infraction incluse dans le *Code criminel* lui-même) renseigne clairement l’accusé sur les accusations à l’égard desquelles il risque d’être déclaré coupable. Dans l’arrêt plus récent *R. c. Douglas*, [1991] 1 R.C.S. 301, par exemple, il était indéniable que l’*accusation* était mentionnée dans l’acte d’accusation. La question était de savoir si l’*affaire* à l’origine de l’accusation était identifiée de manière assez détaillée pour permettre une défense pleine et entière. Selon moi, il importe de garder séparées et distinctes la question de l’infraction ou des infractions reprochées et celle du caractère suffisant de la notification des circonstances ou de l’affaire à l’origine de l’accusation ou des accusations. C’est sur ce point, semble-t-il, que ma collègue la juge Abella et moi sommes en désaccord.

16

Turning to the offence charged here, it is well established that an allegation of incest is not directed to assaultive behaviour. Consent is irrelevant to the charge and irrelevant to the defence. On the other hand, the prohibition against sexual assault is very much concerned with consent but not at all concerned with the “forbidden degrees of consanguinity or affinity”. Sexual interference is related to the age of the victim; incest is indifferent to the age of the victim (or willing partner). Historically, incest was dealt with by the ecclesiastical courts, sexual assault and sexual interference were prosecuted in the criminal courts (M. Ingram, *Church Courts, Sex and Marriage in England, 1570-1640* (1987), at

Quant à l’infraction reprochée en l’espèce, il est bien établi qu’une allégation d’inceste n’est pas axée sur un comportement violent. Le consentement n’a aucune pertinence tant en ce qui concerne l’accusation qu’en ce qui concerne la défense. Par contre, il est très pertinent en matière d’interdiction de l’agression sexuelle, alors que les « degrés de consanguinité ou de parenté interdits » n’ont aucune importance à cet égard. L’infraction de contacts sexuels est liée à l’âge de la victime, alors qu’il y a inceste peu importe l’âge (ou le consentement) de la victime. Dans le passé, les cas d’inceste relevaient des tribunaux ecclésiastiques, alors que l’agression sexuelle et les contacts sexuels donnaient lieu à des poursuites devant les cours

p. 366). The elements of the offences were and are different.

A. *The Prohibition Against Incest*

Incest may or may not be consensual. Proof of consent makes no difference to the result (*R. v. S. (M.)* (1996), 111 C.C.C. (3d) 467 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1997] 1 S.C.R. ix). In Queens County, Nova Scotia, for example, a mother was charged with incest with her two adult sons, one of whom in turn was charged with sex with his two adult half-sisters, all of it consensual. Nevertheless, convictions were upheld: *R. v. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435 (N.S.C.A.). The court rejected the argument that consensual “recreational” sexual activity with blood relations should be legalized and constitutionally protected” (p. 441) because the prohibition against incest has nothing to do with consent but is directed to preserving

the integrity of the family by avoiding the confusion in roles that would result from incestuous sex . . . there is a “heavy physiological penalty imposed by inbreeding”, that is, the sharply increased risk of genetic defects in the children born of incestuous relationships. [pp. 443-44]

The prohibition against incest is also associated with “protection of vulnerable family members” (p. 445). Writing for the court, Roscoe J.A. concluded that incest, whether consensual or non-consensual, is

unacceptable, incomprehensible and repugnant to the vast majority of people, and has been for centuries in many cultures and countries. [p. 445]

To similar effect, Meredith J. at the trial level in *R. v. S. (M.)*, [1994] B.C.J. No. 1028 (QL) (S.C.), agreed at para. 13 with the 1984 report of the Criminal Law Revision Committee in England on *Sexual Offences* that

criminelles (*M. Ingram, Church Courts, Sex and Marriage in England, 1570-1640* (1987), p. 366). Les éléments de ces infractions étaient différents et le sont encore.

A. *L'interdiction de l'inceste*

L'inceste peut être consensuel ou non consensuel. La preuve du consentement ne change rien au résultat (*R. c. S. (M.)* (1996), 111 C.C.C. (3d) 467 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1997] 1 R.C.S. ix). Par exemple, dans le comté de Queens, en Nouvelle-Écosse, une mère a été accusée d'inceste avec ses deux fils adultes. L'un d'eux a, à son tour, été accusé d'avoir eu des relations sexuelles avec ses deux demi-sœurs adultes, ces relations étant toutes consensuelles. Les déclarations de culpabilité ont néanmoins été maintenues : *R. c. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435 (C.A.N.-É.). La cour a rejeté l'argument selon lequel [TRADUCTION] « les activités sexuelles “récréatives” [consensuelles] entre des personnes liées par le sang devraient être légalisées et protégées constitutionnellement » (p. 441), parce que l'interdiction de l'inceste n'a rien à voir avec le consentement, mais a pour objet de préserver

[TRADUCTION] l'intégrité de la famille en évitant la confusion des rôles qui résulterait des relations incestueuses [. . .] « les unions consanguines sont durement pénalisées sur le plan physiologique », en ce sens que les enfants issus de relations incestueuses courent un risque beaucoup plus grand d'avoir des défauts génétiques. [p. 443-444]

L'interdiction de l'inceste est aussi associée à la [TRADUCTION] « protection des membres vulnérables de la famille » (p. 445). Le juge Roscoe a conclu, au nom de la cour, que l'inceste, peu importe qu'il soit consensuel ou non consensuel, est

[TRADUCTION] inacceptable, incompréhensible et dégoûtant pour la grande majorité des gens, et ce, depuis des siècles dans de nombreuses cultures et de nombreux pays. [p. 445]

Dans le même sens, dans la décision *R. c. S. (M.)*, [1994] B.C.J. No. 1028 (QL) (C.S.), par. 13, le juge Meredith, qui a présidé le procès, a souscrit au rapport sur les *Sexual Offences* publié en 1984, par le Criminal Law Revision Committee d'Angleterre, qui indiquait que

17

18

19

[w]hatever may have been the origin of the incest taboo, as to which there are many different theories, two main reasons are given today for the intervention of the law in this area. They are, first, the genetic risk and, second, the social and psychological consequences. [para. 8.8 of the report]

[TRADUCTION] [q]uelle que soit l'origine du tabou de l'inceste, qui fait l'objet de nombreuses théories différentes, deux raisons principales sont invoquées aujourd'hui pour justifier l'intervention du droit dans ce domaine. Il s'agit, premièrement, du risque génétique et, deuxièmement, des conséquences sociales et psychologiques. [par. 8.8 du rapport]

20 On appeal from the conviction of the accused despite his claim that the sexual relationship with his adult daughter was consensual, Donald J.A. in *S. (M.)* agreed with the trial judge that consent is irrelevant in part because in many family situations it would be difficult to determine “the difference between consent and acquiescence as between a father and a daughter of any age” (para. 37 (emphasis added); Meredith J., at para. 36). As well, he believed, a change in the law to permit consent as a defence would overlook “the adverse [e]ffects on the progeny of incest, social as well as physical” (para. 37; Meredith J., at para. 36).

Dans l'arrêt *S. (M.)* portant sur l'appel de la décision de déclarer l'accusé coupable malgré sa prétention que les relations sexuelles qu'il avait eues avec sa fille adulte étaient consensuelles, le juge Donald a partagé l'opinion du juge du procès selon laquelle le consentement n'était pas pertinent notamment parce que, dans maintes situations familiales, il serait difficile de faire [TRADUCTION] « la différence entre le consentement et l'acquiescement qui peut exister entre un père et sa fille de n'importe quel âge » (par. 37 (je souligne); le juge Meredith, par. 36). Il a également estimé qu'une modification de la loi qui permettrait d'invoquer le consentement comme moyen de défense ne tiendrait pas compte des [TRADUCTION] « effets néfastes de l'inceste sur la progéniture, tant sur le plan social que sur le plan physique » (par. 37; le juge Meredith, par. 36).

21 In Canada, the Law Reform Commission in its *Report on Sexual Offences* (1978) stated that “the Commission continues to believe that incest between consenting adults ought no longer to fall within the purview of criminal justice” (p. 26), but this recommendation, which would require a change in the law, has not been acted upon by Parliament.

Au Canada, dans son *Rapport sur les infractions sexuelles* (1978), la Commission de réforme du droit affirme qu'elle « persiste à croire [. . .] que l'inceste entre adultes consentants peut être décriminalisé » (p. 28), mais le Parlement n'a pas donné suite à cette recommandation qui aurait nécessité une modification de la loi.

B. *The Prohibition Against Sexual Assault*

B. *L'interdiction de l'agression sexuelle*

22 Sexual assault, on the other hand, is very much concerned with consent. Its purpose is to protect the “personal integrity, both physical and psychological, of every individual”: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 28. “The inclusion of assault and sexual assault in the *Code*”, Major J. continued, “expresses society's determination to protect the security of the person from any non-consensual contact or threats of force” (emphasis added). See also *R. v. Bernier* (1997), 119 C.C.C. (3d) 467 (Que. C.A.), *per* Deschamps. J.A., at p. 474:

Le consentement est, en revanche, très pertinent en matière d'agression sexuelle. Il vise à protéger « l'intégrité personnelle, tant physique que psychologique, de tout individu »: *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 28. Le juge Major ajoute que « [l]'inclusion des infractions de voies de fait et d'agression sexuelle dans le *Code* témoigne de la détermination de la société à assurer la sécurité des personnes, en les protégeant des contacts non souhaités ou des menaces de recours à la force » (je souligne). Voir aussi l'arrêt *R. c. Bernier*, [1997] R.J.Q. 2404 (C.A.), p. 2408, la juge Deschamps :

[TRANSLATION] In fact, the assault component in a sexual assault comes rather from the lack of consent on the part of the victim in relation to the touching . . .

(aff'd [1998] 1 S.C.R. 975)

C. *The Prohibition Against Sexual Interference*

A critical element of this offence is that the victim be under the age of fourteen years. Unless that fact is proven there can be no conviction: *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906. By contrast, proof of incest does not require an underage victim.

D. *Effect of the Respondent's Acquittal on the Charge of Incest*

Conviction for incest requires proof beyond a reasonable doubt that "sexual intercourse" occurred (s. 155(1) of the *Code*). The respondent was acquitted of the only charge brought against him. In light of that acquittal, he can only be convicted of sexual assault or sexual interference as "included offences" if the Crown is able to bring the case within the terms of s. 662 of the *Code*.

E. *The Law Governing "Included" Offences*

An offence is "included" if its elements are embraced in the offence charged (as described in the enactment creating it or as charged in the count) or if it is expressly stated to be an included offence in the *Criminal Code* itself. The test is strict. It must "necessarily" be included, *per* Martland J. in *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201, at pp. 213-14:

. . . the offence created by s. 281 [joy-riding] is not necessarily included in the charge of theft . . . and it is not included in the count as charged in the present case. [Emphasis added.]

What is not "necessarily included" is excluded. See also *Fergusson v. The Queen*, [1962] S.C.R. 229,

De fait, la composante agression de l'agression sexuelle provient plutôt de l'absence de consentement de la victime en regard du toucher . . .

(conf. par [1998] 1 R.C.S. 975)

C. *L'interdiction des contacts sexuels*

Un aspect crucial de cette infraction est que la victime doit être âgée de moins de quatorze ans. À moins que ce fait n'ait été prouvé, il ne peut y avoir déclaration de culpabilité : *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906. Par contre, la preuve de l'inceste n'exige pas que la victime soit mineure.

D. *Incidence de l'acquittal de l'intimé sur l'accusation d'inceste*

Pour prononcer une déclaration de culpabilité d'inceste, il faut une preuve hors de tout doute raisonnable qu'il y a eu des « rapports sexuels » (par. 155(1) du *Code*). L'intimé a été acquitté de la seule accusation portée contre lui. Compte tenu de cet acquittement, il ne pourra être déclaré coupable des « infractions incluses » d'agression sexuelle ou de contacts sexuels que si le ministère public peut démontrer que l'affaire relève de l'art. 662 du *Code*.

E. *Le droit applicable en matière d'infractions « incluses »*

Une infraction est « incluse » si ses éléments constitutifs sont compris dans l'infraction imputée (telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation) ou si le *Code criminel* la qualifie expressément d'infraction comprise ou incluse. Le critère est strict : l'infraction doit « nécessairement » être comprise, comme l'affirmait le juge Martland dans l'arrêt *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201, p. 214 :

. . . l'infraction créée par l'art. 281 [balade dans une voiture volée] n'est pas nécessairement comprise dans l'infraction de vol [. . .] et n'est pas comprise dans le chef d'accusation porté en la présente espèce. [Je souligne.]

Ce qui n'est pas « nécessairement compris » est exclu. Voir également *Fergusson c. The Queen*,

23

24

25

at p. 233; *Barton v. The King*, [1929] S.C.R. 42, at pp. 46-48.

26

The strict interpretation of s. 662 is linked to the requirement of fair notice of legal jeopardy, as emphasized by Sheppard J.A. in *R. v. Manuel* (1960), 128 C.C.C. 383 (B.C.C.A.):

Further, to be an included offence the inclusion must form such an apparent and essential constituent of the offence charged that the accused in reading the offence charged will be fairly informed in every instance that he will have to meet not only the offence charged but also the specific offences to be included. Such apparent inclusion must appear from “the enactment creating” the offence or “from the offence as charged in the count”; either of those two may be considered under [s. 662(1)] but not the opening by counsel or the evidence. [Emphasis added; p. 385.]

27

Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal also insisted on making clear to an accused the precise extent of his or her legal jeopardy:

The offence charged as described either in the enactment creating the offence, or as charged in the count, must contain the essential elements of the offence said to be included. . . .

. . . the offence charged, as described either in the enactment creating the offence or as charged in the count, must be sufficient to inform the accused of the included offences which he must meet. [Emphasis added.]

(*R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122, at p. 133 (leave to appeal refused, [1981] 1 S.C.R. xiii); see also *R. v. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C. (2d) 17 (Ont. C.A.), at p. 19.)

28

The principles set out in Martin J.A.’s encyclopaedic reasons for judgment in *Simpson (No. 2)* have since been adopted and applied across Canada, including the Quebec Court of Appeal in *R. v. Drolet* (1988), 14 M.V.R. (2d) 50, aff’d [1990] 2 S.C.R. 1107; *R. v. Allard* (1990), 36 Q.A.C. 137; *R. v. Colburne* (1991), 66 C.C.C. (3d) 235. See also: *R. v. Morehouse* (1982), 65 C.C.C. (2d) 231 (N.B.C.A.), leave to appeal refused, [1982] 1 S.C.R. xi; *R. v.*

[1962] R.C.S. 229, p. 233; *Barton c. The King*, [1929] R.C.S. 42, p. 46-48.

L’interprétation stricte de l’art. 662 est liée à l’exigence de notification raisonnable du risque couru sur le plan juridique, comme le juge Sheppard l’a souligné dans l’arrêt *R. c. Manuel* (1960), 128 C.C.C. 383 (C.A.C.-B.) :

[TRADUCTION] De plus, pour constituer une infraction incluse, l’inclusion doit être une composante si claire et essentielle de l’infraction imputée que l’accusé qui lit le chef d’accusation sera, dans tous les cas, raisonnablement informé qu’il devra se défendre non seulement contre l’infraction reprochée, mais également contre les infractions précises qui seront incluses. Une telle inclusion claire doit ressortir de la « disposition qui [. . .] crée » l’infraction ou de l’infraction « portée dans le chef d’accusation »; [le par. 662(1)] permet de tenir compte de l’une ou l’autre de ces situations, mais non de l’exposé initial de l’avocat ni de la preuve. [Je souligne; p. 385.]

Le juge Martin de la Cour d’appel de l’Ontario a également insisté sur l’importance d’expliquer clairement à l’accusé l’ampleur exacte du risque qu’il court sur le plan juridique :

[TRADUCTION] L’infraction imputée, telle qu’elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu’elle est portée dans le chef d’accusation, doit contenir les éléments essentiels de l’infraction qualifiée d’incluse. . . .

. . . l’infraction imputée, telle qu’elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu’elle est portée dans le chef d’accusation, doit être suffisante pour informer l’accusé des infractions incluses contre lesquelles il devra se défendre. [Je souligne.]

(*R. c. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122 (C.A. Ont.), p. 133, autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. xiii; voir aussi *R. c. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C. (2d) 17 (C.A. Ont.), p. 19.)

Les principes énoncés par le juge Martin dans les motifs de jugement encyclopédiques qu’il a rédigés dans l’affaire *Simpson (No. 2)* ont, depuis lors, été adoptés et appliqués partout au Canada, y compris par la Cour d’appel du Québec dans les arrêts *R. c. Drolet* (1988), 14 M.V.R. (2d) 50, conf. par [1990] 2 R.C.S. 1107, *R. c. Allard* (1990), 36 Q.A.C. 137, et *R. c. Colburne*, [1991] R.J.Q. 1199. Voir aussi *R. c. Morehouse* (1982), 65 C.C.C. (2d) 231

Angevine (1984), 61 N.S.R. (2d) 263 (S.C., App. Div.); *Plank; R. v. Taylor* (1991), 66 C.C.C. (3d) 262 (N.S.S.C., App. Div.); *R. v. Webber* (1995), 102 C.C.C. (3d) 248 (B.C.C.A.); *R. v. Rowley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 361 (Ont. C.A.); *R. v. Beyo* (2000), 144 C.C.C. (3d) 15 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. vi.

At common law, where an offence consisted of several ingredients (“divisible”) the jury could convict of any offence “the elements of which were included in the offence charged, subject to the rule that on an indictment for felony the jury could not convict of a misdemeanor” (*Simpson (No. 2)*, at p. 132). The subject is now governed by statute, and s. 662 authorizes convictions for “included” offences in only three categories:

- (a) offences included by statute, e.g., those offences specified in s. 662(2) to (6), and attempts provided for in s. 660;
- (b) offences included in the enactment creating the offence charged, e.g., common assault in a charge of sexual assault;
- (c) offences which become included by the addition of apt words of description to the principal charge.

In none of these categories is there reference to the “sufficiency” of the factual particulars of the transaction underlying the charge. That is a wholly different subject and is dealt with in s. 581 of the *Code*.

In terms of the need for fair notice, “included” offences in the first category can be ascertained from the *Criminal Code* itself: see, e.g., *R. v. Wilmot*, [1940] S.C.R. 53. Cases in the second category also meet the test of fair notice because “an indictment charging an offence also charges all offences which as a matter of law are

(C.A.N.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1982] 1 R.C.S. xi; *R. c. Angevine* (1984), 61 N.S.R. (2d) 263 (C.S., Div. app.); *Plank; R. c. Taylor* (1991), 66 C.C.C. (3d) 262 (C.S.N.-É., Div. app.); *R. c. Webber* (1995), 102 C.C.C. (3d) 248 (C.A.C.-B.); *R. c. Rowley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 361 (C.A. Ont.); *R. c. Beyo* (2000), 144 C.C.C. (3d) 15 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [2000] 2 R.C.S. vi.

En common law, lorsqu’une infraction comportait plusieurs éléments constitutifs (« infraction divisible »), le jury pouvait déclarer une personne coupable de toute infraction [TRADUCTION] « dont les éléments constitutifs étaient compris dans l’infraction imputée, sous réserve de la règle selon laquelle le jury ne pouvait pas prononcer une déclaration de culpabilité d’infraction mineure lorsque l’acte d’accusation imputait un crime grave » (*Simpson (No. 2)*, p. 132). La loi écrite traite maintenant de cette question et l’art. 662 autorise les déclarations de culpabilité d’infractions « incluses » dans le cas seulement de trois catégories d’infractions :

- a) les infractions incluses par la loi comme, par exemple, celles qui sont mentionnées aux par. 662(2) à (6), et les tentatives de commettre une infraction, dont fait état l’art. 660;
- b) les infractions incluses dans la loi qui crée l’infraction imputée comme, par exemple, les voies de fait simples dans une accusation d’agression sexuelle;
- c) les infractions qui deviennent incluses par l’ajout de mots appropriés dans la description de l’accusation principale.

Aucune de ces catégories ne mentionne le « caractère suffisant » des détails factuels de l’affaire à l’origine de l’accusation. Il s’agit là d’un sujet totalement différent dont traite l’art. 581 du *Code*.

En ce qui concerne la nécessité d’une notification raisonnable, les infractions « incluses » relevant de la première catégorie peuvent être dégagées du *Code criminel* lui-même; voir, par exemple, *R. c. Wilmot*, [1940] R.C.S. 53. Les cas relevant de la deuxième catégorie satisfont aussi au critère de notification raisonnable parce qu’[TRADUCTION] « un acte

necessarily committed in the commission of the principal offence as described in the enactment creating it" (*Harmer and Miller*, at p. 19 (emphasis added)). See also: *R. v. Quinton*, [1947] S.C.R. 234, at p. 240; R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6th ed. (loose-leaf)), at para. 6.4650; *R. v. Lucas* (1987), 34 C.C.C. (3d) 28 (Que. C.A.); *R. v. Lépine*, [1993] R.J.Q. 88 (C.A.).

31 With respect to the second category, it may be said that "[i]f the whole offence charged can be committed without committing another offence, that other offence is not included" (P. J. Gloin, "Included Offences" (1961-62), 4 *Crim. L.Q.* 160, at p. 160 (emphasis added)). This proposition was endorsed by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Carey* (1972), 10 C.C.C. (2d) 330, at p. 334, *per* Freedman C.J.M.; by the Ontario Court of Appeal in *Simpson (No. 2)*, at p. 139, *per* Martin J.A., and by the Quebec Court of Appeal in *Colburne*, at p. 243, to which Proulx J.A. added:

[TRANSLATION] For my part, I would add that an offence would be included where the essential elements of this offence are *part* of the offence charged. [Emphasis in original.]

Clearly the offence of incest can be committed without committing sexual assault or sexual interference.

32 It is the third category of cases that is more likely to cause difficulty. What is required are words of description in the count itself of facts which put an accused on notice that, if proven, such facts taken together with the elements of the charge, disclose the commission of an "included" offence: *Allard*. For example, in *Tousignant v. The Queen* (1960), 130 C.C.C. 285 (Que. Q.B. (Appeal Side)), the indictment charged the accused with attempting to murder the victim [TRANSLATION] "by striking him on the head with the aid of a blunt object" (p. 285 (emphasis added)). The underlined words were not essential to the charge of an attempt to murder, but their inclusion in any event permitted conviction on the lesser and (thereby) included offence of

d'accusation imputant une infraction impute également toutes les infractions qui, en droit, sont nécessairement commises lorsqu'est commise l'infraction principale, telle qu'elle est décrite dans la loi qui la crée » (*Harmer and Miller*, p. 19 (je souligne)). Voir aussi : *R. c. Quinton*, [1947] R.C.S. 234, p. 240; R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6^e éd. (feuilles mobiles)), par. 6.4650; *R. c. Lucas* (1987), 10 Q.A.C. 47; *R. c. Lépine*, [1993] R.J.Q. 88 (C.A.).

En ce qui a trait à la deuxième catégorie, on peut dire que [TRADUCTION] « [s]i l'infraction imputée peut être commise intégralement sans que soit commise une autre infraction, cette autre infraction n'est pas incluse » (P. J. Gloin, « Included Offences » (1961-62), 4 *Crim. L.Q.* 160, p. 160 (je souligne)). La Cour d'appel du Manitoba a souscrit à cette proposition dans l'arrêt *R. c. Carey* (1972), 10 C.C.C. (2d) 330, p. 334, le juge en chef Freedman, comme l'ont fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Simpson (No. 2)*, p. 139, le juge Martin, et la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Colburne*, p. 1206, où le juge Proulx a ajouté ce qui suit :

J'ajouterais, pour ma part, que sera incluse l'infraction dont les éléments essentiels sont *partie* de l'infraction imputée. [En italique dans l'original.]

Il est évident qu'il est possible de commettre l'infraction d'inceste sans se livrer à une agression sexuelle ou à des contacts sexuels.

C'est la troisième catégorie de cas qui est la plus susceptible de causer des difficultés. Elle exige que les mots descriptifs de faits dans le chef d'accusation lui-même informent l'accusé que, s'ils sont prouvés, ces faits pris avec les éléments de l'accusation révéleront la perpétration d'une infraction « incluse » (*Allard*). Par exemple, dans l'affaire *Tousignant c. The Queen* (1960), 33 C.R. 234 (B.R. Qué. (juridiction d'appel)), l'acte d'accusation reprochait à l'accusé d'avoir tenté de tuer la victime « en l[a] frappant sur la tête à l'aide d'un objet contondant » (p. 235 (je souligne)). Les mots soulignés n'étaient pas essentiels à l'accusation de tentative de meurtre, mais leur inclusion a, de toute façon, permis de prononcer une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction

causing bodily harm with intent to wound, or assault: see *Simpson (No. 2)*, at p. 139. Similarly in *R. v. Kay*, [1958] O.J. No. 467 (QL) (C.A.), the indictment charged manslaughter “by a blow or blows”. The addition of these words of description to the indictment disclosed the allegation of an assault, and a conviction of the accused of the included offence of assault causing bodily harm was upheld on appellate review.

Of course, the added words must be pertinent to the offence charged. As Evans J.A. wrote in *Harmer and Miller*:

... the charge must be so worded that the accused is afforded reasonable notice of the offence or offences alleged to be included in the principal offence charged. Moreover, the offence must be one which is properly included in the count. [p. 19]

The question in this case is whether the Crown can bring sexual assault and/or sexual interference within any of the three categories of included offences.

F. *Application of the Law to the Facts*

In my view, it cannot be said that the respondent in this case was fairly notified that in meeting the charge of incest he was also required to defend against sexual assault or sexual interference as “included” offences. I would apply to this case what was said by Phillimore L.J. in *R. v. Woods*, [1969] 1 Q.B. 447 (C.A.), at p. 451:

It is of the first importance that a man charged with an offence should know with certainty what it is he may be convicted of. No court should be encouraged to cast around to see whether somehow or other the words of the indictment can be found to contain by some arguable implication the seeds of some other offence.

The fact of the matter is that the Crown *could* have charged the respondent with sexual assault and sexual interference but in the exercise of its

moindre et (ainsi) incluse consistant à causer des lésions corporelles dans l'intention de blesser ou à commettre des voies de fait : voir *Simpson (No. 2)*, p. 139. De même, dans l'arrêt *R. c. Kay*, [1958] O.J. No. 467 (QL) (C.A.), l'acte d'accusation faisait état d'un homicide involontaire coupable [TRADUCTION] « résultant d'un coup ou de coups ». L'ajout de ces mots descriptifs dans l'acte d'accusation faisait état de l'allégation de voies de fait, et la déclaration de culpabilité de l'accusé relativement à l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles a été maintenue en appel.

Les mots ajoutés doivent, bien sûr, avoir trait à l'infraction imputée. Comme l'a écrit le juge Evans, dans l'arrêt *Harmer and Miller* :

[TRADUCTION] ... l'accusation doit être libellée de façon à notifier raisonnablement à l'accusé l'infraction ou les infractions que comprendrait l'infraction principale qui lui est reprochée. De plus, l'infraction doit être incluse à juste titre dans le chef d'accusation. [p. 19]

La question en l'espèce est de savoir si le ministère public peut faire entrer l'infraction d'agression sexuelle ou celle de contacts sexuels, ou les deux à la fois, dans l'une ou l'autre des trois catégories d'infractions incluses.

F. *Application du droit aux faits*

À mon avis, on ne saurait affirmer que l'intimé en l'espèce a reçu une notification raisonnable qu'en repoussant l'accusation d'inceste il devrait également se défendre contre les infractions « incluses » d'agression sexuelle ou de contacts sexuels. Je suis d'avis d'appliquer à la présente affaire les propos du lord juge Phillimore dans l'arrêt *R. c. Woods*, [1969] 1 Q.B. 447 (C.A.), p. 451 :

[TRADUCTION] Il est primordial que la personne accusée d'une infraction sache avec certitude ce dont elle risque d'être déclarée coupable. Aucun tribunal ne devrait être encouragé à se demander s'il peut conclure, d'une façon ou d'une autre, que les mots de l'acte d'accusation sont, de manière sous-entendue, susceptibles de décrire quelque autre infraction.

Le fait est que le ministère public *aurait* pu accuser l'intimé d'agression sexuelle et de contacts sexuels, mais qu'il a omis de le faire en exerçant

33

34

35

36

prosecutorial discretion refrained from doing so. On the facts of this case, the rules governing “included” offences do not provide a remedy for this omission.

37 As to the first category, there is nothing in the *Criminal Code* that explicitly makes sexual assault or sexual interference an offence included in incest.

38 As to the second category, it cannot be said that incest as “described in the enactment creating it” includes sexual assault or sexual interference. As discussed earlier, incest can be committed without any assault whatsoever. Consent is no defence: *S. (M.)*, *F. (R.P.)*. Nor must the victim be under fourteen years of age. The five accused persons in *F. (R.P.)* were all adults. The age of the complainant constitutes merely a factual circumstance which is irrelevant to whether or not the offence of incest is committed.

39 As to the third category, it cannot be said that the wording of the count charging the respondent with incest described a sexual assault, or indeed gave any information from which an issue of non-consent could fairly be inferred, or suggested that the victim was underage and therefore was incapable of consenting. It is true, of course, that an allegation of incest includes the allegation of a physical act which, if done without consent, would be an assault. However, if the Crown wished to dispense with proof of non-consent by relying on s. 150.1(1), it was incumbent upon it to allege the factual condition precedent to the operation of s. 150.1(1), namely the fact that the victim was under fourteen years old. This was not done. The age of the victim would be for the Crown to prove, not for the defence to disprove. To repeat, for ease of reference, the count in the indictment read in its entirety:

[TRANSLATION] Between December 13, 1995 and May 31, 1999, at Québec in the district of Québec, did commit incest with C.R., knowing that person to be his daughter, thereby committing the indictable offence provided for in section 155(2) of the Criminal Code.

son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. D’après les faits de la présente affaire, les règles applicables en matière d’infraction « incluse » ne prévoient pas de réparation pour cette omission.

Quant à la première catégorie, aucune disposition du *Code criminel* ne prévoit explicitement que l’infraction d’agression sexuelle ou celle de contacts sexuels est comprise dans celle d’inceste.

En ce qui concerne la deuxième catégorie, on ne saurait dire que l’infraction d’inceste, telle qu’elle est « décrite dans la disposition qui la crée », inclut l’agression sexuelle ou les contacts sexuels. Comme nous l’avons vu, l’inceste peut être commis sans aucune forme de voies de fait. Le consentement est inadmissible comme moyen de défense: *S. (M.)*, *F. (R.P.)*. Il n’est pas nécessaire non plus que la victime soit âgée de moins de quatorze ans. Les cinq accusés dans l’affaire *F. (R.P.)* étaient tous des adultes. L’âge du plaignant n’est qu’un fait qui n’a rien à voir avec la question de savoir si l’infraction d’inceste a été commise.

Quant à la troisième catégorie, on ne saurait affirmer que le libellé du chef accusant l’intimé d’inceste décrivait une agression sexuelle, qu’il donnait, en fait, des renseignements permettant d’inférer raisonnablement qu’une question d’absence de consentement se posait ou qu’il indiquait que la victime était mineure et donc incapable de consentir. Bien sûr, il est vrai qu’une allégation d’inceste comprend une allégation d’acte physique qui, s’il était accompli sans consentement, constituerait des voies de fait. Cependant, si le ministère public souhaitait se passer de la preuve d’absence de consentement en se fondant sur le par. 150.1(1), il lui incombait d’alléguer la condition factuelle préalable à l’application du par. 150.1(1), à savoir que la victime était âgée de moins de quatorze ans. Il ne l’a pas fait. Il appartenait au ministère public de prouver l’âge de la victime, et non à la défense de le réfuter. Pour en faciliter la consultation, je reproduis en entier le chef d’accusation :

Entre le 13 décembre 1995 et le 31 mai 1999, à Québec, district de Québec, a commis l’inceste avec C.R., sachant que cette personne était sa fille, commettant ainsi l’acte criminel prévu à l’article 155(2) du Code criminel.

The Crown says the evidence subsequently led in the case shows that commission of incest in this case would necessarily have involved the commission of sexual interference and a sexual assault due to the age of the daughter, and that the age of the daughter must have been within the knowledge of the respondent, but there is nothing in s. 662 that permits the Crown to supplement the allegations in the charge, or the elements of the enactment creating the offence, by reference to the personal knowledge of an accused.

The corollary, to what I have said above however, is that acquittal on the charge of incest would not provide the respondent in these circumstances with a defence of *autrefois acquit* to a charge of sexual assault or sexual interference. The rule against double jeopardy requires that the accused at the earlier trial have been in jeopardy of conviction of the subsequent charge: *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658, at p. 668; *R. v. Rinnie*, [1970] 3 C.C.C. 218 (Alta. S.C., App. Div.). The respondent here was in no such jeopardy.

Whether or not the Crown chooses to proceed with other charges against the respondent is for the Crown to decide.

III. Disposition

I would dismiss the appeal.

The reasons of Bastarache, LeBel, Deschamps and Abella JJ. were delivered by

ABELLA J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of Justice Binnie. With respect, I do not agree with his conclusion that sexual assault is not included in the offence of incest as charged in this case.

The charge of incest put the father, G.R., on notice that the Crown would seek to prove that he had committed an act of sexual intercourse with his daughter during a specified period of time. At the relevant times, his daughter was between five and nine years of age. The issue therefore is whether he

Le ministère public affirme que, bien que la preuve présentée ultérieurement dans la présente affaire montre que la perpétration de l'inceste en l'espèce aurait nécessairement comporté la perpétration des infractions de contacts sexuels et d'agression sexuelle en raison de l'âge de la fille de l'intimé, et que celui-ci devait connaître l'âge de sa fille, rien dans l'art. 662 ne permet au ministère public de compléter les allégations contenues dans l'accusation ou les éléments de la disposition créant l'infraction par la mention des connaissances personnelles de l'accusé.

Il s'ensuit de ce que j'ai dit plus haut que, dans ces circonstances, l'acquittement de l'accusation d'inceste ne permettrait pas à l'accusé d'opposer l'autrefois acquit comme moyen de défense à une accusation d'agression sexuelle ou de contacts sexuels. La règle interdisant la double incrimination exige qu'au procès antérieur l'accusé ait couru le risque d'être déclaré coupable de l'accusation subséquente : *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658, p. 668; *R. c. Rinnie*, [1970] 3 C.C.C. 218 (C.S. Alb., Div. app.). L'intimé en l'espèce ne courait pas un tel risque.

La décision de porter ou de ne pas porter d'autres accusations contre l'intimé relève du ministère public.

III. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Abella rendus par

LA JUGE ABELLA (dissidente) — J'ai pris connaissance des motifs du juge Binnie. En toute déférence, je ne partage pas sa conclusion selon laquelle l'agression sexuelle n'est pas comprise dans l'infraction d'inceste reprochée en l'espèce.

Le chef d'accusation d'inceste notifiât au père, G.R., que le ministère public chercherait à prouver qu'il avait eu des rapports sexuels avec sa fille au cours d'une période déterminée. À l'époque pertinente, sa fille avait entre cinq et neuf ans. La question est donc de savoir s'il pouvait commettre un

40

41

42

43

44

45

could have committed incest without committing sexual assault. Demonstrably, he could not.

inceste sans commettre une agression sexuelle. Il ne le pouvait manifestement pas.

46 The father acknowledged, not surprisingly, that he knew that his daughter was under the age of fourteen at the relevant times. It follows that the indictment provided him with sufficient information to enable him to make full answer and defence to offences arising out of, and included in, the alleged acts of sexual intercourse with his daughter during the time frame specified.

Le père a reconnu, comme on pouvait s'y attendre, qu'il savait que sa fille avait moins de quatorze ans à l'époque pertinente. Il s'ensuit que l'acte d'accusation lui donnait des renseignements suffisants pour qu'il puisse présenter une défense pleine et entière à l'égard des infractions découlant des rapports sexuels qu'il aurait eus avec sa fille pendant la période mentionnée, et de celles comprises dans ces rapports.

I. Background

I. Contexte

47 At trial, as observed by Binnie J., the father testified in his own defence and categorically denied having touched his daughter in a sexual manner. He admitted that he had prior convictions, including a conviction for sexual assault.

Au procès, comme le fait observer le juge Binnie, le père a témoigné pour sa propre défense et a catégoriquement nié s'être livré à des attouchements sexuels sur sa fille. Il a reconnu avoir déjà été déclaré coupable d'autres infractions, dont celle d'agression sexuelle.

48 The trial judge found that the father's penis had touched the top of his daughter's vulva. On this basis, he said he was satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had attempted incest. He also found that there was evidence of sexual touching as defined in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that there was evidence of sexual assault, and that there could be no issue of consent in this case since the *Code* provides that a child under the age of fourteen touched in a sexual manner, cannot consent.

Le juge du procès a conclu que le pénis du père avait touché la partie supérieure de la vulve de sa fille. Pour ce motif, il s'est dit convaincu hors de tout doute raisonnable qu'il y avait eu tentative d'inceste de la part de l'accusé. Il a ajouté que la preuve établissait qu'il y avait eu attouchements sexuels au sens du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et agression sexuelle, et que la question du consentement ne se posait pas en l'espèce étant donné que le *Code* prévoit qu'un enfant de moins de quatorze ans ne peut pas consentir à des attouchements sexuels.

49 The trial judge's oral reasons are set out in full:

Les motifs de vive voix du juge du procès sont reproduits intégralement :

[TRANSLATION] O.K., let's see. I have evidence of facts, in the record, which constitute sexual touching within the meaning of the Criminal Code, namely touching by the father of his daughter or invitations to his daughter to touch him. I have that evidence.

Bon, alors écoutez, j'ai la preuve de fait, dans le dossier, qui constitue des attouchements, aux termes du Code criminel, sexuels, soit touchers du père sur sa fille ou invitations auprès de la fille à le toucher. J'ai cette preuve.

I also have evidence of sexual assault, because there is no issue of consent here, in the case of a child under fourteen (14) years of age. As soon as there is sexual touching of a child under fourteen (14) years of age, it is sexual assault. I have this evidence, too.

J'ai aussi la preuve d'agression sexuelle, parce qu'il est pas question de consentement, ici, pour un enfant de moins de quatorze (14) ans. Dès qu'il y a un toucher dans le domaine sexuel chez un enfant de moins de quatorze (14) ans, c'est une agression sexuelle. J'ai cette preuve aussi.

I have evidence, uncontrad- . . . I have evidence, which I have accepted, that the father's penis touched the top of his child's vulva. I have evidence that there was sperm in a condom, if I make the necessary inferences from the facts I have heard, that have been related to me. I also have evidence of the positions in the bed of the father and his little girl.

So I have all the evidence I need to conclude, beyond a reasonable doubt, that there was attempted incest by the father.

Pursuant to section 660, I find him guilty of attempted incest.

On appeal, for reasons that are unclear from the record, the Crown conceded that there was insufficient proof to sustain a conviction for attempted incest, asking instead that the Court of Appeal substitute convictions for sexual interference and sexual assault. The Court of Appeal appears to have concluded that these were not included offences. It allowed the appeal and acquitted the accused for the following reasons:

[TRANSLATION] WHEREAS the appellant was charged solely with the crime of incest;

WHEREAS he was convicted of attempted incest;

WHEREAS the child in question stated that there was no penetration;

WHEREAS there is no proof whatsoever of incest;

WHEREAS, as the Attorney General's prosecutor has in fact conceded, attempted incest has not been proven beyond a reasonable doubt;

WHEREAS the appellant was not charged with sexual assault or sexual touching under section 151 of the *Criminal Code*;

FOR THESE REASONS, THE COURT:

ALLOWS the appeal;

SETS ASIDE the verdict; and

ACQUITS the appellant.

II. Analysis

The issue before this Court is whether the Court of Appeal ought to have rejected the Crown's

J'ai la preuve, non contre . . . j'ai la preuve, que j'ai retenue, que le pénis du père a touché le haut de la vulve de son enfant. J'ai la preuve qu'il y avait du sperme dans un condom, si je fais les déductions nécessaires à la suite des faits que j'ai entendus, dont j'ai entendu la relation. J'ai aussi la preuve de la position dans le lit du père et de sa petite fille.

Alors, j'ai tous les éléments requis pour venir à la conclusion, hors de tout doute raisonnable, qu'il y a eu, de la part du père, tentative d'inceste.

Conformément à l'article 660, je le déclare coupable de tentative d'inceste.

En appel, pour des raisons qui ne ressortent pas clairement du dossier, le ministère public a reconnu que la preuve était insuffisante pour justifier une déclaration de culpabilité de tentative d'inceste. Il a plutôt invité la Cour d'appel à y substituer des déclarations de culpabilité de contacts sexuels et d'agression sexuelle. La Cour d'appel paraît avoir conclu que ces infractions n'étaient pas incluses. Elle a accueilli l'appel et acquitté l'accusé pour les motifs suivants :

CONSIDÉRANT que l'appelant était accusé uniquement du crime d'inceste;

CONSIDÉRANT qu'il a été déclaré coupable de tentative d'inceste;

CONSIDÉRANT que l'enfant concernée a déclaré qu'il n'y avait pas eu de pénétration;

CONSIDÉRANT qu'il y a absence totale de preuve d'inceste;

CONSIDÉRANT, comme le concède d'ailleurs le substitut du procureur général, qu'il y a absence de preuve hors de tout doute raisonnable de tentative d'inceste;

CONSIDÉRANT que l'appelant n'était pas accusé d'agression sexuelle ni de contacts sexuels prohibés par l'article 151 du *Code criminel*;

POUR CES MOTIFS, LA COUR :

ACCUEILLE l'appel;

CASSE le verdict;

PRONONCE l'acquiescement de l'appelant.

II. Analyse

La question soumise à notre Cour est de savoir si la Cour d'appel devait rejeter l'argument du

submission that sexual assault and sexual interference were included offences in the offence of incest in this case. The father was charged under s. 155 of the *Code* as follows:

[TRANSLATION] Between December 13, 1995 and May 31, 1999, at Québec in the district of Québec, did commit incest with C.R., knowing that person to be his daughter, thereby committing the indictable offence provided for in section 155(2) of the Criminal Code.

52 Pursuant to s. 155, everyone commits incest who has sexual intercourse with a person knowing that he or she is by blood relationship his or her parent, child, brother, sister, grandparent or grandchild. Whether an act of sexual intercourse has occurred is determined by reference to s. 4(5) of the *Code*, which provides that sexual intercourse “is complete on penetration to even the slightest degree, notwithstanding that seed is not emitted”.

53 The consent of the complainant is not a defence to a charge of incest.

54 The fundamental principle underlying included offences is that an accused is entitled to know from the indictment or information the offence or offences with which he or she is charged so that there will be no prejudice to the defence. For the majority, the principal issue is one of notice. As Binnie J. points out in his reasons, the accused must be given reasonable notice of the offence or the offences alleged to be included in the principal offence charged. Binnie J. concludes that in the present case “the Crown did not allege that the daughter was below the age of consent, and there [was] nothing in the nature of the offence of incest as described in the *Criminal Code* or the wording of the indictment to put the respondent on notice that he was in jeopardy of a conviction for sexual assault or sexual interference” (para. 12).

55 Unlike my colleague, I am of the view that the father had reasonable notice. This is based on the premise that the requirement of reasonable notice is satisfied if the following can be shown: the accused could not have committed the offence charged

ministère public selon lequel l’agression sexuelle et les contacts sexuels étaient, en l’espèce, des infractions comprises dans celle d’inceste. Le père a été accusé d’avoir contrevenu à l’art. 155 du *Code* :

Entre le 13 décembre 1995 et le 31 mai 1999, à Québec, district de Québec, a commis l’inceste avec C.R., sachant que cette personne était sa fille, commettant ainsi l’acte criminel prévu à l’article 155(2) du Code criminel.

Aux termes de l’art. 155, commet un inceste quiconque, sachant qu’une autre personne est, par les liens du sang, son père ou sa mère, son enfant, son frère, sa sœur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils ou sa petite-fille, a des rapports sexuels avec cette personne. La question de savoir s’il y a eu des rapports sexuels se tranche en fonction du par. 4(5) du *Code*, qui précise que les rapports sexuels « sont complets s’il y a pénétration même au moindre degré et bien qu’il n’y ait pas émission de semence ».

Le consentement du plaignant n’est pas un moyen de défense opposable à une accusation d’inceste.

Le principe fondamental des infractions incluses est que l’accusé a le droit de savoir, d’après l’acte d’accusation ou la dénonciation, quelle(s) infraction(s) il est accusé d’avoir commise(s), de façon à ne pas être lésé dans sa défense. D’après les juges majoritaires, la principale question qui se pose est une question de notification. Comme le juge Binnie le souligne dans ses motifs, il faut notifier raisonnablement à l’accusé l’infraction ou les infractions que comprendrait l’infraction principale qui lui est reprochée. Le juge Binnie conclut qu’en l’espèce le ministère public « n’a pas allégué que la fille n’avait pas l’âge du consentement, et [que] ni la nature de l’infraction d’inceste que décrit le *Code criminel* ni le libellé de l’acte d’accusation ne notifièrent à l’intimé qu’il risquait d’être déclaré coupable d’agression sexuelle ou de contacts sexuels » (par. 12).

Contrairement à mon collègue, je suis d’avis que le père a reçu une notification raisonnable. Mon affirmation repose sur le principe selon lequel la condition de la notification raisonnable est remplie s’il est possible de démontrer que l’accusé ne

without committing the purported included offence, and the accused knows what offences he or she must be prepared to meet. The test is not a hypothetical one. The question is whether this particular accused had a full opportunity to know and meet the case against him.

The law of included offences in Canada is governed by s. 662 of the *Code*. An offence is included if all of its essential elements are also elements of the principal offence (see *Fergusson v. The Queen*, [1962] S.C.R. 229, at p. 233). There are three ways in which an accused can be convicted of an included offence: (1) the secondary offence is expressly stated to be an included offence in the *Code* itself; (2) the secondary offence is included under the statutory enactment creating the primary offence; (3) the secondary offence is included in the description of the count charged (see *R. v. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C. (2d) 17 (Ont. C.A.); *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1981] 1 S.C.R. xiii).

Where it is argued that an offence is included in the charge by reason of the words used, the issue becomes one of the sufficiency of information in the indictment. Words in that indictment sufficient to identify a particular criminal transaction may also serve to identify any included offences (see, e.g., *Tousignant v. The Queen* (1960), 130 C.C.C. 285 (Que. Q.B. (Appeal Side)); *R. v. Manuel* (1960), 128 C.C.C. 383 (B.C.C.A.); *Simpson (No. 2)*). The formal requirements are found under s. 581 of the *Code*, which provides that:

581. (1) Each count in an indictment shall in general apply to a single transaction and shall contain in substance a statement that the accused or defendant committed an offence therein specified.

(2) The statement referred to in subsection (1) may be

(a) in popular language without technical averments or allegations of matters that are not essential to be proved;

peut avoir commis l'infraction reprochée sans commettre l'infraction censée être incluse, et que l'accusé sait contre quelle(s) infraction(s) il devra se défendre. Le critère applicable n'est pas hypothétique. Il faut se demander si, dans ces circonstances particulières, l'accusé était parfaitement en mesure de connaître et de réfuter la preuve qui pesait contre lui.

La règle canadienne des infractions incluses est énoncée à l'art. 662 du *Code*. Une infraction est incluse si ses éléments essentiels sont tous également des éléments de l'infraction principale (voir *Fergusson c. The Queen*, [1962] R.C.S. 229, p. 233). Un accusé peut être déclaré coupable d'une infraction incluse dans trois cas : (1) le *Code* lui-même qualifie expressément d'incluse l'infraction secondaire; (2) l'infraction secondaire est incluse selon le texte législatif créant l'infraction principale; (3) l'infraction secondaire est reprochée dans le chef d'accusation (voir *R. c. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C. (2d) 17 (C.A. Ont.); *R. c. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. xiii).

Lorsqu'on prétend qu'une infraction est comprise dans l'accusation en raison des mots utilisés, il faut alors se demander si les renseignements contenus dans l'acte d'accusation sont suffisants. Les mots de l'acte d'accusation qui sont suffisants pour identifier une affaire criminelle donnée peuvent également permettre d'identifier des infractions incluses (voir, par exemple, *Tousignant c. The Queen* (1960), 33 C.R. 234 (B.R. Qué. (juridiction d'appel)); *R. c. Manuel* (1960), 128 C.C.C. 383 (C.A.C.-B.); *Simpson (No. 2)*). Les conditions formelles à remplir sont énoncées à l'art. 581 du *Code*, qui est ainsi conçu :

581. (1) Chaque chef dans un acte d'accusation s'applique, en général, à une seule affaire; il doit contenir en substance une déclaration portant que l'accusé ou le défendeur a commis l'infraction qui y est mentionnée.

(2) La déclaration mentionnée au paragraphe (1) peut être faite :

a) en langage populaire sans expressions techniques ni allégations de choses dont la preuve n'est pas essentielle;

(b) in the words of the enactment that describes the offence or declares the matters charged to be an indictable offence; or

(c) in words that are sufficient to give to the accused notice of the offence with which he is charged.

(3) A count shall contain sufficient detail of the circumstances of the alleged offence to give to the accused reasonable information with respect to the act or omission to be proved against him and to identify the transaction referred to, but otherwise the absence or insufficiency of details does not vitiate the count.

58

As with included offences, the fundamental principle which governs the interpretation of the information or indictment is that the accused must be provided with enough information to make full answer and defence. At common law, and particularly by the beginning of the 19th century, the indictment had become a highly technical document. Strictly proper language was required when framing the charges against an accused and all the facts and circumstances of the offence, including the intent, were required to be set out in the indictment in great detail and with meticulous certainty (see E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 9-5; R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6th ed. (loose-leaf)), at paras. 6.800 to 6.840). There are examples of cases from this period where the failure to include the age of the complainant, or even of the accused, was considered fatal (see, e.g., *R. v. Connolly* (1867), 26 U.C.R. 317; *R. v. Loftus* (1926), 45 C.C.C. 390 (Ont. S.C., App. Div.); *R. v. MacDonald* (1952), 102 C.C.C. 337 (N.S.S.C.)).

59

The classic statement of the standard against which the sufficiency of the indictment was to be measured was articulated by this Court in *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188. Rinfret J., writing for the Court, discussed the requirements of then s. 852 of the *Code* as follows:

If section 852 be analysed, it will be noticed the imperative requirement ("shall contain") is that there must be a statement that the accused has committed an indictable offence; and such offence must be "specified." It will be sufficient if the substance of the offence is stated; but every count must contain such statement "in substance."

b) dans les termes mêmes de la disposition qui décrit l'infraction ou déclare que le fait imputé est un acte criminel;

c) en des termes suffisants pour notifier au prévenu l'infraction dont il est inculpé.

(3) Un chef d'accusation doit contenir, à l'égard des circonstances de l'infraction présumée, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement le prévenu sur l'acte ou omission à prouver contre lui, et pour identifier l'affaire mentionnée, mais autrement l'absence ou insuffisance de détails ne vicie pas le chef d'accusation.

Comme pour les infractions incluses, le principe fondamental qui régit l'interprétation de la dénonciation ou de l'acte d'accusation veut que l'accusé reçoive des renseignements suffisants pour être en mesure de présenter une défense pleine et entière. En common law, et dès le début du XIX^e siècle en particulier, l'acte d'accusation était devenu un document très formaliste. Il fallait utiliser les mots exacts pour rédiger les accusations portées contre l'accusé et il fallait exposer de façon très détaillée et extrêmement méticuleuse, dans l'acte d'accusation, tous les faits et toutes les circonstances de l'infraction, y compris l'intention (voir E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 9-5; R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6^e éd. (feuilles mobiles)), par. 6.800 à 6.840). On trouve des exemples de décisions de l'époque où l'omission d'indiquer l'âge du plaignant, ou même de l'accusé, a été jugée fatale (voir, par exemple, *R. c. Connolly* (1867), 26 U.C.R. 317; *R. c. Loftus* (1926), 45 C.C.C. 390 (C.S. Ont., Div. app.); *R. c. MacDonald* (1952), 102 C.C.C. 337 (C.S.N.-É.)).

L'arrêt de notre Cour *Brodie c. The King*, [1936] R.C.S. 188, renferme l'énoncé classique de la norme d'appréciation du caractère suffisant de l'acte d'accusation. Le juge Rinfret, s'exprimant au nom de la Cour, analyse de la manière suivante les exigences de ce qui était alors l'art. 852 du *Code* :

[TRADUCTION] On constate à l'analyse de l'art. 852 que celui-ci impose l'exigence impérative (« doit contenir ») d'une déclaration que le prévenu a commis un acte criminel; et il faut que cet acte criminel soit « spécifié ». Il suffit d'énoncer en substance l'infraction reprochée; mais chaque chef d'accusation doit contenir « en

In our view, this does not mean merely classifying or characterizing the offence; it calls for the necessity of specifying time, place and matter . . . of stating the facts alleged to constitute the indictable offence. [p. 193]

He outlined the justification for this degree of required particularity as follows:

. . . the statement must contain the allegations of matter “essential to be proved,” and must be in “words sufficient to give the accused notice of the offence with which he is charged.” Those are the very words of the section; and they were put there to embody the spirit of the legislation, one of its main objects being that the accused may have a fair trial and consequently that the indictment shall, in itself, identify with reasonable precision the act or acts with which he is charged, in order that he may be advised of the particular offence alleged against him and prepare his defence accordingly. [p. 194]

Since *Brodie*, however, there has been an increased tendency for Canadian courts to reject such arguments on the basis that, in the words of Wilson J. in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, “they are overly technical and an unnecessary holdover from earlier times” (p. 42). In *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, this Court distanced itself from an approach whereby even the slightest defect made an indictment a nullity. Writing for the Court, Dickson J. stated that “Parliament has made it abundantly clear in those sections of the *Criminal Code* having to do with the form of indictments and informations that the punctilio of an earlier age is no longer to bind us. We must look for substance and not petty formalities” (p. 1307).

The current state of the law with respect to the sufficiency of an indictment or information was articulated by Cory J. in *R. v. Douglas*, [1991] 1 S.C.R. 301. It confirms that the sufficiency of notice is examined based on the particular accused and circumstances:

From these cases it can be seen that an indictment is adequate if it contains sufficient details to give the accused reasonable information with respect to the charge

substance » une telle déclaration. À notre avis, il ne s’agit pas simplement là de la classification ou de la caractérisation de l’infraction; il est nécessaire non seulement de préciser le moment, le lieu et ce dont il s’agit, [. . .] mais aussi d’énoncer les faits qui constitueraient l’acte criminel. [p. 193]

Il a exposé la raison pour laquelle ce degré de précision était nécessaire :

[TRADUCTION] . . . la déclaration doit contenir les allégations de choses « dont la preuve [. . .] est [. . .] essentielle », et être faite en des « termes suffisants pour donner au prévenu avis de l’infraction dont il est accusé. » Ce sont là les mots mêmes de l’article et ils ont pour objet de mettre en application l’esprit de la loi dont l’un des buts principaux est que le prévenu puisse avoir un procès équitable et, par conséquent, que l’acte d’accusation en soi identifie de façon raisonnablement précise l’acte ou les actes dont il est inculpé de sorte qu’il puisse connaître la nature de l’infraction qu’on lui reproche et préparer sa défense en conséquence. [p. 194]

Toutefois, depuis l’arrêt *Brodie*, les tribunaux canadiens ont eu de plus en plus tendance à rejeter ces arguments parce que, pour reprendre les termes de la juge Wilson dans l’arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, « ils sont d’un formalisme excessif ou une survivance inutile du passé » (p. 42). Dans l’arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, notre Cour a pris ses distances par rapport au point de vue selon lequel même le moindre défaut annulait l’acte d’accusation. Le juge Dickson a affirmé, au nom de la Cour, que « [l]e Parlement a clairement démontré, dans les articles du *Code criminel* relatifs à la forme des actes d’accusation et des dénonciations, que nous n’étions plus liés par le formalisme pointilleux d’antan. Nous devons examiner le fond des choses et non pas des formalités insignifiantes » (p. 1307).

L’état actuel du droit concernant le caractère suffisant d’un acte d’accusation ou d’une dénonciation a été exposé par le juge Cory dans l’arrêt *R. c. Douglas*, [1991] 1 R.C.S. 301. Il confirme que le caractère suffisant de la notification doit être examiné en fonction de l’accusé et des circonstances en cause :

Il ressort de cette jurisprudence qu’un acte d’accusation est adéquat s’il contient des détails suffisants pour renseigner raisonnablement l’accusé sur l’accusation et

60

61

62

and to enable the accused to identify the transaction so as to permit the adequate preparation of the defence. Whether an indictment is sufficient will depend on the offence charged and the facts of the case. [Emphasis added; p. 314.]

63 He cited with approval, at pp. 313-14, the decision of Krever J.A. in *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399 (Ont. C.A.), at p. 403, adopting R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (4th ed. 1984), at p. 214:

Whether or not the charge contains sufficient details to give the accused reasonable information and to identify the transaction referred to will depend upon the facts of each case and the nature of the charge.

64 Krever J.A. had held that “[t]he information possessed by the accused otherwise than through the language of the count in question was also relevant” (p. 404). The ability of an accused to make full answer and defence, in other words, depends not only on the wording of the indictment, but on the information indisputably known to the accused.

65 The question then is whether the father’s ability to make full answer and defence to a charge of sexual assault, based on the information in the indictment and his own knowledge, has been compromised. In *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, this Court considered the elements of sexual assault. Writing for the majority, Major J. held that sexual assault is a crime of general intent. In order to satisfy the basic *mens rea* requirement, the Crown need only prove that the accused intended to touch the complainant in a sexual manner. The *actus reus* of sexual assault is established by proof of three elements: (i) touching, (ii) the sexual nature of the contact, and (iii) the absence of consent. As with incest, however, s. 150.1 of the *Code* provides that the consent of the complainant is no defence to a charge of sexual assault where the complainant is under fourteen years of age.

pour identifier l’affaire mentionnée, de sorte qu’il est en mesure de bien préparer sa défense. La question de savoir si l’acte d’accusation est suffisant dépend des faits de l’espèce et de la nature de l’accusation. [Je souligne; p. 314.]

Le juge a cité et approuvé, aux p. 313-314, la décision du juge Krever dans *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399 (C.A. Ont.), p. 403, adoptant R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (4^e éd. 1984), p. 214 :

[TRADUCTION] La question de savoir si l’inculpation contient des détails suffisants pour renseigner raisonnablement l’accusé et pour identifier l’affaire mentionnée dépend des faits de l’espèce et de la nature de l’accusation.

Le juge Krever avait décidé que [TRADUCTION] « [l]es renseignements que possède l’accusé, autres que ceux qu’il tient du libellé du chef en question, sont aussi pertinents » (p. 404). En d’autres termes, la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière dépend non seulement du libellé de l’acte d’accusation, mais encore des renseignements qu’il connaît indubitablement.

La question qui se pose alors est de savoir si la capacité du père d’opposer une défense pleine et entière à une accusation d’agression sexuelle, en fonction des renseignements contenus dans l’acte d’accusation et de sa propre connaissance, a été compromise. Dans l’arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, notre Cour a examiné les éléments de l’agression sexuelle. Le juge Major a décidé, au nom des juges majoritaires, que l’agression sexuelle est un acte criminel d’intention générale. Pour satisfaire à l’exigence fondamentale de la *mens rea*, le ministère public n’a qu’à prouver que l’accusé avait l’intention de se livrer à des attouchements sexuels sur la plaignante. L’*actus reus* de l’agression sexuelle est établi par la preuve de trois éléments : (i) les attouchements, (ii) la nature sexuelle des contacts et (iii) l’absence de consentement. Toutefois, comme pour l’inceste, l’art. 150.1 du *Code* prévoit que le consentement du plaignant n’est pas un moyen de défense opposable à une accusation d’agression sexuelle dans le cas où le plaignant a moins de quatorze ans.

The trial judge found that he had evidence of sexual assault by the accused and evidence that the complainant was under the age of fourteen. These findings were not contested. This father could not have committed the crime of incest, namely having sexual intercourse with his young daughter commencing when she was five years old, without also committing the included crime of sexual assault. By specifying the complainant, the time frame, and the act, the father was put on sufficient notice of the age of the child and provided with enough information to make full answer and defence to the included charge of sexual assault.

No one disputes that the victim was under the age of fourteen during the specified time frame, nor do they dispute that the accused knew that his daughter was under the age of fourteen at that time. The acts put in evidence to establish incest and attempted incest on the one hand and sexual assault on the other were the same.

There was, moreover, no impact on the defence in this case. The father did not raise the issue of consent. His defence was to deny any touching of his daughter in a sexual manner. His defence was based not on lack of penetration, but on the absence of sexual touching. He was therefore in no way prejudiced in his defence by the failure of the indictment to refer to his daughter's age, since her age was, aside from being a fact within his knowledge since her birth, and sufficiently particularized by the designation of the time frame in the indictment, entirely irrelevant to his defence.

III. Conclusion

Pursuant to s. 686(4)(b)(ii) of the *Code*, I would allow the appeal and enter a verdict of guilty with respect to the included offence of sexual assault. In view of my conclusion that sexual assault is an included offence, I see no practical purpose in examining whether sexual interference is similarly included.

Le juge du procès a conclu qu'il était prouvé que l'accusé avait commis une agression sexuelle et que la plaignante avait moins de quatorze ans. Ces conclusions n'ont pas été contestées. Le père ne peut pas avoir commis le crime d'inceste — en commençant à avoir des rapports sexuels avec sa fille au moment où elle était âgée de cinq ans — sans avoir également commis le crime inclus d'agression sexuelle. En raison des précisions concernant la plaignante, la période et l'acte en cause, le père a reçu une notification suffisante de l'âge de l'enfant ainsi que des renseignements suffisants pour pouvoir opposer une défense pleine et entière à l'accusation incluse d'agression sexuelle.

Personne ne conteste que la victime avait moins de quatorze ans pendant la période mentionnée ni que l'accusé savait que sa fille avait moins de quatorze ans à l'époque. Les actes soumis en preuve pour établir l'inceste et la tentative d'inceste, d'une part, et l'agression sexuelle, d'autre part, étaient les mêmes.

De plus, il n'y a eu aucune incidence sur la défense en l'espèce. Le père n'a pas soulevé la question du consentement. Sa défense a consisté à nier s'être livré à des attouchements sexuels sur sa fille. Elle reposait non pas sur l'absence de pénétration, mais sur l'absence d'attouchement sexuel. Le défaut de mentionner l'âge de sa fille dans l'acte d'accusation n'a pas nui à sa défense étant donné que l'âge de celle-ci, outre le fait qu'il le connaissait depuis sa naissance et qu'il était suffisamment précisé par la désignation de la période en cause dans l'acte d'accusation, ne lui était d'aucun secours à cet égard.

III. Conclusion

Conformément au sous-al. 686(4)(b)(ii) du *Code*, j'accueillerais le pourvoi et j'inscrirais un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction incluse d'agression sexuelle. Vu ma conclusion que l'agression sexuelle est une infraction incluse dans le présent acte d'accusation, je ne vois aucune raison pratique d'examiner si l'infraction de contacts sexuels est incluse de la même manière.

66

67

68

69

70

The father was sentenced to 40 months' detention on March 15, 2002 and was eligible for conditional parole on April 25, 2003. Since he has served the better part of his sentence, there is no reason for this Court to interfere with the sentence.

Appeal dismissed, BASTARACHE, LEBEL, DESCHAMPS and ABELLA JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Deputy Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the respondent: Boulet, Boivin, Gionet, Duchesne, Thibault & Savard, Québec.

Le père a été condamné à purger 40 mois de détention le 15 mars 2002 et il était admissible à une libération conditionnelle le 25 avril 2003. Il n'y a aucune raison que notre Cour modifie sa peine étant donné qu'il en a purgé la plus grande partie.

Pourvoi rejeté, les juges BASTARACHE, LEBEL, DESCHAMPS et ABELLA sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Sous-procureur général du Québec, Québec.

Procureurs de l'intimé : Boulet, Boivin, Gionet, Duchesne, Thibault & Savard, Québec.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2005 Vol. 2

3^e cahier, 2005 Vol. 2

Cited as [2005] 2 S.C.R. 401-600

Renvoi [2005] 2 R.C.S. 401-600

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	Legal Counsel / Conseillers juridiques	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	RÉMI SAMSON	WITOLD TYMOWSKI
KAREN LEVASSEUR	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON
	MARY JANE SINCLAIR	

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI	JACQUES GAGNÉ	CLAIRE VALLÉE

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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

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

CONTENTS

British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.473

Constitutional law — Division of powers — Extra-territoriality — Limitation on provincial legislation — Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products — Tobacco manufacturers sued by government challenging constitutional validity of legislation — Whether legislation exceeds territorial limits on provincial legislative jurisdiction — Constitution Act, 1867, s. 92(13) — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

Constitutional law — Judicial independence — Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products — Whether legislation constitutionally invalid as being inconsistent with principle of judicial independence — Whether rules of civil procedure contained in legislation interfere with adjudicative role of court hearing action — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

Constitutional law — Rule of law — Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products — Whether legislation constitutionally invalid as offending rule of law — Whether Constitution, through rule of law, requires legislation to be prospective, general in character and devoid of special advantages for government (except where necessary for effective governance), as well as to ensure fair civil trial — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General) 564

Bankruptcy — Scheme of distribution — Right to compensation and right to retain — Provincial statutes requiring employer who retains services of contractor to pay amounts due from contractor to provincial bodies — Statutes entitling employer to be reimbursed by contractor or to retain amount paid out of sums employer owes contractor — Whether, in context of bankruptcy, provincial statutes incompatible with scheme of distribution established by federal bankruptcy legislation — Whether equitable set-off applicable in bankruptcy in Quebec — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 316 — Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the

Continued on next page

SOMMAIRE

Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée473

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Extraterritorialité — Limites aux lois provinciales — Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits — Contestation de la validité constitutionnelle de la loi par les fabricants de produits du tabac poursuivis par le gouvernement — La loi excède-t-elle les limites territoriales de la compétence législative provinciale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits — La loi est-elle inconstitutionnelle en raison de son incompatibilité avec l'indépendance judiciaire? — Les règles de procédure civile prévues dans la loi nuisent-elles à la fonction juridictionnelle du tribunal saisi d'une action? — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

Droit constitutionnel — Primauté du droit — Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits — La loi est-elle inconstitutionnelle parce qu'elle va à l'encontre de la primauté du droit? — La Constitution exige-t-elle, au moyen de la primauté du droit, que les lois aient un caractère prospectif, qu'elles soient de nature générale et dépourvues de privilèges spéciaux à l'égard du gouvernement (sauf lorsque le privilège est nécessaire à une gouvernance efficace), en plus d'assurer un procès équitable au civil? — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général) 564

Faillite — Plan de répartition — Droit de compensation et de retenue — Lois provinciales obligeant l'employeur qui retient les services d'un entrepreneur à payer à des organismes provinciaux certains montants dus par l'entrepreneur — Lois permettant à l'employeur d'être remboursé par l'entrepreneur ou de retenir le montant payé sur les sommes qu'il doit à l'entrepreneur — Dans le contexte d'une faillite, les lois provinciales sont-elles incompatibles avec le plan de répartition établi par la loi fédérale sur la faillite? — La

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

construction industry, R.S.Q., c. R-20, s. 54 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136 to 147.

Constitutional law — Division of powers — Bankruptcy — Scheme of distribution — Provincial statutes requiring employer who retains services of contractor to pay amounts due from contractor to provincial bodies — Statutes entitling employer to be reimbursed by contractor or to retain amount paid out of sums employer owes contractor — Whether provincial statutes inapplicable or inoperative by reason of being in conflict with scheme of distribution established by federal bankruptcy legislation — Constitution Act, 1867, s. 91(21) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136 to 147 — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 316 — Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, s. 54.

GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.401

Private international law — Jurisdiction of Quebec courts — Choice of forum clause — Action in warranty — Quebec supplier sued in damages by Quebec business for failure to deliver equipment — Incidental action in warranty against German manufacturer for failure to supply equipment to Quebec supplier — Contract between German manufacturer and Quebec supplier including choice of forum clause in favour of German court — Whether Quebec court hearing principal action has jurisdiction to hear incidental action in warranty — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3135, 3139, 3148.

Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration); Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)539

Immigration — Removal order — Right of appeal — Permanent residents ordered deported for serious criminality appealing removal order to Immigration Appeal Division — Removal order automatically stayed pursuant to provisions of former immigration legislation — Transitional provision in new immigration legislation to effect that appeal to Immigration Appeal Division discontinued if appellant not granted stay under former legislation — Whether “transitional provision” applicable to both automatic and actively granted stays — Meaning of expression “granted a stay” in transitional provision — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Deportation — Right of appeal — Permanent residents’ right to appeal removal order for serious criminality extinguished by transitional provision of new immigration legislation — Whether process by which appeal

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

compensation en equity est-elle applicable en matière de faillite au Québec? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 316 — 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. 54 — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 97(3), 136 à 147.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Faillite — Plan de répartition — Lois provinciales obligeant l’employeur qui retient les services d’un entrepreneur à payer à des organismes provinciaux certains montants dûs par l’entrepreneur — Lois permettant à l’employeur d’être remboursé par l’entrepreneur ou de retenir le montant payé sur les sommes qu’il doit à l’entrepreneur — Les lois provinciales sont-elles inapplicables ou inopérantes pour cause de conflit avec le plan de répartition établi par la loi fédérale sur la faillite? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21) — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 97(3), 136 à 147 — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 316 — 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. 54.

GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.401

Droit international privé — Compétence des tribunaux québécois — Clause d’élection de for — Action en garantie — Fournisseur québécois poursuivi en dommages-intérêts par une entreprise québécoise pour défaut de livrer des équipements — Recours incident en garantie contre le fabricant allemand en défaut de fournir les équipements au fournisseur québécois — Contrat entre le fabricant allemand et le fournisseur québécois incluant une clause d’élection de for en faveur d’un tribunal allemand — Le tribunal québécois saisi de l’action principale est-il compétent pour entendre le recours incident en garantie? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135, 3139, 3148.

Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration); Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)539

Immigration — Mesure de renvoi — Droit d’appel — Résidents permanents interjetant appel devant la Section d’appel de l’immigration contre la mesure de renvoi pour grande criminalité dont ils font l’objet — Ancienne loi prescrivant les sursis automatique de l’exécution de la mesure de renvoi en cas d’appel — Dispositions transitoires de la nouvelle loi sur l’immigration prévoyant qu’il est mis fin à l’affaire portée en appel devant la Section d’appel de l’immigration si l’intéressé ne fait pas l’objet d’un sursis au titre de l’ancienne loi — Les « dispositions transitoires » s’appliquent-elles à la fois aux sursis automatiques et aux sursis

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

extinguished unfair and constituting breach of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

Statutes — Interpretation — Transitional provisions — Whether ordinary rules of interpretation applicable to transitional provisions — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

Statutes — Interpretation — Bilingual statutes — Principles of interpretation — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

Moufarrège v. Quebec (Deputy Minister of Revenue) 598

Income tax — Deduction — Interest — Interest paid on loan used to earn income from business or property — Source of income ceasing to exist — Interest not deductible — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 128, 160.

R. v. Hamilton432

Criminal law — Counselling offence that is not committed — Elements of offence — Mens rea — Accused sending “teaser” e-mail on Internet marketing sale of “Top Secret” files — Teaser advertising software that would enable purchaser to generate valid credit card numbers — Files sold including instructions on how to make bombs and how to break into a house — Accused charged with counselling four offences that were not committed — Whether accused had requisite mens rea for offences charged — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 464.

R. v. Roberge 469

Practice — Supreme Court of Canada — Motion to extend time to file application for leave to appeal — Factors guiding exercise of Court’s discretion to extend time — Motion dismissed.

R. v. Turcotte519

Criminal law — Evidence — Admissibility — Post-offence conduct — Right to silence — Accused going to police station of his own volition and asking that officers be sent to a ranch where he lived — Accused refusing to answer police’s questions as to why officers were needed — Three murder victims found at the ranch — Trial judge instructing jury that accused’s silence was post-offence conduct and that an inference of guilt could be drawn from it — Whether evidence of accused’s silence admissible as post-offence conduct.

Criminal law — Right to silence — Limits — Waiver — Accused going to police station of his own volition and asking that officers be sent to a ranch where he lived —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

accordés expressément? — Sens de l’expression « fait [. . .] l’objet d’un sursis » dans les dispositions transitoires — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Expulsion — Droit d’appel — Dispositions transitoires de la nouvelle loi sur l’immigration éteignant le droit des résidents permanents d’interjeter appel contre une mesure de renvoi pour grande criminalité — Le processus d’extinction du droit d’appel est-il inéquitable et constitue-t-il un manquement aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

Législation — Interprétation — Dispositions transitoires — Les règles d’interprétation ordinaires s’appliquent-elles aux dispositions transitoires? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

Législation — Interprétation — Lois bilingues — Principes d’interprétation — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

Moufarrège c. Québec (Sous-ministre du Revenu) 598

Impôt sur le revenu — Déduction — Intérêts — Intérêt payé sur emprunt pour gagner un revenu provenant d’une entreprise ou d’un bien — Source de revenu cessant d’exister — Intérêt non déductible — Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 128, 160.

R. c. Hamilton432

Droit criminel — Conseiller une infraction qui n’est pas commise — Éléments de l’infraction — Mens rea — « Annonce-mystère » proposant la vente de « fichiers ultra-secrets » transmise par courriels sur Internet — Annonce-mystère présentant un logiciel censé permettre à l’acheteur de générer des numéros de carte de crédit valides — Instructions expliquant comment fabriquer des bombes et comment entrer par effraction dans une maison figurant dans les fichiers vendus — Accusé inculpé d’avoir conseillé quatre infractions qui n’ont pas été commises — L’accusé possédait-il la mens rea requise à l’égard des infractions reprochées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 464.

R. c. Roberge 469

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en prorogation du délai pour déposer la demande d’autorisation d’appel — Facteurs qui guident la Cour dans l’exercice de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Accused refusing to answer police's questions as to why officers were needed — Whether right to silence engaged if accused not detained or arrested — Whether accused waived his right to silence by voluntarily going to police station and answering some questions.

SOMMAIRE (Fin)

son pouvoir discrétionnaire de proroger un délai — Requête rejetée.

R. c. Turcotte519

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Comportement postérieur à l'infraction — Droit de garder le silence — Accusé se rendant de son plein gré au poste de police et demandant qu'on envoie des policiers au ranch où il habite — Refus de l'accusé de répondre aux questions de la police quant à la raison pour laquelle il faut envoyer des policiers — Découverte de trois victimes de meurtre au ranch — Directives du juge du procès au jury selon lesquelles le silence de l'accusé constitue un comportement postérieur à l'infraction et la culpabilité peut s'inférer de ce comportement — La preuve relative au silence de l'accusé est-elle admissible en tant que preuve relative au comportement postérieur à l'infraction?

Droit criminel — Droit de garder le silence — Limites — Renonciation — Accusé se rendant de son plein gré au poste de police et demandant qu'on envoie des policiers au ranch où il habite — Refus de l'accusé de répondre aux questions de la police quant à la raison pour laquelle il faut envoyer des policiers — Le droit de garder le silence est-il en cause si l'accusé n'est pas détenu ou en état d'arrestation? — L'accusé a-t-il renoncé à son droit de garder le silence en se rendant de son plein gré au poste de police et en répondant à certaines questions?

GreCon Dimter inc. *Appellant*

v.

J.R. Normand inc. and Scierie Thomas-Louis Tremblay inc. *Respondents*

**INDEXED AS: GRECON DIMTER INC. v.
J.R. NORMAND INC.**

Neutral citation: 2005 SCC 46.

File No.: 30217.

2005: February 10; 2005: July 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Private international law — Jurisdiction of Quebec courts — Choice of forum clause — Action in warranty — Quebec supplier sued in damages by Quebec business for failure to deliver equipment — Incidental action in warranty against German manufacturer for failure to supply equipment to Quebec supplier — Contract between German manufacturer and Quebec supplier including choice of forum clause in favour of German court — Whether Quebec court hearing principal action has jurisdiction to hear incidental action in warranty — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3135, 3139, 3148.

A German manufacturer's failure to deliver certain equipment to a Quebec supplier caused the partial nonperformance of the supplier's obligations to a customer operating a business in Quebec. The customer instituted an action in damages against the supplier in the Superior Court of Quebec. The supplier called the German manufacturer in warranty, and the manufacturer moved to dismiss the action in warranty on the basis of a choice of forum clause in its contract with the supplier. According to that clause, only a German court had jurisdiction. The Superior Court applied art. 3139 C.C.Q. to dismiss the declinatory exception on the basis that the unity of the actions must prevail over the contractual choice of court provided for in art. 3148, para. 2 C.C.Q. The Court of Appeal affirmed the dismissal of the declinatory exception and resolved the conflict

GreCon Dimter inc. *Appelante*

c.

J.R. Normand inc. et Scierie Thomas-Louis Tremblay inc. *Intimées*

**RÉPERTORIÉ : GRECON DIMTER INC. c.
J.R. NORMAND INC.**

Référence neutre : 2005 CSC 46.

N^o du greffe : 30217.

2005 : 10 février; 2005 : 22 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit international privé — Compétence des tribunaux québécois — Clause d'élection de for — Action en garantie — Fournisseur québécois poursuivi en dommages-intérêts par une entreprise québécoise pour défaut de livrer des équipements — Recours incident en garantie contre le fabricant allemand en défaut de fournir les équipements au fournisseur québécois — Contrat entre le fabricant allemand et le fournisseur québécois incluant une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal allemand — Le tribunal québécois saisi de l'action principale est-il compétent pour entendre le recours incident en garantie? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135, 3139, 3148.

Le défaut d'un fabricant allemand de livrer des pièces d'équipement à un fournisseur québécois provoque l'inexécution partielle des obligations de ce fournisseur envers un client qui exploite une entreprise au Québec. Ce dernier intente une action en dommages-intérêts contre le fournisseur devant la Cour supérieure du Québec. Le fournisseur appelle le fabricant allemand en garantie. Celui-ci invoque l'exception déclinatoire quant au recours en garantie, en s'appuyant sur une clause d'élection de for contenue dans son contrat avec le fournisseur. Selon cette clause, seul un tribunal allemand serait compétent. Se fondant sur l'art. 3139 C.c.Q., la Cour supérieure rejette le moyen déclinatoire en faisant prévaloir l'unité des recours sur le choix contractuel d'un tribunal, prévu par l'art. 3148, al. 2 C.c.Q. La Cour d'appel confirme le rejet du moyen

between art. 3139 and art. 3148, para. 2 by applying art. 3135 C.C.Q. relating to the *forum non conveniens*.

Held: The appeal should be allowed. The declinatory exception based on the Quebec authority's want of jurisdiction should be allowed and the action in warranty in the Superior Court of Quebec should be dismissed.

The fundamental substantive rule of the autonomy of the parties prevails over the suppletive procedural rule of the single forum. Article 3148, para. 2 C.C.Q. must take precedence over art. 3139 C.C.Q. in the context of an action in warranty where a choice of forum clause applies to the legal relationship between the parties to the proceeding if, as in the case at bar, the clause indicates a clear intention to oust the jurisdiction of the Quebec authority. In such circumstances, the Quebec authority must decline jurisdiction. This conclusion flows both from the legal context of the provisions and from their hierarchy. [1] [18] [46]

The legal context consists of Quebec's codification of private international law and the objectives specific to that law, namely the principle of the autonomy of the parties and the legal certainty of international transactions. In enacting art. 3148, para. 2, the Quebec legislature recognized the primacy of the autonomy of the parties in situations involving conflicts of jurisdiction. This legislative choice, by providing for the use of arbitration clauses and choice of forum clauses, fosters foreseeability and certainty in international legal transactions. The choice is also related to the trend toward international harmonization of the rules of conflict of laws and of jurisdiction. Aside from certain exceptions, which do not include art. 3139 and do not otherwise apply in the case at bar, there is nothing to suggest that the legislature intended to limit the parties' ability to oust the Quebec authority's jurisdiction by agreement in respect of conflicts of jurisdiction. Article 3148, para. 2 constitutes the cornerstone of a legislative policy of respect for the autonomy of the parties and must therefore be interpreted broadly. The purpose of art. 3139, which extends to an incidental demand the Quebec authority's jurisdiction to hear a principal demand, is primarily to ensure the efficient use of judicial resources, and the provision is the product of domestic procedural considerations; as an exception to the principle that a court must determine its jurisdiction on a case-by-case basis, this provision must be interpreted narrowly. Such an interpretation is not inconsistent with the principles to which art. 3139 gives effect, and is consistent with the hierarchy of the rules set out in the *Civil Code* in this respect. [19-37]

déclinatoire et résout le conflit entre les art. 3139 et 3148, al. 2 par l'application de l'art. 3135 C.c.Q., relatif au *forum non conveniens*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Le moyen déclinatoire fondé sur l'absence de compétence des autorités québécoises est accueilli et le recours en garantie devant la Cour supérieure du Québec est rejeté.

La règle substantive fondamentale de l'autonomie de la volonté des parties a préséance sur la règle procédurale supplétive du forum unique. L'article 3148, al. 2 C.c.Q. doit prévaloir sur l'art. 3139 C.c.Q. dans le contexte d'une action en garantie en présence d'une clause d'élection de for applicable au rapport juridique entre les parties à ce litige si, comme en l'espèce, il ressort de la clause une intention claire d'exclure la compétence des autorités québécoises. Dans ces circonstances, l'autorité québécoise doit décliner compétence. Cette conclusion découle à la fois de l'étude du cadre juridique de ces dispositions et de celle de leur hiérarchie. [1] [18] [46]

Le cadre juridique est celui de la codification québécoise du droit international privé et de ses objectifs propres — soit le principe de l'autonomie de la volonté des parties et la sécurité juridique des transactions internationales. Le législateur québécois, en adoptant l'art. 3148, al. 2, a reconnu la primauté de l'autonomie de la volonté des parties en matière de conflits de juridiction. Ce choix législatif favorise, par le recours aux clauses compromissoires et d'élection de for, la prévisibilité et la sécurité des transactions juridiques internationales. Ce choix participe également du mouvement d'harmonisation internationale des règles de conflits de lois et de conflits de juridiction. Hormis certaines exceptions, dont l'art. 3139 ne fait pas partie et autrement absentes en l'espèce, rien n'indique que le législateur ait voulu limiter les possibilités de dérogation conventionnelle à la compétence des autorités québécoises en matière de conflits de juridiction. L'article 3148, al. 2 constitue la pierre angulaire d'une politique législative de respect de la volonté des parties et doit donc recevoir une interprétation large. L'article 3139, qui étend à la demande incidente la compétence de l'autorité québécoise pour entendre la demande principale, vise plutôt l'économie des ressources judiciaires et relève de considérations procédurales d'ordre interne; en tant qu'exception au principe selon lequel le tribunal doit déterminer sa compétence au cas par cas, il doit être interprété de façon restrictive. Une telle interprétation ne contredit pas les principes mis en œuvre par l'art. 3139 mais respecte la hiérarchie des normes établies par le *Code civil* en cette matière. [19-37]

The hierarchy of the rules leads to the primacy of the principle stated in art. 3148, para. 2. As art. 3139 is merely a permissive provision that is procedural in nature, its scope is narrow and its application is subordinate to the application of art. 3148, para. 2, which gives full effect to a clear intention expressed in a valid and exclusive choice of forum clause. Moreover, the requirement that art. 3148, para. 2 be interpreted in a manner consistent with Quebec's international commitments confirms that choice of forum clauses are binding despite the existence of procedural provisions such as art. 3139. [37-45]

The line of cases followed by the trial judge, in which the courts refused to enforce choice of forum clauses in the context of actions in warranty, is irrelevant, since the courts that decided those cases failed to consider the state of private international law in Quebec since the reform of the *Civil Code*, and in particular the principle of the primacy of the autonomy of the parties. As for art. 3135 C.C.Q., which codifies the doctrine of *forum non conveniens* and which the Court of Appeal applied to reconcile art. 3148, para. 2 with art. 3139, it is inapplicable in the case at bar. Article 3135 has a suppletive function and is applicable only where the jurisdiction of the Quebec court has first been established. [48-56]

Cases Cited

Applied: *Camionex inc. v. Bombardier inc.*, REJB 99-13575; **distinguished:** *A S G Industries Inc. v. Corporation Superseal*, [1983] 1 S.C.R. 781; **disapproved:** *Crestar Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1999] R.J.Q. 1191; *Guns N'Roses Missouri Storm inc. v. Productions musicales Donald K. Donald inc.*, [1994] R.J.Q. 1183; **referred to:** *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *Lamborghini (Canada) inc. v. Automobili Lamborghini S.p.A.*, [1997] R.J.Q. 58; *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Ligne N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, 2003 SCC 27; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17; *171486 Canada inc. v. Rogers Cantel inc.*, [1995] R.D.J. 91; *Dobexo Foods International inc. v. Van Barneveld Gouda Bv*, [1997] Q.J. No. 1100 (QL); *Conserviera S.p.A. v. Paesana Import-Export inc.*, [2001] R.J.Q. 1458; *Eagle River International Ltd. (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 1497; *Intergaz inc. v. Atlas Copco Canada inc.*, [1997] Q.J. No. 3942 (QL); *Équipements Eustache Lamontagne ltée v. Équipements Belarus du Canada ltée*, [1994] R.D.J. 599; *Birdsall inc. v. In Any Event inc.*, [1999]

La hiérarchie des normes entraîne en effet la primauté du principe énoncé à l'art. 3148, al. 2. L'article 3139 constituant seulement une disposition facultative à caractère procédural, sa portée s'avère limitée et son application est subordonnée à celle de l'art. 3148, al. 2, lequel reconnaît pleinement l'effet d'une intention claire exprimée dans une clause d'élection de for valide et exclusive. De plus, la nécessité d'interpréter l'art. 3148, al. 2 en conformité avec les engagements internationaux du Québec vient confirmer le caractère obligatoire des clauses d'élection de for malgré l'existence de dispositions procédurales comme l'art. 3139. [37-45]

Le courant jurisprudentiel retenu par le premier juge, qui écarte les clauses d'élection de for dans les cas de recours en garantie, est sans pertinence puisqu'il omet de considérer l'état du droit international privé au Québec depuis la réforme du *Code civil*, et notamment le principe de la primauté de l'autonomie de la volonté des parties. Quant à l'art. 3135 C.c.Q., qui codifie la doctrine du *forum non conveniens* et qui a été utilisé par la Cour d'appel comme moyen de concilier les art. 3148, al. 2 et 3139, il n'a aucune application en l'espèce. L'article 3135 a une fonction supplétive et est applicable dans les seuls cas où la compétence du tribunal québécois a été préalablement établie. [48-56]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Camionex inc. c. Bombardier inc.*, REJB 99-13575; **distinction d'avec l'arrêt :** *A S G Industries Inc. c. Corporation Superseal*, [1983] 1 R.C.S. 781; **arrêts critiqués :** *Crestar Ltd. c. Canadian National Railway Co.*, [1999] R.J.Q. 1191; *Guns N'Roses Missouri Storm inc. c. Productions musicales Donald K. Donald inc.*, [1994] R.J.Q. 1183; **arrêts mentionnés :** *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *Lamborghini (Canada) inc. c. Automobili Lamborghini S.p.A.*, [1997] R.J.Q. 58; *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Ligne N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, 2003 CSC 27; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17; *171486 Canada inc. c. Rogers Cantel inc.*, [1995] R.D.J. 91; *Dobexo Foods International inc. c. Van Barneveld Gouda Bv*, [1997] A.Q. n° 1100 (QL); *Conserviera S.p.A. c. Paesana Import-Export inc.*, [2001] R.J.Q. 1458; *Eagle River International Ltd. (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 1497; *Intergaz inc. c. Atlas Copco Canada inc.*, [1997] A.Q. n° 3942 (QL); *Équipements Eustache Lamontagne ltée c. Équipements Belarus du Canada ltée*, [1994] R.D.J. 599; *Birdsall inc. c. In Any Event inc.*, [1999] R.J.Q. 1344;

R.J.Q. 1344; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *Kaverit Steel & Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 85 Alta L.R. (2d) 287; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *Kvaerner Enviropower Inc. v. Tanar Industries Ltd.* (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 365; *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.* (1994), 18 O.R. (3d) 257; *Fibreco Pulp Inc. v. Star Shipping A/S* (2000), 257 N.R. 291; *La Sarre (Ville de) v. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273; *Gariépy v. Simard*, REJB 2003-45302; *Pelletier v. Standard Life*, [2000] Q.J. No. 2837 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in respect of arbitration, S.Q. 1986, c. 73.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 83, 1730, 2638, 3098, 3107, 3111, 3121, 3134, 3135, 3136, 3137, 3139, 3140, 3148, 3149, 3150, 3151, 3165, 3168(5).
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 71, 222, 940.1.

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Choice of Court, The Hague Convention, concluded November 25, 1965, arts. 5, 6.
Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 330 U.N.T.S. 3, art. II(3).
UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Annex I, art. 8(1).

Authors Cited

Bachand, Frédéric. « L'efficacité en droit québécois d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for invoquée à l'encontre d'un appel en garantie » (2004), 83 *Can. Bar Rev.* 515.
 Carbonneau, Thomas E. *The Law and Practice of Arbitration*. Huntington, N.Y.: Juris Publishing, 2004.
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001.
 Glenn, H. Patrick. « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques*,

National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations), [1990] 2 R.C.S. 1324; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *Kaverit Steel & Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992), 85 Alta L.R. (2d) 287; *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *Kvaerner Enviropower Inc. c. Tanar Industries Ltd.* (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 365; *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1994), 18 O.R. (3d) 257; *Fibreco Pulp Inc. c. Star Shipping A/S* (2000), 257 N.R. 291; *La Sarre (Ville de) c. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273; *Gariépy c. Simard*, REJB 2003-45302; *Pelletier c. Standard Life*, [2000] J.Q. n° 2837 (QL).

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 83, 1730, 2638, 3098, 3107, 3111, 3121, 3134, 3135, 3136, 3137, 3139, 3140, 3148, 3149, 3150, 3151, 3165, 3168(5).
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 71, 222, 940.1.
Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage, L.Q. 1986, ch. 73.

Traités et autres instruments internationaux

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 330 R.T.N.U. 3, art II(3).
Convention sur les accords d'élection de for, Convention de La Haye, conclue le 25 novembre 1965, art. 5, 6.
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I, art. 8(1).

Doctrine citée

Bachand, Frédéric. « L'efficacité en droit québécois d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for invoquée à l'encontre d'un appel en garantie » (2004), 83 *R. du B. can.* 515.
 Carbonneau, Thomas E. *The Law and Practice of Arbitration*. Huntington, N.Y.: Juris Publishing, 2004.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
 Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001.
 Glenn, H. Patrick. « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques*,

- preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 669.
- Goldstein, Gérard, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Guillemard, Sylvette. "Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel: le droit québécois face aux droits français et européen", *E.J.C.L.*, vol. 8.2, June 2004, <http://www.ejcl.org/82/art82-1.html>.
- Jodlowski, Jerzy. "Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile", *R.C.A.D.I.* 1974 (III), vol. 143, 475.
- Prujiner, Alain. "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", *Rev. arb.* 1987.425.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Talpis, J. A., and J.-G. Castel. "Interpreting the rules of private international law", in *Reform of the Civil Code*, vol. 5 B, *Private International Law*. Translated by Susan Altschul. Text written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montreal: Barreau du Québec, 1993.
- Talpis, J. A., with the collaboration of Shelley L. Kath. *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas? Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal: Thémis, 2001.
- United Nations. Commission on International Trade Law. *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Annex I.
- van den Berg, Albert Jan. "Court Decisions on the New York Convention 1958" (1996), 21 *Y.B. Comm. Arb.* 394.
- van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. The Hague: T.M.C. Asser Institute, 1981.
- APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Otis, Rochette and Morissette J.J.A.), [2004] R.J.Q. 88, [2004] Q.J. No. 173 (QL), affirming a decision of Corriveau J., [2003] R.L.
- preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 669.
- Goldstein, Gérard, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Guillemard, Sylvette. « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen », *E.J.C.L.*, vol. 8.2, juin 2004, <http://www.ejcl.org/82/art82-1.html>.
- Jodlowski, Jerzy. « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *R.C.A.D.I.* 1974 (III), vol. 143, 475.
- Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Note explicative du Secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I.
- Prujiner, Alain. « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », *Rev. arb.* 1987.425.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*. Québec : Publications du Québec, 1993.
- Talpis, J. A., et J.-G. Castel. « Le Code Civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 801.
- Talpis, J. A., with the collaboration of Shelley L. Kath. *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas? Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal : Thémis, 2001.
- van den Berg, Albert Jan. « Court Decisions on the New York Convention 1958 » (1996), 21 *Y.B. Comm. Arb.* 394.
- van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation*. The Hague : T.M.C. Asser Institute, 1981.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Otis, Rochette et Morissette), [2004] R.J.Q. 88, [2004] J.Q. n° 173 (QL), qui a confirmé un jugement du juge Corriveau, [2003]

260 (*sub nom. Scierie Thomas-Louis Tremblay inc. v. J.R. Normand inc.*), [2003] Q.J. No. 1262 (QL). Appeal allowed.

François Marseille, Nicholas J. Krnjevic and David A. Johnson, for the appellant.

Pierre C. Bellavance and Gabrielle Brochu, for the respondent J.R. Normand inc.

No one appeared for the respondent Scierie Thomas-Louis Tremblay inc.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

¹ This appeal raises the private international law issues that arise from the application, in an action in warranty brought by a Quebec importer against a German manufacturer, of a choice of forum clause in which the parties have opted for a foreign authority. In this context, diametrically opposite conclusions are reached depending on whether the jurisdictional connection is determined by applying art. 3139 or art. 3148, para. 2 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”). The Quebec Court of Appeal unanimously held that, despite the existence of the choice of forum clause directing the parties to a German court, the action in warranty brought by the Quebec importer had to be heard by the Quebec court that was hearing the principal action. For reasons relating primarily to the role of the autonomy of the parties to a contract in private international law and to the hierarchy of the laws that are relevant in this case, I find that the Court of Appeal and the trial judge erred in law. Accordingly, the declinatory exception based on the existence of a choice of forum clause in favour of a foreign authority should be allowed.

II. Origin of the Case

² The appellant, GreCon Dimter inc. (“GreCon”), describes itself in the pleadings as a German corporation that manufactures and sells specialized

R.L. 260 (*sub nom. Scierie Thomas-Louis Tremblay inc. c. J.R. Normand inc.*), [2003] J.Q. n° 1262 (QL). Pourvoi accueilli.

François Marseille, Nicholas J. Krnjevic et David A. Johnson, pour l’appelante.

Pierre C. Bellavance et Gabrielle Brochu, pour l’intimée J.R. Normand inc.

Personne n’a comparu pour l’intimée Scierie Thomas-Louis Tremblay inc.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le présent pourvoi examine les questions de droit international privé que soulève l’application d’une clause d’élection de for en faveur d’une autorité étrangère dans le cadre d’une action en garantie intentée par un importateur québécois contre un manufacturier allemand. Dans ce contexte, la détermination du rattachement juridictionnel par l’application de l’art. 3139 ou de l’art. 3148, al. 2 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), mène à des solutions diamétralement opposées. La Cour d’appel du Québec a décidé à l’unanimité que le recours en garantie intenté par l’importateur québécois devait être entendu par le tribunal québécois chargé de l’audition de l’action principale, malgré l’existence de la clause d’élection de for renvoyant les parties devant un tribunal allemand. Pour des raisons qui ont trait principalement au rôle de l’autonomie de la volonté des parties dans le domaine contractuel en droit international privé ainsi qu’à la hiérarchie des règles de droit pertinentes au présent litige, j’estime que la Cour d’appel et le juge de première instance ont erré en droit. Par conséquent, le moyen déclinatoire fondé sur l’existence d’une clause d’élection de for en faveur d’une autorité étrangère devrait être accueilli.

II. L’origine du litige

L’appelante, GreCon Dimter inc. (« GreCon »), telle qu’elle se décrit dans les actes de procédure, est une société allemande qui fabrique et vend de

equipment used in processing plants and sawmills. It has no place of business or assets in Quebec. The respondent, J.R. Normand inc. (“Normand”), whose head office is in Quebec, specializes in the sale and service of industrial woodworking machinery, tools and supplies. Scierie Thomas-Louis Tremblay inc. (“Tremblay”), the other respondent, operates a sawmill north of Lac Saint-Jean, in Quebec, and its head office is located in that province.

This case arises out of two contracts. The first is one entered into on May 14, 1999, by Normand and Tremblay for the supply and delivery of equipment, including in particular a saw line and a scanner to optimize the milling of wood (“Equipment”). The purchase of the Equipment was part and parcel of a modernization plan being undertaken to improve and expand production at Tremblay’s sawmill.

The second contract is a contract of sale entered into on May 26, 1999, by GreCon and Normand under which the Equipment was to be supplied to Normand for resale to Tremblay. This contract was formed by Normand’s acceptance of a price quote submitted by GreCon on April 12, 1999, after Normand had approached the German company to purchase the Equipment. The quote included a choice of forum and choice of law clause, which provided that any dispute between the parties would be subject to the exclusive jurisdiction of the German courts and would be decided in accordance with German law:

Choice of Forum

It is agreed, by and between the seller and buyer, that all disputes and matters whatsoever arising under, in connection with, or instant to this contract (whether arising under contract, tort, other legal theories, or specific statutes) shall be litigated, if at all, in and before a court located in Alfeld (Leine), Germany to the exclusion of the courts of any other state or country.

Choice of Law

This agreement is governed by and construed under the laws of Germany to the exclusion of all other laws of

l’équipement spécialisé destiné aux usines de transformation et de sciage. Elle ne possède aucune place d’affaires ni aucun actif dans la province de Québec. L’intimée, J.R. Normand inc. (« Normand »), dont le siège social se situe au Québec, se spécialise dans la vente et le service de machinerie, d’outillage et de fournitures industriels en rapport avec le travail du bois. Scierie Thomas-Louis Tremblay inc. (« Tremblay »), l’autre intimée, exploite une scierie au nord du Lac Saint-Jean dans la province de Québec et son siège social se situe dans la même province.

Deux contrats sont à l’origine de ce litige. Le premier contrat est intervenu le 14 mai 1999 entre Normand et Tremblay pour la fourniture et la livraison d’équipement, comprenant notamment un plan de sciage et un scanner destiné à optimiser le sciage du bois (« l’Équipement »). L’achat de l’Équipement faisait partie intégrante d’un plan de modernisation visant à améliorer et à accroître la production de la scierie exploitée par Tremblay.

Le deuxième contrat constitue un contrat de vente intervenu le 26 mai 1999 entre GreCon et Normand pour la fourniture à cette dernière de l’Équipement qui devait être revendu à Tremblay. Ce contrat s’est formé par acceptation par Normand d’une offre de prix présentée par GreCon le 12 avril 1999 à la suite des démarches de Normand auprès de la société allemande pour l’achat de l’Équipement. L’offre de prix comprend notamment une clause d’élection de for et de choix du droit applicable. Cette stipulation prévoit que tout litige éventuel entre les parties sera soumis à la juridiction exclusive de tribunaux allemands et jugé en fonction du droit allemand :

[TRADUCTION] Élection de for

Le vendeur et l’acheteur conviennent que les questions et litiges, de quelque nature qu’ils soient, émanant du contrat ou qui lui sont connexes ou accessoires (relevant du droit des contrats, du droit de la responsabilité délictuelle, d’une autre théorie du droit ou d’une loi particulière) seront tranchés, le cas échéant, par un tribunal d’Alfeld (Leine), en Allemagne, à l’exclusion de tout tribunal d’un autre État ou pays.

Droit applicable

Le présent contrat est régi par les lois allemandes et interprété en fonction de celles-ci, à l’exclusion de toute

3

4

any other state or country (without regard to the principles of conflicts of law).

5

As a result of problems encountered by GreCon in designing it, the scanner was not delivered to or installed at Tremblay's plant by the date provided for in the contract between Normand and Tremblay, namely August 20, 1999. As a result, Tremblay had to set up a temporary system for cutting wood, and it proved to be inadequate. GreCon was unable to deliver the scanner until April 2001. Because of the numerous delays and the problems it had encountered, Tremblay decided to give Normand notice on April 19, 2001, that it intended to resiliate the contract. Consequently, the Equipment was never delivered to Tremblay.

6

As a result of these events, Tremblay instituted an action in damages against Normand in the Superior Court of Quebec on July 3, 2002; the action was based on a professional seller's liability for latent defects and on multiple alleged faults in the performance of contractual obligations. In that principal action, Tremblay claimed to have suffered damage in the order of \$5,160,331 because the equipment actually supplied by Normand was defective and because the Equipment was never delivered, with the result that Tremblay suffered a decline in output and productivity. Tremblay also sought a refund of deposits that had been paid to Normand.

7

On October 2, 2002, Normand filed an incidental action in warranty against GreCon in the Superior Court of Quebec. In support of its action, Normand alleged the inadequate performance of GreCon's contractual obligations, namely a failure to deliver some of the Equipment and delays in delivery. The respondent sought to be indemnified in full by GreCon for any award that might be made against it in the principal action brought by Tremblay. It should be noted that under the *Civil Code*, a manufacturer is bound by the seller's warranty of quality and becomes a co-debtor of the warranty with the seller, which means that the seller may call the manufacturer in warranty: art. 1730 *C.C.Q.*

loi d'un autre État ou pays (sans égard aux principes de droit international privé).

En raison de problèmes rencontrés par GreCon dans la conception du scanner, cet appareil ne fut pas livré ni installé à l'usine de Tremblay à la date prévue au contrat intervenu entre Normand et Tremblay, soit le 20 août 1999. De ce fait, Tremblay dut installer un système temporaire de débitage du bois qui s'avéra déficient. GreCon ne réussit à livrer le scanner qu'au mois d'avril 2001. En raison des nombreux retards et des difficultés survenues, Tremblay décida d'avertir Normand, le 19 avril 2001, de son intention de résilier le contrat. En conséquence, l'Équipement ne fut jamais livré à Tremblay.

À la suite de ces événements, Tremblay intenta en Cour supérieure du Québec, le 3 juillet 2002, une action en dommages-intérêts contre Normand fondée sur la responsabilité du vendeur professionnel pour vices cachés et sur de multiples fautes alléguées dans l'exécution des obligations contractuelles. Dans cette action principale, Tremblay allègue avoir subi des dommages de l'ordre de 5 160 331 \$ en raison de la défectuosité de l'équipement fourni par Normand et de la livraison, jamais complétée, de l'Équipement, qui entraînaient une perte de rendement et de productivité. Tremblay demande aussi le remboursement des acomptes versés à Normand.

Le 2 octobre 2002, Normand déposa, en Cour supérieure du Québec, un recours incident en garantie contre GreCon. Au soutien de son action, Normand allègue la mauvaise exécution des obligations contractuelles de GreCon, soit le défaut de livrer une partie de l'Équipement ainsi que les retards dans la livraison. L'intimée demande par conséquent d'être indemnisée en totalité par GreCon de toute condamnation pouvant être prononcée contre elle dans l'action principale intentée par Tremblay. Rappelons qu'en vertu du *Code civil*, le fabricant est tenu à la garantie de qualité du vendeur et devient codébiteur de la garantie avec ce dernier, d'où la possibilité pour le vendeur d'appeler le fabricant en garantie : art. 1730 *C.c.Q.*

On December 18, 2002, GreCon raised a declinatory exception that challenged the jurisdiction of the Quebec courts. By a motion for declinatory exception based on art. 83 and art. 3148, para. 2 *C.C.Q.*, GreCon sought to have Normand's action in warranty dismissed on the ground that the choice of forum clause in the contract between the two companies barred the Superior Court of Quebec from exercising its jurisdiction in disputes between the two parties. Under that clause, only a court located in the city of Alfeld, Germany, would have jurisdiction. Normand responded that the principal action was already before the Superior Court and that art. 3139 *C.C.Q.* therefore gave that court jurisdiction over the action in warranty notwithstanding the existence of a choice of forum clause. Normand added that the Quebec courts were a more appropriate forum because of the connexity between the principal action and the action in warranty, and the fact that a majority of the witnesses in both actions were from Quebec.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*, [2003] R.L. 260

Corriveau J. held that, despite the existence of a choice of forum clause in favour of a foreign authority, it was in the parties' interest for the action in warranty to be heard by the Quebec court responsible for hearing the principal action. The trial judge, relying on the Superior Court's decision in *Crestar Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1999] R.J.Q. 1191, stated that a choice of forum clause cannot deprive a Quebec authority with jurisdiction to hear a principal action of its power to hear an incidental action. Accordingly, the choice of forum clause is frustrated by the application of art. 3139 *C.C.Q.*, which requires that the principal action and the incidental action be heard by the Quebec authority. Having found that art. 3139 *C.C.Q.* applied, the judge dismissed the motion for declinatory exception.

Le 18 décembre 2002, GreCon présente un moyen déclinatoire qui conteste la compétence des tribunaux québécois. Dans une requête en exception déclinatoire fondée sur les art. 83 et 3148, al. 2 *C.c.Q.*, elle demande le rejet de l'action en garantie entreprise par Normand, au motif que la clause d'élection de for contenue dans le contrat intervenu entre GreCon et Normand empêche la Cour supérieure du Québec d'exercer sa compétence dans les litiges qui surviennent entre ces deux parties. Selon les termes de la clause, seule une cour située dans la ville d'Alfeld en Allemagne aurait compétence. Normand réplique que la Cour supérieure est déjà saisie du litige principal et que l'art. 3139 *C.c.Q.* lui donne alors compétence sur l'action en garantie malgré la présence d'une clause d'élection de for. Normand soutient de plus que les tribunaux du Québec constituent un forum mieux approprié en raison de la connexité entre l'action principale et l'action en garantie et du fait que les témoins dans ces deux recours proviennent en majorité du Québec.

III. Historique judiciaire

A. *La Cour supérieure du Québec*, [2003] R.L. 260

Le juge Corriveau décide qu'il était de l'intérêt des parties que la demande en garantie soit entendue par le tribunal québécois chargé de l'audition de la demande principale et ce, malgré l'existence d'une clause d'élection de for en faveur d'une autorité étrangère. Le juge de première instance précise, en s'appuyant sur la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Crestar Ltd. c. Canadian National Railway Co.*, [1999] R.J.Q. 1191, que la clause d'élection de for ne peut priver les autorités québécoises, compétentes pour entendre une demande principale, de leur pouvoir d'entendre une demande incidente. Ainsi, une clause d'élection de for est mise en échec par l'application de l'art. 3139 *C.c.Q.* Cette disposition exige en effet que les demandes principale et incidente soient entendues par l'autorité québécoise. Ayant conclu à l'application de cette disposition, le juge rejette la requête en exception déclinatoire.

B. *Quebec Court of Appeal*, [2004] R.J.Q. 88 (Otis, Rochette and Morissette J.J.A.)

B. *La Cour d'appel du Québec*, [2004] R.J.Q. 88 (les juges Otis, Rochette et Morissette)

10

The appellant appealed the judgment on the motion for declinatory exception to the Quebec Court of Appeal. In that court, the appellant's primary argument was that art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* takes precedence over art. 3139 *C.C.Q.* because it is more specific than the latter provision, because it is mandatory in nature and because it is new law. The appellant added that the rule laid down in art. 3139 *C.C.Q.* does not make a particular hearing method mandatory and that, at most, it confers a discretion on the court hearing the principal action. The respondent Normand contended that art. 3139 *C.C.Q.* is a specific provision that supplements the general rules relating to personal actions of a patrimonial nature and that confers jurisdiction, and that it must therefore be applied notwithstanding the existence of a choice of forum clause.

L'appelante porte en appel devant la Cour d'appel du Québec le jugement sur la requête en exception déclinatoire. Devant cette cour, elle soulève à titre d'argument principal que l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* prévaut sur l'art. 3139 *C.c.Q.* en raison de son degré de spécificité par rapport à l'art. 3139, de son caractère impératif et du fait que cette disposition soit de droit nouveau. L'appelante souligne aussi que la règle édictée par l'art. 3139 *C.c.Q.* n'impose pas un mode d'audition à titre impératif. Elle attribue tout au plus un pouvoir discrétionnaire au tribunal saisi de la demande principale. Pour sa part, l'intimée Normand soutient que l'art. 3139 *C.c.Q.* constitue une disposition spécifique qui complète les règles générales concernant les actions personnelles à caractère patrimonial et qui est attributive de compétence. Elle doit, par conséquent, s'appliquer malgré la présence d'une clause d'élection de for.

11

Rochette J.A., writing for the Court of Appeal, began by noting that exclusive choice of forum clauses are now valid since the reform of the *Civil Code* and the enactment of art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* However, given the existence of art. 3139 *C.C.Q.*, which concerns actions in warranty, a decision as to whether a Quebec authority has jurisdiction cannot be based solely on the existence of a choice of forum clause and on art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* In the judge's opinion, art. 3139 gives the Quebec courts jurisdiction in the case at bar, having regard to the degree of connexity between the principal action and the action in warranty. Rochette J.A. then rejected the appellant's argument that art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* must take precedence over art. 3139 *C.C.Q.* In his opinion, it is difficult to give one provision priority over the other: these rules were adopted for very different reasons, and the legislature did not anticipate the problems that have arisen in the instant case.

Le juge Rochette, au nom de la Cour d'appel, note d'abord que, depuis la réforme du *Code civil* et l'adoption de l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.*, les clauses d'élection de for exclusives sont désormais valides. La détermination de la compétence des autorités québécoises ne peut cependant s'effectuer sur la seule base de l'existence d'une clause d'élection de for et de l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* étant donné l'existence de l'art. 3139 *C.c.Q.* qui vise les actions en garantie. De l'avis du juge, cette disposition accorde en l'espèce compétence aux tribunaux du Québec en considération du niveau de connexité entre la demande principale et la demande en garantie. Le juge rejette ensuite l'argument de l'appelante selon lequel l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* doit primer sur l'art. 3139 *C.c.Q.* À son avis, on conférerait difficilement une priorité à une disposition sur l'autre. En effet, des motifs de deux ordres auraient présidé à l'adoption de ces règles et le législateur n'aurait pas anticipé les problèmes posés par le présent litige.

12

To resolve this problem, Rochette J.A. attempted to reconcile arts. 3148 and 3139 *C.C.Q.* by applying art. 3135 *C.C.Q.* and the doctrine of *forum non conveniens*. In his view, that doctrine can be applied

Pour résoudre cette difficulté, le juge cherche à concilier les art. 3148 et 3139 *C.c.Q.* par l'intermédiaire de l'art. 3135 *C.c.Q.* et de la doctrine du *forum non conveniens*. Il serait en effet

where art. 3139 *C.C.Q.* is applicable, because the Quebec courts then have jurisdiction to hear the dispute. After applying the principles relating to the *forum non conveniens* that have been developed by the courts, he found that the Quebec authority has jurisdiction on the basis that this is not an exceptional case in which the Quebec authority would not be the natural forum to hear the case. The appellant had not succeeded in conveying a clear impression that a single foreign forum would be preferable, or in showing that the foreign court was plainly more appropriate than the Quebec court. Accordingly, the appeal was dismissed.

IV. Analysis

A. *Nature of the Issue and Legislative Framework*

This case has arisen from a situation in which the defendant in a principal action instituted in Quebec brought an action in warranty after having agreed, in a choice of forum clause, to submit any dispute arising out of its legal relationship with the defendant in warranty to the jurisdiction of a foreign authority. In this situation, three main provisions of the *Civil Code* are relevant to the determination of whether the Quebec authority has jurisdiction.

First, art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* ousts a Quebec authority's jurisdiction in respect of a personal action of a patrimonial nature if the parties have chosen by agreement to submit their disputes to a foreign authority or an arbitrator:

3148. In personal actions of a patrimonial nature, a Québec authority has jurisdiction where

. . .

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.

possible de recourir à cette doctrine lorsque l'art. 3139 *C.c.Q.* trouve application, car les tribunaux québécois sont alors compétents pour connaître du litige. Après avoir appliqué les principes contenus dans la jurisprudence en matière de *forum non conveniens*, le juge confirme la compétence des autorités québécoises au motif qu'il ne s'agit pas d'un cas exceptionnel où l'autorité québécoise ne serait pas le forum naturel pour connaître de l'affaire. L'appelante n'aurait pas réussi à faire ressortir une impression nette en faveur d'un seul et même forum étranger ni démontré que le tribunal étranger soit nettement plus approprié que le tribunal québécois. Par conséquent, l'appel est rejeté.

IV. Analyse

A. *Nature et cadre législatif de la question en jeu*

Le présent litige survient dans un contexte où un défendeur, dans une action principale intentée au Québec, exerce un recours en garantie alors qu'il a convenu, par une clause d'élection de for, de soumettre tout litige éventuel découlant du rapport juridique qu'il entretient avec le défendeur en garantie, à la compétence d'une autorité étrangère. Dans cette situation, trois principales dispositions du *Code civil* entrent en jeu pour déterminer la compétence des autorités québécoises.

L'article 3148, al. 2 *C.c.Q.* prive d'une part les autorités québécoises de leur compétence dans le cadre d'une action personnelle à caractère patrimonial si les parties ont choisi, par convention, de soumettre leurs litiges à une autorité étrangère ou à un arbitre :

3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

. . .

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.

13

14

15 Second, art. 3139 *C.C.Q.* confers jurisdiction on the Quebec authority to hear an action in warranty if it has jurisdiction over the principal action:

3139. Where a Québec authority has jurisdiction to rule on the principal demand, it also has jurisdiction to rule on an incidental demand or a cross demand.

16 And third, the Quebec authority may, on an application by a party, decline jurisdiction by virtue of the doctrine of *forum non conveniens*, which is codified in art. 3135 *C.C.Q.*:

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.

17 The interaction of the relevant provisions leads to a conflict in determining the jurisdictional connection. While art. 3139 *C.C.Q.* extends the Quebec authority's jurisdiction to include an incidental action, art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* denies that authority any jurisdiction. As will be seen, the application of the latter provision also precludes the application of art. 3135 *C.C.Q.*

18 This appeal therefore raises the issue of the nature of the relationships between arts. 3148, 3139 and 3135 *C.C.Q.* in the context of the determination of whether a Quebec authority has jurisdiction to hear an action in warranty. As will have been noted, the effect of the interaction of these provisions is a fundamental conflict between the legislative rules and the parties' freedom of contract, whence the need to determine the importance of the role of the autonomy of the parties to a contract in private international law. That determination will make it possible to properly delineate the scope of the provisions in question and to gauge their impact on the jurisdictional connection. Moreover, the fact that the doctrine of *forum non conveniens* is part of the discussion requires that we consider the relative importance of art. 3135 *C.C.Q.* in the process of determining the jurisdiction of the Quebec authority. This leads inevitably to the question of the hierarchy of the relevant rules. Accordingly, in my view, the outcome of this case depends on the

L'article 3139 *C.c.Q.* accorde d'autre part compétence à l'autorité québécoise pour entendre la demande en garantie si elle est compétente pour la demande principale :

3139. L'autorité québécoise, compétente pour la demande principale, est aussi compétente pour la demande incidente ou reconventionnelle.

Enfin, l'autorité québécoise peut décliner compétence à la demande d'une partie en vertu de la doctrine du *forum non conveniens* codifiée à l'art. 3135 *C.c.Q.* :

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.

L'interaction des dispositions pertinentes provoque un conflit dans la détermination du rattachement juridictionnel. Alors que l'art. 3139 *C.c.Q.* étend la compétence de l'autorité québécoise à la demande incidente, l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* lui nie toute juridiction. La mise en œuvre de cette dernière disposition empêche aussi l'application de l'art. 3135 *C.c.Q.* comme nous le verrons.

Le présent pourvoi soulève donc la question de la nature des rapports entre les art. 3148, 3139 et 3135 *C.c.Q.* pour ce qui est de déterminer la compétence des autorités québécoises dans le cadre d'une action en garantie. On aura noté que l'interaction de ces dispositions se traduit par une opposition fondamentale entre les règles législatives et la liberté contractuelle des parties, d'où la nécessité de déterminer l'importance du rôle de l'autonomie de la volonté des parties dans le domaine contractuel en droit international privé. Une telle détermination permettra de délimiter adéquatement la portée des dispositions en cause et d'apprécier la mesure de leur influence sur le rattachement juridictionnel. Par ailleurs, la présence de la doctrine du *forum non conveniens* dans le débat nous force à considérer la place relative qu'occupe l'art. 3135 *C.c.Q.* dans la détermination de la compétence des autorités québécoises. Se pose alors inévitablement la question de la hiérarchie des règles pertinentes. Ainsi, l'issue du litige dépend à mon sens du rôle

role of the autonomy of the parties and on the hierarchy of the relevant rules.

It is important, in disposing of the issues raised in this case, to examine the legislative framework within which the relevant rules operate. On this point, it should be borne in mind that the private international law of Quebec has been codified. This fundamental characteristic means that the general principles of interpretation of the *Civil Code* apply to the determination of the scope of the relevant provisions. The courts must therefore interpret the rules as a coherent whole. They must begin by examining the specific wording of the provisions. Next, they must inquire into whether their interpretation is consistent with the principles that underlie the rules: *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, at para. 23. The particular legal framework of private international law cannot be disregarded, nor can the general objectives that are specific to that law: the principle of the autonomy of the parties and the legal certainty of international transactions: J. A. Talpis and J.-G. Castel, "Interpreting the rules of private international law", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 5 B, at pp. 6 and 9.

(i) Primacy of the Autonomy of the Parties

Article 3148 establishes the general framework that delineates the jurisdiction of a Quebec authority in relation to contracts in proceedings based on personal actions of a patrimonial nature, subject to the specific rules that apply to cases in which the action is based on a contract of employment or a consumer contract (art. 3149 *C.c.Q.*), a contract of insurance (art. 3150 *C.c.Q.*), or civil liability for damage suffered as a result of exposure to or the use of raw materials originating in Quebec (art. 3151 *C.c.Q.*). Article 3148 also recognizes the primacy of the autonomy of the parties: although the legislature did confer jurisdiction on the Quebec authority on the basis of the criteria of jurisdictional connection, such as domicile, fault, the damage or the injurious act, it was careful to give the parties the

de l'autonomie de la volonté des parties et de la hiérarchie de ces règles pertinentes.

Afin de résoudre les questions posées par le présent litige, il s'avère important d'examiner le cadre législatif dans lequel les règles pertinentes évoluent. À cet égard, on se rappellera que le droit international privé québécois est un droit codifié. Cette caractéristique fondamentale signifie que les principes généraux d'interprétation du *Code civil* s'appliquent à la détermination de la portée de ses dispositions. Les tribunaux doivent donc interpréter les règles comme un tout cohérent. Ils examinent d'abord le libellé particulier des dispositions. Ensuite, ils cherchent à vérifier si leur interprétation se concilie avec les principes qui sous-tendent les règles : *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, par. 23. On ne saurait oublier de tenir compte du cadre juridique particulier que constitue le droit international privé et des objectifs généraux qui lui sont propres, soit le principe de l'autonomie de la volonté des parties et la sécurité juridique des transactions internationales : J. A. Talpis et J.-G. Castel, « Le Code civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 3, 801, p. 809 et 815.

(i) La primauté de l'autonomie de la volonté des parties

L'article 3148 établit le cadre général qui définit la compétence des autorités québécoises en matière contractuelle, pour les litiges fondés sur des actions personnelles à caractère patrimonial, sous réserve des règles spécifiques visant les cas où les actions reposent sur un contrat de travail ou de consommation (art. 3149 *C.c.Q.*), un contrat d'assurance (art. 3150 *C.c.Q.*) ou la responsabilité civile pour tout préjudice découlant soit de l'exposition à une matière première provenant du Québec, soit de son utilisation (art. 3151 *C.c.Q.*). Cette disposition reconnaît aussi la primauté de l'autonomie de la volonté des parties. En effet, malgré l'attribution de la compétence en fonction de critères de rattachement juridictionnel tels que le domicile, la faute, le préjudice ou le fait dommageable, le législateur a

ability to choose to oust the authority's jurisdiction when they wish to entrust current or future disputes between them that arise out of a specific legal relationship to a foreign authority or an arbitrator.

21

Article 3148 *C.C.Q.* thus attaches considerable importance to the principle of the autonomy of the parties. The fact that the parties may, by agreement, oust the Quebec authority's jurisdiction attests to the legislature's intention to recognize the autonomy of the parties in cases involving conflicts of jurisdiction: along these lines, see Talpis and Castel, at p. 58. The legislature confirmed that intention several times in relation to conflicts of law, for example in arts. 3098, 3107, 3111 and 3121 *C.C.Q.* The legislature's intention, in enacting art. 3148 *C.C.Q.*, to disregard the line of cases in which choice of forum clauses had been held to be invalid also attests to the importance attached to this principle: *Lamborghini (Canada) inc. v. Automobili Lamborghini S.p.A.*, [1997] R.J.Q. 58 (C.A.), at p. 64. See also G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale* (1998), at p. 361, and C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (2001), at p. 94.

22

It should also be noted that respecting the autonomy of the parties makes it possible to implement the broader principle of achieving legal certainty in international transactions. The parties generally give effect to their intention to exclude a dispute from an authority's jurisdiction by means of an arbitration clause or a choice of forum clause. These clauses foster certainty and foreseeability in international commercial relations, because they enable the parties to provide in advance for the forum to which they will submit their dispute. See Talpis and Castel, at p. 58. This Court has often stressed the importance of such clauses and the need to encourage them, because they provide international commercial relations with the stability and foreseeability required for purposes of the critical components of private international law, namely order and fairness: *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, 2003 SCC 27, at para. 20; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at pp. 1096-97; *Holt*

pris soin de laisser aux parties la faculté de choisir d'écarter cette compétence lorsqu'elles désirent confier leurs litiges présents ou futurs, découlant d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre.

L'article 3148 *C.c.Q.* fait ainsi une place majeure au principe de l'autonomie de la volonté des parties. La possibilité pour les parties de déroger conventionnellement à la compétence des autorités québécoises témoigne de la volonté du législateur de reconnaître cette autonomie en matière de conflits de juridiction : voir en ce sens Talpis et Castel, p. 908-909. Le législateur confirme cette volonté à maintes reprises en matière de conflits de lois, notamment aux art. 3098, 3107, 3111 et 3121 *C.c.Q.* L'intention du législateur lors de l'adoption de l'art. 3148 *C.c.Q.* d'écarter la jurisprudence qui concluait à l'invalidité des clauses d'élection de for témoigne aussi de l'importance accordée à ce principe : *Lamborghini (Canada) inc. c. Automobili Lamborghini S.p.A.*, [1997] R.J.Q. 58 (C.A.), p. 64. Voir aussi G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale* (1998), p. 361, et C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (2001), p. 94.

Par ailleurs, il faut souligner que le respect de l'autonomie de la volonté des parties permet de mettre en œuvre le principe plus général de la recherche de la sécurité juridique dans les transactions internationales. En effet, la volonté des parties de soustraire un litige à la compétence des autorités d'une juridiction s'exerce généralement sous la forme de clauses compromissoires ou de clauses d'élection de for. Or, ces clauses favorisent la sécurité et la prévisibilité dans les relations commerciales internationales, puisqu'elles permettent aux parties de prévoir à l'avance le for auquel elles soumettront leur litige. Voir Talpis et Castel, p. 908-909. Notre Cour a d'ailleurs souligné à maintes reprises l'importance de ce type de clauses et la nécessité de leur faire bon accueil, car elles confèrent aux opérations commerciales internationales la stabilité et la prévisibilité que commandent les principes fondamentaux du droit international privé que sont l'ordre et l'équité : *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450,

Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of), [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90, at paras. 71-72; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17, at para. 48. This shows how deferring to the contracting parties' intention ensures the implementation of this policy of legal certainty that is an inherent feature of private international law: Talpis and Castel, at p. 64. To recognize the usefulness and effectiveness of choice of forum clauses and arbitration clauses is therefore consistent with the general principles of private international law.

The recognition of the autonomy of the parties reflected in the enactment of art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* is also related to the trend toward international harmonization of the rules of conflict of laws and of jurisdiction. That harmonization is being achieved by means, *inter alia*, of international agreements sponsored by international organizations such as the Hague Conference on Private International Law and the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL"). It should be noted in this respect that art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* is based on arts. 5 and 6 of the *Convention on the Choice of Court* (concluded on November 25, 1965), the purpose of which is to recognize and give full effect to choice of forum clauses: *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. II, at p. 2009. The general principle of that convention is in fact that exclusive choice of forum clauses are binding. The Convention limits exceptions to this principle, as may be seen in art. 6 thereof. It is therefore apparent that the Convention, on which the *Civil Code's* provision is modelled although the Convention itself is not in force, is the expression of a modern trend toward ensuring that in international business matters, an agreement by the parties as to the choice of forum will be admissible and will be recognized: J. Jodlowski, "Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile", *R.C.A.D.I.* 1974 (III), vol. 143, 475, at p. 537; S. Guillemard, "Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel: le droit québécois face aux droits français et européen", *E.J.C.L.*, vol. 8.2,

2003 CSC 27, par. 20; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1096-1097; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90, par. 71-72; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17, par. 48. On comprend dès lors comment le respect du domaine de la volonté contractuelle assure la mise en œuvre de cette politique de sécurité juridique propre au droit international privé : Talpis et Castel, p. 919-920. La reconnaissance de l'utilité et de l'effectivité des clauses d'élection de for et des clauses compromissoires s'harmonise donc avec les principes généraux du droit international privé.

La reconnaissance de l'autonomie de la volonté des parties par l'adoption de l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* participe aussi du mouvement d'harmonisation internationale des règles de conflits de lois et de juridiction. Ce dernier se réalise, notamment, par voie d'accords internationaux que parraient des organisations internationales comme la Conférence de La Haye de droit international privé et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI »). À cet égard, on note que l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* s'inspire des art. 5 et 6 de la *Convention sur les accords d'élection de for* (conclue le 25 novembre 1965) qui vise à reconnaître les clauses d'élection de for et à leur donner plein effet : *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. II, p. 2009. Le principe général de cette convention est d'ailleurs le caractère obligatoire des clauses d'élection de for exclusives. La Convention limite les exceptions à ce principe tel qu'il ressort de son art. 6. On remarque donc que la Convention, dont le *Code civil* s'inspire bien qu'elle ne soit pas entrée en vigueur, traduit une tendance contemporaine à assurer l'admissibilité et la reconnaissance des accords des parties sur l'élection de for dans les affaires à caractère international : J. Jodlowski, « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *R.C.A.D.I.* 1974 (III), vol. 143, 475, p. 537; S. Guillemard, « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen », *E.J.C.L.*, vol. 8.2, juin 2004, en ligne. L'interprétation de

June 2004, online. The interpretation of art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* should take this into account.

24

Thus the wording and legislative context of art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* confirm that in enacting the provision, the legislature intended to recognize the primacy of the autonomy of the parties in situations involving conflicts of jurisdiction. Moreover, this legislative choice, by providing for the use of arbitration clauses and choice of forum clauses, fosters foreseeability and certainty in international legal transactions.

(ii) Limits on the Autonomy of the Parties

25

Nonetheless, it must be noted that certain limits are imposed on the expression of the autonomy of the parties. First, art. 3151 *C.C.Q.*, enacted by the legislature as a mandatory provision, confers exclusive jurisdiction on a Quebec authority over actions founded on civil liability for damage suffered as a result of exposure to or the use of raw materials originating in Quebec. In such cases, a choice of forum clause cannot oust the jurisdiction of the Quebec authority. Second, art. 3149 *C.C.Q.* confers jurisdiction on a Quebec authority in cases involving consumer contracts or contracts of employment, and the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him or her. In both cases, the language used by the legislature indicates a clear intention to disregard the autonomy of the parties, or to limit it, and this suggests that when the legislature's intention is to limit the ability to oust the jurisdiction of the Quebec authority by agreement, it says so expressly.

26

In some situations, as indicated in the final portion of art. 3148 *C.C.Q.*, a defendant may by its actions submit to the jurisdiction of the Quebec authority despite the intention expressed in the contract. The matter can then be brought before the Quebec authority. See in this regard *171486 Canada inc. v. Rogers Cantel inc.*, [1995] R.D.J. 91 (Sup. Ct.); *Dobexco Foods International inc. v. Van Barneveld Gouda Bv*, [1997] Q.J. No. 1100 (QL) (Sup. Ct.); *Conserviera S.p.A. v. Paesana Import-Export inc.*, [2001] R.J.Q. 1458 (C.A.).

l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* devrait tenir compte de cette réalité.

Ainsi, la rédaction de l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* et son contexte législatif confirment que le législateur, en adoptant cette disposition, entendait reconnaître la primauté de l'autonomie de la volonté des parties en matière de conflits de juridiction. Ce choix législatif favorise en outre, par le recours aux clauses compromissoires et d'élection de for, la prévisibilité et la sécurité des transactions juridiques internationales.

(ii) Les limites à l'autonomie de la volonté

On doit néanmoins constater l'existence de certaines limites imposées à l'expression de cette autonomie. D'abord, les dispositions impératives prévues par le législateur à l'art. 3151 *C.c.Q.* confèrent une compétence exclusive aux autorités québécoises à l'égard des actions fondées sur la responsabilité civile pour tout préjudice résultant soit de l'exposition à une matière première provenant du Québec soit de son utilisation. Dans ce cas, une clause d'élection de for ne saurait déroger à la compétence des autorités québécoises. L'article 3149 *C.c.Q.* confère aussi compétence aux autorités québécoises dans les cas de contrats de consommation ou de travail sans que la renonciation du consommateur ou du travailleur ne puisse lui être opposée. Dans les deux cas, le langage utilisé par le législateur indique une intention claire de ne pas respecter l'autonomie de la volonté des parties ou encore de la restreindre, ce qui laisse présumer que le législateur indique expressément son intention lorsqu'il désire limiter les dérogations conventionnelles à la compétence des autorités québécoises.

Dans certaines situations le défendeur, malgré la volonté exprimée au contrat, reconnaît par ses actes la compétence des autorités québécoises tel que le mentionne l'art. 3148 *in fine C.c.Q.* Celles-ci pourraient alors être saisies du litige. Voir à ce sujet *171486 Canada inc. c. Rogers Cantel inc.*, [1995] R.D.J. 91 (C.S.); *Dobexco Foods International inc. c. Van Barneveld Gouda Bv*, [1997] A.Q. n° 1100 (QL) (C.S.); *Conserviera S.p.A. c. Paesana Import-Export inc.*, [2001] R.J.Q. 1458 (C.A.).

One last type of exception to the autonomy of the parties relates to the wording of arbitration or choice of forum clauses. Whether the jurisdiction of the Quebec authorities is ousted in a specific case will be decided on the basis of the wording of the jurisdiction clause adopted by the parties: H. P. Glenn, "Droit international privé", in *La réforme du Code civil* (1993), t. 3, 669, at p. 756. The clause must be mandatory and must clearly and precisely confer exclusive jurisdiction on the foreign authority: *Eagle River International Ltd. (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 1497 (Sup. Ct.), at pp. 1501-2; *Intergaz inc. v. Atlas Copco Canada inc.*, [1997] Q.J. No. 3942 (QL) (Sup. Ct.), at para. 10; *Équipements Eustache Lamontagne ltée v. Équipements Belarus du Canada ltée*, [1994] R.D.J. 599 (Sup. Ct.), at p. 607. There must also be a meeting of minds between the parties; otherwise the clause is invalid: see *Dobexco Foods International inc. v. Van Barneveld Gouda Bv.*

Thus, apart from under art. 3135 *C.C.Q.*, the situations in which the parties' expression of their intention will be limited arise out of the wording of the jurisdiction clauses, the matters specifically excluded by the legislature from the scope of art. 3148, para. 2 *C.C.Q.*, or the conduct of the defendant him or herself. Aside from those exceptions, there is nothing to suggest that the legislature intended to place any further limits on the parties' ability to oust the Quebec authority's jurisdiction by agreement in respect of conflicts of jurisdiction. This analysis supports the position that gives precedence to the principle of the autonomy of the parties.

(iii) The Rule in Art. 3139 *C.C.Q.* and Incidental Demands or Cross Demands

Where a Quebec authority has jurisdiction to rule on a principal demand, art. 3139 *C.C.Q.* essentially extends its jurisdiction to an incidental demand or a cross demand. This provision accordingly establishes an exception to the principle that the jurisdiction of the Quebec court is determined on a case-by-case basis: *Talpis and Castel*, at p. 56. It also expands considerably the potential scope of the jurisdiction of the Quebec authority, since it

27
Finalement, un dernier type d'exceptions à l'autonomie de la volonté des parties tient au libellé des clauses compromissoires ou d'élection de for. La dérogation à la compétence des autorités québécoises dans un cas précis sera décidée en fonction de la rédaction de la clause de juridiction adoptée par les parties : H. P. Glenn, « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 3, 669, p. 756. La clause doit avoir un caractère impératif et conférer une compétence exclusive de manière claire et précise à l'autorité étrangère : *Eagle River International Ltd. (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 1497 (C.S.), p. 1501-1502; *Intergaz inc. c. Atlas Copco Canada inc.*, [1997] A.Q. n° 3942 (QL) (C.S.), par. 10; *Équipements Eustache Lamontagne ltée c. Équipements Belarus du Canada ltée*, [1994] R.D.J. 599 (C.S.), p. 607. Il doit aussi y avoir rencontre des volontés de part et d'autre à défaut de quoi la clause est invalide : voir *Dobexco Foods International inc. c. Van Barneveld Gouda Bv.*

28
Ainsi, mis à part l'art. 3135 *C.c.Q.*, les situations qui viendront limiter l'expression de la volonté des parties résultent du libellé des clauses de juridiction, des matières exclues spécifiquement de la portée de l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* par le législateur ou encore du comportement du défendeur lui-même. Hormis ces exceptions, rien n'indique que le législateur ait voulu limiter davantage les possibilités de dérogation conventionnelle à la compétence des autorités québécoises en matière de conflits de juridiction. Cette analyse renforce la thèse de la primauté du principe de l'autonomie de la volonté des parties.

(iii) La règle de l'art. 3139 *C.c.Q.* et les demandes incidentes ou reconventionnelles

29
L'article 3139 *C.c.Q.* étend essentiellement la compétence de l'autorité québécoise, compétente pour la demande principale, à la demande incidente ou reconventionnelle. Cette disposition prévoit donc une exception au principe que la compétence du tribunal québécois se détermine pour chaque demande en particulier : *Talpis et Castel*, p. 905. Elle élargit aussi considérablement la portée potentielle de la compétence des autorités

could be applied to a host of incidental demands that have no connection with Quebec: Goldstein and Groffier, at p. 337. This expanded scope suggests that art. 3139 *C.C.Q.* must be interpreted narrowly so as not to indirectly enlarge the international jurisdiction of the Quebec authority contrary to the specific provisions relating to the definition of its jurisdiction and the general principles that underlie that jurisdiction: Talpis and Castel, at p. 57; Goldstein and Groffier, at p. 339.

30

Such an interpretation is not inconsistent with the principles to which art. 3139 *C.C.Q.* gives effect, and is consistent with the hierarchy of the rules set out in the *Civil Code* in this respect. The purpose of the provision is to ensure the efficient use of judicial resources and efficiency in the administration of justice by fostering the joinder of proceedings: *Birdsall inc. v. In Any Event inc.*, [1999] R.J.Q. 1344 (C.A.); J. A. Talpis, *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas? Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001), at p. 37. These principles are the product of domestic procedural considerations, similar to those reflected in art. 71 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (“*C.C.P.*”), that must be assessed in a private international law context involving other imperatives, such as the autonomy of the parties, the legal certainty of international transactions and the need to avoid enlarging the jurisdiction of states unduly.

31

Even though art. 3139 *C.C.Q.* does not mention this factor expressly, there must be some connexity between the principal action and the incidental action. The connexity criterion derives from a line of cases decided under art. 71 *C.C.P.* It will be recalled that this provision applied in private international law before the reform of the *Civil Code* and required that the principal and incidental demands be joined, provided that there was some connexity between them: Goldstein and Groffier, at p. 336; *Commentaires du ministre de la Justice*, at p. 2002. When the courts have applied art. 3139 *C.C.Q.*, their analysis has generally focussed on determining whether there was connexity in the actions in

québécoises, puisqu'elle est susceptible de s'appliquer à une multitude de demandes incidentes sans aucun lien avec le Québec : Goldstein et Groffier, p. 337. Cette portée élargie suggère une interprétation restrictive de l'art. 3139 *C.c.Q.* afin de ne pas étendre indirectement la compétence internationale des autorités québécoises au mépris des dispositions spécifiques portant sur la définition des compétences de ces dernières et des principes généraux qui les sous-tendent : Talpis et Castel, p. 906; Goldstein et Groffier, p. 339.

Une telle interprétation ne contredit pas les principes mis en œuvre par l'art. 3139 *C.c.Q.*, mais respecte la hiérarchie des normes établies par le *Code civil* en cette matière. Cette disposition vise en effet l'économie des ressources judiciaires et l'efficacité de l'administration de la justice en favorisant la réunion d'instances : *Birdsall inc. c. In Any Event inc.*, [1999] R.J.Q. 1344 (C.A.); J. A. Talpis, *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas? Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001), p. 37. Ces principes relèvent de considérations procédurales d'ordre interne, semblables à celles de l'art. 71 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (“*C.p.c.*”), et qui doivent être évaluées dans un contexte de droit international privé où d'autres impératifs prévalent, telles l'autonomie de la volonté, la sécurité juridique des transactions internationales et la nécessité de ne pas étendre indûment la compétence des États.

Même si l'art. 3139 *C.c.Q.* ne mentionne pas expressément ce facteur, il doit exister un élément de connexité entre les actions principale et incidente. Le critère de connexité provient de la jurisprudence établie sous le régime de l'art. 71 *C.p.c.* On sait que cette disposition s'appliquait en droit international privé avant la réforme du *Code civil* et imposait la jonction des demandes principale et incidente, pourvu qu'un lien de connexité existe entre celles-ci : Goldstein et Groffier, p. 336; *Commentaires du ministre de la Justice*, p. 2002. La jurisprudence appliquant l'art. 3139 *C.c.Q.* centre généralement son analyse sur la détermination de l'existence du lien de connexité dans les actions en

warranty: *Crestar Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, at p. 1200; *Guns N'Roses Missouri Storm inc. v. Productions musicales Donald K. Donald inc.*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.), at p. 1187. The need to consider the connexity criterion is an additional indication of the limited scope of art. 3139 C.C.Q.: it, like art. 222 C.C.P., confers a discretion on the judge, who may decide to sever the principal action from the action in warranty.

The language used by the legislature also confirms the narrow scope of the provision, and its permissive nature. Nothing in the wording of the provision suggests an intention to limit the autonomy of the parties, unlike that of art. 71 C.C.P., which applies in domestic law and uses the word "must", art. 3151 C.C.Q., which confers exclusive jurisdiction on the Quebec authority, or art. 3149 C.C.Q., which deals with actions involving consumer contracts or contracts of employment.

(iv) Forum Non Conveniens

Articles 3135 and 3136 C.C.Q. are also among the components of the legislative framework that is relevant in the case at bar. They are part and parcel of a body of suppletive rules that were created by the legislature at the time of the codification and that make it possible to adapt the forum determination process to the circumstances of each case, thus providing a Quebec authority with a degree of flexibility in determining whether it has jurisdiction: arts. 3134, 3135, 3136, 3137 and 3140 C.C.Q. For example, art. 3136 C.C.Q. authorizes a Quebec authority to determine that it has jurisdiction on an alternative basis where proceedings cannot possibly be instituted outside Quebec. Article 3135 C.C.Q. gives an authority with jurisdiction the power to decline jurisdiction if the authorities of another country are in a better position to decide a case. These provisions may be applied only if one of the parties raises them, as the court cannot apply them of its own motion: see *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, at para. 69. Thus, even though the articles dealing with the forum of

garantie : *Crestar Ltd. c. Canadian National Railway Co.*, p. 1200; *Guns N'Roses Missouri Storm inc. c. Productions musicales Donald K. Donald inc.*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.), p. 1187. La nécessité de porter attention au critère de connexité constitue une indication supplémentaire de la portée limitée de l'art. 3139 C.c.Q. En effet, cette disposition laisse, comme dans le cas de l'art. 222 C.p.c., un pouvoir discrétionnaire au juge qui peut décider de dissocier le recours principal du recours en garantie.

Par ailleurs, le langage utilisé par le législateur vient aussi confirmer la portée restreinte de la disposition et son caractère facultatif. Rien n'indique dans le libellé de la disposition une intention de limiter l'autonomie de la volonté des parties contrairement à l'art. 71 C.p.c. en droit interne qui utilise le terme « doit », à l'art. 3151 C.c.Q. qui attribue une compétence exclusive aux autorités québécoises ou encore à l'art. 3149 C.c.Q. traitant des litiges fondés sur les contrats de consommation et de travail.

(iv) Le forum non conveniens

Les articles 3135 et 3136 C.c.Q. appartiennent aussi aux éléments du cadre législatif pertinents au présent litige. Ces dispositions sont partie intégrante d'un ensemble de règles supplétives. Prévues par le législateur lors de la codification, ces règles permettent d'adapter la détermination du for aux circonstances de chaque litige et ainsi d'offrir une flexibilité aux autorités québécoises pour déterminer leur compétence : art. 3134, 3135, 3136, 3137 et 3140 C.c.Q. Ainsi, l'art. 3136 C.c.Q. permet de déterminer la compétence de manière subsidiaire dans le cas d'une impossibilité d'introduire une action à l'étranger. De son côté, l'art. 3135 C.c.Q. laisse à une autorité compétente le pouvoir de décliner cette compétence si d'autres autorités étrangères sont mieux à même de trancher un litige. Ces dispositions ne pourront être soulevées que si l'une des parties les invoque, car le tribunal saisi ne peut les soulever d'office : voir *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, par. 69. Les articles portant sur le for de nécessité et le *forum non conveniens*, même s'ils sont contenus dans la

32

33

necessity and the *forum non conveniens* appear in the general provisions section, they are exceptional provisions that are intended to be applied on a suppletive basis, as art. 3135 *C.C.Q.* clearly confirms.

B. *Hierarchy of the Legal Rules in Issue*

34 The analysis of the legislative framework has identified a number of characteristics specific to the provisions in issue and revealed the nature of the fundamental principles that underlie them. This information can now be used to clarify the nature of the relationships between the provisions discussed above in the context of an action in warranty.

35 The central point that emerges from the preceding analysis is the recognition of the primacy of the autonomy of the parties. Recognizing this primacy leaves considerable room for freedom of contract, subject to the limits imposed by the law or by the rules of public order, although it is worth noting here that the instant case raises no issues relating to the latter rules. It can be inferred from the language used by the legislature, the legislative context and the general scheme of Book Ten of the *Civil Code* that the autonomy of the parties has played a predominant role in the development of the rules governing the jurisdiction of the Quebec courts. The legislature reaffirmed and extended the application of this principle at the time of the reform of the *Civil Code*: Talpis and Castel, at p. 9. The existence of this fundamental principle, which underlies art. 3148, para. 2 *C.C.Q.*, underscores the need to interpret that provision broadly, even if the result is to limit the scope of art. 3139 *C.C.Q.* Article 3148, para. 2 *C.C.Q.* is more than a simple paragraph of limited scope; in matters relating to conflicts of jurisdiction, it constitutes the cornerstone of a legislative policy of respect for the autonomy of the parties. The courts should defer to a choice of forum clause where the parties have clearly stated that they intend to submit any disputes between them, on an exclusive basis, to a foreign authority.

36 As I noted earlier, there are rules that will limit agreements by the parties to oust jurisdiction. They

section traitant des dispositions générales, demeurent des dispositions exceptionnelles destinées à s'appliquer de manière supplétive, comme le confirme clairement l'art. 3135 *C.c.Q.*

B. *La hiérarchie des règles juridiques en cause*

L'analyse du cadre législatif a mis en lumière plusieurs caractéristiques propres aux dispositions en cause et a fait ressortir la nature des principes fondamentaux qui les sous-tendent. Ces éléments nous permettent maintenant de préciser la nature des rapports que les dispositions étudiées entretiennent entre elles dans le contexte d'une action en garantie.

L'élément central qui ressort de l'analyse effectuée précédemment est la reconnaissance de la primauté de l'autonomie de la volonté des parties. Celle-ci laisse une large place à la liberté contractuelle, sous réserve des limites prévues par la loi ou l'ordre public, quoiqu'il soit utile de préciser ici que le présent litige ne met pas en cause les règles d'ordre public. On peut inférer à partir du langage du législateur, du contexte législatif et de l'économie du Livre dixième du *Code civil* que l'autonomie de la volonté des parties joue un rôle prédominant dans l'aménagement des règles gouvernant la compétence des tribunaux québécois. Le législateur a réaffirmé et étendu lors de la réforme du *Code civil* l'application de ce principe : Talpis et Castel, p. 815. La présence de ce principe fondamental, qui sous-tend l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.*, accentue la nécessité d'adopter une interprétation large de cette disposition, même s'il en résulte une limitation du domaine de l'art. 3139 *C.c.Q.* Davantage qu'un simple alinéa à portée limitée, l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* constitue, en matière de conflits de juridiction, la pierre angulaire d'une politique législative de respect de l'autonomie de la volonté des parties. Dans la mesure où la volonté des parties de soumettre leurs litiges éventuels à une autorité étrangère s'affirme de façon claire et exclusive, les tribunaux devraient respecter les clauses d'élection de for.

Comme je l'ai mentionné auparavant, certaines règles viendront limiter les dérogations

derive primarily from mandatory legislative norms that limit freedom of contract (arts. 3149 and 3151 *C.C.Q.*) or give effect to an agreement to submit to the jurisdiction of the Quebec authority (final portion of art. 3148 *C.C.Q.*), or, in certain instances, from interference by considerations of public order, which need not be discussed here.

Article 3139 *C.C.Q.* is not one of those exceptions. Nothing in it suggests that the legislature intended it to be mandatory or intended to limit the autonomy of the parties. In fact, its nature confirms that it is of limited scope. Article 3139 *C.C.Q.* is a permissive provision that is procedural in nature, and the principles underlying it must be placed in their proper perspective in relation to the fundamental principles of private international law: the autonomy of the parties and the legal certainty of international transactions. Accordingly, even though the purpose of the provision is to ensure the efficient use of judicial resources and efficiency in the administration of justice, its reach cannot be extended to every action in warranty without regard for the intention expressed by the parties. Indeed, respecting the parties' intention is a core principle of the rules of private international law, and it in turn protects an imperative of that field of law: the legal certainty of transactions. The scope of art. 3139 *C.C.Q.* is therefore narrower than the scope of art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* Accordingly, the application of art. 3139 *C.C.Q.* is subordinate to the application of art. 3148, para. 2 *C.C.Q.*, which gives full effect to a clear intention, expressed in a valid and exclusive choice of forum clause, to submit a dispute to the jurisdiction of foreign authorities.

(i) Legislative Context

The legislative context of the provisions in issue is conducive to recognizing the autonomy of the parties. It can be seen that the fundamental structure of the *Civil Code* is consistent with the primacy of the autonomy of the parties as regards both the determination of whether a court has jurisdiction and the recognition of foreign judgments. For example, in delineating the jurisdiction of foreign authorities

conventionnelles. Elles découlent principalement de la loi qui adopte des normes impératives limitant la liberté contractuelle (art. 3149 et 3151 *C.c.Q.*) ou donnant effet à l'acquiescement à la compétence des autorités québécoises (art. 3148 *in fine C.c.Q.*) ou encore de l'interférence, le cas échéant, de l'ordre public dont nous n'avons pas à traiter ici.

L'article 3139 *C.c.Q.* ne se situe pas dans ces exceptions. Cette disposition ne révèle aucune intention de la part du législateur de lui attribuer un caractère impératif ou visant à limiter l'autonomie de la volonté des parties. Sa nature confirme d'ailleurs sa portée limitée. L'article 3139 *C.c.Q.* constitue une disposition facultative à caractère procédural dont les principes sous-jacents doivent être remis en perspective face à l'existence des principes fondamentaux du droit international privé que sont l'autonomie de la volonté des parties et la sécurité juridique des transactions internationales. Ainsi, même si cette disposition vise à l'économie des ressources judiciaires et à l'efficacité de l'administration de la justice, on ne saurait en étendre la portée à toute action en garantie sans égard à l'expression de la volonté des parties. En effet, le respect de cette dernière reflète un principe central du régime de droit international privé. Ce principe protège aussi un impératif de ce domaine du droit, soit la sécurité juridique des transactions. La portée de l'art. 3139 *C.c.Q.* s'avère ainsi plus limitée que celle de l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* Par conséquent, l'application de cette disposition est subordonnée à celle de l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* qui reconnaît pleinement l'effet d'une intention claire exprimée dans une clause d'élection de for valide et exclusive de soumettre un litige à la juridiction d'autorités étrangères.

(i) Le contexte législatif

Le contexte législatif dans lequel s'inscrivent les dispositions en cause est favorable à la reconnaissance de l'autonomie de la volonté des parties. On remarque en effet que la structure fondamentale du *Code civil* reconnaît la primauté de l'autonomie de la volonté tant à l'égard de la fixation de la compétence des tribunaux que de la reconnaissance des jugements étrangers. Par exemple,

in the context of the reception and enforcement of judgments, art. 3165 *C.C.Q.* bars the recognition of a foreign judgment if the parties to a contract have conferred jurisdiction on the Quebec authorities or on another foreign authority. In addition, a foreign decision may not be enforced if the foreign authority has made it in violation of an arbitration clause that is valid in Quebec law: art. 3165(3) *C.C.Q.* Article 3168(5) *C.C.Q.* sets out the jurisdictional criteria to be applied to determine whether a foreign judgment may be enforced in Quebec in the case of a personal action of a patrimonial nature: if the parties have agreed to submit their dispute to the authority that made the decision, the jurisdiction of the foreign authority is recognized. Also, with respect to designation of the applicable law, there are numerous provisions that allow the parties considerable freedom of choice regarding the law that will be applicable to specific juridical acts or situations, including provisions on successions (art. 3098 *C.C.Q.*), trusts (art. 3107 *C.C.Q.*), juridical acts (art. 3111 *C.C.Q.*) and arbitration agreements (art. 3121 *C.C.Q.*). The multitude of situations in which the intention of the parties provides a basis for determining the jurisdiction of Quebec or foreign authorities, or for resolving conflicts of laws, attests to the legislature's intention to allow room for the autonomy of contracting parties in private international law, and confirms the primacy of that principle. Recognition of the principle also goes hand in hand with the legislature's tendency toward recognizing the existence and legitimacy of the private justice system, which is often consensual and is parallel to the state's judicial system. One example of this is art. 2638 *C.C.Q.*, which defines the arbitration agreement: see *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, at para. 40.

(ii) Conformity with the Development of International Law

lorsqu'il définit la compétence des autorités étrangères pour la réception et l'exécution des jugements, l'art. 3165 *C.c.Q.* empêche la reconnaissance d'un jugement étranger si les parties à un contrat ont attribué une compétence aux autorités québécoises ou à une autre autorité étrangère. Par ailleurs, une décision étrangère ne peut être exécutée si l'autorité étrangère l'a rendue en violation d'une convention d'arbitrage valide selon le droit québécois : art. 3165(3) *C.c.Q.* L'article 3168(5) *C.c.Q.* adopte quant à lui les critères de compétence dont dépend la possibilité d'exécuter un jugement étranger au Québec dans le cas d'une action personnelle à caractère patrimonial. Si les parties ont décidé par convention de soumettre leur litige à l'autorité qui a rendu la décision, la compétence de l'autorité étrangère est reconnue. De plus, en matière de désignation de la loi applicable, de nombreuses dispositions laissent aux parties une grande liberté de choix quant à la loi applicable aux actes ou situations juridiques, notamment en matière de succession (art. 3098 *C.c.Q.*), de fiducie (art. 3107 *C.c.Q.*), d'actes juridiques (art. 3111 *C.c.Q.*) et de convention d'arbitrage (art. 3121 *C.c.Q.*). La multitude de situations dans lesquelles la volonté des parties constitue un mode de détermination de la compétence des autorités québécoises ou étrangères ou encore de résolution des conflits de lois témoigne donc de cette intention du législateur de laisser place à l'autonomie contractuelle en droit international privé et confirme la primauté de ce principe. Cette reconnaissance va aussi de pair avec le mouvement de reconnaissance par le législateur de la légitimité et de la présence de la justice privée, souvent consensuelle, et parallèle à celle des tribunaux étatiques, notamment sous le régime de l'art. 2638 *C.c.Q.* qui définit la convention d'arbitrage : voir *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, par. 40.

(ii) La conformité au développement du droit international

39

The interpretation of the provisions in issue, and the resolution of the conflict between them, must necessarily be harmonized with the international commitments of Canada and Quebec. This Court has cited this principle on several occasions: *National Corn Growers Assn. v. Canada*

En outre, l'interprétation des dispositions en cause et la résolution du conflit qui les oppose doit nécessairement s'harmoniser avec les engagements internationaux du Canada et du Québec. Notre Cour a rappelé à plusieurs reprises ce principe : *National Corn Growers Assn. c. Canada*

(*Import Tribunal*), [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1371; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 51; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 137; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, at para. 31. The principle may be related to the presumption that the legislature is deemed not to intend to legislate in a manner that cannot be reconciled with the state's international obligations: P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 367.

Quebec is a party to the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 330 U.N.T.S. 3 ("*New York Convention*"), of June 10, 1958, as a result of Canada's belated accession to the Convention, which came into force here on August 10, 1986: *Canada Gazette*, Part II, vol. 120, No. 17, SI/86-154 and 155.

Although at first glance the Convention seems to deal solely with the recognition and enforcement of arbitral awards, it also provides legal protection for arbitration agreements. The legislature has incorporated the principles of the *New York Convention* relating to arbitration agreements into Quebec law by enacting the substance of the Convention: see *Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in respect of arbitration*, S.Q. 1986, c. 73; A. Prujiner, "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", *Rev. Arb.* 1987.425. It should also be noted that the provisions of the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* of June 21, 1985 ("*UNCITRAL Model Law*"), U.N. Doc. A/40/17 (1985), Ann. I, set out in the chapter of that law dealing with arbitration agreements, on which the 1986 reform and modernization of Quebec's legal rules governing international arbitration agreements was based, closely follow the provisions of the *New York Convention*: see *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Ann. I. The *New York Convention* is therefore a formal source for interpreting the domestic law provisions governing the enforcement of arbitration agreements.

(*Tribunal des importations*), [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 51; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 31. On peut d'ailleurs rattacher ce principe à la présomption que le législateur est censé ne pas vouloir légiférer d'une manière inconciliable avec les obligations internationales de l'État : P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 466.

Le Québec est partie à la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 ("*Convention de New York*"), du 10 juin 1958, par suite de l'adhésion tardive du Canada à cette convention entrée en vigueur au pays le 10 août 1986 : *Gazette du Canada*, partie II, vol. 120, n^o 17, TR/86-154 et 155.

Bien que cette Convention semble à première vue porter uniquement sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, elle vise aussi la protection juridique des conventions d'arbitrage. Le droit québécois intègre les principes de la *Convention de New York* relatifs aux conventions d'arbitrage en adoptant la substance de cette Convention : voir *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, ch. 73; A. Prujiner, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », *Rev. arb.* 1987.425. On note aussi que les dispositions de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* du 21 juin 1985 (« *Loi type de la CNUDCI* »), Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I, contenues au chapitre de la loi portant sur les conventions d'arbitrage, qui ont inspiré la réforme et la modernisation du régime juridique québécois de l'arbitrage international en 1986, sont calquées sur celles de la *Convention de New York* : voir *Note explicative du Secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I. La *Convention de New York* constitue donc une source formelle d'interprétation des dispositions de droit interne visant l'exécution des conventions d'arbitrage.

40

41

42

Article II(3) of the *New York Convention* provides that “[t]he court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.” The *New York Convention* thus states a general principle: the recognition of arbitration agreements. Article II(3) has now been incorporated into the domestic law of Quebec by art. 940.1 *C.C.P.*, which gives an arbitration clause precedence over the jurisdiction of a Quebec authority. It should be noted that art. 940.1 *C.C.P.* is also based on art. 8(1) of the *UNCITRAL Model Law*, which states essentially the same principle as art. II(3) of the *New York Convention*.

43

Both the purpose of the *New York Convention* and the case law dealing with art. II(3) confirm the position that the enforcement of an arbitration agreement cannot be precluded by procedural rules relating to actions in warranty. First, the purpose of the *New York Convention* is to facilitate the enforcement of arbitration agreements by ensuring that effect is given to the parties’ express intention to seek arbitration: F. Bachand, “L’efficacité en droit québécois d’une convention d’arbitrage ou d’élection de for invoquée à l’encontre d’un appel en garantie” (2004), 83 *Can. Bar Rev.* 515, at pp. 540-41; A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), at p. 135; T. E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration* (2004), at p. 340. The interpreter must therefore encourage arbitration clauses, and facilitate their enforcement. As Professor Bachand explains:

[TRANSLATION] If regard is had to the goal and purpose of the *New York Convention*, it will be concluded that where there is doubt, the interpreter should opt for the solution that tends to ensure that arbitration agreements are binding, and that a rule that makes such agreements ineffective when they are set up against a call in warranty is incompatible with art. II(3) of the *Convention*. [p. 541]

L’article II(3) de la *Convention de New York* énonce que « [l]e tribunal d’un État contractant, saisi d’un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l’arbitrage, à la demande de l’une d’elles, à moins qu’il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d’être appliquée. » La *Convention de New York* édicte donc un principe général, celui de la reconnaissance d’une convention arbitrale. Cette disposition est maintenant intégrée au droit interne québécois par l’intermédiaire de l’art. 940.1 *C.p.c.* qui donne préséance aux clauses d’arbitrage sur la compétence des autorités québécoises. Notons que l’art. 940.1 *C.p.c.* s’inspire aussi du par. 8(1) de la *Loi type de la CNUDCI* qui adopte essentiellement le même principe que l’art. II(3) de la *Convention de New York*.

Tant l’objet de la *Convention de New York* que la jurisprudence portant sur l’art. II(3) confirment la position selon laquelle l’application d’une convention d’arbitrage ne saurait être écartée par les règles procédurales en matière de recours en garantie. D’abord, la *Convention de New York* a pour objet de faciliter l’application des conventions d’arbitrage en assurant le respect de la volonté exprimée par les parties de recourir à l’arbitrage : F. Bachand, « L’efficacité en droit québécois d’une convention d’arbitrage ou d’élection de for invoquée à l’encontre d’un appel en garantie » (2004), 83 *R. du B. can.* 515, p. 540-541; A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 135; T. E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration* (2004), p. 340. L’interprète doit donc favoriser et faciliter l’application des clauses d’arbitrage. Ainsi, comme l’explique le professeur Bachand :

La prise en compte du but et de l’objet de la *Convention de New York* incite donc à conclure qu’en cas de doute, l’interprète devrait privilégier la solution qui tend à assurer l’obligatorité des conventions d’arbitrage, et donc à conclure qu’une règle établissant l’inefficacité de telles conventions lorsqu’elles sont invoquées à l’encontre d’un appel en garantie est incompatible avec l’art. II(3) de la *Convention*. [p. 541]

The cases decided in other countries have tended to favour recourse to arbitration by limiting opportunities for departing from the autonomy of the parties: see Bachand, at p. 542; van den Berg, at pp. 135-37; A. J. van den Berg, "Court Decisions on the New York Convention of 1958" (1996), 21 *Y.B. Comm. Arb.* 394, at pp. 440-41 and 457. The same trend can be observed in decisions of the courts of the common law provinces involving art. 8 of the *UNCITRAL Model Law*, which recognize that a judge is obliged to apply a valid arbitration agreement: see, for example, *Kaverit Steel & Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 85 Alta. L.R. (2d) 287 (C.A.); *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.); *Kvaerner Enviropower Inc. v. Tanar Industries Ltd.* (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 365 (C.A.); *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.* (1994), 18 O.R. (3d) 257 (C.A.); *Fibreco Pulp Inc. v. Star Shipping A/S* (2000), 257 N.R. 291 (F.C.A.). Finally, in Quebec, the application of art. 940.1 *C.C.P.* is mandatory where the requirements are met. A court has no choice but to apply it: *La Sarre (Ville de) v. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273 (C.A.), at p. 277; *Gariépy v. Simard*, REJB 2003-45302 (C.Q.), at para. 9; *Pelletier v. Standard Life*, [2000] Q.J. No. 2837 (QL) (Sup. Ct.), at para. 17.

As a result of the requirement that art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* be interpreted in a manner consistent with Quebec's international commitments, arbitration clauses are binding despite the existence of procedural provisions such as art. 3139 *C.C.Q.* Although this explanation applies to arbitration clauses, it should be kept in mind that art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* also refers to choice of forum clauses. For the sake of consistency, the same position should be adopted in respect of both types of clauses. Indeed, it would be difficult to justify different interpretations for clauses that have the same function, namely to oust an authority's jurisdiction, and that share the same purpose, namely to ensure that the intention of the parties is respected in order to achieve legal certainty. Thus, it would seem incongruous, in the context of an action in warranty, to give art. 3139 *C.C.Q.* precedence over

La jurisprudence émanant d'autres États tend à favoriser le recours à l'arbitrage en limitant les possibilités de déroger à l'autonomie de la volonté des parties : voir Bachand, p. 542; van den Berg, p. 135-137; A. J. van den Berg, « Court Decisions on the New York Convention of 1958 » (1996), 21 *Y.B. Comm. Arb.* 394, p. 440-441 et 457. On constate une même tendance dans la jurisprudence des provinces de common law qui découle de l'art. 8 de la *Loi type de la CNUDCI* et qui reconnaît l'obligation pour un juge d'appliquer une convention d'arbitrage valide : voir par exemple *Kaverit Steel & Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992), 85 Alta. L.R. (2d) 287 (C.A.); *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.); *Kvaerner Enviropower Inc. c. Tanar Industries Ltd.* (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 365 (C.A.); *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1994), 18 O.R. (3d) 257 (C.A.); *Fibreco Pulp Inc. c. Star Shipping A/S* (2000), 257 N.R. 291 (C.A.F.). Finalement, au Québec, l'application de l'art. 940.1 *C.p.c.* est obligatoire lorsque les conditions requises sont remplies. Le tribunal n'a pas le choix d'y acquiescer : *La Sarre (Ville de) c. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273 (C.A.), p. 277; *Gariépy c. Simard*, REJB 2003-45302 (C.Q.), par. 9; *Pelletier c. Standard Life*, [2000] J.Q. n° 2837 (QL) (C.S.), par. 17.

Ainsi, la nécessité d'interpréter l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* en conformité avec les engagements internationaux du Québec permet de confirmer le caractère obligatoire des clauses compromissoires malgré l'existence de dispositions procédurales comme l'art. 3139 *C.c.Q.* Bien que cette solution s'applique aux clauses compromissoires, on doit garder à l'esprit que l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* réfère aussi aux clauses d'élection de for. Par souci de cohérence, la même position devrait être adoptée pour les deux types de clauses. Il serait en effet difficile de justifier une interprétation différente pour des clauses qui sont dotées de la même fonction, soit de retirer la compétence à une autorité, et qui partagent un même objet, soit le respect de la volonté des parties dans un but de sécurité juridique. Il apparaît donc incongru, dans le contexte d'une action en garantie, de faire prévaloir l'art. 3139 *C.c.Q.* sur l'art. 3148,

art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* with regard to a choice of forum clause and to take the opposite approach with regard to an arbitration clause—in other words, to respect the intention of the parties in one case but to thwart it in the other.

46

In light of the preceding discussion, it appears that art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* must take precedence over art. 3139 *C.C.Q.* in the context of an action in warranty where a choice of forum clause indicating a clear intention to oust the jurisdiction of the Quebec authority applies to the legal relationship between the parties to the proceeding. In such circumstances, the Quebec authority must decline jurisdiction, subject to the exceptions noted earlier.

47

This approach was first adopted by a court in *Camionex inc. v. Bombardier inc.*, REJB 99-13575 (Sup. Ct.). I will return later to my reasons for rejecting the decisions in which the opposite position was adopted. I note also that a number of authors have acknowledged the primacy of art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* over art. 3139 *C.C.Q.* In the opinion of Goldstein and Groffier, the discretion that derives from arts. 3136, 3138, 3139 and 3140 *C.C.Q.* should be disregarded, provided that the arbitration clause falls within the scope of the law, that it is not void and that the dispute is arbitrable under the law indicated by art. 3121 *C.C.Q.*: Goldstein and Groffier, at p. 363. Furthermore, I agree with the following comment by Professor Talpis:

... a forum selection clause should override jurisdiction under 3139 *C.C.Q.* over the parties for the incidental demand. After all, the parties probably agreed to the choice in full knowledge that a dispute between them might be the subject of litigation either as a principal or as an incidental matter. [p. 38]

(iii) Suppletive Function of the *Forum Non Conveniens*

48

This is where the question of the role of the *forum non conveniens* doctrine as codified by art. 3135 *C.C.Q.* comes into play. Article 3135 *C.C.Q.* attributes a suppletive function to this doctrine,

al. 2 *C.c.Q.* en présence d'une clause d'élection de for et d'adopter la solution inverse en présence d'une clause compromissoire, en d'autres termes, de laisser jouer la volonté des parties dans un cas, mais de la contrer dans l'autre.

Lorsque l'on considère les éléments soulevés précédemment, il appert que l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* doit prévaloir sur l'art. 3139 *C.c.Q.* dans le contexte d'une action en garantie en présence d'une clause d'élection de for applicable au rapport juridique entre les parties à ce litige, s'il ressort de la clause une intention claire d'exclure la compétence des autorités québécoises. Dans ces circonstances, l'autorité québécoise doit décliner compétence, sous réserve des exceptions déjà mentionnées.

Cette approche fut adoptée dans la jurisprudence dans l'affaire *Camionex inc. c. Bombardier inc.*, REJB 99-13575 (C.S.). Je reviendrai ultérieurement sur les raisons qui me poussent à écarter les décisions qui adoptent une position contraire. Par ailleurs, je note que plusieurs auteurs de doctrine admettent la primauté de l'art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* sur l'art. 3139 *C.c.Q.* De l'avis des auteurs Goldstein et Groffier, le pouvoir discrétionnaire provenant des art. 3136, 3138, 3139 et 3140 *C.c.Q.* devrait être écarté, à condition que la clause d'arbitrage entre dans le domaine d'application de la loi, qu'elle ne soit pas nulle et que le litige soit arbitrable selon la loi désignée par l'art. 3121 *C.c.Q.* : Goldstein et Groffier, p. 363. Je partage d'ailleurs l'avis du professeur Talpis lorsqu'il écrit :

[TRADUCTION] ... une clause d'élection de for doit l'emporter sur la compétence conférée par l'art. 3139 *C.c.Q.* sur les parties à la demande incidente. Après tout, les parties ont probablement convenu de cette élection de for en sachant pertinemment qu'un litige entre elles pouvait être soumis aux tribunaux sous forme soit de demande principale, soit de demande incidente. [p. 38]

(iii) La fonction suppletive du *forum non conveniens*

C'est ici qu'intervient la question du rôle du *forum non conveniens* codifié par l'art. 3135 *C.c.Q.* Celui-ci lui attribue une fonction suppletive. Cette doctrine ne s'applique que dans la mesure où la

which applies only where the jurisdiction of the Quebec court has first been established according to the usual rules governing jurisdiction: *Birdsall inc. v. In Any Event inc.*, at p. 1353; Talpis and Castel, at p. 54; Glenn, at pp. 744-45. In other words, a court may not decline jurisdiction that it does not have. The doctrine of *forum non conveniens* allows only for jurisdiction that is already recognized to be ousted. The suppletive nature of art. 3135 C.C.Q. necessarily means that the provision is not intended to reconcile the application of other provisions such as arts. 3139 and 3148 C.C.Q. Article 3135 C.C.Q. therefore plays a secondary role in the hierarchy of the rules governing the jurisdiction of a Quebec authority. If the structure of this area of private international law is to be respected, the authority must be determined to have jurisdiction before art. 3135 C.C.Q. can be applied.

C. *Validity of the Positions Adopted by the Court of Appeal and the Superior Court*

The findings of law made in the course of the foregoing analysis show that the Court of Appeal and the Superior Court erred in law, but in ways that differ in part. Their errors related to three main aspects of this case.

First, the positions taken by the Court of Appeal and the trial judge do not defer to the expression of the autonomy of the parties set out in the contract between GreCon and Normand. Given that the parties clearly expressed their intention to oust the jurisdiction of the Quebec authority in the event of an action in warranty, the Superior Court should have declined jurisdiction. In the instant case, it is clear from the wording of the choice of forum clause that the clause is exclusive and is applicable to this dispute. No jurisdiction other than Alfeld, Germany, is designated as having jurisdiction over any dispute between the parties. The clause is also sufficiently broad in scope to include the action in warranty based on the contract between Normand and GreCon, because the parties extended its application to all disputes “arising under, in connection with, or instant to this contract”.

compétence du tribunal québécois a été préalablement établie selon les règles habituelles de compétence : *Birdsall inc. c. In Any Event inc.*, p. 1353; Talpis et Castel, p. 901; Glenn, p. 744-745. En d'autres termes, un tribunal ne peut décliner une compétence qu'il n'a pas. La doctrine du *forum non conveniens* permet seulement d'écarter une compétence déjà reconnue. Par ailleurs, il découle nécessairement du caractère supplétif de l'art. 3135 C.c.Q. que cette disposition n'est pas destinée à concilier l'application d'autres dispositions telles que les art. 3139 et 3148 C.c.Q. Cette disposition joue donc un rôle subsidiaire dans la hiérarchie des normes déterminant la compétence des autorités québécoises. Le respect de l'ordonnancement juridique de cette partie du droit international privé commande que la compétence des autorités ait été déterminée préalablement à l'application de l'art. 3135 C.c.Q.

C. *La validité des positions adoptées par la Cour d'appel et la Cour supérieure*

Les conclusions en droit dégagées dans l'analyse qui précède démontrent que la Cour d'appel et la Cour supérieure ont erré en droit, mais de manière en partie différente. Ces erreurs touchent à trois aspects principaux du présent litige.

D'abord, les positions de la Cour d'appel et du juge de première instance ne respectent pas l'expression de l'autonomie de la volonté des parties que contient le contrat intervenu entre GreCon et Normand. Dans la mesure où l'expression de cette volonté était claire et excluait la compétence des autorités québécoises pour une action en garantie, la Cour supérieure se devait de décliner compétence. Or, en l'espèce, la lecture de la clause d'élection de for ne laisse pas de doute quant à son caractère exclusif et à la possibilité qu'elle s'applique au présent litige. Aucune juridiction, sauf celle d'Alfeld en Allemagne, n'est désignée comme étant compétente pour un éventuel litige entre les parties. La clause possède aussi une portée suffisamment large pour inclure l'action en garantie fondée sur le contrat entre Normand et GreCon, puisque les parties ont étendu son application à tous les litiges [TRADUCTION] « émanant du contrat ou qui lui sont connexes ou accessoires ».

49

50

- 51 Accordingly, the reasoning of the Court of Appeal and the trial judge also inappropriately enlarged the scope of art. 3139 *C.C.Q.* Article 3148, para. 2 *C.C.Q.* should have been given precedence over art. 3139 *C.C.Q.* because there was an exclusive and general choice of forum clause. The application of art. 3139 *C.C.Q.*, a permissive provision based on principles that are procedural in nature, is subordinate to the intention expressed by the parties to submit their dispute to a foreign authority.
- 52 Second, the case law cited by the trial judge does not support the position that art. 3139 *C.C.Q.* takes precedence over art. 3148 *C.C.Q.* As I noted earlier, the trial judge based his decision on the principles stated by the Superior Court in *Crestar Ltd. v. Canadian National Railway Co.* In that case, the Superior Court had decided to disregard a choice of forum clause set out in a contract for the carriage of goods and applied art. 3139 *C.C.Q.* The decision was one of a line of cases in which the courts refused to enforce choice of forum or arbitration clauses in the context of actions in warranty: see *Guns N'Roses Missouri Storm inc. v. Productions musicales Donald K. Donald inc.*
- 53 That line of cases is based essentially on this Court's decision in *A S G Industries Inc. v. Corporation Superseal*, [1983] 1 S.C.R. 781. In that case, a corporation had brought an action in warranty, based on a manufacturing contract, in which it alleged defects in the manufacture of the materials. The defendant in warranty, A S G Industries Inc., had no domicile, residence, place of business or property in Quebec. It raised a declinatory exception in which it argued that no court in Quebec had jurisdiction to hear the action brought against it.
- 54 Chouinard J. rejected the defendant's argument and said that art. 71 *C.C.P.*, under which an incidental action in warranty must be taken before the court in which the principal action is pending, applied to the appellant's case. As a result, the
- Ainsi, le raisonnement de la Cour d'appel et du juge de première instance implique également une extension inappropriée de la portée de l'art. 3139 *C.c.Q.* L'article 3148, al. 2 *C.c.Q.* devait prévaloir sur l'art. 3139 *C.c.Q.* en raison de l'existence d'une clause d'élection de for exclusive et générale. L'application de l'art. 3139 *C.c.Q.*, une disposition facultative dont les principes sous-jacents sont d'ordre procédural, est subordonnée à l'expression de la volonté des parties de soumettre leur litige à une autorité étrangère.
- Ensuite, la jurisprudence invoquée par le juge de première instance ne permet pas de soutenir la thèse de la primauté de l'art. 3139 *C.c.Q.* sur l'art. 3148 *C.c.Q.* Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge de première instance a fondé sa décision sur les principes du jugement prononcé par la Cour supérieure dans *Crestar Ltd. c. Canadian National Railway Co.* Dans cette affaire, la Cour supérieure avait décidé d'écarter une clause d'élection de for contenue dans un contrat de transport de marchandises et appliqué l'art. 3139 *C.c.Q.* Cette décision s'inscrit en fait dans un courant de jurisprudence qui écarte l'application des clauses d'élection de for ou compromissoires dans le contexte d'une action en garantie : voir *Guns N'Roses Missouri Storm inc. c. Productions musicales Donald K. Donald inc.*
- Ce courant jurisprudentiel repose essentiellement sur l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *A S G Industries Inc. c. Corporation Superseal*, [1983] 1 R.C.S. 781. Dans cette affaire, une société avait intenté une action en garantie fondée sur un contrat de fabrication et alléguait des défauts dans la fabrication des matériaux. La défenderesse en garantie, A S G Industries Inc., n'avait aucun domicile, résidence, place d'affaires ni bien au Québec. Elle soulevait comme moyen déclinatoire qu'aucun tribunal de la province de Québec n'avait juridiction pour entendre le recours institué contre elle.
- Le juge Chouinard rejeta l'argument de la défenderesse en précisant que l'art. 71 *C.p.c.*, selon lequel la demande incidente en garantie devrait être portée devant le tribunal où la demande principale était pendante, s'appliquait au cas de l'appelante.

incidental action in warranty brought against the appellant had to be brought in the Superior Court for the district of Québec where the principal action was pending. The Court therefore decided to extend that rule of domestic territorial jurisdiction to the international level because there were no provisions in the *Civil Code of Lower Canada* to govern such situations. In the opinion of Chouinard J.:

Article 71 sets forth a general rule applicable to any incidental action in warranty, which must be taken before the court in which the principal action is pending. There is no limitation. [p. 787]

Two comments must be made here. First, *A S G Industries* did not concern the enforcement of an arbitration or choice of forum clause. The case related solely to the application of art. 71 *C.C.P.* in a private international law context. Nor was the question of a conflict between that rule and the autonomy of the parties raised. Second, art. 3139 *C.C.Q.*, which now, since the reform of the *Civil Code*, reiterates the substance of the rule set out in art. 71 *C.C.P.*, is part of a new legal framework based on the underlying principles and requirements that now govern the determination of the jurisdiction of the courts in private international law: *Birdsall inc. v. In Any Event inc.*, at p. 1353. It cannot be applied without regard to this new statutory context.

Accordingly, it is necessary to be circumspect, in considering the cases in which the principles applicable prior to the reform of the *Civil Code* were applied, when it comes to determining the scope of art. 3139 *C.C.Q.* For these reasons, the line of cases based on *A S G Industries* cannot apply in the case at bar. The courts that decided those cases failed to consider the state of private international law in Quebec since the reform of the *Civil Code*. To apply the cases would mean to disregard certain principles that are now considered to be fundamental, in particular the primacy of the autonomy of the parties. In my view, the trial judge erred in law by adopting the conclusions in *Crestar Ltd. v. Canadian International Railway Co.*

En conséquence, la demande incidente en garantie dirigée contre elle devait être portée devant la Cour supérieure du district de Québec où la demande principale était pendante. La Cour avait donc décidé d'étendre à l'ordre international cette règle de compétence territoriale interne, à cause de l'absence de dispositions dans le *Code civil du Bas Canada* permettant de régir ces situations. De l'avis du juge Chouinard :

L'article 71 énonce une règle générale applicable à toute demande incidente en garantie qui doit être portée devant le tribunal où la demande principale est pendante. Il n'y a pas de restriction. [p. 787]

Deux remarques s'imposent ici. D'abord, il n'était nullement question dans l'arrêt *A S G Industries* de l'application de clauses compromissaires ou d'élection de for. Le litige portait uniquement sur l'application de l'art. 71 *C.p.c.* dans un contexte de droit international privé. La question de l'opposition entre cette règle et l'autonomie de la volonté des parties ne se posait pas non plus. Ensuite, l'art. 3139 *C.c.Q.*, qui reprend depuis la réforme du *Code civil* la teneur de la règle contenue à l'art. 71 *C.p.c.*, s'inscrit dans un nouveau cadre juridique structuré par des principes sous-jacents et des impératifs qui gouvernent désormais la détermination de la compétence des tribunaux en droit international privé : *Birdsall inc. c. In Any Event inc.*, p. 1353. On ne saurait appliquer cette disposition sans prendre en compte ce nouveau contexte législatif.

Dès lors, il faut examiner la jurisprudence appliquant les principes qui prévalaient antérieurement à la réforme du *Code civil* avec prudence lorsque vient le temps d'apprécier la portée de l'art. 3139 *C.c.Q.* Pour ces raisons, le courant jurisprudentiel fondé sur l'arrêt *A S G Industries* ne peut s'appliquer en l'espèce. Ce courant omet de considérer l'état du droit international privé au Québec depuis la réforme du *Code civil*. Son application écarte certains principes considérés maintenant comme fondamentaux, notamment la primauté de l'autonomie de la volonté des parties. À mon sens, le juge de première instance a erré en droit en retenant les conclusions de l'affaire *Crestar Ltd. c. Canadian National Railway Co.*

55

56

57 It should be noted here that the Court of Appeal rightly chose not to adopt that reasoning. Instead, it focussed on reconciling art. 3148, para. 2 *C.C.Q.* and art. 3139 *C.C.Q.* by applying the doctrine of *forum non conveniens*. However, that approach leads to serious problems.

58 The Court of Appeal's attempt at reconciliation disregards the fact that the judge's discretion to decline jurisdiction under the doctrine of *forum non conveniens* can be exercised only once jurisdiction has been established under the specific rules of jurisdictional connection. The role of art. 3135 *C.C.Q.* is not to reconcile the provisions of the *Civil Code* that determine jurisdictional connection. When the specific rules do not confer jurisdiction on a Quebec authority, art. 3135 *C.C.Q.* does not apply. The doctrine of *forum non conveniens* has no relevance in the instant case once it has been determined that the choice of forum clause applies. This is a simple question of the hierarchy of the rules relevant to this case. For this reason, the Court of Appeal erred in law in resorting to the doctrine of *forum non conveniens* to resolve the apparent conflict of jurisdiction.

59 I would add here that since no one raised the issue of the forum of necessity under art. 3136 *C.C.Q.*, I will not address it.

60 Accordingly, having regard to the primacy of the principle of the autonomy of the parties and the hierarchy of the relevant rules, as a result of which the doctrine of *forum non conveniens* is irrelevant, the choice of forum clause set out in the contract between GreCon and Normand should have been enforced. For these reasons, I find that the judgments of the Superior Court and the Court of Appeal must be set aside and the declinatory exception allowed.

V. Conclusions

61 For these reasons, the appeal is allowed, the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court are set aside, the declinatory exception based on the Quebec authority's want of jurisdiction is

On doit préciser ici que la Cour d'appel a évité, à bon droit, d'adopter ce raisonnement. Elle a plutôt mis l'accent sur la conciliation des art. 3148, al. 2 *C.c.Q.* et 3139 *C.c.Q.* à l'aide de la doctrine du *forum non conveniens*. Toutefois, cette méthode soulève de graves difficultés.

L'approche conciliatrice de la Cour d'appel omet de considérer que la discrétion du juge de décliner compétence en vertu de la doctrine du *forum non conveniens* ne s'exerce qu'une fois la compétence établie selon les règles spécifiques de rattachement juridictionnel. Rappelons que l'art. 3135 *C.c.Q.* n'a pas pour rôle de concilier les dispositions déterminant le rattachement juridictionnel du *Code civil*. Lorsque les règles spécifiques n'accordent pas compétence aux autorités québécoises, l'art. 3135 *C.c.Q.* ne peut trouver application. La doctrine du *forum non conveniens* n'a aucune pertinence dans la présente cause dès lors que l'on conclut que la clause d'élection de for s'applique. Il s'agit d'une simple question de hiérarchie des règles pertinentes au présent litige. Pour cette raison, la Cour d'appel a erré en droit en trouvant une solution au conflit apparent de juridictions par le recours à la doctrine du *forum non conveniens*.

J'ajoute ici que personne n'a invoqué l'application du for de nécessité selon l'art. 3136 *C.c.Q.* Je ne traiterai donc pas de cette question.

Ainsi, étant donné la primauté du principe de l'autonomie de la volonté des parties et la hiérarchie des règles pertinentes, qui enlèvent toute pertinence à la doctrine du *forum non conveniens*, la clause d'élection de for incluse au contrat entre GreCon et Normand aurait dû trouver application. Pour ces raisons, j'estime que les jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel doivent être annulés et le moyen déclinatoire accueilli.

V. Conclusions

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli, les jugements de la Cour d'appel et de la Cour supérieure annulés, le moyen déclinatoire fondé sur l'absence de compétence des autorités québécoises accueilli

allowed, and the respondent Normand's action in warranty in the Superior Court of Quebec is dismissed, with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.

Solicitors for the respondent J.R. Normand inc.: Heenan, Blaikie, Aubut, Québec.

et le recours en garantie de l'intimée Normand devant la Cour supérieure du Québec rejeté, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.

Procureurs de l'intimée J.R. Normand inc. : Heenan, Blaikie, Aubut, Québec.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

René Luther Hamilton *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and Canadian
Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. HAMILTON

Neutral citation: 2005 SCC 47.

File No.: 30021.

2005: January 14; 2005: July 29.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Counselling offence that is not committed — Elements of offence — Mens rea — Accused sending “teaser” e-mail on Internet marketing sale of “Top Secret” files — Teaser advertising software that would enable purchaser to generate valid credit card numbers — Files sold including instructions on how to make bombs and how to break into a house — Accused charged with counselling four offences that were not committed — Whether accused had requisite mens rea for offences charged — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 464.

The accused sent “teaser” e-mails on the Internet to more than 300 people, marketing the sale of “Top Secret” files he himself had purchased off a website. The teaser advertised software that would enable the purchaser to generate “valid” credit card numbers. The accused made at least 20 sales and the files that were sold, although not the teaser, also included instructions on how to make bombs and how to break into a house. A document describing a credit card number generator that was not part of the files was discovered on the accused’s computer. As well, a handwritten list of Visa numbers was seized in his possession. No complaints were received by the bank regarding their improper use.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

René Luther Hamilton *Intimé*

et

**Procureur général de l’Ontario et Association
canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. HAMILTON

Référence neutre : 2005 CSC 47.

N° du greffe : 30021.

2005 : 14 janvier; 2005 : 29 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

Droit criminel — Conseiller une infraction qui n’est pas commise — Éléments de l’infraction — Mens rea — « Annonce-mystère » proposant la vente de « fichiers ultra-secrets » transmise par courriels sur Internet — Annonce-mystère présentant un logiciel censé permettre à l’acheteur de générer des numéros de carte de crédit valides — Instructions expliquant comment fabriquer des bombes et comment entrer par effraction dans une maison figurant dans les fichiers vendus — Accusé inculpé d’avoir conseillé quatre infractions qui n’ont pas été commises — L’accusé possédait-il la mens rea requise à l’égard des infractions reprochées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 464.

L’accusé a envoyé par courriels sur Internet à plus de 300 personnes une « annonce-mystère » moussant la vente de « fichiers ultra-secrets » qu’il avait lui-même achetés à partir d’un site Web. L’annonce-mystère présentait un logiciel censé permettre à l’acheteur de générer des numéros de cartes de crédit « valides ». L’accusé a réalisé au moins 20 ventes et les fichiers ainsi vendus, mais pas l’annonce-mystère, comprenaient aussi des instructions sur la fabrication de bombes et sur la façon d’entrer par effraction dans une maison. On a découvert dans l’ordinateur de l’accusé un document qui décrivait un générateur de numéros de cartes de crédit et qui ne faisait pas partie des fichiers. De même, on a saisi une

The accused was charged under s. 464 of the *Criminal Code* with counselling four indictable offences that were not committed, including fraud. The accused testified that he had seen a computer-generated list of the contents of the files but that he had not read the files. The trial judge accepted the accused's evidence in this regard and also accepted his evidence that he had not used the credit card numbers he had generated. She acquitted the accused, concluding that the *actus reus* of the offence had been proven in respect of each of the counts but not the *mens rea*. The Court of Appeal upheld the acquittal. The Crown appealed to this Court on the issue of *mens rea*.

Held (Major, Abella and Charron JJ. dissenting): The appeal should be allowed on the count of counselling fraud.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.: The concern in this case is with the imposition of criminal liability on those who counsel others to commit crimes. The *actus reus* for counselling is the deliberate encouragement or active inducement of the commission of a criminal offence. The *mens rea* consists of nothing less than an accompanying intent or conscious disregard of the substantial and unjustified risk inherent in the counselling; that is, it must be shown that the accused either intended that the offence counselled be committed, or knowingly counselled the commission of the offence while aware of the unjustified risk that the offence counselled was in fact likely to be committed as a result of the accused's conduct. Courts cannot contain the inherent dangers of cyberspace crime by expanding or transforming offences, such as counselling, that were conceived to meet a different and unrelated need. [21] [29] [31]

The trial judge acquitted the accused on the count of counselling fraud because his motivation was mercenary as opposed to malevolent. The trial judge's conclusion that the accused did not intend to induce the recipients to use those numbers is incompatible with the plain meaning of the "teaser" e-mail and with her other findings of fact, including her finding that the accused understood that the use of the generated numbers was illegal. Her assertion that "[h]is motivation was monetary" immediately after her reference to these facts demonstrates an error of law as to the *mens rea* for counselling the commission of a crime, and warrants a

liste manuscrite de numéros de cartes Visa qu'il avait en sa possession. La banque n'a reçu aucune plainte d'utilisation irrégulière de ces numéros. Il a été accusé, en vertu de l'art. 464 du *Code criminel*, d'avoir conseillé la perpétration de quatre actes criminels qui n'ont pas été commis, y compris la fraude. L'accusé a témoigné qu'il avait vu une liste, produite par ordinateur, du contenu des fichiers, mais qu'il n'avait pas lu les fichiers. La juge du procès a accepté le témoignage de l'accusé, qui a déclaré ne pas avoir utilisé les numéros de cartes de crédit qu'il avait générés. Elle a acquitté l'accusé, concluant qu'on avait prouvé l'*actus reus* de l'infraction à l'égard de chacun des chefs d'accusation, mais non la *mens rea* nécessaire. La Cour d'appel a confirmé l'acquiescement. Le ministère public a interjeté appel à notre Cour sur la question de la *mens rea*.

Arrêt (les juges Major, Abella et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli relativement au chef d'accusation reprochant d'avoir conseillé la perpétration d'une fraude.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish : La question qui se pose en l'espèce est l'imputation de la responsabilité pénale aux personnes qui conseillent à autrui de commettre des crimes. L'*actus reus* de l'infraction consistant à conseiller un crime réside dans le fait d'encourager délibérément ou d'inciter activement la perpétration d'une infraction criminelle. La *mens rea* n'est rien de moins que l'intention concomitante ou le mépris conscient du risque injustifié et important inhérent aux conseils. Il faut donc démontrer soit que l'accusé voulait que l'infraction conseillée soit commise, soit qu'il a sciemment conseillé l'infraction alors qu'il était conscient du risque injustifié que l'infraction conseillée soit commise en conséquence de sa conduite. Les tribunaux ne peuvent pas contrer les dangers inhérents à la criminalité dans le cyberspace en élargissant ou en transformant des infractions qui, comme celle consistant à conseiller une infraction, ont été conçues en réponse à des besoins différents et sans lien avec cet objectif. [21] [29] [31]

La juge du procès a acquitté l'accusé du chef d'avoir conseillé la fraude, parce que les mobiles de ce dernier relevaient de la cupidité plutôt que de la malveillance. La conclusion de la juge du procès selon laquelle l'accusé n'avait pas l'intention d'amener les destinataires à utiliser ces numéros est incompatible avec le sens évident du courriel contenant l'« annonce-mystère » et avec ses autres conclusions de fait, notamment celle suivant laquelle l'accusé comprenait que l'utilisation des numéros obtenus était illégale. L'affirmation que « ses mobiles étaient d'ordre pécuniaire », qui suit immédiatement la mention de ces faits par la juge, témoigne d'une erreur

new trial. The trial judge confounded “motive” and “intent”. [40] [45]

Per Major, Abella and Charron JJ. (dissenting): In interpreting a *Criminal Code* provision, it is important not to overreach the purpose of the criminal sanction at the expense of other important social values. This is particularly so in a case such as this one where the conduct in question consists of communications. The *actus reus* under s. 464 of the *Criminal Code* consists of “counsel[ing] another person to commit an indictable offence”. In order for the *actus reus* to be proven, the words communicated by the accused, viewed objectively, must be seen as actively inducing, procuring or encouraging the commission of an offence. However, it is well established that it is not necessary that the person counselled be in fact persuaded. The *mens rea* of the offence is largely inferred from the *actus reus* itself. It is not sufficient that the communication simply raise the possibility of affecting its recipient. At the very least, the counsellor must subjectively intend to persuade the person counselled to commit the offence. Mere recklessness as to the counselled person’s reaction to the communication is insufficient. Except in the most unusual circumstances, the counsellor who intends to persuade the person counselled to commit an offence will intend that the offence be committed. This restricted interpretation of the *actus reus* and *mens rea* of the offence of counselling ensures that the scope of the offence remains within the justifiable limits of the criminal law and protects freedom of expression by limiting the potential overbreadth of a criminal sanction whose sole target is speech. While the Internet poses particular risks because of the ease with which mass communications may be disseminated worldwide, the remedy does not lie in an expansive interpretation of the offence of counselling. [66-67] [72] [76-77] [81]

There is no reason to interfere with the trial judge’s conclusion that the accused did not have the necessary *mens rea*. Her consideration of the accused’s motivation must be examined in the context of the evidence before her, and her reasons must be read as a whole. Here, the Court of Appeal correctly concluded that the trial judge had considered motive as part of her findings of fact, but that her decision on the issue of *mens rea* was based on other facts relating to the accused’s knowledge. It was on the basis of these other facts that the trial judge

de droit quant à la *mens rea* de l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’un crime, et justifie la tenue d’un nouveau procès. La juge du procès a commis une erreur en confondant « mobile » et « intention ». [40] [45]

Les juges Major, Abella et Charron (dissidents) : Dans l’interprétation d’une disposition du *Code criminel*, il importe de ne pas outrepasser l’objet de la sanction pénale au détriment d’autres valeurs sociales importantes, en particulier lorsque, comme en l’espèce, la conduite en question consiste en des communications. Aux termes de l’art. 464 du *Code criminel*, l’*actus reus* consiste à « conseille[r] à une autre personne de commettre un acte criminel ». Pour que l’*actus reus* soit prouvé, les propos communiqués par l’accusé, pris objectivement, doivent avoir amené ou encouragé activement la perpétration d’une infraction. Cependant, il est bien établi qu’il n’est pas nécessaire que la personne conseillée soit vraiment convaincue. La *mens rea* se déduit essentiellement de l’*actus reus* lui-même. Il ne suffit pas que la communication puisse simplement produire un effet sur la personne qui la reçoit. La personne qui conseille doit à tout le moins avoir subjectivement l’intention de convaincre la personne conseillée de commettre l’infraction. La simple insouciance quant à la réaction de la personne conseillée à l’égard de la communication n’est pas suffisante. Sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, le conseiller qui entend persuader la personne conseillée de commettre une infraction veut que l’infraction soit commise. Cette interprétation restreinte de l’*actus reus* et de la *mens rea* de l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’une infraction fait en sorte de maintenir dans les limites justifiables du droit pénal la portée de l’infraction et protège la liberté d’expression en limitant la portée potentiellement excessive d’une sanction pénale dont le seul objet est l’expression. Bien que l’Internet présente des risques particuliers à cause de la facilité avec laquelle les messages diffusés grâce aux moyens de communication de masse peuvent être transmis à travers le monde, la solution ne réside pas dans une interprétation large de l’infraction de conseiller la perpétration d’un crime. [66-67] [72] [76-77] [81]

Il n’y a aucune raison de modifier la conclusion de la juge du procès que l’accusé n’avait pas la *mens rea* nécessaire. L’analyse de la juge du procès concernant les mobiles de l’accusé doit être examinée au regard de la preuve dont elle disposait, et les motifs exposés par la juge doivent être considérés dans leur ensemble. En l’espèce, la Cour d’appel a eu raison de conclure que la juge du procès a tenu compte des mobiles dans le cadre de ses conclusions de fait, mais que, sur la question de la *mens rea*, la décision de cette dernière reposait sur

found the accused lacked sufficient knowledge of the consequences of his actions to satisfy the *mens rea* requirement. [84] [86]

Cases Cited

By Fish J.

Discussed: *R. v. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Sansregret*, [1985] 1 S.C.R. 570; **referred to:** *Brousseau v. The King* (1917), 56 S.C.R. 22; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Dionne* (1987), 79 N.B.R. (2d) 297; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973.

By Charron J. (dissenting)

R. v. Dionne (1987), 79 N.B.R. (2d) 297; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Walia (No. 1)* (1975), 9 C.R. (3d) 293; *R. v. Glubisz* (1979), 47 C.C.C. (2d) 232; *R. v. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505; *R. v. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 22, 81(1)(a), (d), 348(1)(d), 380(1)(b), 463, 464.

Authors Cited

Alexander, Larry, and Kimberly D. Kessler. "Mens Rea and Inchoate Crimes" (1997), 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1138.

Ashworth, Andrew. *Principles of Criminal Law*, 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004, "inchoate crime".

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 45. *Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences*. Ottawa: The Commission, 1985.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2004, "counsel", "incite", "procure", "solicit".

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.

Dressler, Joshua. *Understanding Criminal Law*, 3rd ed. New York: Lexis, 2001.

Friedland, Martin Lawrence, and Kent Roach. *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials*, 8th ed. Toronto: Emond Montgomery, 1997.

d'autres faits touchant à la connaissance de l'accusé. Se fondant sur ces autres faits, la juge du procès a estimé que l'accusé n'avait pas une connaissance suffisante des conséquences de ses actes pour satisfaire à l'exigence de la *mens rea*. [84] [86]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts analysés : *R. c. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés :** *Brousseau c. The King* (1917), 56 R.C.S. 22; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2^e) 297; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

Citée par la juge Charron (dissidente)

R. c. Dionne (1987), 79 R.N.-B. (2^e) 297; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Walia (No. 1)* (1975), 9 C.R. (3d) 293; *R. c. Glubisz* (1979), 47 C.C.C. (2d) 232; *R. c. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505; *R. c. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 22, 81(1)(a), (d), 348(1)(d), 380(1)(b), 463, 464.

Doctrine citée

Alexander, Larry, and Kimberly D. Kessler. « Mens Rea and Inchoate Crimes » (1997), 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1138.

Ashworth, Andrew. *Principles of Criminal Law*, 4th ed. Oxford : Oxford University Press, 2003.

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2004, « inchoate crime ».

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 45. *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives*. Ottawa : La Commission, 1985.

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Thomson Professional Publishing Canada, 1991.

Dressler, Joshua. *Understanding Criminal Law*, 3rd ed. New York : Lexis, 2001.

Friedland, Martin Lawrence, and Kent Roach. *Criminal Law and Procedure : Cases and Materials*, 8th ed. Toronto : Emond Montgomery, 1997.

Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris : Le Robert, 2001 « amener », « conseiller », « inciter ».

LaFave, Wayne R. *Substantive Criminal Law*, 2nd ed., vol. 2. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2003.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2004.
 Smith, John. *Smith & Hogan Criminal Law*, 9th ed. London: Butterworths, 1999.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens, 1983.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, Hunt and Park JJ.A.) (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 330 A.R. 328, 299 W.A.C. 328, 178 C.C.C. (3d) 434, 18 C.R. (6th) 337, [2004] 7 W.W.R. 388, [2003] A.J. No. 1080 (QL), 2003 ABCA 255, affirming a judgment of Smith J. (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 309 A.R. 305, [2002] 8 W.W.R. 334, [2002] A.J. No. 30 (QL), 2002 ABQB 15, acquitting the accused of counselling four indictable offences that were not committed. Appeal allowed in part, Major, Abella and Charron JJ. dissenting.

James C. Robb, Q.C., and *Steven M. Bilodeau*, for the appellant.

F. Kirk MacDonald, for the respondent.

Christopher Webb, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Andrew K. Lokan, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ. was delivered by

FISH J. —

I

¹ The respondent, René Luther Hamilton, offered for sale through the Internet access to a “credit card number generator” — in terms that extolled its use for fraudulent purposes. As part of the same package of “Top Secret” files, he also offered for sale

LaFave, Wayne R. *Substantive Criminal Law*, 2nd ed., vol. 2. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2003.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2004.
 Smith, John. *Smith & Hogan Criminal Law*, 9th ed. London : Butterworths, 1999.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London : Stevens, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Conrad, Hunt et Park) (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 330 A.R. 328, 299 W.A.C. 328, 178 C.C.C. (3d) 434, 18 C.R. (6th) 337, [2004] 7 W.W.R. 388, [2003] A.J. No. 1080 (QL), 2003 ABCA 255, qui a confirmé un jugement de la juge Smith (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 309 A.R. 305, [2002] 8 W.W.R. 334, [2002] A.J. No. 30 (QL), 2002 ABQB 15, qui avait acquitté l’accusé d’avoir conseillé la perpétration de quatre actes criminels qui n’ont pas été commis. Pourvoi accueilli en partie, les juges Major, Abella et Charron sont dissidents.

James C. Robb, c.r., et *Steven M. Bilodeau*, pour l’appelante.

F. Kirk MacDonald, pour l’intimé.

Christopher Webb, pour l’intervenant le Procureur général de l’Ontario.

Andrew K. Lokan, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

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

LE JUGE FISH —

I

L’intimé René Luther Hamilton a offert en vente par Internet l’accès à un [TRADUCTION] « générateur de numéros de cartes de crédit » — en des termes prônant son utilisation à des fins frauduleuses. Dans le même groupe de [TRADUCTION] « fichiers

bomb “recipes” and information on how to commit burglaries.

Mr. Hamilton was charged under s. 464(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in four separate counts, with counselling the commission of indictable offences that were not in fact committed.

The trial judge was not satisfied that Mr. Hamilton had acted with the requisite *mens rea*, or culpable intent, and she therefore acquitted him on all four counts: (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 2002 ABQB 15. The Court of Appeal for Alberta dismissed the Crown’s appeal: (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 2003 ABCA 255.

The Crown now appeals to this Court on the ground that the trial judge erred as to the *mens rea* of counselling. In the Crown’s view, it is unnecessary to prove that the person who counselled the offence intended that it be committed; recklessness is sufficient.

The Crown contends that even if recklessness is insufficient, the trial judge erred in confounding “motive” and “intent”. With respect, I agree that the trial judge erred in this regard and that her verdict, but for this error, might very well have been different, at least on the count for counselling fraud. She acquitted Mr. Hamilton of that offence because, in her own words, “[h]is motivation was monetary” (para. 53 (emphasis added)).

I would therefore allow the Crown’s appeal, order a new trial on the count for counselling fraud and dismiss the appeal with respect to the three remaining counts.

II

Mr. Hamilton was charged under s. 464 of the *Criminal Code* with counselling four indictable offences that were not committed: making explosive

ultra-secrets », il a aussi mis en vente des « recettes » pour la fabrication de bombes ainsi que des informations sur la façon de commettre des vols par effraction.

M. Hamilton a été accusé en vertu de l’al. 464a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, sous quatre chefs distincts, d’avoir conseillé la perpétration d’actes criminels qui n’ont pas été commis.

La juge du procès n’était pas convaincue que M. Hamilton avait la *mens rea*, ou l’intention coupable, requise et elle l’a donc acquitté relativement aux quatre chefs d’accusation : (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 2002 ABQB 15. La Cour d’appel de l’Alberta a rejeté l’appel formé par le ministère public : (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 2003 ABCA 255.

Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour en faisant valoir que la juge du procès a commis une erreur quant à la *mens rea* requise pour l’infraction consistant à conseiller une infraction. Selon le ministère public, il n’est pas nécessaire de prouver que la personne qui a conseillé l’infraction voulait qu’elle soit commise; l’insouciance suffit.

Le ministère public prétend que, même si l’insouciance ne suffit pas, la juge du procès a commis une erreur en confondant « mobile » et « intention ». En toute déférence, je conviens que la juge du procès a commis une erreur à cet égard et que, n’eût été cette erreur, son verdict aurait fort bien pu être différent, du moins en ce qui concerne le chef d’accusation reprochant d’avoir conseillé une fraude. Elle a acquitté M. Hamilton de cette infraction parce que, selon ses propres termes, [TRADUCTION] « [s]es mobiles étaient d’ordre pécuniaire » (par. 53 (je souligne)).

Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi du ministère public, d’ordonner la tenue d’un nouveau procès relativement au chef d’accusation reprochant d’avoir conseillé la commission d’une fraude et de rejeter le pourvoi en ce qui a trait aux trois autres chefs.

II

M. Hamilton a été accusé en vertu de l’art. 464 du *Code criminel* d’avoir conseillé la perpétration de quatre actes criminels qui n’ont pas été

substances with intent; doing anything with intent to cause an explosion; break and enter with intent; and fraud.

commis : fabrication de substances explosives dans un dessein criminel, accomplissement d'un acte avec l'intention de causer une explosion, introduction par effraction dans un dessein criminel et fraude.

8

The charges resulted from an advertisement, or "teaser", sent by Mr. Hamilton through the Internet to more than 300 people whose addresses he had acquired from published lists. His advertisement read, in part:

HAVE YOU EVER HEARD OF A SOFTWARE PROGRAM THAT CAN PRODUCE AND DISPLAY VALID WORKING CREDIT CARD NUMBERS AT THE TOUCH OF A KEY!!!!

WELL IT'S ARRIVED THE TIME IS NOW!!

THE AUTOMATIC CREDIT CARD NUMBER GENERATOR!!!!!!!!!!

. . .

ALL VALID AND FULLY FUNCTIONAL!!

. . .

*YOU CAN ALSO Extrapolate NEW CREDIT CARD NUMBERS OFF OF YOUR EXISTING ALREADY VALID REAL CREDIT CARDS!!!! 100% valid numbers!

SIMPLE TO USE??? - - - ABSOLUTELY!!

. . .

*IMAGINE THE THINGS THAT YOU COULD DO WITH THIS PROGRAM, AND THE VALID CREDIT CARD NUMBERS IT GENERATES!!

THE POSSIBILITIES ARE ENDLESS!!!

. . .

ALSO AVAILABLE IS THE OVERSEA'S AT&T CALLING CARD NUMBER GENERATOR!!!!!!

Les accusations découlaient d'une annonce, ou « annonce-mystère », que M. Hamilton a envoyée par Internet à plus de 300 personnes dont il avait obtenu les adresses électroniques sur des listes publiques. Voici des extraits du texte de son annonce :

[TRADUCTION] AVEZ-VOUS DÉJÀ ENTENDU PARLER D'UN LOGICIEL QUI PERMET DE PRODUIRE ET D'AFFICHER DES NUMÉROS DE CARTES DE CRÉDIT VALIDES SIMPLEMENT EN APPUYANT SUR UNE TOUCHE DU CLAVIER!!!!

ET BIEN, IL EXISTE ... ET IL EST DISPONIBLE DÈS MAINTENANT!!

LE GÉNÉRATEUR AUTOMATIQUE DE NUMÉROS DE CARTES DE CRÉDIT!!!!!!!!!!

. . .

DES NUMÉROS VALIDES ET PLEINEMENT FONCTIONNELS!!

. . .

*VOUS POUVEZ AUSSI Créer DE NOUVEAUX NUMÉROS DE CARTES DE CRÉDIT À PARTIR DES NUMÉROS DE VOS CARTES DE CRÉDIT VALIDES!!!! Des numéros tout à fait valides!

FACILE À UTILISER??? - - - ABSOLUMENT!!

. . .

*IMAGINEZ TOUT CE QUE VOUS POURRIEZ FAIRE AVEC CE LOGICIEL ET LES NUMÉROS VALIDES DE CARTES DE CRÉDIT QU'IL GÉNÈRE!!

LES POSSIBILITÉS SONT ILLIMITÉES!!! . . .

. . .

LE GÉNÉRATEUR DE NUMÉROS DE CARTES D'APPELS INTERNATIONAUX D'AT&T EST ÉGALEMENT DISPONIBLE!!!!!!

FREE LONG DISTANCE??? YUPPERS! YES INDEED, ABSOLUTELY!!!!

*THIS SIMPLE EASY TO USE PROGRAM PRODUCES VALID OVERSEA'S AT&T CALLING CARD NUMBERS. . WITH ONE STROKE OF THE KEY!!! . . .

. . .

*GET ANY CREDIT CARD YOU WANT

. . .

ALL OF THESE METHODS HAVE BEEN PROVEN TO WORK OVER AND OVER, TIME AND TIME AGAIN!! THESE ARE THE SECRETS THAT MILLIONAIRES AND GOVERNMENT INSIDERS ONLY TELL THEIR FRIENDS ABOUT!!

Don't delay . . . This Extraordinary and Valuable Information including the Card Generator Programs can be yours Today for ONLY \$50 (US FUNDS).

. . .

IF YOU DOWNLOAD THE PROGRAMS AND USE THEM . . . WE ACCEPT NO LIABILITY FOR YOUR ACTIONS!

DON'T MISS OUT ON THIS CHANCE TO GET YOUR HANDS ON THESE TWO AMAZING PROGRAMS, THAT WILL FOREVER CHANGE YOUR LIFE . . . ! IF YOU MISS THE CHANCE NOW, IT MIGHT NOT COME AROUND AGAIN . . . AS THESE SOFTWARE PROGRAMS ARE NOT SOLD IN RETAIL STORES, FOR OBVIOUS REASONS!!

. . .

Looking forward to seeing you well on your way to a wealthy lifestyle!! [Emphasis added.]

Mr. Hamilton also created a web site advertising the Top Secret files, and was shown to have made at least 20 sales.

The trial judge found that Mr. Hamilton had seen a computer-generated list of the contents of the Top Secret files. They contained document descriptions such as "bombs.txt", "bombs2.txt", "bombs3.txt",

DES APPELS INTERURBAINS GRATUITS??? OUI, ABSOLUMENT GRATUITS!!!!

*CE LOGICIEL SIMPLE ET FACILE À UTILISER PERMET DE CRÉER DES NUMÉROS VALIDES DE CARTES D'APPELS INTERNATIONAUX D'AT&T. IL SUFFIT D'APPUYER SUR UNE TOUCHE!!! . . .

. . .

*OBTENEZ LA CARTE DE CRÉDIT QUE VOUS VOULEZ

. . .

IL A ÉTÉ PROUVÉ MAINTES ET MAINTES FOIS, ENCORE ET ENCORE, QUE TOUTES CES MÉTHODES FONCTIONNENT!! CE SONT LÀ LES SECRETS QUE LES MILLIONAIRES ET LES INITIÉS AU SEIN DU GOUVERNEMENT NE CONFIENT QU'À LEURS AMIS!!

Ne tardez pas . . . Vous pouvez obtenir dès aujourd'hui ces informations extraordinaires, avec les générateurs de cartes, pour SEULEMENT 50 \$ (EN DOLLARS AMÉRICAINS).

. . .

SI VOUS TÉLÉCHARGEZ LES LOGICIELS ET LES UTILISEZ . . . NOUS N'ASSUMONS AUCUNE RESPONSABILITÉ POUR VOS ACTES!

NE RATEZ PAS CETTE CHANCE DE METTRE LA MAIN SUR CES DEUX LOGICIELS FABULEUX QUI CHANGERONT VOTRE VIE POUR TOUJOURS . . . ! SI VOUS RATEZ CETTE CHANCE MAINTENANT, IL SE POURRAIT QU'ELLE NE SE REPRÉSENTE JAMAIS . . . PUISQUE, POUR DES RAISONS BIEN ÉVIDENTES, CES LOGICIELS NE SONT PAS VENDUS DANS LES COMMERCES DE VENTE AU DÉTAIL!!

. . .

Nous sommes impatients de vous voir profiter de cette occasion pour vous enrichir!! [Je souligne.]

M. Hamilton a aussi créé un site Web sur lequel il annonçait les fichiers ultra-secrets, et il a été démontré qu'il avait réalisé au moins 20 ventes.

9

La juge du procès a conclu que M. Hamilton avait vu une liste, produite par ordinateur, du contenu des fichiers ultra-secrets. Ces fichiers comportaient des descriptions de documents tels

10

“How to Break into a House.txt”, and “visa hacking.txt”. Mr. Hamilton testified that he had not read these files, and the trial judge, without making an express finding, appears to have accepted his evidence in this regard. The Top Secret files were organized into two zip files, which consisted of roughly 2000 pages of text. Only 13 pages related to the counselling charges that concern us here.

« bombs.txt », « bombs2.txt », « bombs3.txt », « How to Break into a House.txt » et « visa hacking.txt ». M. Hamilton a témoigné ne pas avoir lu ces documents et la juge du procès, sans tirer expressément de conclusion, semble avoir accepté son témoignage à cet égard. Les fichiers ultra-secrets étaient regroupés dans deux fichiers de format Zip, qui contenaient environ 2 000 pages de texte. Seulement 13 pages se rapportaient aux accusations d’avoir conseillé les infractions dont il est question en l’espèce.

11 A document describing a credit card number generator that was not part of the Top Secret files was also discovered on Mr. Hamilton’s computer. As well, a handwritten list of Visa numbers was seized in his possession. Of the listed numbers, all but one were found by the judge to be “valid” (para. 15), in the sense of “usable”. But no complaints were received by the bank regarding their improper use. The trial judge accepted Mr. Hamilton’s evidence that he did not use the credit card numbers he had generated.

On a également découvert dans l’ordinateur de M. Hamilton un document qui décrivait un générateur de numéros de cartes de crédit et qui ne faisait pas partie des fichiers ultra-secrets. De même, on a saisi une liste manuscrite de numéros de cartes Visa que possédait l’intimé. Tous les numéros figurant sur cette liste, sauf un, ont été jugés « valides » par la juge (par. 15), c’est-à-dire « utilisables ». Toutefois, la banque n’a reçu aucune plainte d’utilisation irrégulière de ces numéros. La juge du procès a accepté le témoignage de M. Hamilton, qui a déclaré ne pas avoir utilisé les numéros de cartes de crédit qu’il avait générés.

12 The trial judge acquitted Mr. Hamilton on all counts and the Court of Appeal affirmed the acquittals.

La juge du procès a acquitté M. Hamilton relativement à tous les chefs d’accusation et la Cour d’appel a confirmé les acquittements.

III

III

13 The Crown contends that recklessness satisfies the fault requirement of counselling and that, even if intent (as opposed to recklessness) must be proved, the trial judge erred in grafting onto the required element of intention an additional requirement of motive.

Le ministère public soutient que l’insouciance satisfait à l’exigence de faute de l’infraction consistant à conseiller une infraction et que, même si l’intention (par opposition à l’insouciance) doit être prouvée, la juge du procès a commis une erreur en ajoutant, à l’élément d’intention requis, l’exigence du mobile.

14 At common law, counselling or procuring a felony was a substantive offence, whether or not the felony was subsequently committed: *Brousseau v. The King* (1917), 56 S.C.R. 22. The charges that concern us here are now codified in s. 464(a) of the *Criminal Code*, which provides:

En common law, le fait de conseiller à une personne de commettre un crime ou le fait de l’y amener constituait un crime grave (*felony*), que le crime ait été commis ou non par la suite : *Brousseau c. The King* (1917), 56 R.C.S. 22. Les accusations dont il est question en l’espèce sont maintenant codifiées à l’al. 464a) du *Code criminel* :

464. . . .

(a) every one who counsels another person to commit an indictable offence is, if the offence is not committed, guilty of an indictable offence and liable to the same punishment to which a person who attempts to commit that offence is liable;

The *actus reus* for counselling will be established where the materials or statements made or transmitted by the accused *actively induce* or *advocate* — and do not merely *describe* — the commission of an offence: *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 57, *per* McLachlin C.J.

The *mens rea*, or fault element, for counselling was recently considered in *R. v. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), which involved an appeal by the accused against his conviction on one count of counselling murder and two counts of counselling unlawful bodily harm. The trial judge had instructed the jury that they could convict the accused of these offences only if they were satisfied beyond a reasonable doubt that he had counselled their commission “with the intent that his advice or counselling . . . be accepted” (para. 14 (emphasis added)).

The Ontario Court of Appeal found this instruction to be inadequate. In the court’s view, it was not enough for the jury to conclude that the accused intended that his counselling of the offences “be accepted” or “be taken seriously” by the persons counselled to commit them; the accused must have intended as well that the offence counselled *be in fact committed* (para. 46).

In the present case, the trial judge described counselling as a “dual *mens rea* offence” (para. 37) and the Court of Appeal in *Janeteas* cited this characterization of the requisite mental element in its reasons (para. 19).

464. . . .

a) quiconque conseille à une autre personne de commettre un acte criminel est, si l’infraction n’est pas commise, coupable d’un acte criminel et passible de la même peine que celui qui tente de commettre cette infraction;

L’*actus reus* de l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’un acte criminel sera établi si les documents envoyés ou les affirmations faites par l’accusé *encouragent activement* ou *préconisent* — et ne *décrivent* pas simplement — la perpétration d’une infraction : *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 57, la juge en chef McLachlin.

La *mens rea* — ou élément fautif — de l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’une infraction a été examinée récemment dans l’arrêt *R. c. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), dans lequel l’accusé interjetait appel de sa déclaration de culpabilité à l’égard de l’accusation d’avoir conseillé la perpétration d’un meurtre et de deux accusations d’avoir conseillé l’infliction illégale de lésions corporelles. Dans ses directives aux jurés, le juge du procès leur a précisé qu’ils pouvaient déclarer l’accusé coupable de ces infractions s’ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que celui-ci avait conseillé leur perpétration [TRADUCTION] « avec l’intention que ses avis ou conseils [. . .] soient acceptés » (par. 14 (je souligne)).

La Cour d’appel de l’Ontario a jugé ces directives inadéquates. De l’avis de la cour, il n’était pas suffisant que le jury conclue que l’accusé avait voulu que ses conseils préconisant la perpétration des infractions [TRADUCTION] « soient acceptées » ou « pris au sérieux » par les personnes à qui il conseillait alors de les commettre; l’accusé devait également avoir voulu que les infractions conseillées *soient effectivement commises* (par. 46).

En l’espèce, la juge du procès a décrit le fait de conseiller la perpétration d’une infraction comme étant [TRADUCTION] « une infraction comportant une double *mens rea* » (par. 37) et, dans l’arrêt *Janeteas*, la Cour d’appel a fait état de cette description de l’élément psychologique requis dans ses motifs (par. 19).

15

16

17

18

- 19 *Janeteas* was decided on an unusual set of facts and in light of concessions by Crown counsel as to the inadequacy of the trial judge's instructions to the jury. Moreover, authorities cited by the Court of Appeal — none of them binding on this Court — do support the proposition that counselling is a “dual intent” offence. But the Court of Appeal in *Janeteas* did take care to say that it would have reached the same result even if it were found sufficient for conviction that the accused, in counselling the commission of the offences, was reckless as to the consequences.
- Dans l'arrêt *Janeteas*, la décision a été rendue en fonction d'un ensemble de faits inhabituels et des admissions, par l'avocat du ministère public, relativement à l'insuffisance des directives données au jury par le juge du procès. De plus, les décisions citées par la Cour d'appel — dont aucune ne lie notre Cour — appuient effectivement la proposition selon laquelle le fait de conseiller un acte criminel est une infraction exigeant une « double intention ». La Cour d'appel a toutefois pris soin, dans l'arrêt *Janeteas*, de dire qu'elle serait arrivée à un résultat identique même si elle avait jugé suffisant, pour conclure à la culpabilité de l'accusé, que ce dernier, en conseillant de commettre les infractions, avait fait preuve d'insouciance quant aux conséquences.
- 20 In my respectful view, a judicial determination of the fault element for counselling should not be made to depend on whether the required *mens rea* is characterized as “dual”. I find it preferable to begin instead by considering why the counselling of crime is prohibited and then to examine the ordinary meaning of the words used by Parliament to achieve its purpose.
- À mon humble avis, la décision du tribunal relative à l'élément de faute de l'infraction consistant à conseiller une infraction ne devrait pas dépendre de la question de savoir si la *mens rea* requise est qualifiée de « double ». Il est préférable, selon moi, de se demander d'abord pourquoi il est interdit de conseiller un crime, et d'examiner ensuite le sens ordinaire des termes employés par le législateur pour réaliser son objectif.
- 21 Our concern here is with the imposition of criminal liability on those who counsel others to commit crimes. In this context, “counsel” includes “procure, solicit or incite”: see s. 22(3) of the *Criminal Code*.
- Ce qui nous intéresse, ici, c'est l'imputation de la responsabilité pénale aux personnes qui conseillent à autrui de commettre des crimes. Dans ce contexte, le mot « conseiller » s'entend « d'amener et d'inciter » : voir le par. 22(3) du *Code criminel*.
- 22 In their relevant senses, the *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004) defines “counsel” as “advise” or “recommend (a course of action)”; “procure” as “bring about”; “solicit” as “ask repeatedly or earnestly for or seek or invite”, or “make a request or petition to (a person)”; and “incite” as “urge”. “Procure” has been held judicially to include “instigate” and “persuade”: *R. v. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505 (Ont. C.A.).
- Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001) donne les définitions suivantes des mots « conseiller », « amener » et « inciter », dans leur sens pertinent en l'espèce : « proposer, recommander, suggérer. [. . .] aviser »; « conduire [. . .] entraîner »; « pousser (qqn) à qqch., [. . .] à faire qqch. [. . .] inviter [. . .] solliciter » (caractères gras dans l'original). Il a été jugé que le mot anglais « procure » (« amener ») s'entend notamment de « instiguer » et « persuader » : *R. c. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505 (C.A. Ont.).
- 23 Those who encourage the commission of crimes in any of these ways are criminally responsible for their conduct by way of “secondary liability”.
- Les personnes qui encouragent ainsi d'autres personnes à commettre des crimes sont criminellement responsables de leur conduite du fait de leur « responsabilité secondaire ».

The rationale underlying secondary liability was described by the Law Reform Commission of Canada as “straightforward, obvious and justifiable” — in principle, though not always in practice: Working Paper 45, *Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences* (1985), at p. 5.

According to the Commission (at pp. 5-6):

... the rationale for secondary liability is the same as that for primary liability. Primary liability attaches to the commission of acts which are outlawed as being harmful, as infringing important human interests and as violating basic social values. Secondary liability attaches on the same ground to their attempted commission, to counselling their commission and to assisting their commission.

This is clear with participation. If the primary act (for example, killing) is harmful, then doing it becomes objectionable. But if doing it is objectionable, it is also objectionable to get another person to do it, or help him do it. For while killing is objectionable because it causes actual harm (namely, death), so too inducing and assisting killing are objectionable because of the potential harm: they increase the likelihood of death occurring.

The same arguments hold for inchoate crimes. Again, if the primary act (for example, killing), is harmful, society will want people not to do it. Equally, it will not want them even to try to do it, or to counsel or incite others to do it. For while the act itself causes actual harm, attempting to do it, or counselling, inciting or procuring someone else to do it, are sources of potential harm — they increase the likelihood of that particular harm’s occurrence. Accordingly, society is justified in taking certain measures in respect of them: outlawing them with sanctions, and authorizing intervention to prevent the harm from materializing. [Emphasis added.]

These passages, in my view, aptly explain why Parliament has imposed criminal responsibility on those who counsel, procure, solicit or incite others to commit crimes, whether or not the crimes are in fact committed.

And it seems to me that the plain meaning of the terms used by Parliament to achieve this purpose

La Commission de réforme du droit du Canada a décrit le fondement de la responsabilité secondaire comme une notion « simple, dont le bien-fondé paraît incontestable » — en théorie, mais pas toujours en pratique : Document de travail 45, *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985), p. 5.

Selon la Commission (p. 5-6) :

... les notions de responsabilité principale et de responsabilité secondaire ont le même fondement : la première découle de la commission de faits interdits parce qu’ils sont répréhensibles, qu’ils portent gravement atteinte aux droits d’autrui et qu’ils violent des valeurs fondamentales de la société; la seconde est imputée pour les mêmes motifs à ceux qui tentent de commettre ces infractions, ou encore qui incitent ou aident autrui à les commettre.

Prenons le cas de la complicité. Lorsque le fait principal (le meurtre, par exemple) est condamnable, il devrait également être répréhensible d’amener autrui à le commettre, ou de l’y aider. En effet, si le meurtre est répréhensible parce qu’il cause un préjudice réel (savoir, la mort d’une personne), est de même condamnable le fait d’inciter autrui au meurtre ou de l’aider à le commettre, puisque cela accroît les risques de mort.

Le même argument peut être appliqué aux infractions inchoatives. Ici encore, si le fait principal (par exemple le meurtre) est condamnable, la société souhaitera que personne ne le commette. Elle souhaitera également que personne ne tente de le commettre, ne conseille à autrui de le faire ou ne l’y incite. Car si le fait principal crée en soi un préjudice concret, la tentative, l’incitation, les conseils entraînent également un risque. Ils augmentent en effet la probabilité que le préjudice en question soit causé. Aussi la société est-elle fondée à prendre certaines mesures face à de telles actions : elle les interdit et impose des sanctions en cas de contravention, elle permet aux autorités d’intervenir afin d’empêcher la matérialisation du préjudice. [Je souligne.]

Ces passages expliquent bien, à mon avis, pourquoi le législateur a imputé une responsabilité criminelle aux personnes qui conseillent à autrui de commettre des crimes, les y amènent ou les y incitent, que ces crimes soient effectivement commis ou non.

Et il me semble que le sens ordinaire des termes employés par le législateur pour réaliser cet

24

25

26

27

point to a fault element that combines advertent conduct with a “conscious disregard of *unjustified* (and substantial) risk” that it entails: L. Alexander and K. D. Kessler, “Mens Rea and Inchoate Crimes” (1997), 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1138, at p. 1175 (emphasis in original).

objectif dénote un élément de faute qui réunit une conduite délibérée et [TRADUCTION] « un mépris conscient du risque *injustifié* (et important) » qu’il comporte : L. Alexander et K. D. Kessler, « Mens Rea and Inchoate Crimes » (1997), 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1138, p. 1175 (en italique dans l’original).

28 The “substantial and unjustified risk” standard of recklessness has venerable roots in Canada and in other common law jurisdictions as well: see, for example, *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, at p. 35 (Dickson J., as he then was, dissenting on other grounds); and, generally, M. L. Friedland and K. Roach, *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials* (8th ed. 1997), at pp. 508 ff., where Herbert Wechsler explains, at pp. 510-11, why the American Law Institute required in its *Model Penal Code* that the risk consciously disregarded be both “substantial” and “unjustifiable”.

Une norme requérant la présence d’un « risque considérable et injustifiable » pour justifier de conclure à l’insouciance possède de solides assises au Canada, ainsi que dans d’autres pays de common law : voir, par exemple, *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, p. 35 (le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dissident à d’autres égards); et, de façon générale, M. L. Friedland et K. Roach, *Criminal Law and Procedure : Cases and Materials* (8^e éd. 1997), p. 508 et suiv., où Herbert Wechsler explique, aux p. 510-511, pourquoi l’*American Law Institute* requiert, dans son *Model Penal Code*, que le risque à l’égard duquel il y aurait eu sciemment insouciance soit à la fois « considérable » et « injustifiable ».

29 In short, the *actus reus* for counselling is the *deliberate encouragement or active inducement of the commission of a criminal offence*. And the *mens rea* consists in nothing less than an accompanying *intent* or *conscious disregard of the substantial and unjustified risk inherent in the counselling*: that is, it must be shown that the accused either intended that the offence counselled be committed, or knowingly counselled the commission of the offence while aware of the unjustified risk that the offence counselled was in fact likely to be committed as a result of the accused’s conduct.

En résumé, l’*actus reus* de l’infraction consistant à conseiller un crime réside dans *le fait d’encourager délibérément ou d’inciter activement la perpétration d’une infraction criminelle*. Et la *mens rea* n’est rien de moins que l’*intention* concomitante ou le *mépris conscient du risque injustifié et important inhérent aux conseils*. Il faut donc démontrer soit que l’accusé voulait que l’infraction conseillée soit commise, soit qu’il a sciemment conseillé l’infraction alors qu’il était conscient du risque injustifié que l’infraction conseillée serait vraisemblablement commise en conséquence de sa conduite.

30 I would resist any temptation to depart in this case from that relatively demanding standard. The Internet provides fertile ground for sowing the seeds of unlawful conduct on a borderless scale. And, at the hearing of the appeal, Crown counsel expressed with eloquence and conviction the urgent need for an appropriate prophylactic response.

Je me garderai bien, en l’espèce, de m’écarter de cette norme relativement exigeante. L’Internet permet de répandre très facilement et au mépris des frontières les germes d’actes illicites. Et, à l’audition du pourvoi, l’avocat du ministère public a expliqué de manière convaincante et éloquente l’urgence de prendre des mesures préventives adéquates.

31 In my view, however, this task must be left to Parliament. Even if they were minded to do so, courts cannot contain the inherent dangers of

À mon avis cependant, cette tâche doit être laissée au législateur. Même s’ils le voulaient, les tribunaux ne peuvent pas contrer les dangers

cyberspace crime by expanding or transforming offences, such as counselling, that were conceived to meet a different and unrelated need. Any attempt to do so may well do more harm than good, inadvertently catching morally innocent conduct and unduly limiting harmless access to information.

Finally, a brief word on *R. v. Sansregret*, [1985] 1 S.C.R. 570. The Court in that case defined recklessness as the conduct of “one who, aware that there is danger that his conduct could bring about the result prohibited by the criminal law, nevertheless persists, despite the risk. . . . in other words, the conduct of one who sees the risk and who takes the chance” (p. 582). The Court, in *Sansregret*, did not set out the degree of risk required to attract criminal sanction. As Don Stuart points out, courts have arbitrarily endorsed varying standards: “uncertainty, probability, likelihood [and] possibility” – and, in some instances, “probability” and “possibility” in the very same case (*Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at pp. 225-26).

We have not been invited in this case to revisit *Sansregret* or to consider afresh the governing principles of recklessness as a fault element under the criminal law of Canada. And I should not be taken to have done so.

IV

In determining that the *actus reus* of counselling was made out, the trial judge stated:

In my view the teaser, viewed objectively, actively promotes the use of the credit card generator. The legal disclaimers do not discourage use. Rather they serve as a message that the use of the numbers generated is illegal, and attempt to limit liability, which furthers rather than limits the message which is to use the numbers in a cautious fashion.

inhérents à la criminalité dans le cyberespace en élargissant ou en transformant des infractions qui, comme celle consistant à conseiller une infraction, ont été conçues en réponse à des besoins différents et sans lien avec cet objectif. Toute tentative en ce sens risquerait de faire plus de tort que de bien, car elle pourrait sanctionner par inadvertance des conduites moralement innocentes et limiter indûment l'accès inoffensif à l'information.

Enfin, quelques brèves remarques à propos de l'arrêt *R. c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570. Dans cette affaire, la Cour a défini l'insouciance comme étant la conduite de « celui qui, conscient que sa conduite risque d'engendrer le résultat prohibé par le droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque. En d'autres termes, [. . .] la conduite de celui qui voit le risque et prend une chance » (p. 582). Dans *Sansregret*, la Cour n'a pas précisé l'intensité du risque requis pour entraîner l'application des sanctions pénales. Comme le souligne Don Stuart, les tribunaux ont arbitrairement appliqué diverses normes : [TRADUCTION] « incertitude, probabilité, vraisemblance [et] possibilité » — et, dans certains cas, « probabilité » et « possibilité » dans une même affaire (*Canadian Criminal Law : A Treatise* (4^e éd. 2001), p. 225-226).

Nous n'avons pas été invités, en l'espèce, à revoir l'arrêt *Sansregret* ou à réexaminer entièrement les principes régissant l'insouciance en tant qu'élément fautif en droit criminel au Canada. Et il ne faut pas voir dans mes motifs une telle révision ou un tel réexamen.

IV

En décidant que l'*actus reus* de l'infraction consistant à conseiller une infraction avait été établi, la juge du procès a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] L'annonce-mystère, si on l'examine objectivement, encourage activement selon moi l'utilisation du générateur de cartes de crédit. Les avis de non-responsabilité ne constituent pas une dissuasion à cet égard. Ils servent plutôt à indiquer que l'utilisation des numéros générés est illégale et tentent de limiter la responsabilité, ce qui a pour effet de renforcer et non d'atténuer le message transmis, à savoir qu'il faut utiliser avec prudence les numéros obtenus.

32

33

34

The Top Secret files sent out by Mr. Hamilton which relate to the charges amount to “How To” guides. The bomb documents contain recipes for bombs together with instructions for assembly and then instructions on how to detonate the bomb. “How to Break into a House” gives instructions in a step by step fashion for a style of break in and theft. The [Visa] hacker, or credit card number generator, is similar. [paras. 20-21]

Les fichiers ultra-secrets envoyés par M. Hamilton et qui ont trait aux accusations portées ne sont rien d’autre que des guides pratiques. Les documents concernant les bombes contiennent des recettes pour la fabrication de bombes ainsi que des indications sur la façon de les assembler et de les faire exploser. Le document « How to Break into a House » explique la façon de procéder, étape par étape, pour un type de vol par effraction. Le système de piratage [des cartes Visa], ou générateur de numéros de cartes de crédit, est semblable. [par. 20-21]

35 The trial judge appears to have accepted Mr. Hamilton’s evidence that he did not read the files relating to bombs and to burglaries and found as a fact that he had no intention to induce the recipients of his “teaser” to either build bombs or commit burglaries. This finding of fact was not reviewable in the Court of Appeal and is not subject to review in this Court, since the Crown’s right of appeal is limited in both instances to questions of law alone.

La juge du procès semble avoir accepté le témoignage de M. Hamilton, qui a déclaré ne pas avoir lu les fichiers relatifs aux bombes et aux vols par effraction, et elle est arrivée à la conclusion de fait qu’il n’avait pas l’intention d’amener les destinataires de son « annonce-mystère » à fabriquer des bombes ou à commettre des vols par effraction. Cette conclusion de fait n’était pas susceptible de révision par la Cour d’appel et elle ne peut non plus être révisée par notre Cour, puisque le droit d’appel du ministère public se limite dans les deux cas à des questions de droit seulement.

36 Mr. Hamilton’s acquittal on the count for counselling fraud does not stand on the same footing.

Il n’en va toutefois pas de même pour l’acquittement de M. Hamilton relativement à l’accusation d’avoir conseillé une fraude.

37 At least as regards the credit card number generator, the trial judge concluded that the documents offered for sale — and sold — by Mr. Hamilton “actively promote or encourage the actions described in them” (para. 22). Applying the test set out in *R. v. Dionne* (1987), 79 N.B.R. (2d) 297 (C.A.), she found that the documents “are likely to incite and are ‘with a view to’ inciting the offence” (para. 22).

Au moins en ce qui concerne le générateur de numéros de cartes de crédit, la juge du procès a conclu que les documents offerts — et vendus — par M. Hamilton [TRADUCTION] « encouragent activement les actes qui y sont décrits » (par. 22). Appliquant le critère formulé dans l’arrêt *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2^e) 297 (C.A.), la juge a estimé que les documents [TRADUCTION] « sont susceptibles d’inciter des personnes à commettre l’infraction et “visent un tel objectif” » (par. 22).

38 Nothing in the evidence suggests that Mr. Hamilton intended these documents to be read in a different manner or that they be used for a different purpose. Moreover, the trial judge expressly found that Mr. Hamilton had “subjective knowledge that the use of false credit card numbers is illegal” (para. 53).

Rien dans la preuve ne laisse croire que M. Hamilton voulait que ces documents soient interprétés d’une autre manière ou qu’ils soient utilisés à une autre fin. De plus, la juge du procès a expressément conclu que M. Hamilton avait une [TRADUCTION] « connaissance subjective du fait que l’utilisation de faux numéros de cartes de crédit est illégale » (par. 53).

39 The trial judge nonetheless acquitted Mr. Hamilton on the charge of counselling fraud

La juge du procès a néanmoins acquitté M. Hamilton relativement à l’accusation d’avoir

because she had “a doubt that Mr. Hamilton had subjective intent to counsel fraud” (para. 53). And she explained her conclusion this way:

His motivation was monetary, and he sought to pique the curiosity of readers who might acquire the information in the same way that he was initially attracted to the information. Further, he struck me as utterly unsophisticated and naïve to the point that he cannot be said to have been wilfully blind or reckless. [Emphasis added; para. 53.]

Essentially, on my reading of this passage, the trial judge acquitted Mr. Hamilton on this count because his *motivation* was mercenary as opposed to malevolent.

In my respectful view, this was an error of law requiring our intervention.

The distinction between motive and intent has been well understood by Canadian courts since at least 1979, when Dickson J. stated:

In ordinary parlance, the words “intent” and “motive” are frequently used interchangeably, but in the criminal law they are distinct. In most criminal trials, the mental element, the *mens rea* with which the court is concerned, relates to “intent”, *i.e.* the exercise of a free will to use particular means to produce a particular result, rather than with “motive”, *i.e.* that which precedes and induces the exercise of the will. The mental element of a crime ordinarily involves no reference to motive

(*Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at p. 831)

Cory and Iacobucci JJ. also underlined this distinction in *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, emphasizing the importance, as a matter of legal policy, of maintaining it with vigilance: “It does not matter to society, in its efforts to secure social peace and order, what an accused’s motive was, but only what the accused intended to do. It is no consolation to one whose car

conseillé une fraude, parce qu’elle avait un [TRADUCTION] « doute que M. Hamilton ait eu l’intention subjective de conseiller la perpétration d’une fraude » (par. 53). Et elle a expliqué sa conclusion de la manière suivante :

[TRADUCTION] Ses mobiles étaient d’ordre pécuniaire, et il a tenté de piquer la curiosité des lecteurs susceptibles d’acquérir les renseignements de la même façon qu’il avait lui-même été attiré à l’origine par les renseignements. En outre, il m’a paru dénué de toute subtilité et naïf au point où l’on ne saurait dire qu’il a fait preuve d’aveuglement volontaire ou d’insouciance. [Je souligne; par. 53.]

À la lecture de ce passage, il me semble que la juge du procès a acquitté M. Hamilton relativement à ce chef d’accusation essentiellement parce que ses *mobiles* relevaient de la cupidité plutôt que de la malveillance.

À mon humble avis, il s’agissait d’une erreur de droit exigeant notre intervention.

Les tribunaux canadiens comprennent bien la différence entre mobile et intention depuis au moins 1979, l’année où le juge Dickson a écrit ce qui suit :

Dans le parler ordinaire, les mots « intention » et « mobile » sont souvent utilisés l’un pour l’autre mais en droit pénal ils ont un sens différent. Dans la plupart des procès criminels, l’élément moral, la *mens rea* qui intéresse le tribunal, a trait à « l’intention » c’est-à-dire l’exercice d’une libre volonté d’utiliser certains moyens pour produire certains résultats plutôt qu’au « mobile » c’est-à-dire ce qui précède et amène l’exercice de la volonté. L’élément moral d’un crime ne contient ordinairement aucune référence au mobile . . .

(*Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, p. 831)

Les juges Cory et Iacobucci ont également souligné cette distinction dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, en insistant sur l’importance, d’un point de vue juridique, de redoubler de vigilance pour la préserver : « [d]ans son effort pour maintenir la paix sociale, la société ne se préoccupe pas du mobile de l’accusé, mais seulement de ce qu’il avait l’intention de faire. Pour

40

41

42

43

has been stolen that the thief stole the car intending to sell it to purchase food for a food bank” (para. 81). See also *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973.

qui s’est fait voler son automobile, ce n’est pas une consolation que de savoir que le voleur voulait la vendre en vue d’acheter de la nourriture pour une banque d’alimentation » (par. 81). Voir aussi *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

44 In this case, of course, the motive attributed to the accused was far less laudable. He sought to make “a quick buck” by encouraging the intended recipients of his Internet solicitation to purchase a device that generated credit card numbers easily put to fraudulent use.

En l’espèce, le mobile attribué à l’accusé était évidemment bien moins louable. Il voulait « s’enrichir rapidement » en encourageant les personnes à qui s’adressait son offre sur Internet à acheter un dispositif qui générait de faux numéros de cartes de crédit faciles à utiliser à des fins frauduleuses.

45 The trial judge’s conclusion that Mr. Hamilton did not intend to induce the recipients to use those numbers is incompatible with the plain meaning of the “teaser” e-mail and with her other findings of fact, including her finding that Mr. Hamilton well understood that use of the generated numbers was illegal. Her assertion that “[h]is motivation was monetary” immediately after her reference to these facts demonstrates an error of law as to the *mens rea* for counselling the commission of a crime, and warrants a new trial.

La conclusion de la juge du procès selon laquelle M. Hamilton n’avait pas l’intention d’amener les destinataires à utiliser ces numéros est incompatible avec le sens évident du courriel contenant l’« annonce-mystère » et avec ses autres conclusions de fait, notamment celle suivant laquelle M. Hamilton comprenait très bien que l’utilisation des numéros obtenus était illégale. L’affirmation que « [s]es mobiles étaient d’ordre pécuniaire », qui suit immédiatement la mention de ces faits par la juge, témoigne d’une erreur de droit quant à la *mens rea* de l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’un crime, et justifie la tenue d’un nouveau procès.

V

V

46 I would for these reasons allow the appeal on the count for counselling fraud and order a new trial on that count, but dismiss the appeal in relation to the three remaining counts.

Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en ce qui a trait au chef d’accusation concernant l’infraction d’avoir conseillé une fraude, et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès à cet égard, mais de rejeter le pourvoi en ce qui concerne les trois autres chefs d’accusation.

The reasons of Major, Abella and Charron JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Major, Abella et Charron rendus par

47 CHARRON J. (dissenting) — At issue in this appeal is the requisite mental element for the offence of counselling the commission of an indictable offence which is not committed. More specifically, must the counsellor intend that the counselled offence be committed or is it sufficient to show recklessness as to the consequences? As we shall see, the debate concerns not so much language as it does the limits of criminal liability.

LA JUGE CHARRON (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur l’élément moral requis pour l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’un acte criminel qui n’est pas commis. Plus particulièrement, la personne qui conseille doit-elle vouloir que l’infraction conseillée soit commise, ou suffit-il de démontrer son insouciance quant aux conséquences? Comme nous le verrons, le débat ne porte pas tant sur les termes employés que sur les limites de la responsabilité criminelle.

Prosecutions for counselling an offence which is not committed have been rare. The Crown in this case seeks to breathe new life into the provision to counter the risk posed by modern day mass communications through cyberspace.

René Luther Hamilton sent out “teaser” e-mails on the Internet, marketing the sale of “Top Secret Reports” he himself had purchased off a website. The teaser advertised software that would enable the purchaser to generate valid credit card numbers. The files that were sold, although not the teaser, also included instructions on how to make bombs and how to break into a house. Following a police investigation of a complaint, Mr. Hamilton was charged under s. 464 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with four counts of counselling the commission of indictable offences which were not committed: making explosive substances with intent to endanger life or cause serious damage to property (s. 81(1)(d)), doing anything with intent to cause an explosion of an explosive substance that is likely to cause serious bodily harm or death to persons or is likely to cause serious damage to property (s. 81(1)(a)), breaking and entering a dwelling-house with intent to commit an indictable offence (s. 348(1)(d)), and by deceit, falsehood, or other fraudulent means defrauding credit card companies of money of a value not exceeding \$5,000 (s. 380(1)(b)).

The trial judge held that the material, when viewed objectively, counselled the commission of the named offences and that, consequently, the *actus reus* of the offence had been made out. This finding is not in issue on this appeal although more will be said about it later. On the question of *mens rea*, the trial judge concluded that Mr. Hamilton did not intend that the offences be carried out, nor could it be said in the circumstances that he was reckless as to the consequences. She found that he “was naïve, lazy, or ignorant, but [that] his

Les poursuites pour avoir conseillé une infraction qui n'est pas commise sont rares. Le ministère public cherche en l'espèce à donner un nouveau souffle à la disposition en vue de contrer les risques que posent de nos jours les communications de masse dans le cyberspace.

René Luther Hamilton a envoyé par courriels sur Internet une [TRADUCTION] « annonce-mystère » moussant la vente de « fichiers ultra-secrets » qu'il avait lui-même achetés à partir d'un site Web. L'annonce-mystère annonçait un logiciel qui devait permettre à l'acheteur de générer des numéros de cartes de crédit valides. Les fichiers ainsi vendus, mais pas l'annonce-mystère, comprenaient aussi des instructions sur la fabrication de bombes et sur la façon d'entrer par effraction dans une maison. À l'issue d'une enquête policière relative à une plainte, M. Hamilton a été accusé en vertu de l'art. 464 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, sous quatre chefs d'accusation d'avoir conseillé la perpétration d'actes criminels qui n'ont pas été commis : fabrication d'une substance explosive avec l'intention de mettre la vie en danger ou de causer des dommages à des biens (al. 81(1)d)), accomplissement d'un acte avec l'intention de causer l'explosion d'une substance explosive, qui est susceptible de causer des lésions corporelles graves ou la mort à des personnes, ou de causer des dommages graves à la propriété (al. 81(1)a)), introduction par effraction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel (al. 348(1)d)) et, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, fraude à l'endroit de compagnies émettrices de cartes de crédit pour une somme ne dépassant pas 5 000 \$ (al. 380(1)b)).

La juge du procès a conclu que le matériel, considéré objectivement, conseillait la commission des infractions désignées et que, par conséquent, l'*actus reus* de l'infraction avait été établi. Cette conclusion n'est pas contestée en l'espèce, mais j'y reviendrai plus loin. Concernant la question de la *mens rea*, la juge du procès a conclu que M. Hamilton ne voulait pas que les infractions soient perpétrées, et que l'on ne pouvait pas non plus affirmer dans les circonstances qu'il était insouciant quant aux conséquences. Elle a conclu qu'il [TRADUCTION] « était naïf,

48

49

50

intention was not criminal on any standard”: (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 2002 ABQB 15, at para. 49. She therefore acquitted him of all charges. The Alberta Court of Appeal confirmed the acquittals: (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 2003 ABCA 255. The Crown appeals from the judgment.

paresseux ou ignorant, mais qu’il n’avait aucune intention criminelle, quelle que soit la norme appliquée » : (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 2002 ABQB 15, par. 49. Elle l’a donc acquitté de toutes les accusations. La Cour d’appel de l’Alberta a confirmé les acquittements : (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 2003 ABCA 255. Le ministère public se pourvoit contre ce jugement.

51 For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Facts

I. Les faits

52 Mr. Hamilton, 23 years old at the time, was alleged to have sold articles on how to commit the aforementioned offences through a website he had created. Mr. Hamilton had received a “teaser” e-mail advertising the “Top Secret” files, enticing him to purchase the product. Mr. Hamilton recycled the “teaser” and website format of the company he had purchased the files from, changing only the address, and began e-mailing his own “teaser” and advertising the files on his website. The “teaser” was sent to between 300 and 500 people whose addresses he had acquired from published lists. He made in excess of 20 sales over a number of months. His activities came to the attention of the Edmonton police through complaints by some recipients of the spam-mail who either reported it directly to the Edmonton police or to Interpol.

On reprochait à M. Hamilton, alors âgé de 23 ans, d’avoir vendu par un site Web qu’il avait créé des articles ayant trait à la façon de commettre les infractions susmentionnées. Il avait reçu par courriel une « annonce-mystère » concernant des « fichiers ultra-secrets » qui l’incitait à acheter le produit. M. Hamilton a réutilisé l’« annonce-mystère » et la présentation du site Web de la société qui lui avait vendu les fichiers et, ne modifiant que l’adresse, a commencé à transmettre par courriel sa propre « annonce-mystère » et à faire la publicité des fichiers sur son site Web. Il a envoyé l’« annonce-mystère » à un certain nombre de personnes, entre 300 et 500, dont il avait obtenu les adresses sur des listes publiées. Il a réalisé plus de 20 ventes en quelques mois. La police d’Edmonton a eu vent de ses activités, certains destinataires du pourriel s’étant plaints directement à elle ou à Interpol.

53 The “teaser” that Mr. Hamilton received and subsequently used as his own did not make reference to the bomb or break and enter documents, but did refer extensively to the credit card number generator. The web page did not make reference to any illegal documents. The relevant parts of the “teaser” are reproduced in my colleague Fish J.’s judgment at para. 8. As one can see, the “teaser” reads like a typical advertisement for a product, asserting its supposed useful qualities in exaggerated terms. Mr. Hamilton received the files he purchased on disk and in hard copy. He testified that the package as a whole interested him, including the “absurd material” and the “money-making opportunities”.

L’« annonce-mystère » que M. Hamilton a reçue et subséquemment utilisée comme la sienne ne faisait aucune allusion aux documents concernant la fabrication de bombes et l’introduction par effraction, mais parlait abondamment du générateur de numéros de cartes de crédit. La page Web ne mentionnait aucun document illégal. Les extraits pertinents de l’« annonce-mystère » sont reproduits au par. 8 des motifs de mon collègue le juge Fish. Comme on peut le constater, l’« annonce-mystère » est rédigée comme une publicité type vantant en termes exagérés les soi-disant mérites du produit. M. Hamilton a reçu les fichiers qu’il avait achetés sur disque et support papier. Selon son témoignage,

According to him, he thought others might be similarly interested.

Mr. Hamilton saw a computer generated list containing abbreviated names of the files. He testified that he skimmed through the file names, proceeding to read further into those that caught his attention. The computer list contained file names such as: bombs.txt, bombs2.txt, bombs3.txt, How to Break into a House.txt, and visa hacking.txt. Of the roughly 200 files consisting of 2000 pages of text, it is these 5 files, about 13 pages in length, that are relevant to the charges. Except for the “visa hacking” file, Mr. Hamilton testified that he never read or was aware of the files in question.

The files related to explosive substances are best characterized as “how to” recipes. They contain ingredient lists and step-by-step instructions for producing several types of homemade bombs. Evident from its file name, the “How to Break into a House” file is also a “how to” document, listing a series of steps to be followed when attempting to break into a home. It is short and very basic.

The “visa hacking” file provides instructions regarding the generation of credit card numbers, which is essentially an exercise in adding and subtracting from an original valid number. A search of Mr. Hamilton’s computer revealed another document describing a credit card number generator that did not form part of the “Top Secret” files; however, Mr. Hamilton testified that he frequently downloaded information to his computer which he never read, this file being one such example. Furthermore, a handwritten list of Visa numbers was found. Mr. Hamilton had used the credit card number generator described in the files, his mother’s credit card being the starting point. The numbers he generated were all valid save one, but a bank employee testified that no complaints were received

c’est l’ensemble des fichiers qui l’intéressait, notamment le [TRADUCTION] « matériel absurde » et les « possibilités de faire de l’argent ». Il a affirmé qu’il croyait que d’autres pouvaient être également intéressés.

M. Hamilton a vu une liste informatique contenant les noms abrégés des fichiers. Il a déclaré avoir parcouru rapidement cette liste, s’attardant sur les noms qui captaient son attention. La liste informatique contenait des noms de fichiers comme « bombs.txt », « bombs2.txt », « bombs3.txt », « How to Break into a House.txt » et « visa hacking.txt ». Sur les 200 fichiers environ qui totalisaient 2 000 pages de texte, seuls ces 5 fichiers, comprenant approximativement 13 pages, sont pertinents aux accusations portées. Sauf pour le fichier « visa hacking », M. Hamilton a témoigné n’avoir jamais lu les fichiers en question ou en avoir eu connaissance.

Les fichiers relatifs aux substances explosives sont ce qu’on pourrait appeler des « guides pratiques ». Outre une liste d’ingrédients, ils contiennent des instructions décrivant étape par étape la fabrication de plusieurs types de bombes artisanales. Comme son nom l’indique, le fichier « How to Break into a House » est aussi un guide pratique énumérant une série d’étapes à suivre pour quiconque cherche à entrer par effraction dans une maison. C’est court et très simple.

Le fichier « visa hacking » fournit des instructions permettant de générer des numéros de cartes de crédit, opération qui consiste essentiellement à additionner et à soustraire des chiffres à un numéro original valide. Une fouille dans l’ordinateur de M. Hamilton a révélé l’existence d’un autre document décrivant un générateur de numéros de cartes de crédit qui ne faisait pas partie des « fichiers ultra-secrets »; M. Hamilton a toutefois déclaré qu’il téléchargeait fréquemment de l’information qu’il ne lisait pas, ce fichier en étant un exemple. En outre, une liste manuscrite de numéros de cartes de crédit Visa a été trouvée. M. Hamilton avait utilisé le générateur de numéros de cartes de crédit décrit dans les fichiers, en se servant au départ de la carte de crédit de sa mère. Tous les numéros qu’il a créés

54

55

56

regarding their improper use. Mr. Hamilton testified his motivation in generating numbers was to figure out the mathematics behind credit card number formulation, and not to actually use the numbers. He testified that he did not know at the time that it would be possible to use a credit card number without a name, expiry date or security number that is found on the back of credit cards. At the time, Mr. Hamilton had never possessed a credit card of his own.

II. Judicial History

57 The trial judge found that the *actus reus* had been proven in respect of each offence. As noted earlier, this finding was not contested before the Court of Appeal or before this Court. The more contentious issue raised at all court levels concerns the requisite *mens rea*.

58 The Crown argued at trial that the *mens rea* required for counselling is simply the intent to counsel. This intent need not be subjective. It can be found on an objective standard and can arise from wilful blindness. Hence, the Crown submitted that the requisite mental element could be inferred from Mr. Hamilton's knowledge that he was passing on a credit card number generator and his knowledge or wilful blindness as to his passing on the instructions in relation to bombs and breaking into homes. On this approach it is irrelevant whether Mr. Hamilton intended or even adverted to the risk that the persons counselled commit any of the offences.

59 The defence argued that the *mens rea* required for counselling is two-fold: first, the subjective intent to counsel an offence; and second, the intent that the offence counselled be committed.

60 The trial judge accepted the defence's position. She held that the counsellor must intend his own

étaient valides sauf un, mais un employé de la banque a témoigné qu'aucune plainte n'avait été reçue concernant leur utilisation illégitime. M. Hamilton a déclaré qu'il voulait, en créant des numéros, comprendre le raisonnement mathématique à la base de la composition d'un numéro de carte de crédit, et non pas réellement s'en servir. Il a affirmé qu'à ce moment, il ne savait pas qu'il serait possible d'utiliser un numéro de carte de crédit sans disposer du nom, de la date d'expiration ou du numéro de sécurité figurant à l'endos des cartes de crédit. À l'époque, M. Hamilton n'avait jamais possédé sa propre carte de crédit.

II. Historique des procédures

La juge du procès a conclu que l'*actus reus* avait été prouvé à l'égard de chaque infraction. Comme je l'ai indiqué précédemment, cette conclusion n'a pas été contestée devant la Cour d'appel ni devant la Cour. C'est la question plus litigieuse de la *mens rea* requise qui a été soulevée devant toutes les cours.

Le ministère public a soutenu au procès que la *mens rea* requise pour conseiller est simplement l'intention de conseiller. Il n'est pas nécessaire que cette intention soit subjective. Elle peut être établie en fonction d'une norme objective et résulter de l'aveuglement volontaire. Ainsi, le ministère public a fait valoir que l'élément moral requis pouvait être inféré du fait que M. Hamilton savait qu'il transmettait le procédé de création de numéros de cartes de crédit, et du fait qu'il savait qu'il transmettait des instructions liées à la fabrication de bombes et à l'entrée par effraction dans une maison, ou qu'il faisait preuve à cet égard d'un aveuglement volontaire. Suivant cette approche, il importe peu de savoir si M. Hamilton entendait que les personnes conseillées commettent les infractions, ou s'il était même conscient du risque qu'elles les commettent.

La défense a soutenu que la *mens rea* requise pour conseiller comporte deux volets : premièrement, l'intention subjective de conseiller une infraction; deuxièmement, l'intention que l'infraction conseillée soit commise.

La juge du procès a accepté la thèse de la défense. Elle a conclu que la personne qui conseille doit

actions — namely the counselling of an offence — and must also intend that the counselled offence be carried out. In light of her factual findings on Mr. Hamilton's lack of criminal intent on any standard, the trial judge left for another day the question of whether recklessness or wilful blindness could satisfy the requisite mental element. I will review the trial judge's reasons for acquitting Mr. Hamilton in more detail later in this judgment.

The Alberta Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. The court affirmed the trial judge's conclusion that an accused must both intend to counsel a criminal act and intend that the counselled crime be committed for the offence to be made out. The court held further that even if recklessness or wilful blindness were the applicable *mens rea*, there was nothing pertaining to these subjects in the trial judge's reasons that amounted to an error of law justifying appellate intervention.

The Crown appeals on the question of *mens rea*. The Crown no longer contends, as it did in the lower courts, that solely the intent to commit the act of counselling suffices. However, the Crown submits that the counsellor need not intend that the counselled offence be committed; recklessness as to possible unlawful consequences satisfies the mental element of the offence. Mr. Hamilton's position is that adopted by the Court of Appeal, namely the offence of counselling requires proof that the accused actually intended that the offences be committed, in this case, an intent that someone commit credit card fraud, break and enter into a dwelling house, or make and illegally use bombs.

III. Analysis

A. *Statutory Provisions*

The offence of counselling is set out in s. 22(1) of the *Criminal Code*:

avoir l'intention d'accomplir ses propres actions — soit celle de conseiller une infraction — et doit aussi vouloir que l'infraction conseillée soit commise. À la lumière de ses conclusions de fait sur l'absence d'intention criminelle chez M. Hamilton, quelle que soit la norme appliquée, la juge du procès a écarté la question de savoir si l'insouciance ou l'aveuglement volontaire pouvaient correspondre à l'élément moral requis. J'examinerai plus en détail plus loin dans les présents motifs les raisons qui ont amené la juge du procès à acquitter M. Hamilton.

La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel du ministère public. La cour a confirmé la conclusion de la juge du procès selon laquelle un accusé doit avoir l'intention de conseiller un acte criminel et vouloir que le crime conseillé soit commis pour que l'infraction soit établie. La cour a en outre statué que, même si l'insouciance ou l'aveuglement volontaire constituaient la *mens rea* applicable, rien dans les motifs formulés par la juge du procès à cet égard n'équivalait à une erreur de droit justifiant une intervention en appel.

Le ministère public a interjeté appel sur la question de la *mens rea*. Il ne prétend plus, comme il l'a fait devant les juridictions inférieures, que seule l'intention d'accomplir l'acte de conseiller est suffisante. Cependant, il soutient qu'il n'est pas nécessaire que la personne qui conseille ait voulu que l'infraction conseillée soit commise; l'insouciance quant aux éventuelles conséquences illégales satisfait à l'exigence en matière d'élément moral de l'infraction. M. Hamilton a présenté la thèse retenue par la Cour d'appel, soit que l'infraction qui consiste à conseiller exige la preuve que l'accusé voulait réellement que les infractions soient commises, en l'occurrence qu'il voulait que quelqu'un commette une fraude à l'aide d'une carte de crédit, entre par effraction dans une maison d'habitation ou fabrique des bombes et en fasse un usage illégal.

III. Analyse

A. *Dispositions législatives*

L'infraction consistant à conseiller de commettre une infraction est prévue au par. 22(1) du *Code criminel* :

61

62

63

22. (1) Where a person counsels another person to be a party to an offence and that other person is afterwards a party to that offence, the person who counselled is a party to that offence, notwithstanding that the offence was committed in a way different from that which was counselled.

Under s. 22(2), the scope of the counsellor's liability is enlarged to encompass collateral crimes committed by the person counselled:

(2) Every one who counsels another person to be a party to an offence is a party to every offence that the other commits in consequence of the counselling that the person who counselled knew or ought to have known was likely to be committed in consequence of the counselling.

Section 22(3) defines "counsel":

(3) For the purposes of this Act, "counsel" includes procure, solicit or incite.

As we shall see, the meaning of "counsel" is of crucial importance in this case. The French version of the definition provides further assistance in understanding its meaning:

(3) Pour l'application de la présente loi, « conseiller » s'entend d'amener et d'inciter, et « conseil » s'entend de l'encouragement visant à amener ou à inciter.

As the wording makes clear, a requisite element of the offence of counselling under s. 22 is the actual participation in an offence by the person counselled. Under s. 21(1), a party to an offence is one who

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
- (c) abets any person in committing it.

Hence, counselling an offence, if the offence is not committed, does not satisfy the elements of the offence set out under s. 22(1). Criminal liability in these circumstances rests rather on a combination

22. (1) Lorsqu'une personne conseille à une autre personne de participer à une infraction et que cette dernière y participe subséquentement, la personne qui a conseillé participe à cette infraction, même si l'infraction a été commise d'une manière différente de celle qui avait été conseillée.

Aux termes du par. 22(2), l'étendue de la responsabilité de la personne qui conseille est élargie afin d'englober les crimes accessoires commis par la personne conseillée :

(2) Quiconque conseille à une autre personne de participer à une infraction participe à chaque infraction que l'autre commet en conséquence du conseil et qui, d'après ce que savait ou aurait dû savoir celui qui a conseillé, était susceptible d'être commise en conséquence du conseil.

Le paragraphe 22(3) donne la définition suivante de « conseiller » et de « conseil » :

(3) Pour l'application de la présente loi, « conseiller » s'entend d'amener et d'inciter, et « conseil » s'entend de l'encouragement visant à amener ou à inciter.

Comme nous le verrons, le sens de « conseiller » et de « conseil » prend une importance cruciale en l'espèce. La version française de la définition nous aide à mieux saisir ces termes que ne le fait la version anglaise, qui prévoit ce qui suit :

(3) For the purposes of this Act, "counsel" includes procure, solicit or incite.

Comme l'indiquent clairement les termes employés, la participation réelle à l'infraction de la personne conseillée est un élément essentiel de l'infraction consistant à conseiller, prévue à l'art. 22. Selon le par. 21(1), un participant à une infraction est une personne :

- a) [Qui] la commet réellement;
- b) [Qui] accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
- c) [Qui] encourage quelqu'un à la commettre.

Ainsi, conseiller à quelqu'un de commettre une infraction, si l'infraction n'est pas commise, ne répond pas aux éléments essentiels de l'infraction prévue au par. 22(1). Dans ces circonstances, la

of s. 22(1) and s. 464 of the *Criminal Code*. Section 464 reads as follows:

464. Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of persons who counsel other persons to commit offences, namely,

(a) every one who counsels another person to commit an indictable offence is, if the offence is not committed, guilty of an indictable offence and liable to the same punishment to which a person who attempts to commit that offence is liable; and

(b) every one who counsels another person to commit an offence punishable on summary conviction is, if the offence is not committed, guilty of an offence punishable on summary conviction.

The penalties where the offence counselled is an indictable offence are set out under s. 463 — where the counselled offence is punishable by life imprisonment, the maximum sentence is 14 years; in other cases, it is one-half of the longest term for which the person who is guilty of the completed offence is liable.

As we can see, the *Criminal Code* provisions do not spell out the required *mens rea*, nor do they provide much specificity on the nature and quality of expression that constitutes counselling or the circumstances in which counselling will be held to have occurred. As is the case with many other offences, these matters are left to judicial interpretation. To this end, I will begin by considering the rationale for criminalizing acts of counselling.

B. *Why Criminalize Acts of Counselling?*

The criminalization of counselling the commission of an offence creates a form of secondary liability. Where the counselled offence is committed, the act of counselling constitutes participation;

responsabilité criminelle repose plutôt sur une combinaison du par. 22(1) et de l'art. 464 du *Code criminel*. L'article 464 est ainsi rédigé :

464. Sauf disposition expressément contraire de la loi, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des personnes qui conseillent à d'autres personnes de commettre des infractions :

a) quiconque conseille à une autre personne de commettre un acte criminel est, si l'infraction n'est pas commise, coupable d'un acte criminel et passible de la même peine que celui qui tente de commettre cette infraction;

b) quiconque conseille à une autre personne de commettre une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire est, si l'infraction n'est pas commise, coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Les sanctions applicables dans le cas où l'infraction conseillée consiste en un acte criminel sont énoncées à l'art. 463 — lorsque l'infraction conseillée est passible de l'emprisonnement à perpétuité, la peine maximale est de 14 ans; dans les autres cas, elle est égale à la moitié de la durée de l'emprisonnement maximal encouru par la personne coupable de cet acte.

Comme nous pouvons le voir, les dispositions du *Code criminel* n'énoncent pas clairement la *mens rea* requise et ne fournissent pas beaucoup de précisions quant à la nature et à la qualité de l'expression que constitue l'acte de conseiller ou quant aux circonstances dans lesquelles on pourra considérer qu'une infraction a été conseillée. Comme c'est le cas pour de nombreuses autres infractions, ces questions sont laissées à l'interprétation des juges. À cette fin, je commencerai par analyser ce qui justifie que l'on criminalise le fait de conseiller une infraction.

B. *Pourquoi criminaliser le fait de conseiller une infraction?*

La criminalisation de l'acte consistant à conseiller la perpétration d'une infraction crée une forme de responsabilité secondaire. Lorsque l'infraction conseillée est commise, l'acte consistant à

where the counselled offence is not committed, the crime is said to be inchoate. *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004) defines an inchoate crime as “[a] step toward the commission of another crime, the step in itself being serious enough to merit punishment.” The rationale for imposing criminal liability for participation and inchoate offences is the same as that for primary liability. As noted by my colleague Fish J., the Law Reform Commission of Canada, as it was then called, provided a useful summary of the rationale in its Working Paper 45, *Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences* (1985). I repeat it here for convenience:

Primary liability attaches to the commission of acts which are outlawed as being harmful, as infringing important human interests and as violating basic social values. Secondary liability attaches on the same ground to their attempted commission, to counselling their commission and to assisting their commission.

This is clear with participation. If the primary act (for example, killing) is harmful, then doing it becomes objectionable. But if doing it is objectionable, it is also objectionable to get another person to do it, or help him do it. For while killing is objectionable because it causes actual harm (namely, death), so too inducing and assisting killing are objectionable because of the potential harm: they increase the likelihood of death occurring.

The same arguments hold for inchoate crimes. Again, if the primary act (for example, killing), is harmful, society will want people not to do it. Equally, it will not want them even to try to do it, or to counsel or incite others to do it. For while the act itself causes actual harm, attempting to do it, or counselling, inciting or procuring someone else to do it, are sources of potential harm — they increase the likelihood of that particular harm's occurrence. Accordingly, society is justified in taking certain measures in respect of them: outlawing them with sanctions, and authorizing intervention to prevent the harm from materializing. [Emphasis added; pp. 5-6.]

The Working Paper goes on to note that the imposition of criminal liability, although easily justifiable from a risk-averse perspective, gives rise to

conseiller constitue une participation; lorsque l'infraction conseillée n'est pas commise, le crime est qualifié d'inchoatif. Le *Black's Law Dictionary* (8^e éd. 2004) définit ce crime comme [TRADUCTION] « [u]ne étape en vue de la commission d'un autre crime, l'étape elle-même étant suffisamment grave pour qu'une peine soit infligée. » Le fondement de l'imposition d'une responsabilité criminelle à l'égard des infractions de participation et des infractions inchoatives est le même que pour la responsabilité principale. Comme le fait remarquer mon collègue le juge Fish, la Commission de réforme du droit du Canada, comme on l'appelait alors, a offert un résumé fort utile de ce fondement dans son Document de travail 45, *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985). Je le reproduis ici par souci de commodité :

[L]a première découle de la commission de faits interdits parce qu'ils sont répréhensibles, qu'ils portent gravement atteinte aux droits d'autrui et qu'ils violent des valeurs fondamentales de la société; la seconde est imputée pour les mêmes motifs à ceux qui tentent de commettre ces infractions, ou encore qui incitent ou aident autrui à les commettre.

Prenons le cas de la complicité. Lorsque le fait principal (le meurtre, par exemple) est condamnable, il devrait également être répréhensible d'amener autrui à le commettre, ou de l'y aider. En effet, si le meurtre est répréhensible parce qu'il cause un préjudice réel (savoir, la mort d'une personne), est de même condamnable le fait d'inciter autrui au meurtre ou de l'aider à le commettre, puisque cela accroît les risques de mort.

Le même argument peut être appliqué aux infractions inchoatives. Ici encore, si le fait principal (par exemple le meurtre) est condamnable, la société souhaitera que personne ne le commette. Elle souhaitera également que personne ne tente de le commettre, ne conseille à autrui de le faire ou ne l'y incite. Car si le fait principal crée en soi un préjudice concret, la tentative, l'incitation, les conseils entraînent également un risque. Ils augmentent en effet la probabilité que le préjudice en question soit causé. Aussi la société est-elle fondée à prendre certaines mesures face à de telles actions : elle les interdit et impose des sanctions en cas de contravention, elle permet aux autorités d'intervenir afin d'empêcher la matérialisation du préjudice. [Je souligne; p. 5-6.]

Les auteurs du Document de travail signalent ensuite que l'imposition d'une responsabilité criminelle, quoique facilement justifiable d'un point de

problems concerning the justifiable limits of the criminal law:

We criminalize certain conduct to protect fundamental values, but at the cost of encroachment on other values. For instance, as some economists would put it, if an act causes harm, that is to the victim, then forbidding it also causes “harm,” namely to those who are no longer legally free to do it. The potential victim’s well-being is promoted at the expense of the liberty of others. In making criminal laws, therefore, society must seek a balance and beware of undue infringement [*sic*] on individual liberty through forbidding things which people should be free to do. [p. 6]

Of course, subject to minimal constitutional requirements, it is up to Parliament to draw the line between criminal and permissible behaviour. However, the language used to express Parliament’s intention is often imprecise and open to competing interpretations. In adding flesh to *Criminal Code* provisions it is important not to overreach the purpose of the criminal sanction at the expense of other important social values. This is particularly so in a case such as this one where the conduct in question consists of communications.

C. *The Actus Reus for Counselling an Offence Not Committed*

As stated earlier, only *mens rea* is at issue on this appeal. However, in order to properly determine the fault requirement for any offence, it is necessary to consider the *actus reus* of the offence so as to identify the circumstances and consequences to which the offence is directed. The *actus reus* under s. 464 consists of “counsel[ing] another person to commit an indictable offence” (or an offence punishable on summary conviction). Hence, there must be:

- (a) an act of counselling;
- (b) communicated to another person;
- (c) in respect of the commission of an offence.

vue qui écarte le risque, pose des problèmes quant à la délimitation du champ d’application justifiable du droit pénal :

Car lorsque, pour protéger des valeurs fondamentales, le législateur qualifie d’infractions certaines conduites, il porte forcément atteinte, du même coup, à d’autres valeurs. Pour parler comme certains économistes, par exemple, lorsqu’un acte cause un préjudice à la victime, le fait de l’interdire cause aussi un « préjudice » à ceux qui ne peuvent plus légitimement le commettre. On protège le bien-être des éventuelles victimes au prix d’une atteinte à la liberté des autres citoyens. Dans l’élaboration des textes répressifs, la société doit donc chercher à tenir la balance égale entre les deux côtés : elle doit éviter dans la mesure du possible d’empiéter sur les libertés individuelles en interdisant des actes que chacun devrait être autorisé à faire. [p. 6]

Évidemment, sous réserve de certaines exigences constitutionnelles minimales, il appartient au législateur de tracer la ligne de démarcation entre le comportement criminel et le comportement acceptable. Cependant, l’intention du législateur s’exprime souvent par des termes imprécis et susceptibles d’interprétations concurrentes. En étoffant les dispositions du *Code criminel*, il importe de ne pas outrepasser l’objet de la sanction pénale au détriment d’autres valeurs sociales importantes, en particulier lorsque, comme en l’espèce, la conduite en question consiste en des communications.

C. *L’actus reus nécessaire pour conseiller une infraction qui n’est pas commise*

Comme je l’ai déjà indiqué, seule la question de la *mens rea* est en litige dans le présent pourvoi. Cependant, pour bien établir l’exigence en matière de faute relativement à une infraction, il est nécessaire d’examiner l’*actus reus* de l’infraction de façon à cerner les circonstances et les conséquences de l’infraction. Aux termes de l’art. 464, l’*actus reus* consiste à « conseille[r] à une autre personne de commettre un acte criminel » (ou une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire). Il faut donc :

- a) un acte consistant en des conseils;
- b) communiqués à une autre personne;
- c) concernant la commission d’une infraction.

66

67

It is readily apparent from the language of the provision that the interpretation of the word “counsel”, in large part, will determine the scope of criminal liability.

68 In its ordinary sense, counselling means simply to advise. If given that meaning, the scope of targeted activity would potentially be very wide. The simple communication of information on “how to” commit an offence would suffice to make out the *actus reus* of the offence. The criminalization of all such communications could easily be justified on the basis that society seeks to protect itself against the potential harm occasioned by acts of counselling — the increased likelihood that the counselled offence be committed. After all, it is at least arguable that the communication of this kind of information may plant a seed in the recipient’s mind and increase the likelihood of the crime materializing. Should then all such communications be banned? More significantly, should they be subject to society’s severest sanction, the criminal law?

69 We must ask ourselves if the resulting encroachment on freedom of speech would exact too high a cost. If “counsel” meant simply to advise, a lawyer’s advice to a client on the law with respect to the various means of committing an offence could potentially be caught. Movies, video games, textbooks, and other literary works that describe or depict the commission of an offence may be subject to state scrutiny. I would think it obvious that such a prohibition on expression would be too wide. It is for this reason, as we shall see, that such an interpretation of the word “counsel” has been rejected in the criminal context.

70 The requisite *actus reus* of the offence of counselling was considered in *R. v. Dionne* (1987), 79 N.B.R. (2d) 297 (C.A.). Mr. Dionne was charged with counselling indictable offences that were not committed. He was alleged to have counselled an undercover officer to commit the offences of

Il est évident, au vu du libellé de la disposition, que l’interprétation des mots « conseil » et « conseiller » délimitera en bonne partie l’étendue de la responsabilité criminelle.

Dans son sens ordinaire, conseiller signifie simplement donner son avis. Si on l’interprète en ce sens, l’activité visée pourrait avoir une très large portée. La simple communication d’information concernant la « façon » de commettre une infraction suffirait à établir l’*actus reus* de l’infraction. La criminalisation de toutes ces communications pourrait facilement se justifier par le fait que la société cherche à se protéger contre le préjudice pouvant résulter des conseils — l’augmentation de la probabilité que l’infraction conseillée soit commise. Après tout, il est à tout le moins possible de prétendre que la communication d’informations de ce genre peut faire germer dans l’esprit de celui qui la reçoit l’idée de perpétrer l’infraction et augmenter la probabilité que le crime se matérialise. Est-ce à dire que toutes les communications de ce genre devraient alors être interdites? Qui plus est, devraient-elles être assujetties à la sanction la plus sévère que la société puisse appliquer, le droit criminel?

Nous devons nous demander si l’atteinte à la liberté d’expression qui en résulterait ne serait pas trop lourde de conséquences. Si « conseiller » signifiait simplement donner son avis, cette définition pourrait s’appliquer à l’avis que donne un avocat à un client au sujet des règles de droit relatives à différents moyens de commettre une infraction. Les films, les jeux vidéo, les manuels et les autres œuvres littéraires qui décrivent ou dépeignent la perpétration d’une infraction pourraient faire l’objet d’un examen par l’État. Il m’apparaît évident qu’une telle interdiction de l’expression serait trop large. C’est pour cette raison, comme nous le verrons, que cette interprétation des mots « conseil » et « conseiller » a été rejetée dans le contexte du droit criminel.

L’*actus reus* requis pour l’infraction consistant à conseiller une infraction a été examiné dans *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2^e) 297 (C.A.). M. Dionne était inculpé d’avoir conseillé des actes criminels qui n’ont pas été commis. On lui reprochait d’avoir conseillé à un agent d’infiltration de

threatening and assault causing bodily harm. The trial judge instructed the jury on the requisite elements of the offences as follows, at para. 20:

[TRANSLATION] Taking each count individually, the offence is complete if, first of all, the accused had the intention of having injury caused, or of having threats made by telephone, as the case may be, and secondly, if the accused conveyed his intention to someone else with a view to having that person cause the injuries, or make the threats by telephone.

On appeal, the New Brunswick Court of Appeal held that these instructions were erroneous. The *actus reus* of the offence of counselling could not be made out on the basis of a mere passive communication by an accused of his desire that an offence be committed — more was required. Ayles J.A. stated as follows, at para. 21:

[TRANSLATION] In my opinion, those instructions are incorrect since the offence of incitement implies actions which are more serious than those of conveying one's intention to have injuries inflicted upon someone, with a view to having those injuries inflicted. The actions or words must be capable of inducing a person to commit the intended offences, and passive communication of one's intention does not constitute an offence even if the object is to have injuries inflicted upon someone. [Emphasis added.]

This Court considered *Dionne* and expressly adopted this “stronger meaning of actively inducing” in *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 56. In order for the *actus reus* to be proven, the words communicated by the accused, viewed objectively, must be seen as *actively* inducing, procuring or encouraging the commission of an offence. This restricted interpretation of the meaning of counselling is not only consonant with the definition of “counsel” under s. 22(3), it ensures that the scope of the offence remains within the justifiable limits of the criminal law. It is this concern of potential overbreadth that informed this Court's adoption in *Sharpe* of a more restricted meaning of counselling.

The need to carefully circumscribe the scope of an offence prohibiting a form of communication

commettre les infractions de profération de menaces et de voies de fait causant des lésions corporelles. Le juge du procès a donné les directives suivantes au jury concernant les éléments essentiels de ces infractions (par. 20) :

Prenant chaque chef d'accusation individuellement le crime est accompli [*sic*] si premièrement l'accusé avait l'intention de faire faire des blessures ou des menaces par téléphone, selon le cas, et deuxièmement si l'accusé a communiqué son intention à quelqu'un d'autre dans le but de lui faire faire ces blessures ou ces menaces au téléphone.

En appel, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a conclu que ces directives étaient erronées. La preuve de l'*actus reus* de l'infraction de conseiller ne pouvait reposer sur une simple communication passive par un accusé de son désir qu'une infraction soit commise — la preuve exigeait davantage. Le juge Ayles a dit ce qui suit (par. 21) :

À mon avis, ces instructions sont erronées puisque l'infraction d'incitation implique des actes plus sérieux que ceux de communiquer son intention de faire faire des blessures à quelqu'un dans le but que ces blessures soient faites. Il faut que les actes ou les paroles soient de nature à induire une personne à commettre des infractions que l'on désire et une communication passive ne constitue pas une infraction même si le but est de faire faire les blessures. [Je souligne.]

Cette Cour a examiné l'arrêt *Dionne* et a expressément adopté ce « sens plus fort d'encourager activement » dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 56. Afin de prouver l'*actus reus*, les propos communiqués par l'accusé, pris objectivement, doivent avoir amené ou encouragé *activement* la perpétration d'une infraction. Cette interprétation restreinte du sens de « conseiller » ou de « conseil » est non seulement compatible avec la définition qu'en donne le par. 22(3), elle fait aussi en sorte de maintenir dans les limites justifiables du droit pénal la portée de l'infraction. C'est cette crainte d'une éventuelle portée excessive qui a contribué à l'adoption, par la Cour, d'un sens plus restreint de « conseiller » dans l'arrêt *Sharpe*.

La nécessité de circonscrire soigneusement la portée d'une disposition qui interdit une forme de

71

72

73

was discussed at length in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. In that case, the constitutional validity of s. 319(2), which prohibits communications that wilfully promote hatred against an identifiable group, was challenged on the basis that it unduly restricted the freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This Court, by majority decision, upheld the constitutional validity of the provision. It did so on the basis that s. 319(2) possessed sufficient definitional safeguards to ensure that it captured only the harm to which the prohibition is targeted and, as such, did not unduly restrict the s. 2(b) guarantee.

communication a été examinée en profondeur dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Dans ce pourvoi, la validité constitutionnelle du par. 319(2), lequel interdit les communications constituant une fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable, a été contestée au motif qu'il limitait indûment la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour, dans une décision majoritaire, a confirmé la constitutionnalité de la disposition. Elle est arrivée à cette conclusion, parce que le par. 319(2) comportait une définition restrictive qui assure qu'il touche uniquement le mal que vise l'interdiction et, pour cette raison, il ne restreignait pas indûment la garantie prévue à l'al. 2b).

74

Hence, as held in *Sharpe*, nothing short of active inducement or encouragement will suffice to make out the *actus reus* of the offence of counselling. In other words, when viewed objectively, the communication must be one that actively seeks to persuade the person counselled to commit the crime. In this way, the scope of targeted activity is not extended to the mere possibility of planting a seed in the recipient's mind; it is limited to those communications that are likely to cause that seed to sprout, creating a resolve to commit the crime. It is only then that the potential risk justifies the criminal prohibition. However, it is well established that it is not necessary that the person counselled be in fact persuaded: *R. v. Walia (No. 1)* (1975), 9 C.R. (3d) 293 (B.C.C.A.), at pp. 293-95; *R. v. Glubisz* (1979), 47 C.C.C. (2d) 232 (B.C.C.A.), at pp. 235 and 241-42; *R. v. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505 (Ont. C.A.), at pp. 508-9. The focus on a prosecution for counselling is on the counsellor's conduct and state of mind, not that of the person counselled.

Ainsi, comme a conclu notre Cour dans l'arrêt *Sharpe*, il ne faudra rien de moins qu'un encouragement *actif* pour établir l'*actus reus* de l'infraction de conseiller un acte criminel. Autrement dit, considérée objectivement, la communication doit chercher activement à convaincre la personne conseillée de commettre l'acte criminel. De cette façon, la portée des activités visées ne s'étend pas à la simple possibilité de faire germer une idée dans l'esprit de la personne conseillée; elle est limitée aux communications susceptibles de faire en sorte que l'idée prenne forme et aboutisse à une intention ferme de commettre l'acte criminel. C'est seulement à ce moment que le risque potentiel justifie l'interdiction criminelle. Cependant, il est bien établi qu'il n'est pas nécessaire que la personne conseillée soit vraiment convaincue : *R. c. Walia (No. 1)* (1975), 9 C.R. (3d) 293 (C.A.C.-B.), p. 293-295; *R. c. Glubisz* (1979), 47 C.C.C. (2d) 232 (C.A.C.-B.), p. 235 et 241-242; *R. c. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505 (C.A. Ont.), p. 508-509. Dans une poursuite pour avoir conseillé à quelqu'un de commettre une infraction, l'accent est mis sur la conduite et sur l'état d'esprit de la personne qui conseille et non sur ceux de la personne conseillée.

D. *The Mens Rea for Counselling an Offence Not Committed*

D. *La mens rea nécessaire pour conseiller une infraction qui n'est pas commise*

75

No constitutional challenge is raised in this case. Nonetheless, the Court must be mindful of the potential overbreadth of a criminal sanction whose

Aucune contestation constitutionnelle n'est soulevée en l'espèce. Néanmoins, la Cour doit être consciente de la portée potentiellement excessive

sole target is speech. As reiterated in *Sharpe*, Parliament is presumed to have intended to enact legislation in conformity with the *Charter* (para. 33). This concern over the potential sweep of the provision does not end with the analysis of the requisite *actus reus* and the level of risk targeted by Parliament. The persons who could potentially fall within the reach of the criminal law must be considered. Because of the stigma attached to a criminal prosecution and to a conviction, it is important that the offence not catch the morally innocent.

The requisite *mens rea* is not expressly set out in s. 464. However, this is not unusual. The mental element of an offence is not always described in the enactment. Often it must be inferred from the nature of the prohibited activity and the harm it is meant to guard against. In this case, because of the nature of the offence, our earlier discussion on the requisite *actus reus* can largely inform the determination of the necessary *mens rea*. As we have seen, it is not sufficient that the communication simply raise the possibility of affecting its recipient; it must actively seek to persuade that person to commit the crime. It follows that the counsellor must, at the very least, *intend to persuade* the person counselled to commit the offence. In this respect, it is my view that mere recklessness as to the counselled person's reaction to the communication is insufficient. In other words, it is not enough that the counsellor, knowing that the communication is objectively capable of persuading a person to commit an offence, goes ahead and does the act anyway. If mere recklessness as to the communication's potential power of persuasion were to suffice, some may argue that the publication of Shakespeare's *Henry VI*, with its famous phrase "let's kill all the lawyers", should be subject to state scrutiny!

Hence, the counsellor must intend to persuade the person counselled to commit the offence. Simply intending the communication, as advocated by the

d'une sanction pénale dont le seul objet est l'expression. Ainsi qu'elle l'a réitéré dans *Sharpe*, il faut présumer que le législateur a voulu adopter des dispositions conformes à la *Charte* (par. 33). L'analyse de l'*actus reus* requis et du niveau de risque visé par le législateur ne met pas un terme à cette préoccupation quant à la portée éventuelle de la disposition. Il faut tenir compte des personnes auxquelles pourrait éventuellement s'appliquer le droit pénal. En raison des stigmates rattachés à une poursuite pénale et à une déclaration de culpabilité, il est important que l'infraction ne touche pas les personnes moralement innocentes.

La *mens rea* requise n'est pas indiquée expressément à l'art. 464. Cela n'a cependant rien d'inhabituel. L'élément moral d'une infraction n'est pas toujours décrit dans le texte législatif. Il faut souvent l'inférer de la nature de l'activité prohibée et du préjudice qu'elle cherche à prévenir. En l'espèce, en raison de la nature de l'infraction, notre précédente analyse sur l'*actus reus* requis peut grandement nous éclairer sur la *mens rea* nécessaire. Comme nous l'avons vu, il ne suffit pas que la communication puisse simplement produire un effet sur la personne qui la reçoit; elle doit chercher activement à convaincre cette personne de commettre l'acte criminel. Il s'ensuit que la personne qui conseille doit à tout le moins *avoir l'intention de convaincre* la personne conseillée de commettre l'infraction. À ce propos, j'estime qu'une simple insouciance quant à la réaction de la personne conseillée à l'égard de la communication n'est pas suffisante. Autrement dit, il ne suffit pas que la personne qui conseille, sachant que la communication est objectivement de nature à convaincre une personne de commettre une infraction, aille de l'avant et accomplisse malgré tout cet acte. Si une simple insouciance devant l'éventuel pouvoir de persuasion de la communication devait suffire, d'aucuns pourraient prétendre que la publication de *Henry VI* de Shakespeare, avec sa célèbre phrase [TRADUCTION] « [c]ommençons par tuer tous les gens de loi », devrait faire l'objet d'un examen par l'État!

Ainsi, la personne qui conseille doit avoir l'intention de persuader la personne conseillée de commettre l'infraction. Il ne suffit pas de simplement

76

77

Crown at trial, is not sufficient. An additional question has been posed, mostly in academic writings: must the counsellor also intend that the offence be committed? This is often referred to as a “dual *mens rea*” requirement. In my view, in all but the most unusual circumstances, it is not necessary to adopt a distinct “two-step” approach to determine whether the accused possesses the necessary *mens rea*. It is logical to infer that the counsellor who intends to persuade the person counselled to commit an offence intends that the offence be committed. However, unusual circumstances did arise in *R. v. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), and it became necessary for the court to examine whether the counsellor must also intend the commission of the counselled offence. The question was fully canvassed by Moldaver J.A. who concluded that such an intent was required. I agree with his analysis.

78

The peculiar facts of *Janeteas* are as follows. Mr. Janeteas came to befriend J.B. and her mother B.G., subsequently learning of J.B.’s marital difficulties with her husband Dr. M.B. According to Mr. Janeteas, he began to fear for Dr. M.B.’s safety as a result of conversations with J.B. and B.G. in which they made it known that they wanted to have Dr. M.B. harmed or even killed. He felt that Dr. M.B. should be warned, and in an attempt to obtain hard evidence, tape-recorded a conversation with J.B. and B.G. in which he actively encouraged them to have Dr. M.B. harmed or killed and expressed his willingness to make the necessary arrangements. He then met with Dr. M.B., and over the next few months was able to obtain \$35,000 from him. Moldaver J.A. found that Mr. Janeteas did not possess the requisite *mens rea*, stating, at para. 43:

The present case is one of those rare instances where, despite the appellant’s intention that his words be taken seriously, the Crown does not maintain that he intended the commission of the crimes counselled. While the appellant’s actions were reprehensible, I am not convinced

vouloir transmettre la communication, comme l’a préconisé le ministère public au procès. Une autre question a été soulevée, surtout dans les ouvrages de doctrine : la personne qui conseille doit-elle aussi vouloir que l’infraction soit commise? Cette exigence a souvent été désignée sous le nom de « double *mens rea* ». À mon avis, sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, il n’est pas nécessaire d’adopter une démarche distincte en « deux étapes » pour déterminer si l’accusé a la *mens rea* requise. Il est logique d’inférer que le conseiller qui entend persuader la personne conseillée de commettre une infraction veut que l’infraction soit commise. Cependant, des circonstances exceptionnelles sont effectivement survenues dans *R. c. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), forçant la cour à se demander si la personne qui conseille doit également vouloir que l’infraction conseillée soit commise. Le juge Moldaver a examiné la question de façon exhaustive et a conclu à la nécessité d’une telle intention. Je souscris à son analyse.

Les faits particuliers de l’affaire *Janeteas* sont les suivants. Après s’être lié d’amitié avec J.B. et sa mère B.G., M. Janeteas a appris que J.B. avait des problèmes conjugaux avec son mari, le D^r M.B. M. Janeteas a affirmé avoir commencé à craindre pour la sécurité du D^r M.B. en raison de certaines conversations qu’il avait eues avec J.B. et B.G. au cours desquelles ces dernières lui avaient fait savoir qu’elles voulaient que le D^r M.B. soit blessé ou même tué. Il a estimé que le D^r M.B. devait être averti et, voulant obtenir une preuve tangible, il a enregistré une conversation dans laquelle il a activement encouragé J.B. et B.G. à prendre des dispositions pour que le D^r M.B. soit blessé ou tué et leur a dit qu’il était disposé à s’en occuper. Il a ensuite rencontré le D^r M.B. et, au cours des quelques mois suivants, il a réussi à lui soutirer 35 000 \$. Le juge Moldaver a conclu que Janeteas n’avait pas la *mens rea* requise. Il a dit ce qui suit (par. 43) :

[TRADUCTION] La présente affaire est l’un de ces rares cas où, malgré le fait que l’appelant voulait que ses propos soient pris au sérieux, le ministère public ne soutient pas qu’il voulait que les actes criminels conseillés soient commis. Bien que les actes de l’appelant aient été

that the reach of the criminal law should be extended, at the expense of established principle, to ensnare the likes of the appellant.

The Crown's position before this Court is consonant with this "dual" *mens rea* requirement. The Crown is no longer contending, as it did at trial, that an accused's intention in respect of the commission of the counselled offence is irrelevant. The Crown, however, submits that recklessness as to whether the person counselled will commit the offence suffices. Hence, on that approach, the counsellor's knowledge, without more, of the communication's objective potential to persuade would meet the standard. For the same reasons expressed in respect of the *actus reus*, it is my view that this interpretation, which would result in criminal liability even when the counsellor does not intend to see that act committed, but is simply reckless as to the reaction of the person counselled, would unduly widen the scope of criminality. As aptly noted by the intervener Canadian Civil Liberties Association, the interpretation advocated by the Crown would risk criminalizing legitimate forms of protest, advocacy or dissent and, arguably, even the reproduction and distribution, for historical or teaching purposes, of classic texts. The value placed on freedom of expression militates in favour of a more restricted interpretation.

Although the offence in question was a different one, the reasoning of the Court in *Keegstra* on the requisite mental element is nonetheless instructive, because much the same concerns about the potential breadth of the prohibition against acts of communication informed the analysis of the Court on the question of *mens rea*. The Court adopted a stringent standard, noting that the limitation on the *mens rea* required to convict for "wilfully promoting hatred" was a key factor in minimizing the impairment of freedom of expression caused by that provision. Dickson C.J. noted that the requirement that the speaker subjectively intend that his speech promote hatred "significantly restricts the reach of

répréhensibles, je ne suis pas convaincu que la portée du droit criminel doive être étendue, au détriment de principes établis, de façon à prendre au piège des gens comme l'appellant.

La position du ministère public devant la Cour est compatible avec cette exigence de la « double » *mens rea*. Le ministère public ne prétend plus, comme il l'a fait au procès, que l'intention de l'accusé au regard de la perpétration de l'infraction conseillée n'est pas pertinente. Le ministère public soutient cependant que l'insouciance devant l'éventualité de la perpétration de l'infraction par la personne conseillée est suffisante. Par conséquent, suivant cette approche, la connaissance par la personne qui conseille, sans plus, du pouvoir de persuasion de la communication, pris objectivement, satisferait à la norme. Pour les mêmes raisons que celles exprimées à l'égard de l'*actus reus*, j'estime que cette interprétation, qui entraînerait une responsabilité criminelle même lorsque la personne qui conseille ne souhaite pas que l'acte soit commis mais qu'elle ne se soucie simplement pas de la réaction de la personne conseillée, élargirait indûment la portée du droit pénal. Comme l'a judicieusement fait remarquer l'intervenante, l'Association canadienne des libertés civiles, l'interprétation préconisée par le ministère public risquerait de criminaliser certaines formes légitimes de protestation, de revendication ou de dissidence, et sans doute même la reproduction et la distribution, à des fins historiques ou pédagogiques, de textes classiques. La valeur accordée à la liberté d'expression milite en faveur d'une interprétation plus restreinte.

Bien que l'infraction en cause ait été différente, le raisonnement tenu par la Cour dans *Keegstra* au sujet de l'élément moral requis est néanmoins instructif, puisque ce sont essentiellement les mêmes préoccupations, quant à l'éventuelle portée de l'interdiction relative à certains actes de communication, qui ont guidé son analyse sur la question de la *mens rea*. La Cour a adopté une norme rigoureuse, signalant que la restriction imposée à l'égard de la *mens rea* requise pour justifier qu'un accusé soit reconnu coupable de « fomenter volontairement la haine » jouait un rôle clé dans la minimisation de l'atteinte portée à la liberté d'expression par cette disposition. Le juge en chef Dickson a fait

79

80

the provision, and thereby reduces the scope of the targeted expression” (p. 775). This was seen to be “an invaluable means of limiting the incursion of s. 319(2) into the realm of acceptable (though perhaps offensive and controversial) expression” (p. 775). Of course, the word “wilfully” is not found in s. 464 as it was in s. 319(2). However, the restricted meaning of the word “counsel”, as an *active* inducing, procuring or encouraging the commission of an offence, connotes the same requirement that there be a subjective intent to persuade the person counselled *to commit the offence*. This requirement, from a logical standpoint, can only be met if the counsellor intends that the offence be committed. Recklessness alone cannot suffice. Since the *mens rea* is largely inferred from the *actus reus* itself, the application of the lesser standard of recklessness, in my view, would result in widening the scope of prohibited activity beyond that accepted by this Court in *Sharpe*.

remarquer que l’exigence voulant que celui qui s’exprime souhaite subjectivement que son discours fomenté la haine « restreint considérablement la portée de la disposition et réduit par le fait même celle de l’expression visée » (p. 775). Cette exigence a été considérée comme « un moyen inestimable de limiter toute incursion par le par. 319(2) dans le domaine de l’expression acceptable (quoique, peut-être, offensante et controversée) » (p. 775). Bien sûr, le mot « volontairement » ne figure pas à l’art. 464, comme c’était le cas au par. 319(2). Cependant, le sens restreint du mot « conseiller », qui s’entend d’amener ou d’encourager *activement* la perpétration d’une infraction, connote la même exigence quant à l’existence d’une intention subjective de convaincre la personne conseillée *de commettre l’infraction*. Cette exigence ne peut logiquement être satisfaite que si la personne qui conseille veut que l’infraction soit commise. L’insouciance seule ne saurait suffire. Puisque la *mens rea* se déduit essentiellement de l’*actus reus* lui-même, j’estime que l’application de la norme moins rigoureuse de l’insouciance reviendrait à étendre la portée des activités prohibées au-delà de ce que notre Cour a accepté dans *Sharpe*.

81 There is no question that the Crown is correct in saying that the Internet poses particular risks because of the ease with which mass communications may be disseminated worldwide. The particular nature of communications through cyberspace may well provide justification to limit the diffusion of the most dangerous expression on a lesser standard, even on objective grounds alone. However, it is my view that the remedy does not lie in an expansive interpretation of the offence of counselling. The offence of counselling, applying as it does to all crimes, is too blunt an instrument to address this situation without imperiling a range of harmless and/or valuable expression.

Il ne fait aucun doute que le ministère public a raison de dire que l’Internet présente des risques particuliers à cause de la facilité avec laquelle les messages diffusés grâce aux moyens de communication de masse peuvent se transmettre à travers le monde. La nature particulière des messages empruntant la voie du cyberspace peut fort bien justifier que l’on restreigne la diffusion de l’expression la plus dangereuse en fonction d’une norme moins élevée, même en fonction de simples motifs objectifs. J’estime toutefois que la solution ne réside pas dans une interprétation large de l’infraction de conseiller la perpétration d’un crime. Cette infraction, qui s’applique à tous les actes criminels, est un instrument trop rudimentaire pour redresser cette situation sans compromettre une gamme d’expressions inoffensives ou valables.

82 For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the more demanding standard of subjective *mens rea* should apply: the counsellor must intend that the counselled offence be committed for

Pour ces motifs, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que la norme plus rigoureuse de la *mens rea* subjective devrait s’appliquer : la personne qui conseille doit vouloir que

the offence to be made out. As noted by the Ontario Court of Appeal in *Janeteas* and the Alberta Court of Appeal in this case, this approach has the support of many in the legal community. For Canadian writings, see: D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at pp. 227 and 703; K. Roach, *Criminal Law* (3rd ed. 2004), at pp. 125-26; E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at p. 377. For American academic support, see: W. R. LaFave, *Substantive Criminal Law* (2nd ed. 2003), vol. 2, at pp. 194-95; J. Dressler, *Understanding Criminal Law* (3rd ed. 2001), at pp. 415-16. For British support, see: A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (4th ed. 2003), at p. 466; G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 442; *Smith & Hogan Criminal Law* (9th ed. 1999), at p. 271.

E. Application to This Case

As noted earlier, the trial judge concluded that the *actus reus* of the offence had been proven in respect of each of the four counts. While this conclusion in respect of the fraud count appears well founded, it is difficult to find support on the record in respect of the three remaining counts. As discussed earlier, a simple “how to” recipe for committing a crime, without more, does not appear to meet the test adopted in *Sharpe*. However, no issue was raised with respect to the trial judge’s conclusion on the *actus reus* and it is not necessary to decide the matter to dispose of this appeal.

The trial judge concluded that Mr. Hamilton did not have the necessary *mens rea* on any standard. The Court of Appeal saw no reason to interfere with her conclusion. Nor do I. My colleague Fish J. is of the view that the trial judge erred by confounding “motive” and “intent”. He rests this conclusion on the trial judge’s finding that Mr. Hamilton’s motivation was monetary. With respect, I disagree. The trial judge’s consideration of Mr. Hamilton’s motivation must be examined in the context of the

l’infraction conseillée soit commise pour que l’infraction soit établie. Comme l’ont signalé la Cour d’appel de l’Ontario dans *Janeteas* et la Cour d’appel de l’Alberta en l’espèce, cette approche trouve appui auprès de nombreux membres de la communauté juridique. Pour des ouvrages canadiens, voir : D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4^e éd. 2001), p. 227 et 703; K. Roach, *Criminal Law* (3^e éd. 2004), p. 125-126; E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2^e éd. 1991), p. 377. Pour un appui auprès des auteurs américains, voir : W. R. LaFave, *Substantive Criminal Law* (2^e éd. 2003), vol. 2, p. 194-195; J. Dressler, *Understanding Criminal Law* (3^e éd. 2001), p. 415-416. Pour un appui britannique, voir : A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (4^e éd. 2003), p. 466; G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), p. 442; *Smith & Hogan Criminal Law* (9^e éd. 1999), p. 271.

E. Application à la présente affaire

Comme je l’ai fait remarquer précédemment, la juge du procès a conclu que l’*actus reus* de l’infraction avait été prouvé à l’égard de chacun des quatre chefs d’accusation. Bien que cette conclusion semble bien fondée en ce qui concerne l’accusation de fraude, il est difficile de trouver au dossier une justification pour les trois autres chefs d’accusation. Comme nous l’avons vu, un simple « guide pratique » sur la façon de commettre un acte criminel, sans plus, ne semble pas satisfaire au critère retenu dans l’arrêt *Sharpe*. Toutefois, aucune question n’a été soulevée quant à la conclusion de la juge du procès relativement à l’*actus reus* et il n’est pas nécessaire de trancher la question pour statuer sur le présent pourvoi.

La juge du procès a conclu que M. Hamilton n’avait pas la *mens rea* nécessaire, quelle que soit la norme appliquée. La Cour d’appel n’a vu aucune raison de modifier sa conclusion. Moi non plus. Mon collègue le juge Fish est d’opinion que la juge du procès a commis une erreur en confondant « mobile » et « intention ». Il fonde cette conclusion sur le fait que la juge du procès a conclu que les mobiles de M. Hamilton étaient d’ordre pécuniaire. En toute déférence, je ne suis pas d’accord.

evidence before her, and her reasons must be read as a whole.

85

Mr. Hamilton testified that he had not intended to induce the commission of any criminal offence. He had not written any of the files; he had himself purchased them off the Internet and did not even know what much of the information was about. The files consisted of roughly 2,000 pages of text, only 13 of which related to the charges before the court. In particular, he had not read any of the files about bombs or break and enters. The teaser made no reference to these files. As for the material on the credit card generator, he thought readers would simply be interested, as he had been, in discovering how easy it was to generate valid credit card numbers. He did not think anyone could use the credit card numbers without a valid name, expiry date or security number. Notably, at the relevant time Mr. Hamilton had never owned a credit card. The trial judge, as she was entitled to do, accepted Mr. Hamilton's testimony. She concluded as follows, at paras. 53-54:

On all the evidence I find that Mr. Hamilton ought to have known he was counselling fraud. The teaser and his subjective knowledge that the use of false credit card numbers is illegal make this conclusion irresistible. However, I have a doubt that Mr. Hamilton had subjective intent to counsel fraud. His motivation was monetary, and he sought to pique the curiosity of readers who might acquire the information in the same way that he was initially attracted to the information. Further, he struck me as utterly unsophisticated and naïve to the point that he cannot be said to have been wilfully blind or reckless.

I also find that Mr. Hamilton did not intend the fraud be carried out nor was he wilfully blind or reckless as to the risk of deprivation which would result (to use the *Theroux* test). In my view the evidence points to a conclusion that Mr. Hamilton was inviting others to do as he had done: to satisfy their curiosity by seeing how

L'analyse de la juge du procès concernant les mobiles de M. Hamilton doit être examinée au regard de la preuve dont elle disposait, et les motifs exposés par la juge doivent être considérés dans leur ensemble.

M. Hamilton a témoigné qu'il n'avait pas l'intention d'inciter à la perpétration d'une infraction criminelle. Il n'avait rédigé aucun des fichiers; il les avait lui-même achetés à partir d'un site Internet et ne savait même pas sur quoi portaient une bonne partie des fichiers. Ces fichiers comprenaient environ 2 000 pages de texte dont seulement 13 étaient liées aux accusations devant la cour. En particulier, il n'avait lu aucun des fichiers traitant des bombes ni ceux concernant les introductions par effraction. L'annonce-mystère ne faisait pas mention de ces fichiers. Quant au matériel portant sur le générateur de cartes de crédit, il croyait que les lecteurs seraient simplement intéressés, tout comme lui, à découvrir à quel point il était facile de générer des numéros de cartes de crédit valides. Il ne pensait pas que quelqu'un pourrait utiliser les numéros de carte de crédit sans disposer d'un nom, d'une date d'expiration et d'un numéro de sécurité valides. Fait à remarquer, à l'époque en cause, M. Hamilton n'avait jamais possédé une carte de crédit. La juge du procès, comme elle en avait le droit, a accepté le témoignage de M. Hamilton. Elle a conclu de la façon suivante (par. 53-54) :

[TRADUCTION] Compte tenu de l'ensemble de la preuve, j'estime que M. Hamilton aurait dû savoir qu'il conseillait la perpétration d'une fraude. L'annonce-mystère et sa connaissance subjective du fait que l'utilisation de faux numéros de carte de crédit est illégale rendent cette conclusion inéluctable. Cependant, je doute que M. Hamilton ait eu l'intention subjective de conseiller la perpétration d'une fraude. Ses mobiles étaient d'ordre pécuniaire, et il a tenté de piquer la curiosité des lecteurs susceptibles d'acquérir les renseignements de la même façon qu'il avait lui-même été attiré à l'origine par les renseignements. En outre, il m'a paru dénué de toute subtilité et naïf au point où l'on ne saurait dire qu'il a fait preuve d'aveuglement volontaire ou d'insouciance.

J'estime aussi que M. Hamilton ne voulait pas que la fraude soit commise et n'a pas non plus fait preuve d'aveuglement volontaire ou d'insouciance devant le risque de la privation qui en résulterait (pour employer le critère établi dans *Theroux*). Selon moi, la preuve amène à conclure que M. Hamilton invitait d'autres

easy it is to generate the numbers and to expect that they cannot use them without the expiry date. In other words, he did not specifically intend that the fraud would be carried out. Nor, in all of the circumstances, ought he to have known that the fraud would be carried out. It follows that there could not be a conclusion that he was wilfully blind or reckless as to the consequences of the fraud. Rather, Mr. Hamilton was trying to make money by selling information on the Internet. In my view, on all of the evidence, it cannot be found he counselled fraud.

The trial judge was entitled to consider motive. It is a piece of circumstantial evidence that may assist in determining an accused's state of mind. In reading her reasons as a whole, I see no reason to interfere with the conclusion reached by the Court of Appeal on this issue, at para. 44:

The trial judge did not err as alleged by the Crown. As she was entitled to do, the trial judge considered motive as part of her fact findings. But her decision was based on other facts relating to the respondent's knowledge. She found, for example, that the respondent had not read most of the "Top Secret" files. She also found that he was not interested in their contents and that he was, overall, "naive, lazy or ignorant". Dealing with the credit card number generator, the trial judge accepted the respondent's testimony that he did not think any generated numbers could be used because they lacked an expiry date. On the basis of these facts, she found the respondent lacked sufficient knowledge of the consequences of his actions to satisfy the *mens rea* requirement. It is clear that she understood the nature of the test she was bound to apply and did not err in law.

IV. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed in part, MAJOR, ABELLA and CHARRON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Edmonton.

personnes à faire ce qu'il avait fait : à satisfaire leur curiosité en constatant à quel point il est facile de générer des numéros et à croire qu'elles ne pouvaient les utiliser sans disposer de la date d'expiration. Autrement dit, il ne voulait pas expressément que la fraude soit commise. Pas plus qu'il aurait dû savoir, compte tenu de l'ensemble des circonstances, que la fraude serait commise. Il s'ensuit que je ne saurais conclure qu'il a fait preuve d'aveuglement volontaire ou d'insouciance quant aux conséquences de la fraude. M. Hamilton essayait plutôt de faire de l'argent en vendant de l'information sur Internet. À mon avis, au vu de l'ensemble de la preuve, l'on ne saurait conclure qu'il a conseillé de commettre une fraude.

La juge du procès était fondée à tenir compte des mobiles. Il s'agit d'un élément de preuve circonstancielle qui peut servir à déterminer l'état d'esprit de l'accusé. À la lecture de l'ensemble des motifs de la juge du procès, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel à cet égard (par. 44) :

[TRADUCTION] La juge du procès n'a pas commis d'erreur, comme l'a prétendu le ministère public. Comme elle était en droit de le faire, la juge du procès a tenu compte des mobiles dans le cadre de ses conclusions de fait. Mais sa décision est fondée sur d'autres faits touchant à la connaissance de l'intimé. Elle a conclu par exemple que l'intimé n'avait pas lu la plupart des fichiers « ultra-secrets ». Elle a aussi conclu qu'il n'était pas intéressé par leur contenu et qu'il était, avant tout, « naïf, paresseux ou ignorant ». Au sujet du générateur de numéros de carte de crédit, la juge du procès a accepté le témoignage de l'intimé selon lequel il ne croyait pas que les numéros générés pouvaient être utilisés en l'absence d'une date d'expiration. En se fondant sur ces faits, elle a conclu que l'intimé n'avait pas une connaissance suffisante des conséquences de ses actes pour satisfaire à l'exigence de la *mens rea*. Il est évident qu'elle comprenait la nature du critère qu'elle était tenue d'appliquer et qu'elle n'a pas commis d'erreur de droit.

IV. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli en partie, les juges MAJOR, ABELLA et CHARRON sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Pringle & Associates, Edmonton.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Pringle & Associates, Edmonton.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Roger Joseph Roberge *Applicant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROBERGE

Neutral citation: 2005 SCC 48.

File No.: 30896.

2005: August 18.

Present: McLachlin C.J. and Binnie and Charron JJ.

MOTION FOR AN EXTENSION OF TIME TO APPLY FOR LEAVE TO APPEAL

Practice — Supreme Court of Canada — Motion to extend time to file application for leave to appeal — Factors guiding exercise of Court's discretion to extend time — Motion dismissed.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(3).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 58(1)(a), 59(1).

MOTION for an extension of time to apply for leave to appeal. Motion dismissed.

Written submissions by *R. S. Prithipaul*, for the applicant.

Written submissions by *Lane Wieggers*, for the respondent.

The following order was delivered by

THE COURT — The applicant in this matter, Roger Joseph Roberge, seeks leave to appeal from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan rendered from the Bench on October 19, 2004, allowing the Crown's appeal and ordering a new trial for the applicant on a charge of refusal to comply with a demand made under s. 254(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46: (2004), 254 Sask. R. 181, 2004 SKCA 145. The applicant has also applied for an order extending the time within

Roger Joseph Roberge *Demandeur*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. ROBERGE

Référence neutre : 2005 CSC 48.

N° du greffe : 30896.

2005 : 18 août.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Charron.

REQUÊTE EN PROROGATION DU DÉLAI DE DÉPÔT DE LA DEMANDE D'AUTORISATION D'APPEL

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en prorogation du délai pour déposer la demande d'autorisation d'appel — Facteurs qui guident la Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de proroger un délai — Requête rejetée.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(3).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 58(1)a, 59(1).

REQUÊTE en prorogation du délai de dépôt de la demande d'autorisation d'appel. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *R. S. Prithipaul*, pour le demandeur.

Argumentation écrite par *Lane Wieggers*, pour l'intimée.

Version française de l'ordonnance rendue par

LA COUR — Le demandeur en l'espèce, Roger Joseph Roberge, sollicite l'autorisation d'interjeter appel contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan rendu à l'audience, le 19 octobre 2004, dans lequel la cour a accueilli l'appel du ministère public et ordonné que le demandeur subisse un nouveau procès relativement à l'accusation de refus d'obtempérer à un ordre donné en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 : (2004), 254 Sask. R. 181, 2004 SKCA 145.

which to serve and file the application for leave to appeal. The respondent opposes both the application for leave to appeal and the request for an extension of time.

Le demandeur a également sollicité la prorogation du délai imparti pour signifier et déposer sa demande d'autorisation d'appel. L'intimée s'oppose à la fois à la demande d'autorisation d'appel et à la requête de prorogation de délai.

2 Section 58(1)(a) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26 (the "Act"), provides that where leave to appeal is required, the notice of application for leave to appeal and all materials necessary for the application shall be served and filed within 60 days after the judgment appealed from. In the present case, the delay for filing an application for leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan expired on December 20, 2004. Nevertheless, the present application for leave to appeal was not filed with the Court until April 19, 2005 — some six months after the judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan and four months after the expiry of the time prescribed in s. 58(1)(a) of the Act.

L'alinéa 58(1)a de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26 (la « Loi »), prévoit que l'avis d'une demande d'autorisation d'appel, accompagné de tous les documents utiles, doit être signifié et déposé dans les 60 jours suivant la date du jugement porté en appel. En l'espèce, le délai imparti pour déposer une telle demande a expiré le 20 décembre 2004. Or, la demande n'a été déposée auprès de la Cour que le 19 avril 2005, soit quelque six mois après la date de l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan et quatre mois après l'expiration du délai prescrit par l'al. 58(1)a de la Loi.

3 Section 59(1) of the Act provides that, under special circumstances, the Court or a judge may extend the time prescribed by s. 58(1)(a). Counsel for the applicant has sworn an affidavit explaining the delay in bringing this leave application.

Le paragraphe 59(1) de la Loi prévoit que, dans des circonstances déterminées, la Cour ou un juge peut proroger le délai prescrit par l'al. 58(1)a. L'avocat du demandeur a souscrit un affidavit expliquant le retard à présenter la demande d'autorisation.

4 In his affidavit, counsel for the applicant affirms that he received instructions to proceed with an application for leave to appeal on October 20, 2004. The applicant's intention to seek leave to appeal was initially communicated to Crown counsel by letter dated October 28, 2004. However, he did not file his application for leave to appeal until April 19, 2005.

Dans son affidavit, il dit s'être vu confier le mandat de solliciter l'autorisation d'appel le 20 octobre 2004. L'intention du demandeur de solliciter l'autorisation d'appel a d'abord été communiquée à l'avocat du ministère public dans une lettre datée du 28 octobre 2004. Toutefois, la demande d'autorisation n'a été déposée que le 19 avril 2005.

5 In explaining this delay, counsel for the applicant states that a senior partner at his firm, his father-in-law, was seriously injured in a motorcycle accident on September 26, 2004 and was unable to return to work until December 2004. He subsequently departed on January 4, 2005, for a previously scheduled vacation of about two and one half months. Moreover, another lawyer at the same firm was expecting a child and, shortly after the motorcycle accident, was required by her physician to reduce her

L'avocat du demandeur explique ce délai par le fait qu'un associé principal de son cabinet, son beau-père, a subi des blessures graves lors d'un accident de moto survenu le 26 septembre 2004 et qu'il n'a pu reprendre le travail qu'en décembre 2004. Le 4 janvier 2005, il est reparti pour prendre des vacances déjà prévues de deux mois et demi. De plus, une avocate du même cabinet, qui était enceinte, a dû, sur l'ordre de son médecin, réduire sa charge de travail peu après l'accident de moto.

workload. She subsequently departed on maternity leave on February 15, 2005. As a result of these events, counsel for the applicant and his wife were required to take over the trials originally scheduled for their colleagues as well as manage their own caseloads and oversee the law office. Although he started working on the application for leave to appeal during the Christmas break of 2004, he states that he was only able to complete the written materials in April once his senior partner returned from vacation.

The power to extend time under special circumstances in s. 59(1) of the Act is a discretionary one. Although the Court has traditionally adopted a generous approach in granting extensions of time, a number of factors guide it in the exercise of its discretion, including:

1. Whether the applicant formed a *bona fide* intention to seek leave to appeal and communicated that intention to the opposing party within the prescribed time;
2. Whether counsel moved diligently;
3. Whether a proper explanation for the delay has been offered;
4. The extent of the delay;
5. Whether granting or denying the extension of time will unduly prejudice one or the other of the parties; and
6. The merits of the application for leave to appeal.

The ultimate question is always whether, in all the circumstances and considering the factors referred to above, the justice of the case requires that an extension of time be granted.

Notwithstanding our sympathy for the difficulties experienced by counsel for the applicant's colleagues, we are all of the view that this is not a case in which an extension of time should be granted.

Elle est ensuite partie en congé de maternité le 15 février 2005. Ces faits ont obligé l'avocat du demandeur et son épouse à remplacer leurs collègues dans certains procès, en plus de gérer leur propre charge de travail et de diriger le cabinet. Il affirme que, bien qu'il ait commencé à s'occuper de la demande d'autorisation d'appel pendant le congé de Noël de 2004, il n'a pu compléter la documentation écrite qu'en avril après le retour de vacances de son associé principal.

Le paragraphe 59(1) de la Loi confère le pouvoir discrétionnaire de proroger un délai dans des circonstances déterminées. Bien qu'elle ait traditionnellement adopté une approche libérale en la matière, la Cour tient compte d'un certain nombre de facteurs dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, dont :

1. la question de savoir si le demandeur avait véritablement l'intention de demander l'autorisation d'appel et s'il a fait part de cette intention à la partie adverse dans le délai prescrit;
2. la question de savoir si l'avocat a présenté la demande de manière diligente;
3. la question de savoir si le retard a fait l'objet d'une explication satisfaisante;
4. la longueur du retard;
5. la question de savoir si la décision d'accorder ou de refuser la prorogation de délai causera un préjudice indu à l'une ou l'autre des parties;
6. le bien-fondé de la demande d'autorisation d'appel.

En définitive, il faut toujours se demander si, eu égard aux circonstances et compte tenu des facteurs susmentionnés, la prorogation de délai s'impose pour que justice soit rendue.

Tout en comprenant les difficultés auxquelles se sont heurtés les collègues de l'avocat du demandeur, nous sommes tous d'avis qu'il n'y a pas lieu de proroger le délai en l'espèce. La preuve par

Although the affidavit evidence indicates that the applicant formed a *bona fide* intention to seek leave to appeal and that intention was communicated to the respondent within the prescribed time, the delay in this case is not adequately explained. The four-month delay beyond the 60 days prescribed under the Act is lengthy. The affidavit filed in this case demonstrates, in our view, that much of the delay can be ascribed to a failure to accord necessary priority to this application for leave to appeal. Ultimately, an application for leave to appeal to this Court must be viewed as a matter of priority that cannot be put off indefinitely until it can be accommodated within counsel's schedule.

affidavit indique que le demandeur avait véritablement l'intention de demander l'autorisation d'appel et qu'il a fait part de cette intention à l'intimée dans le délai prescrit, mais le retard accusé en l'espèce n'a pas fait l'objet d'une explication satisfaisante. Les quatre mois écoulés après l'expiration du délai de 60 jours prescrit par la Loi représentent une longue période. Nous estimons que l'affidavit déposé en l'espèce démontre qu'une bonne partie du retard est attribuable à l'omission de donner la priorité voulue à la demande d'autorisation d'appel. En fin de compte, la présentation d'une telle demande à notre Cour doit être considérée comme une démarche prioritaire que l'avocat ne peut pas reporter indéfiniment jusqu'à ce que son horaire lui permette de l'effectuer.

8 For these reasons, the application for an extension of time is dismissed.

Pour ces motifs, la requête de prorogation de délai est rejetée.

Motion dismissed.

Requête rejetée.

Solicitors for the applicant: Gunn & Prithipaul, Edmonton.

Procureurs du demandeur : Gunn & Prithipaul, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Saskatchewan Justice, Regina.

Procureur de l'intimée : Justice Saskatchewan, Regina.

**Imperial Tobacco Canada
Limited** *Appellant*

v.

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

and

**Imperial Tobacco Canada
Limited** *Appellant*

v.

**Attorney General of British
Columbia** *Respondent*

and

Rothmans, Benson & Hedges Inc. *Appellant*

v.

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

and

Rothmans, Benson & Hedges Inc. *Appellant*

v.

**Attorney General of British
Columbia** *Respondent*

and

JTI-Macdonald Corp. *Appellant*

v.

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

and

**Imperial Tobacco Canada
Limitée** *Appelante*

c.

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

et

**Imperial Tobacco Canada
Limitée** *Appelante*

c.

**Procureur général de la Colombie-
Britannique** *Intimé*

et

Rothmans, Benson & Hedges Inc. *Appelante*

c.

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

et

Rothmans, Benson & Hedges Inc. *Appelante*

c.

**Procureur général de la Colombie-
Britannique** *Intimé*

et

JTI-Macdonald Corp. *Appelante*

c.

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

et

JTI-Macdonald Corp. *Appellant*

v.

**Attorney General of British
Columbia** *Respondent*

and

**Canadian Tobacco Manufacturers'
Council** *Appellant*

v.

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

and

**British American Tobacco (Investments)
Limited** *Appellant*

v.

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

and

**Philip Morris Incorporated and Philip
Morris International Inc.** *Appellants*

v.

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

and

**Attorney General of Ontario, Attorney
General of Quebec, Attorney General of
Nova Scotia, Attorney General of New
Brunswick, Attorney General of Manitoba,
Attorney General for Saskatchewan, Attorney
General of Alberta and Attorney General of
Newfoundland and Labrador** *Intervenors*

JTI-Macdonald Corp. *Appelante*

c.

**Procureur général de la Colombie-
Britannique** *Intimé*

et

**Conseil canadien des fabricants des
produits du tabac** *Appelant*

c.

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

et

**British American Tobacco (Investments)
Limited** *Appelante*

c.

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

et

**Philip Morris Incorporated et Philip
Morris International Inc.** *Appelantes*

c.

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

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur
général du Québec, procureur général de
la Nouvelle-Écosse, procureur général du
Nouveau-Brunswick, procureur général
du Manitoba, procureur général de la
Saskatchewan, procureur général de l'Alberta
et procureur général de Terre-Neuve-et-
Labrador** *Intervenants*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA v. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTD.

Neutral citation: 2005 SCC 49.

File No.: 30411.

2005: June 8; 2005: September 29.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Division of powers — Extraterritoriality — Limitation on provincial legislation — Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products — Tobacco manufacturers sued by government challenging constitutional validity of legislation — Whether legislation exceeds territorial limits on provincial legislative jurisdiction — Constitution Act, 1867, s. 92(13) — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

Constitutional law — Judicial independence — Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products — Whether legislation constitutionally invalid as being inconsistent with principle of judicial independence — Whether rules of civil procedure contained in legislation interfere with adjudicative role of court hearing action — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

Constitutional law — Rule of law — Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products — Whether legislation constitutionally invalid as offending rule of law — Whether Constitution, through rule of law, requires legislation to be prospective, general in character and devoid of special advantages for government (except where necessary for effective

RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE c. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTÉE

Référence neutre : 2005 CSC 49.

N° du greffe : 30411.

2005 : 8 juin; 2005 : 29 septembre.

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

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

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Extraterritorialité — Limites aux lois provinciales — Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits — Contestation de la validité constitutionnelle de la loi par les fabricants de produits du tabac poursuivis par le gouvernement — La loi excède-t-elle les limites territoriales de la compétence législative provinciale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits — La loi est-elle inconstitutionnelle en raison de son incompatibilité avec l'indépendance judiciaire? — Les règles de procédure civile prévues dans la loi nuisent-elles à la fonction juridictionnelle du tribunal saisi d'une action? — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

Droit constitutionnel — Primauté du droit — Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits — La loi est-elle inconstitutionnelle parce qu'elle va à l'encontre de la primauté du droit? — La Constitution exige-t-elle, au moyen de la primauté du droit, que les lois aient un caractère prospectif, qu'elles soient de

governance), as well as to ensure fair civil trial — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

The *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* (the “Act”) authorizes an action by the government of British Columbia against a manufacturer of tobacco products for the recovery of health care expenditures incurred by the government in treating individuals exposed to those products. Liability hinges on those individuals having been exposed to tobacco products because of the manufacturer’s breach of a duty owed to persons in British Columbia, and on the government having incurred health care expenditures in treating disease in those individuals caused by such exposure. The appellants, each of which was sued by the government pursuant to the Act, challenged its constitutional validity. The British Columbia Supreme Court dismissed the government’s actions, concluding that the Act was unconstitutional because it failed to respect territorial limits on provincial legislative jurisdiction. The Court of Appeal set aside the decision, finding that the Act’s pith and substance is “Property and Civil Rights in the Province” within the meaning of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, and that the extra-territorial aspects of the Act, if any, are incidental to it. The court also found that the Act does not offend judicial independence or the rule of law.

Held: The appeals should be dismissed. The Act is constitutionally valid.

The Act is not unconstitutional by reason of extra-territoriality. The cause of action that constitutes the pith and substance of the Act is properly described as located “in the Province” under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. The Act is meaningfully connected to the province as there are strong relationships among the enacting territory (British Columbia), the subject matter of the law (compensation for the government of British Columbia’s tobacco-related health care costs) and the persons made subject to it (the tobacco manufacturers ultimately responsible for those costs). The Act also respects the legislative sovereignty of other jurisdictions. Though the cause of action may capture, to some extent, activities occurring outside of British Columbia, no territory could possibly assert a stronger relationship to that cause of action than British Columbia. The breaches of duty to which the Act refers are of subsidiary significance to the cause of action created by it, and thus the locations where those breaches

nature générale et dépourvues de privilèges spéciaux à l’égard du gouvernement (sauf lorsque le privilège est nécessaire à une gouvernance efficace), en plus d’assurer un procès équitable au civil? — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

La *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* (la « Loi ») autorise le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre un fabricant de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits. La responsabilité découle de l’exposition de ces personnes à des produits du tabac parce que le fabricant aurait manqué à une obligation qu’il avait envers la population en Colombie-Britannique, et de l’engagement, par le gouvernement, de dépenses au titre des soins de santé pour le traitement des maladies ainsi causées. Les appelants, qui sont tous poursuivis par le gouvernement en vertu de la Loi, contestent sa constitutionnalité. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté les actions intentées par le gouvernement, concluant que la Loi est inconstitutionnelle parce qu’elle ne respecte pas les limites territoriales de la compétence législative provinciale. La Cour d’appel a annulé cette décision, concluant que le caractère véritable de la Loi concerne « la propriété et les droits civils dans la province » au sens du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que ses aspects extraterritoriaux, s’il en est, ont un caractère accessoire. La cour a également conclu que la Loi ne porte pas atteinte à l’indépendance judiciaire ou à la primauté du droit.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés. La Loi est constitutionnellement valide.

La Loi n’est pas invalide pour cause d’extraterritorialité. La cause d’action qui en constitue le caractère véritable est à juste titre décrite comme se trouvant « dans la province » aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il existe un lien significatif entre la Loi et la province puisqu’un lien solide unit le territoire ayant légiféré (la Colombie-Britannique), l’objet de la Loi (l’indemnisation pour les coûts des soins de santé liés au tabac engagés par le gouvernement de la Colombie-Britannique) et les personnes assujetties à cette Loi (les fabricants de produits du tabac ultimement responsables de ces coûts). La Loi respecte aussi la souveraineté législative des autres ressorts. Bien que la cause d’action puisse, dans une certaine mesure, viser des activités menées à l’extérieur de la Colombie-Britannique, aucun territoire autre que la Colombie-Britannique ne pourrait prétendre à l’existence d’un lien plus fort avec cette cause d’action. Les manquements à une obligation auxquels renvoie la Loi ont, pour la cause

might occur have little or no bearing on the strength of the relationship between the cause of action and British Columbia. [37-38] [40] [43]

The Act does not violate the independence of the judiciary. A court called upon to try an action brought pursuant to the Act retains at all times its adjudicative role, and the ability to exercise that role without interference. It must independently determine the applicability of the Act to the government's claim, independently assess the evidence led to support and defend that claim, independently assign that evidence weight, then independently determine whether its assessment of the evidence supports a finding of liability. The fact that the Act shifts onuses of proof in respect of some of the elements of an aggregate claim or limits the compellability of certain information does not in any way interfere, in either appearance or fact, with the court's adjudicative role or any of the essential conditions of judicial independence. Judicial independence can abide unconventional rules of civil procedure and evidence. [55-56]

The Act does not implicate the rule of law in the sense that the Constitution comprehends that term. Except in respect of criminal law, the retrospectivity and retroactivity of which is limited by s. 11(g) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, there is no requirement of legislative prospectivity embodied in the rule of law or in any provision of our Constitution. Nor does the Constitution, through the rule of law, require that legislation be general in character and devoid of special advantages for the government (except where necessary for effective governance), or that it ensure a fair civil trial. In any event, tobacco manufacturers sued pursuant to the Act will receive a fair civil trial: they are entitled to a public hearing, before an independent and impartial court, in which they may contest the claims of the plaintiff and adduce evidence in their defence. The court will determine their liability only following that hearing, based solely on its understanding of the law as applied to its findings of fact. That defendants might regard the Act as unjust, or the procedural rules it prescribes as unprecedented, does not render their trial unfair. [69] [73] [76-77]

d'action qu'elle crée, une importance secondaire; ainsi, le lieu où ces manquements pourraient survenir a peu de rapport, sinon aucun, avec la force du lien qui existe entre la cause d'action et la Colombie-Britannique. [37-38] [40] [43]

La Loi ne viole pas l'indépendance des tribunaux. Un tribunal appelé à instruire une action introduite sous le régime de la Loi conserve en tout temps sa fonction juridictionnelle et sa capacité d'exercer cette fonction sans ingérence. Il doit statuer de façon indépendante sur l'applicabilité de la Loi à la demande présentée par le gouvernement, il doit apprécier de façon indépendante les éléments de preuve soumis à l'appui et à l'encontre de cette demande, il doit évaluer de façon indépendante le poids de cette preuve, et déterminer alors de la même manière si son appréciation de la preuve justifie une conclusion de responsabilité. Le fait que la Loi déplace des fardeaux de la preuve quant à certains éléments propres à une action globale, ou qu'elle limite la contraignabilité à l'égard de certains renseignements ne fait en aucun cas obstacle, ni en apparence ni en réalité, à la fonction juridictionnelle du tribunal ou à l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. L'indépendance judiciaire peut s'accommoder de l'introduction de règles de procédure civile et de preuve novatrices. [55-56]

La Loi ne met pas en jeu l'application du principe de la primauté du droit dans le sens où cette expression est consacrée dans la Constitution. Sauf pour ce qui est du droit criminel, où l'al. 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés* limite le caractère prospectif et la rétroactivité de la législation, le principe de la primauté du droit et les dispositions de notre Constitution n'exigent aucunement que les lois aient seulement un caractère prospectif. La Constitution n'exige pas non plus, au moyen de la primauté du droit, que les lois soient de nature générale et dépourvues de privilèges spéciaux à l'égard du gouvernement (sauf lorsque le privilège est nécessaire à une gouvernance efficace), ou qu'elles assurent un procès équitable au civil. Quoi qu'il en soit, les fabricants de tabac poursuivis en application de la Loi subiront un procès équitable au civil : ils ont droit à une audition publique, devant un tribunal indépendant et impartial, et ils peuvent contester les réclamations de la demanderesse et produire des éléments de preuve en défense. Le tribunal ne statuera sur leur responsabilité qu'à l'issue de cette audition, en se fondant exclusivement sur son interprétation du droit qu'il applique à ses conclusions de fait. Le fait que les défendeurs puissent estimer que la Loi est injuste, ou que les règles de procédure qu'elle prescrit sont nouvelles, ne rend pas leur procès inéquitable. [69] [73] [76-77]

Cases Cited

Applied: *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 S.C.R. 40, 2003 SCC 39; **referred to:** *JTI-Macdonald Corp. v. British Columbia (Attorney General)* (2000), 184 D.L.R. (4th) 335, 2000 BCSC 312; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, [2005] 1 S.C.R. 292, 2005 SCC 20; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185; *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.* (1999), 180 Sask. R. 20; *Cusson v. Robidoux*, [1977] 1 S.C.R. 650; *Notre-Dame Hospital v. Patry*, [1975] 2 S.C.R. 388; *Landgraf v. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994); *In re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] 3 W.L.R. 58, [2005] UKHL 41.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d), (g).
Constitution Act, 1867, preamble, ss. 92, 96-100.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40, 2003 CSC 39; **arrêts mentionnés:** *JTI-Macdonald Corp. c. British Columbia (Attorney General)* (2000), 184 D.L.R. (4th) 335, 2000 BCSC 312; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63, 2003 CSC 40; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, 2005 CSC 20; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185; *Bacon c. Saskatchewan Crop Insurance Corp.* (1999), 180 Sask. R. 20; *Cusson c. Robidoux*, [1977] 1 R.C.S. 650; *Hôpital Notre-Dame c. Patry*, [1975] 2 R.C.S. 388; *Landgraf c. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994); *In re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] 3 W.L.R. 58, [2005] UKHL 41.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(d), (g).
Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 6(1).

Constitution Act, 1982, preamble.

Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 6(1).

Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

Tobacco Damages Recovery Act, S.B.C. 1997, c. 41.

Authors Cited

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 20, No. 6, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, p. 16314.

Edinger, Elizabeth. "Retrospectivity in Law" (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 5.

Elliot, Robin. "References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 67.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2005, release 1).

Hogg, Peter W., and Cara F. Zwiabel. "The Rule of Law in the Supreme Court of Canada" (2005), 55 *U.T.L.J.* 715.

Newman, Warren J. "The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation" (2005), 16 *N.J.C.L.* 175.

Sullivan, R. E. "Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces" (1985), 7 *Sup. Ct. L. Rev.* 511.

APPEALS from the judgments of the British Columbia Court of Appeal (Lambert, Rowles and Prowse JJA.) (2004), 239 D.L.R. (4th) 412, 199 B.C.A.C. 195, 326 W.A.C. 195, 29 B.C.L.R. (4th) 244, [2004] 9 W.W.R. 230, [2004] B.C.J. No. 1007 (QL), 2004 BCCA 269, reversing a decision of Holmes J. (2003), 227 D.L.R. (4th) 323, [2003] B.C.J. No. 1309 (QL), 2003 BCSC 877. Appeals dismissed.

David C. Harris, Q.C., William S. Berardino, Q.C., and Andrea N. MacKay, for the appellant Imperial Tobacco Canada Limited.

Kenneth N. Affleck, Q.C., James A. Macaulay, Q.C., Steven Sofer, Michael Sobkin and Ian G. Christman, for the appellant Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Jack M. Giles, Q.C., Jeffrey J. Kay, Q.C., and Dylana R. Bloor, for the appellant JTI-Macdonald Corp.

Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 92, 96-100.

Loi constitutionnelle de 1982, préambule.

Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

Tobacco Damages Recovery Act, S.B.C. 1997, ch. 41.

Doctrine citée

Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 20, n° 6, 4^e sess., 36^e lég., 7 juin 2000, p. 16314.

Edinger, Elizabeth. « Retrospectivity in Law » (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 5.

Elliot, Robin. « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution » (2001), 80 *R. du B. can.* 67.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2005, release 1).

Hogg, Peter W., and Cara F. Zwiabel. « The Rule of Law in the Supreme Court of Canada » (2005), 55 *U.T.L.J.* 715.

Newman, Warren J. « The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation » (2005), 16 *R.N.D.C.* 175.

Sullivan, R. E. « Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces » (1985), 7 *Sup. Ct. L. Rev.* 511.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lambert, Rowles et Prowse) (2004), 239 D.L.R. (4th) 412, 199 B.C.A.C. 195, 326 W.A.C. 195, 29 B.C.L.R. (4th) 244, [2004] 9 W.W.R. 230, [2004] B.C.J. No. 1007 (QL), 2004 BCCA 269, qui ont infirmé un jugement du juge Holmes (2003), 227 D.L.R. (4th) 323, [2003] B.C.J. No. 1309 (QL), 2003 BCSC 877. Pourvois rejetés.

David C. Harris, c.r., William S. Berardino, c.r., et Andrea N. MacKay, pour l'appelante Imperial Tobacco Canada Limitée.

Kenneth N. Affleck, c.r., James A. Macaulay, c.r., Steven Sofer, Michael Sobkin et Ian G. Christman, pour l'appelante Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Jack M. Giles, c.r., Jeffrey J. Kay, c.r., et Dylana R. Bloor, pour l'appelante JTI-Macdonald Corp.

Written submissions only by *Maryanne F. Prohl*, for the appellant Canadian Tobacco Manufacturers' Council.

John J. L. Hunter, Q.C., Craig P. Dennis, Matthew J. Westphal, for the appellant British American Tobacco (Investments) Limited.

Simon Potter and Cynthia A. Millar, for the appellants Philip Morris Incorporated and Philip Morris International Inc.

Thomas R. Berger, Q.C., Daniel A. Webster, Q.C., Elliott M. Myers, Q.C., and Craig E. Jones, for the respondents.

Robin K. Basu and Mark Crow, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras and Brigitte Bussières, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Edward A. Gores*, for the intervenor the Attorney General of Nova Scotia.

John G. Furey, for the intervenor the Attorney General of New Brunswick.

Eugene B. Szach, for the intervenor the Attorney General of Manitoba.

Graeme G. Mitchell, Q.C., and R. James Fyfe, for the intervenor the Attorney General for Saskatchewan.

Robert Normey, for the intervenor the Attorney General of Alberta.

Donna Ballard and Barbara Barrowman, for the intervenor the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

The judgment of the Court was delivered by

Argumentation écrite seulement par *Maryanne F. Prohl*, pour l'appelant le Conseil canadien des fabricants des produits du tabac.

John J. L. Hunter, c.r., Craig P. Dennis, Matthew J. Westphal, pour l'appelante British American Tobacco (Investments) Limited.

Simon Potter et Cynthia A. Millar, pour les appelantes Philip Morris Incorporated et Philip Morris International Inc.

Thomas R. Berger, c.r., Daniel A. Webster, c.r., Elliott M. Myers, c.r., et Craig E. Jones, pour les intimés.

Robin K. Basu et Mark Crow, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras et Brigitte Bussières, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Edward A. Gores*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

John G. Furey, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Eugene B. Szach, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme G. Mitchell, c.r., et R. James Fyfe, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Donna Ballard et Barbara Barrowman, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Version française du jugement de la Cour rendu par

1

MAJOR J. — The *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30 (the "Act"), authorizes an action by the government of British Columbia against a manufacturer of tobacco products for the recovery of health care expenditures

LE JUGE MAJOR — La *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30 (la « Loi »), autorise le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre un fabricant de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses

incurred by the government in treating individuals exposed to those products. Liability hinges on those individuals having been exposed to tobacco products because of the manufacturer’s breach of a duty owed to persons in British Columbia, and on the government of British Columbia having incurred health care expenditures in treating disease in those individuals caused by such exposure.

These appeals question the constitutional validity of the Act. The appellants, each of which was sued by the government of British Columbia pursuant to the Act, challenge its constitutional validity on the basis that it violates: (1) territorial limits on provincial legislative jurisdiction; (2) the principle of judicial independence; and (3) the principle of the rule of law.

For the reasons that follow, the Act is constitutionally valid. The appeals are dismissed, with costs to the respondents throughout.

I. Background

A. *The Legislation*

The Act, in its entirety, is reproduced in the Appendix. Its essential aspects are summarized below.

Section 2(1) is the keystone of the Act. It reads:

The government has a direct and distinct action against a manufacturer to recover the cost of health care benefits caused or contributed to by a tobacco related wrong.

The terms “manufacturer”, “cost of health care benefits” and “tobacco related wrong” are defined in s. 1(1) of the Act. Their definitions in turn refer to other defined terms. Incorporating the definitions into s. 2, then paraphrasing to some degree, the section provides as follows:

The government has a direct and distinct action against a manufacturer for the present value of existing and reasonably expected future expenditures by the government for

engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits. La responsabilité découle de l’exposition de ces personnes à des produits du tabac parce que le fabricant aurait manqué à une obligation qu’il avait envers la population en Colombie-Britannique, et de l’engagement, par le gouvernement de cette province, de dépenses au titre de soins de santé pour le traitement des maladies ainsi causées.

Les présents pourvois mettent en cause la constitutionnalité de la Loi. Les appelants, que le gouvernement de la Colombie-Britannique a tous poursuivis en vertu de la Loi, contestent sa constitutionnalité au motif qu’elle viole (1) les limites territoriales de la compétence législative provinciale, (2) le principe de l’indépendance judiciaire, et (3) le principe de la primauté du droit.

Pour les motifs qui suivent, la Loi est constitutionnellement valide. Les pourvois sont rejetés avec dépens en faveur des intimés dans toutes les cours.

I. Contexte

A. *Les dispositions législatives*

La Loi est reproduite intégralement à l’annexe. Ses éléments essentiels sont résumés comme suit.

Le paragraphe 2(1) qui constitue la pierre angulaire de la Loi prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] Le gouvernement a contre un fabricant un droit d’action direct et distinct pour le recouvrement du coût des services de soins de santé occasionnés ou favorisés par une faute d’un fabricant.

Les termes [TRADUCTION] « fabricant », « coût des services de soins de santé » et [TRADUCTION] « faute d’un fabricant » sont définis au par. 1(1) de la Loi. Ces définitions renvoient à leur tour à d’autres définitions. Si l’on incorpore ces définitions à l’art. 2 et l’on paraphrase celui-ci quelque peu, la disposition prévoit alors ce qui suit :

Le gouvernement a contre un fabricant un droit d’action direct et distinct pour la valeur actuelle des dépenses engagées et raisonnablement prévues par le gouvernement au titre :

2

3

4

5

6

(a) benefits as defined under the *Hospital Insurance Act* or the *Medicare Protection Act*;

(b) payments under the *Continuing Care Act*; and

(c) programs, services or benefits associated with disease,

where

(a) such expenditures result from disease or the risk of disease caused or contributed to by exposure to a tobacco product; and

(b) such exposure was caused or contributed to by

(i) a tort committed in British Columbia by the manufacturer; or

(ii) a breach of a common law, equitable or statutory duty or obligation owed by the manufacturer to persons in British Columbia who have been or might have become exposed to a tobacco product.

a) des services au sens de l'*Hospital Insurance Act* ou de la *Medicare Protection Act*;

b) des versements faits aux termes de la *Continuing Care Act*;

c) des programmes, des services ou des prestations liés à une maladie;

lorsque

a) ces dépenses résultent d'une maladie ou d'un risque de maladie causés ou favorisés par une exposition à un produit du tabac;

b) cette exposition a été causée ou favorisée, selon le cas, par :

(i) un délit commis en Colombie-Britannique par le fabricant;

(ii) un manquement par le fabricant à une obligation que lui impose la common law, l'équité ou la loi à l'égard de personnes en Colombie-Britannique qui ont été exposées à un produit du tabac ou qui pourraient l'être.

7 Viewed in this light, s. 2(1) creates a cause of action by which the government of British Columbia may recover from a tobacco manufacturer money spent treating disease in British Columbians, where such disease was caused by exposure to a tobacco product (whether entirely in British Columbia or not), and such exposure was caused by that manufacturer's tort in British Columbia, or breach of a duty owed to persons in British Columbia.

Vu sous cet angle, le par. 2(1) crée une cause d'action permettant au gouvernement de la Colombie-Britannique de recouvrer d'un fabricant de produits du tabac les sommes dépensées pour soigner les malades en Colombie-Britannique, lorsque la maladie est causée par une exposition (entièrement ou en partie en Colombie-Britannique) à un produit du tabac et que cette exposition résulte d'une faute commise en Colombie-Britannique par un fabricant, ou d'un manquement à son obligation envers la population en Colombie-Britannique.

8 The cause of action created by s. 2(1), besides being "direct and distinct", is not a subrogated claim: s. 2(2). Nor is it barred by the *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 6(1). Crucially, it can be pursued on an aggregate basis — i.e., in respect of a population of persons for whom the government has made or can reasonably be expected to make expenditures: s. 2(4)(b).

Outre le fait qu'il soit [TRADUCTION] « direct et distinct », le droit d'action créé par le par. 2(1) ne constitue pas un droit de recours par subrogation : par. 2(2). Il n'est pas non plus prescrit par la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266, par. 6(1). Essentiellement, il peut être exercé de manière globale — c.-à-d. à l'égard d'une population de personnes pour lesquelles le gouvernement a engagé des dépenses ou s'attend raisonnablement à engager des dépenses : al. 2(4)b).

9 Where the government's claim is made on an aggregate basis, it may use statistical, epidemiological and sociological evidence to prove its case: s. 5(b). It need not identify, prove the cause of disease

Lorsqu'il procède par action globale, le gouvernement peut recourir à des éléments de preuve statistiques, épidémiologiques et sociologiques pour établir le bien-fondé de sa demande : al. 5b). Il n'est

or prove the expenditures made in respect of any individual member of the population on which it bases its claim: s. 2(5)(a). Furthermore, health care records and related information in respect of individual members of that population are not compellable, except if relied upon by an expert witness: s. 2(5)(b) and (c). However, the court is free to order the discovery of a “statistically meaningful sample” of the health care records of individual members of that population, stripped of personal identifiers: s. 2(5)(d) and (e).

Pursuant to s. 3(1) and (2), the government enjoys a reversed burden of proof in respect of certain elements of an aggregate claim. Where the aggregate claim is, like the one brought against each of the appellants, to recover expenditures in respect of disease caused by exposure to cigarettes, the reversed burden of proof operates as follows. Once the government proves that

- (a) the defendant manufacturer breached a common law, equitable or statutory duty or obligation it owed to persons in British Columbia who have been or might become exposed to cigarettes;
- (b) exposure to cigarettes can cause or contribute to disease; and
- (c) during the manufacturer’s breach, cigarettes manufactured or promoted by the manufacturer were offered for sale in British Columbia,

the court will presume that

- (a) the population that is the basis for the government’s aggregate claim would not have been exposed to cigarettes but for the manufacturer’s breach; and
- (b) such exposure caused or contributed to disease in a portion of the population that is the basis for the government’s aggregate claim.

pas nécessaire qu’il identifie les membres individuels de la population pour lesquels il présente sa demande, qu’il établisse la cause de la maladie de chaque personne ou qu’il prouve les dépenses engagées à l’égard de chacun : al. 2(5)a). En outre, nul ne peut exiger la production des dossiers et renseignements médicaux concernant ces personnes, sauf s’ils sont invoqués par un témoin expert : al. 2(5)b) et c). Le tribunal peut toutefois ordonner la communication préalable d’un [TRADUCTION] « échantillon statistiquement significatif » des dossiers médicaux qui concernent ces personnes, expurgés des indices permettant d’identifier les personnes : al. 2(5)d) et e).

Selon les par. 3(1) et (2), le gouvernement bénéficie d’une inversion de la charge de la preuve quant à certains éléments propres à une action globale. Lorsque l’action globale, à l’instar de celle intentée contre chacun des appelants, vise à recouvrer les dépenses engagées pour le traitement des maladies causées par une exposition à la cigarette, l’inversion de la charge de la preuve produit son effet. Ainsi, dès que le gouvernement prouve les faits suivants :

- a) le fabricant défendeur a manqué à une obligation que lui impose la common law, l’équité ou la loi à l’égard des personnes en Colombie-Britannique qui ont été exposées à la cigarette ou pourraient l’être;
- b) une exposition à la cigarette peut causer ou contribuer à causer une maladie;
- c) pendant la période où le fabricant manque à son obligation, des cigarettes fabriquées ou annoncées par lui ont été offertes en vente en Colombie-Britannique;

le tribunal présupera que

- a) la population à l’égard de laquelle le gouvernement intente une action globale n’aurait pas été exposée à la cigarette n’eût été le manquement du fabricant;
- b) cette exposition a causé ou a contribué à causer la maladie chez une partie de la population à l’égard de laquelle le gouvernement a intenté l’action globale.

- 11 In this way, it falls on a defendant manufacturer to show that its breach of duty did not give rise to exposure, or that exposure resulting from its breach of duty did not give rise to the disease in respect of which the government claims for its expenditures. The reversed burden of proof on the manufacturer is a balance of probabilities: s. 3(4).
- 12 Where the aforementioned presumptions apply, the court must determine the portion of the government's expenditures after the date of the manufacturer's breach that resulted from exposure to cigarettes: s. 3(3)(a). The manufacturer is liable for such expenditures in proportion to its share of the market for cigarettes in British Columbia, calculated over the period of time between its first breach of duty and trial: ss. 3(3)(b) and 1(6).
- 13 In an action by the government, a manufacturer will be jointly and severally liable for expenditures arising from a joint breach of duty (i.e., for expenditures caused by disease, which disease was caused by exposure, which exposure was caused by a joint breach of duty to which the manufacturer was a party): s. 4(1).
- 14 Pursuant to s. 10, all provisions of the Act operate retroactively.
- 15 The Act is the second British Columbia statute designed to enable the government to sue tobacco manufacturers for tobacco-related health care costs that has been challenged on the basis of its constitutionality. The Supreme Court of British Columbia struck down the earlier statute, the *Tobacco Damages Recovery Act*, S.B.C. 1997, c. 41, as being in pith and substance legislation in relation to extra-provincial civil rights and therefore *ultra vires* the Legislative Assembly of British Columbia: see *JTI-Macdonald Corp. v. British Columbia (Attorney General)* (2000), 184 D.L.R. (4th) 335, 2000 BCSC 312.
- De cette façon, il incombe au défendeur fabricant de démontrer que le manquement à son obligation n'est pas à l'origine de l'exposition, ou que l'exposition résultant du manquement à son obligation n'est pas à l'origine de la maladie à l'égard de laquelle le gouvernement réclame le remboursement de ses dépenses. Le fabricant doit s'acquitter du fardeau de la preuve inversé selon la prépondérance des probabilités : par. 3(4).
- Lorsque les présomptions mentionnées plus haut s'appliquent, le tribunal doit déterminer la partie des dépenses engagées par le gouvernement, après la date à laquelle le fabricant a manqué à son obligation, qui résulte de l'exposition à la cigarette : al. 3(3)a). Le fabricant devient responsable de ces dépenses au prorata de sa part du marché des cigarettes en Colombie-Britannique, calculée en fonction de la période comprise entre la date où il a pour la première fois manqué à son obligation et celle du procès : al. 3(3)b) et par. 1(6).
- Dans le cadre d'une action intentée par le gouvernement, un fabricant sera solidairement responsable des dépenses découlant d'un manquement commun à une obligation (c.-à-d. à l'égard des dépenses occasionnées par la maladie, laquelle maladie résulte d'une exposition, elle-même causée par un manquement commun à une obligation imposée au fabricant) : par. 4(1).
- Selon l'art. 10, toutes les dispositions de la Loi ont un effet rétroactif.
- La Loi est la deuxième loi de la Colombie-Britannique visant à permettre au gouvernement de poursuivre les fabricants de produits du tabac pour recouvrer le coût des soins de santé liés au tabac dont la constitutionnalité est contestée. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé la loi antérieure, la *Tobacco Damages Recovery Act*, S.B.C. 1997, ch. 41, parce qu'elle touchait aux droits civils extraprovinciaux par son caractère véritable et était donc *ultra vires* de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique : voir *JTI-Macdonald Corp. c. British Columbia (Attorney General)* (2000), 184 D.L.R. (4th) 335, 2000 BCSC 312.

The legislative history of the Act confirms that it was drafted to address concerns about the extra-territorial aspects of the earlier statute and to avoid any further challenges with respect to extra-territoriality: see *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 20, No. 6, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, at p. 16314.

B. *Procedural History*

On January 24, 2001, the Act came into force. On the same day, the government sued 14 entities in the tobacco industry in the Supreme Court of British Columbia, pursuant to s. 2 of the Act.

The appellants are among the 14 entities sued by the government. The appellants Imperial Tobacco Canada Limited, Rothmans, Benson & Hedges Inc., JTI-Macdonald Corp. and Canadian Tobacco Manufacturers' Council are Canadian corporations, and were served in British Columbia. The appellants Philip Morris Incorporated (now Philip Morris USA Inc.) and Philip Morris International Inc. are incorporated under the laws of Virginia and Delaware, respectively, and were served *ex juris*. The appellant British American Tobacco (Investments) Limited is incorporated under the laws of the United Kingdom, and was also served *ex juris*.

The Canadian appellants applied for a declaration that the Act is unconstitutional. The appellants served *ex juris* applied to set aside service on the basis that the Act is unconstitutional, and thus that the government's actions founded on it were bound to fail.

Throughout the proceedings, the appellants' constitutional attack has been essentially tripartite. They argue that the Act exceeds the territorial limits on provincial legislative jurisdiction, violates judicial independence and infringes the rule of law.

L'historique législatif de la Loi confirme qu'elle a été conçue pour répondre aux préoccupations suscitées par les aspects extraterritoriaux de la loi antérieure et pour éviter toute contestation future à ce sujet : voir *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 20, n° 6, 4^e sess., 36^e lég., 7 juin 2000, p. 16314.

B. *Historique des procédures judiciaires*

La Loi est entrée en vigueur le 24 janvier 2001. Le même jour, le gouvernement a intenté, en vertu de l'art. 2 de la Loi, une action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique contre 14 organismes de l'industrie du tabac.

Les appelants se retrouvent parmi les 14 organismes poursuivis par le gouvernement. Les appelants Imperial Tobacco Canada Limitée, Rothmans, Benson & Hedges Inc., JTI-Macdonald Corp. et le Conseil canadien des fabricants des produits du tabac sont des sociétés canadiennes et ont reçu signification de l'action en Colombie-Britannique. Les appelantes Philip Morris Incorporated (maintenant Philip Morris USA Inc.) et Philip Morris International Inc. sont respectivement constituées sous le régime des lois de la Virginie et du Delaware et ont reçu signification *ex juris*. L'appelante British American Tobacco (Investments) Limited est constituée sous le régime des lois du Royaume-Uni et a également reçu signification *ex juris*.

Les appelants canadiens ont sollicité un jugement déclarant que la Loi est inconstitutionnelle. Les appelants ayant reçu signification *ex juris* ont demandé l'annulation de ces significations au motif qu'en raison de l'inconstitutionnalité de la Loi, les actions intentées par le gouvernement sous son autorité sont vouées à l'échec.

Tout au cours de l'instance, la contestation constitutionnelle soulevée par les appelants a été essentiellement tripartite. Les appelants soutiennent que la Loi excède les limites territoriales de la compétence législative provinciale, qu'elle viole l'indépendance judiciaire et qu'elle porte atteinte au principe de la primauté du droit.

16

17

18

19

20

II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia* (2003), 227 D.L.R. (4th) 323, 2003 BCSC 877

21 Holmes J. rejected the appellants' submissions concerning judicial independence and the rule of law, but accepted their submissions concerning extra-territoriality. He concluded that the Act fails to respect territorial limits on provincial legislative jurisdiction because, in his view, the exposure to tobacco products giving rise to liability is territorially unconfined, and the aim of the Act is recovery of health care costs "from the tobacco industry nationally and internationally" (para. 222).

22 In the result, Holmes J. declared the Act invalid, dismissed the government's actions brought pursuant to the Act and set aside all *ex juris* service by the government.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (2004), 239 D.L.R. (4th) 412, 2004 BCCA 269

23 The Court of Appeal for British Columbia allowed the respondents' appeals. Lambert, Rowles and Prowse J.J.A. each gave reasons concluding that the Act's pith and substance is "Property and Civil Rights in the Province" within the meaning of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*; that the extra-territorial aspects of the Act, if any, are incidental to it; and therefore that the Act is not invalid by reason of extra-territoriality. All agreed that the Act does not offend judicial independence or the rule of law.

24 In the result, the court dismissed the appellants' applications for declarations that the Act is invalid, set aside Holmes J.'s orders dismissing the government's actions and remitted to the Supreme Court of British Columbia the applications of the appellants served *ex juris* to have service set aside, with such applications to be decided on the basis that the Act is constitutionally valid.

II. Les jugements antérieurs

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (2003), 227 D.L.R. (4th) 323, 2003 BCSC 877

Le juge Holmes a rejeté les prétentions des appelants concernant l'indépendance judiciaire et la primauté du droit, mais il a retenu celles portant sur l'extraterritorialité. Il a conclu toutefois que la Loi ne respecte pas les limites territoriales de la compétence législative provinciale parce que, à son avis, l'exposition aux produits du tabac qui donne naissance à une responsabilité n'est pas circonscrite territorialement, et que la Loi a pour objet de recouvrer le coût des soins de santé [TRADUCTION] « de l'industrie du tabac sur les plans national et international » (par. 222).

En conclusion, le juge Holmes a déclaré la Loi non valide, a rejeté les actions intentées par le gouvernement en vertu de la Loi et a annulé toutes les significations *ex juris* faites par le gouvernement.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2004), 239 D.L.R. (4th) 412, 2004 BCCA 269

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli les appels des intimés. Les juges Lambert, Rowles et Prowse ont conclu que le caractère véritable de la Loi concerne la « propriété et les droits civils dans la province » au sens du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que ses aspects extraterritoriaux, s'il en est, n'ont qu'un caractère accessoire et que, par conséquent, elle n'est pas invalide pour cause d'extraterritorialité. Tous ont reconnu que la Loi ne porte pas atteinte à l'indépendance judiciaire ou à la primauté du droit.

En conclusion, la cour a rejeté les demandes des appelants visant à obtenir un jugement déclarant que la Loi n'est pas valide, elle a annulé les ordonnances du juge Holmes rejetant les actions du gouvernement et elle a renvoyé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique les demandes d'annulation des significations formées par les appelants ayant reçu significations *ex juris* pour qu'elle statue sur ces demandes en tenant pour acquis que la Loi est constitutionnellement valide.

III. Issues

McLachlin C.J. stated the following constitutional questions:

1. Is the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30, *ultra vires* the provincial legislature by reason of extra-territoriality?
2. Is the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30, constitutionally invalid, in whole or in part, as being inconsistent with judicial independence?
3. Is the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30, constitutionally invalid, in whole or in part, as offending the rule of law?

IV. Analysis

A. *Extra-territoriality*

Section 92 of the *Constitution Act, 1867* is the primary source of provincial legislatures' authority to legislate. Provincial legislation must therefore respect the limitations, territorial and otherwise, on provincial legislative competence found in s. 92. The opening words of s. 92 — "In each Province" — represent a blanket territorial limitation on provincial powers. That limitation is echoed in a similar phrase that qualifies a number of the heads of power in s. 92: "in the Province".

The territorial limitations on provincial legislative competence reflect the requirements of order and fairness underlying Canadian federal arrangements and discussed by this Court in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at pp. 1102-3, *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at pp. 324-25, and *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40, at para. 56. They serve to ensure that provincial legislation both has a meaningful connection to the province enacting it, and pays respect to "the sovereignty of the other provinces within their respective legislative spheres": *Unifund*, at para. 51. See also, generally,

III. Questions en litige

Le juge en chef McLachlin a énoncé les questions constitutionnelles suivantes :

1. La *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30, est-elle *ultra vires* de la législature provinciale pour cause d'extraterritorialité?
2. La *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30, est-elle inconstitutionnelle, en tout ou en partie, en raison de son incompatibilité avec l'indépendance judiciaire?
3. La *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30, est-elle inconstitutionnelle, en tout ou en partie, parce qu'elle va à l'encontre de la primauté du droit?

IV. Analyse

A. *L'extraterritorialité*

L'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est la source première du pouvoir de légiférer des législatures provinciales. Les lois provinciales doivent donc respecter les limites, territoriales et autres, de la compétence législative provinciale que l'on trouve à l'art. 92. Le passage liminaire de l'art. 92 — « Dans chaque province » — constitue une limite territoriale générale aux pouvoirs des provinces. Cette limite est reprise dans une expression semblable qui atténue la portée d'un certain nombre de chefs de compétence figurant à l'art. 92 : « dans la province ».

Les limites territoriales de la compétence législative provinciale reflètent les exigences d'ordre et d'équité qui sous-tendent les structures fédérales canadiennes et la Cour les a examinées dans *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1102-1103, *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 324-325, et *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63, 2003 CSC 40, par. 56. Elles servent à assurer que les lois provinciales conservent un lien utile avec la province qui les adopte et qu'elles respectent « la souveraineté législative des autres provinces dans leurs champs de compétence respectifs » : *Unifund*, par. 51. Voir également, de

25

26

27

R. E. Sullivan, “Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces” (1985), 7 *Sup. Ct. L. Rev.* 511.

façon générale, R. E. Sullivan, « Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces » (1985), 7 *Sup. Ct. L. Rev.* 511.

28 Where the validity of provincial legislation is challenged on the basis that it violates territorial limitations on provincial legislative competence, the analysis centres on the pith and substance of the legislation. If its pith and substance is in relation to matters falling within the field of provincial legislative competence, the legislation is valid. Incidental or ancillary extra-provincial aspects of such legislation are irrelevant to its validity. See *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297 (“*Churchill Falls*”), at p. 332, and *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at para. 24.

Dans le cas où la validité d'une loi provinciale est contestée pour le motif qu'elle viole les limites territoriales de la compétence législative provinciale, l'analyse porte essentiellement sur son caractère véritable. Si le caractère véritable de la loi se rapporte à des matières qui relèvent du domaine de la compétence législative des provinces, la loi est valide. Ses aspects extraprovinciaux accessoires ou indirects restent sans pertinence pour l'appréciation de sa validité. Voir *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297 (« *Churchill Falls* »), p. 332, et *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 24.

29 In determining the pith and substance of legislation, the court identifies its essential character or dominant feature: see *Global Securities Corp.*, at para. 22, and *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 16. This may be done through reference to both the purpose and effect of the legislation: see *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 53. See also *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, [2005] 1 S.C.R. 292, 2005 SCC 20, at para. 20.

Dans la recherche de son caractère véritable, le tribunal précise l'essence ou la caractéristique dominante de la loi : voir *Global Securities Corp.*, par. 22, et *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 16. Pour ce faire, il peut se reporter à l'objet et aux effets de la loi : voir *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 53. Voir également *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, 2005 CSC 20, par. 20.

30 Where the pith and substance of legislation relates to a tangible matter — i.e., something with an intrinsic and observable physical presence — the question of whether it respects the territorial limitations in s. 92 is easy to answer. One need only look to the location of the matter. If it is in the province, the limitations have been respected, and the legislation is valid. If it is outside the province, the limitations have been violated, and the legislation is invalid.

Lorsque le caractère véritable d'une loi se rapporte à une matière tangible — c.-à-d. une chose tangible et observable — la question de savoir si la loi respecte les limites territoriales prévues à l'art. 92 se résout facilement. Il suffit de vérifier l'endroit où se trouve cette chose. Si elle se trouve dans la province, les limites ont été respectées et la loi est valide. Si elle se trouve à l'extérieur de la province, les limites ont alors été violées et la loi est invalide.

31 Where legislation's pith and substance relates to an intangible matter, the characterization is more complicated. That is the case here.

Lorsque le caractère véritable d'une loi se rapporte à une matière intangible, la qualification devient plus complexe. C'est le cas en l'espèce.

The pith and substance of the Act is plainly the creation of a civil cause of action. More specifically, it is the creation of a civil cause of action by which the government of British Columbia may seek compensation for certain health care costs incurred by it. Civil causes of action are a matter within provincial legislative jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*: “Property and Civil Rights in the Province”. See *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 672.

But s. 92(13) does not speak to “Property and Civil Rights” located anywhere. It speaks only to “Property and Civil Rights in the Province”. And, to reiterate, it is, like all provincial heads of power, qualified by the opening words of s. 92: “In each Province”. The issue thus becomes how to determine whether an intangible, such as the cause of action constituting the pith and substance of the Act, is “in the Province”.

Churchill Falls dealt with a similar issue. In that case, McIntyre J. was confronted with a Newfoundland statute, the pith and substance of which was the modification of rights existing under a contract between Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited and Quebec Hydro-Electric Commission. Since the entity possessing those rights (namely, the Commission) was constituted in Quebec, and the parties had agreed that the Quebec courts had exclusive jurisdiction to adjudicate disputes concerning their contract, McIntyre J. regarded the rights created by that contract as situated in Quebec. The Newfoundland law that purported to modify them was thus invalid. It related to civil rights, but not to civil rights “in the Province”.

McIntyre J.’s approach to locating the civil rights constituting the pith and substance of the Newfoundland legislation illustrates the role, pointed out by Binnie J. in *Unifund*, at para. 63, that “the relationships among the enacting territory, the subject matter of the law, and the person[s] sought to

De par son caractère véritable, la Loi vise simplement la création d’une cause d’action civile. Plus particulièrement, il s’agit de la création d’une cause d’action civile par laquelle le gouvernement de la Colombie-Britannique peut chercher à être indemnisé de certains coûts qu’il a engagés au titre des soins de santé. Les causes d’action civile relèvent de la compétence législative provinciale conférée au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : « La propriété et les droits civils dans la province ». Voir *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 672.

Mais le par. 92(13) ne mentionne pas « la propriété et les droits civils » situés ailleurs. Son texte vise seulement la « propriété et les droits civils dans la province ». Et, je le répète, sa portée est atténuée, comme tous les chefs de compétence provinciale, par le passage liminaire de l’art. 92 : « Dans chaque province ». Il faut alors trouver une façon de déterminer si une matière intangible, telle que la cause d’action constituant le caractère véritable de la Loi, se situe « dans la province ».

L’arrêt *Churchill Falls* portait sur une question semblable. Dans cet arrêt, le juge McIntyre devait statuer sur une loi de Terre-Neuve qui, de par son caractère véritable, visait à modifier des droits existant en vertu d’un contrat conclu entre Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited et la Commission Hydro-Électrique du Québec. Puisque l’entité investie de ces droits (soit la Commission) était constituée au Québec et que les parties avaient convenu que les tribunaux du Québec avaient compétence exclusive pour trancher les différends concernant leur contrat, le juge McIntyre a considéré que les droits créés par cette entente étaient situés au Québec. La loi de Terre-Neuve qui visait à modifier ces droits était de ce fait invalide. En effet, elle se rapportait aux droits civils, mais non aux droits civils « dans la province ».

La méthode adoptée par le juge McIntyre pour localiser les droits civils constituant le caractère véritable de la loi terre-neuvienne illustre le rôle, signalé par le juge Binnie dans *Unifund*, par. 63, que jouent le « lien entre le territoire ayant légiféré, l’objet du texte de loi en cause et [les] personne[s]

32

33

34

35

be subjected to its regulation” play in determining the validity of legislation alleged to be impermissibly extra-territorial in scope. In *Churchill Falls*, an examination of those relationships indicated that the intangible civil rights constituting the pith and substance of the Newfoundland legislation at issue were not meaningfully connected to the legislating province, and could properly be the subject matter only of Quebec legislation. Put slightly differently, if the impugned Newfoundland legislation had been permitted to regulate those civil rights, neither of the purposes underlying s. 92’s territorial limitations would be respected. It followed that those civil rights should be regarded as located beyond the territorial scope of Newfoundland’s legislative competence under s. 92.

36

From the foregoing it can be seen that several analytical steps may be required to determine whether provincial legislation in pith and substance respects territorial limits on provincial legislative competence. The first step is to determine the pith and substance, or dominant feature, of the impugned legislation, and to identify a provincial head of power under which it might fall. Assuming a suitable head of power can be found, the second step is to determine whether the pith and substance respects the territorial limitations on that head of power — i.e., whether it is in the province. If the pith and substance is tangible, whether it is in the province is simply a question of its physical location. If the pith and substance is intangible, the court must look to the relationships among the enacting territory, the subject matter of the legislation and the persons made subject to it, in order to determine whether the legislation, if allowed to stand, would respect the dual purposes of the territorial limitations in s. 92 (namely, to ensure that provincial legislation has a meaningful connection to the enacting province and pays respect to the legislative sovereignty of other territories). If it would, the pith and substance of the legislation should be regarded as situated in the province.

37

Here, the cause of action that is the pith and substance of the Act serves exclusively to make the persons ultimately responsible for tobacco-related

qu’on entendait assujettir à celui-ci » dans la détermination de la validité d’une loi dont on allègue la portée indûment extraterritoriale. Dans *Churchill Falls*, l’examen de ce lien a révélé que les droits civils intangibles constituant le caractère véritable de la loi de Terre-Neuve en litige n’avaient pas de lien significatif avec la province ayant légiféré et qu’ils ne pouvaient valablement faire l’objet que d’une loi québécoise. En termes légèrement différents, si la loi terre-neuvienne contestée avait pu régler ces droits civils, aucun des objectifs qui sous-tendent les limites territoriales prévues à l’art. 92 n’auraient été respectés. Il s’ensuit que ces droits civils devaient être considérés comme se trouvant hors de la portée territoriale de la compétence législative de Terre-Neuve conférée par l’art. 92.

À la lumière de ce qui précède, on constate qu’une analyse en plusieurs étapes peut être nécessaire pour déterminer si, par son caractère véritable, une loi provinciale respecte les limites territoriales de la compétence législative provinciale. La première étape consiste à déterminer le caractère véritable, ou la caractéristique dominante, de la loi contestée, ainsi que le chef de compétence provinciale dont elle pourrait relever. En supposant qu’il soit possible d’établir le chef de compétence approprié, la deuxième étape consiste à déterminer si le caractère véritable respecte les limites territoriales de ce chef de compétence — c.-à-d., s’il se trouve dans la province. Si le caractère véritable est tangible, la question de savoir s’il se trouve dans la province se règle simplement sur la base de son emplacement physique. S’il est intangible, le tribunal doit examiner le lien entre le territoire ayant légiféré, l’objet du texte de loi en cause et les personnes qui y sont assujetties, afin de déterminer si la loi, dans le cas où elle est maintenue, respecte le double objet des limites territoriales prévues à l’art. 92 (à savoir s’assurer que la loi provinciale a un lien significatif avec la province qui l’adopte et qu’elle respecte la souveraineté législative des autres territoires). Le cas échéant, l’objet véritable de la loi devrait être considéré comme situé dans la province.

En l’espèce, la cause d’action qui constitue le caractère véritable de la Loi sert exclusivement à faire en sorte que les personnes ultimement

disease suffered by British Columbians — namely, the tobacco manufacturers who, through their wrongful acts, caused those British Columbians to be exposed to tobacco — liable for the costs incurred by the government of British Columbia in treating that disease. There are thus strong relationships among the enacting territory (British Columbia), the subject matter of the law (compensation for the government of British Columbia's tobacco-related health care costs) and the persons made subject to it (the tobacco manufacturers ultimately responsible for those costs), such that the Act can easily be said to be meaningfully connected to the province.

The Act respects the legislative sovereignty of other jurisdictions. Though the cause of action that is its pith and substance may capture, to some extent, activities occurring outside of British Columbia, no territory could possibly assert a stronger relationship to that cause of action than British Columbia. That is because there is at all times one critical connection to British Columbia exclusively: the recovery permitted by the action is in relation to expenditures by the government of British Columbia for the health care of British Columbians.

In assessing the Act's respect for the territorial limitations on British Columbia's legislative competence, the appellants and the Court of Appeal placed considerable emphasis on the question of whether, as a matter of statutory interpretation, the breach of duty by a manufacturer that is a necessary condition of its liability under the cause of action created by the Act must occur in British Columbia. That emphasis was undue, for two reasons.

First, the driving force of the Act's cause of action is compensation for the government of British Columbia's health care costs, not remediation of tobacco manufacturers' breaches of duty. While the Act makes the existence of a breach of duty one of several necessary conditions to a manufacturer's liability to the government, it is not the mischief

responsables des maladies liées au tabac dont souffrent les Britanno-Colombiens — à savoir les fabricants de produits du tabac qui, par leurs actes fautifs, ont exposé au tabac ces Britanno-Colombiens — deviennent responsables des frais engagés par le gouvernement de la Colombie-Britannique pour le traitement de ces maladies. Il existe donc un lien solide entre le territoire ayant légiféré (la Colombie-Britannique), l'objet de la loi (l'indemnisation pour les coûts des soins de santé liés au tabac engagés par le gouvernement de la Colombie-Britannique) et les personnes assujetties à cette loi (les fabricants de produits du tabac ultimement responsables de ces coûts). On peut alors conclure facilement à l'existence d'un lien significatif entre la Loi et la province.

La Loi respecte la souveraineté législative des autres ressorts. Bien que la cause d'action qui en constitue le caractère véritable puisse, dans une certaine mesure, viser des activités menées à l'extérieur de la Colombie-Britannique, aucun territoire autre que la Colombie-Britannique ne pourrait prétendre à l'existence d'un lien plus fort avec cette cause d'action. En effet, un lien critique et exclusif les unit en tout temps : le recouvrement qu'autorise l'action se rapporte aux dépenses engagées par le gouvernement de la Colombie-Britannique pour les soins de santé des Britanno-Colombiens.

Pour déterminer si la Loi respecte les limites territoriales de la compétence législative de la Colombie-Britannique, les appelants et la Cour d'appel ont fortement insisté sur la question de savoir si, sur le plan de l'interprétation législative, le manquement à une obligation par un fabricant, qui est une condition nécessaire à sa responsabilité suivant la cause d'action créée par la Loi, doit survenir en Colombie-Britannique. Cette insistance était excessive, et ce pour deux raisons.

Premièrement, l'élément déterminant de la cause d'action créée par la Loi demeure l'indemnisation des coûts engagés par le gouvernement de la Colombie-Britannique au titre des soins de santé, et non la correction des manquements aux obligations des fabricants de produits du tabac. La Loi fait de l'existence d'une violation d'une obligation une des

38

39

40

at which the cause of action created by the Act is aimed. The Act leaves breaches of duty to be remedied by the law that gives rise to the duty. Thus, the breaches of duty to which the Act refers are of subsidiary significance to the cause of action created by it, and the locations where those breaches might occur have little or no bearing on the strength of the relationship between the cause of action and the enacting jurisdiction.

diverses conditions préalables à l'établissement de la responsabilité du fabricant envers le gouvernement, mais ce n'est pas cette faute que vise la cause d'action créée par la Loi. La Loi laisse la réparation des manquements à une telle obligation aux dispositions législatives qui sont à l'origine de cette obligation. Ainsi, les manquements à une obligation auxquels renvoie la Loi ont, pour la cause d'action qu'elle crée, une importance secondaire, et le lieu où ces manquements pourraient survenir a peu de rapport, sinon aucun, avec la force du lien qui existe entre la cause d'action et le territoire ayant légiféré.

41 Second, and in any event, the only relevant breaches under the Act are breaches of duties (or obligations) owed "to persons in British Columbia" (s. 1(1) "tobacco related wrong" and s. 3(1)(a) that give rise to health care expenditures by the government of British Columbia. Thus, even if the existence of a breach of duty were the central element of the Act's cause of action (it is not), the cause of action would remain strongly related to British Columbia.

Ensuite, et en tout état de cause, seuls sont pertinents pour l'application de la Loi les manquements à des obligations envers [TRADUCTION] « des personnes en Colombie-Britannique » (par. 1(1) « faute d'un fabricant » et l'al. 3(1)a) qui sont à l'origine des dépenses engagées par le gouvernement de la Colombie-Britannique au titre des soins de santé. Donc, même si l'existence d'un manquement à une obligation était l'élément central de la cause d'action créée par la Loi (ce qu'elle n'est pas), cette dernière demeurerait fortement liée à la Colombie-Britannique.

42 The question of whether other matters, such as exposure and disease, to which the Act refers, must occur or arise in British Columbia is equally or more irrelevant to the Act's validity. Those matters too are conditions precedent to success in an action brought pursuant to the Act and of subsidiary significance to it.

La question de savoir si d'autres éléments mentionnés dans la Loi, tels que l'exposition et la maladie, doivent survenir en Colombie-Britannique s'avère autant, sinon plus, dépourvue de pertinence pour la validité de la Loi. Ces éléments appartiennent aussi aux conditions préalables au succès d'une action intentée en vertu de la Loi et leur importance demeure secondaire quant à la validité de la Loi.

43 It follows that the cause of action that constitutes the pith and substance of the Act is properly described as located "in the Province". The Act is not invalid by reason of extra-territoriality, being in pith and substance legislation in relation "Property and Civil Rights in the Province" under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

Il s'ensuit que la cause d'action qui constitue le caractère véritable de la Loi est à juste titre décrite comme se trouvant « dans la province ». La Loi n'est pas invalide pour cause d'extraterritorialité puisqu'elle est, par son caractère véritable, liée à la « propriété et les droits civils dans la province » aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

B. *Judicial Independence*

B. *L'indépendance judiciaire*

44 Judicial independence is a "foundational principle" of the Constitution reflected in s. 11(d) of

L'indépendance judiciaire est reconnue comme un « principe fondamental » de la Constitution qui

the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in both ss. 96-100 and the preamble to the *Constitution Act, 1867: Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 109. It serves “to safeguard our constitutional order and to maintain public confidence in the administration of justice”: *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35, at para. 29. See also *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42, at paras. 80-81.

Judicial independence consists essentially in the freedom “to render decisions based solely on the requirements of the law and justice”: *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 37. It requires that the judiciary be left free to act without improper “interference from any other entity” (*Ell*, at para. 18) — i.e., that the executive and legislative branches of government not “impinge on the essential ‘authority and function’ . . . of the court” (*MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at p. 828). See also *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 686-87; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at pp. 73 and 75; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at pp. 152-54; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57, at para. 57; and *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 87.

Security of tenure, financial security and administrative independence are the three “core characteristics” or “essential conditions” of judicial independence: *Valente*, at pp. 694, 704 and 708, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, at para. 115. It is a precondition to judicial independence that they be maintained, and be seen by “a reasonable person who is fully informed of all the circumstances” to be maintained: *Mackin*, at paras. 38 and 40, and *Provincial Court Judges’ Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44, at para. 6.

se reflète à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu’aux art. 96 à 100 et dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867: Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 109. Elle est un moyen de « préserver notre ordre constitutionnel et de maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice » : *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35, par. 29. Voir aussi *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42, par. 80-81.

L’indépendance judiciaire consiste essentiellement en la liberté « de rendre des décisions que seules les exigences du droit et de la justice inspirent » : *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 37. Elle requiert que les juges soient libres d’agir sans « ingérence [indue] de la part de quelque autre entité » (*Ell*, par. 18) — c.-à-d. que les pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement ne doivent pas « empiéter sur les “pouvoirs et fonctions” essentiels du tribunal » (*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, p. 828). Voir aussi *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 686-687; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 73 et 75; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 152-154; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57, par. 57; et *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 87.

L’inamovibilité, la sécurité financière et l’indépendance administrative constituent les trois « caractéristiques essentielles » ou « conditions essentielles » de l’indépendance judiciaire : *Valente*, p. 694, 704 et 708, et *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, par. 115. Leur maintien est indispensable à l’indépendance judiciaire. Il faut qu’« une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances » les perçoive comme étant sauvegardées : *Mackin*, par. 38 et 40, et *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44, par. 6.

45

46

47 However, even where the essential conditions of judicial independence exist, and are reasonably seen to exist, judicial independence itself is not necessarily ensured. The critical question is whether the court is free, and reasonably seen to be free, to perform its adjudicative role without interference, including interference from the executive and legislative branches of government. See, for example, *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at paras. 82-92.

48 The appellants submit that the Act violates judicial independence, both in reality and appearance, because it contains rules of civil procedure that fundamentally interfere with the adjudicative role of the court hearing an action brought pursuant to the Act. They point to s. 3(2), which they say forces the court to make irrational presumptions, and to ss. 2(5)(a), 2(5)(b) and 2(5)(c), which they say subvert the court's ability to discover relevant facts. They say that these rules impinge on the court's fact-finding function, and virtually guarantee the government's success in an action brought pursuant to the Act.

49 The rules in the Act with which the appellants take issue are not as unfair or illogical as the appellants submit. They appear to reflect legitimate policy concerns of the British Columbia legislature regarding the systemic advantages tobacco manufacturers enjoy when claims for tobacco-related harm are litigated through individualistic common law tort actions. That, however, is beside the point. The question is not whether the Act's rules are unfair or illogical, nor whether they differ from those governing common law tort actions, but whether they interfere with the courts' adjudicative role, and thus judicial independence.

50 The primary role of the judiciary is to interpret and apply the law, whether procedural or

Or, même lorsque les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire existent, et qu'elles sont raisonnablement perçues comme telles, l'indépendance judiciaire elle-même n'est pas nécessairement assurée. La question critique est de savoir si la cour est libre, et raisonnablement perçue comme étant libre, d'exercer sa fonction juridictionnelle sans ingérence de la part de qui que ce soit, y compris des pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement. Voir, par exemple, *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 82-92.

Les appelants soutiennent que la Loi viole l'indépendance judiciaire, tant dans les faits qu'en apparence, parce qu'elle contient des règles de procédure civile qui nuisent à la fonction juridictionnelle du tribunal saisi d'une action intentée sous le régime de la Loi. Ils attirent l'attention sur le par. 3(2) qui, affirment-ils, oblige le tribunal à tirer des présomptions irrationnelles, et sur les al. 2(5)a), b) et c) qui, selon eux, empêchent le tribunal de découvrir certains faits pertinents. Ils prétendent que ces règles empiètent sur la fonction d'appréciation des faits par le tribunal et qu'elles garantissent pratiquement que le gouvernement aura gain de cause dans une action intentée en vertu de la Loi.

Les règles prévues par la Loi que contestent les appelants ne sont pas aussi injustes ou illogiques que ceux-ci le prétendent. Elles semblent faire écho à des préoccupations d'intérêt général légitimes de la législature de la Colombie-Britannique à l'égard des avantages systémiques dont bénéficient les fabricants de produits du tabac lorsque des réclamations relatives aux méfaits du tabac sont soumises aux tribunaux par voie d'action de common law individuelle en responsabilité civile. Là n'est toutefois pas la question. Il ne s'agit pas de déterminer si les règles prévues par la Loi sont injustes ou illogiques, ni si elles diffèrent de celles régissant les actions de common law en responsabilité civile, mais plutôt si elles interfèrent avec la fonction juridictionnelle des tribunaux et, partant, à l'indépendance judiciaire.

Le rôle principal des tribunaux est d'interpréter et d'appliquer le droit, qu'il soit procédural ou

substantive, to the cases brought before it. It is to hear and weigh, in accordance with the law, evidence that is relevant to the legal issues confronted by it, and to award to the parties before it the available remedies.

The judiciary has some part in the development of the law that its role requires it to apply. Through, for example, its interpretation of legislation, review of administrative decisions and assessment of the constitutionality of legislation, it may develop the law significantly. It may also make incremental developments to its body of previous decisions — i.e., the common law — in order to bring the legal rules those decisions embody “into step with a changing society”: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 666. See also *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at paras. 91-92. But the judiciary’s role in developing the law is a relatively limited one. “[I]n a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform”: *Salituro*, at p. 670.

It follows that the judiciary’s role is not, as the appellants seem to submit, to apply only the law of which it approves. Nor is it to decide cases with a view simply to what the judiciary (rather than the law) deems fair or pertinent. Nor is it to second-guess the law reform undertaken by legislators, whether that reform consists of a new cause of action or procedural rules to govern it. Within the boundaries of the Constitution, legislatures can set the law as they see fit. “The wisdom and value of legislative decisions are subject only to review by the electorate”: *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 59.

In essence, the appellants’ arguments misapprehend the nature and scope of the courts’ adjudicative role protected from interference by the Constitution’s guarantee of judicial independence. To accept their position on that adjudicative role would be to recognize a constitutional

substantif, aux affaires qui leurs sont soumises. Ils doivent entendre et apprécier, conformément à la loi, la preuve pertinente aux questions de droit qui leurs sont posées et accorder aux parties les réparations qui s’offrent à eux.

Les tribunaux participent dans une certaine mesure à l’évolution du droit qu’il leur appartient d’appliquer. Grâce, par exemple, à l’interprétation qu’ils donnent aux lois, au contrôle qu’ils exercent sur les décisions administratives et à l’évaluation qu’ils font de la constitutionnalité des lois, ils peuvent grandement faire avancer le droit. Ils peuvent aussi faire évoluer progressivement l’ensemble des décisions antérieures — c.-à-d., la common law — afin d’adapter les règles de droit qu’elles comportent « aux changements sociaux » : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 666. Voir également *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 91 et 92. Mais le rôle des tribunaux dans l’évolution du droit reste relativement limité. « [E]n régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c’est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale » : *Salituro*, p. 670.

Il s’ensuit que le rôle des tribunaux n’est pas, comme les appelants semblent le prétendre, d’appliquer seulement le droit qu’ils approuvent. Il ne s’agit pas non plus pour eux de rendre des décisions simplement à la lumière de ce qu’ils (plutôt que le droit) estiment juste ou pertinent. Leur rôle ne consiste pas d’avantage à remettre en question la réforme du droit entreprise par le législateur, bien qu’elle introduise une nouvelle cause d’action ou des règles de procédure la régissant. Dans les limites de la Constitution, les législatures peuvent définir le droit comme bon leur semble. « Seuls les électeurs peuvent débattre de la sagesse et de la valeur des décisions législatives » : *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 59.

Essentiellement, les arguments des appelants reflètent mal la nature et la portée de la fonction juridictionnelle des tribunaux, protégée de l’ingérence par la garantie d’indépendance judiciaire prévue dans la Constitution. Accepter leur point de vue sur cette fonction juridictionnelle reviendrait à

51

52

53

guarantee not of judicial independence, but of judicial governance.

reconnaître une garantie constitutionnelle, non pas à l'indépendance judiciaire, mais à la gouvernance judiciaire.

54 None of this is to say that legislation, being law, can never unconstitutionally interfere with courts' adjudicative role. But more is required than an allegation that the content of the legislation required to be applied by that adjudicative role is irrational or unfair, or prescribes rules different from those developed at common law. The legislation must interfere, or be reasonably seen to interfere, with the courts' adjudicative role, or with the essential conditions of judicial independence. As McLachlin C.J. stated in *Babcock*, at para. 57:

Cela ne signifie pas qu'une loi, en tant que règle de droit, ne peut jamais faire inconstitutionnellement obstacle à la fonction juridictionnelle des tribunaux. Mais il faut plus qu'une allégation selon laquelle le contenu de la loi dont l'application relève de la fonction juridictionnelle est illogique ou injuste, ou que la loi prescrit des règles différentes de celles établies en common law. La loi doit faire obstacle, ou être raisonnablement perçue comme faisant obstacle, à la fonction juridictionnelle des tribunaux ou aux conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. Dans ses motifs, la juge en chef McLachlin affirme ce qui suit dans *Babcock*, par. 57 :

It is well within the power of the legislature to enact laws, even laws which some would consider draconian, as long as it does not fundamentally alter or interfere with the relationship between the courts and the other branches of government.

La législature a entièrement compétence pour édicter des lois — et même des lois que certains peuvent considérer draconiennes —, à condition de ne pas nuire ni faire obstacle sous un aspect fondamental aux rapports entre les tribunaux et les autres composantes du gouvernement.

55 No such fundamental alteration or interference was brought about by the legislature's enactment of the Act. A court called upon to try an action brought pursuant to the Act retains at all times its adjudicative role and the ability to exercise that role without interference. It must independently determine the applicability of the Act to the government's claim, independently assess the evidence led to support and defend that claim, independently assign that evidence weight, and then independently determine whether its assessment of the evidence supports a finding of liability. The fact that the Act shifts certain onuses of proof or limits the compellability of information that the appellants assert is relevant does not in any way interfere, in either appearance or fact, with the court's adjudicative role or any of the essential conditions of judicial independence. Judicial independence can abide unconventional rules of civil procedure and evidence.

L'édiction de la Loi par la législature n'a porté atteinte à aucun aspect fondamental de la fonction juridictionnelle des tribunaux. Un tribunal appelé à instruire une action introduite sous le régime de la Loi conserve en tout temps sa fonction juridictionnelle et sa capacité d'exercer cette fonction sans ingérence. Il doit statuer de façon indépendante sur l'applicabilité de la Loi à la demande présentée par le gouvernement, comme il doit apprécier de façon indépendante les éléments de preuve soumis à l'appui et à l'encontre de cette demande. Il doit aussi évaluer de façon indépendante le poids de cette preuve, et alors il doit déterminer, de la même manière, si son appréciation de la preuve justifie une conclusion de responsabilité. Le fait que la Loi déplace certains fardeaux de la preuve, ou qu'elle limite la contraignabilité à l'égard de renseignements que les appelants estiment pertinents, ne fait en aucun cas obstacle, ni en apparence ni en réalité, à la fonction juridictionnelle du tribunal ou à l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. L'indépendance judiciaire peut s'accommoder de l'introduction de règles de procédure civile et de preuve novatrices.

The appellants' submission that the Act violates the independence of the judiciary and is therefore unconstitutional fails for the reasons stated above.

C. *Rule of Law*

The rule of law is "a fundamental postulate of our constitutional structure" (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 142) that lies "at the root of our system of government" (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 70). It is expressly acknowledged by the preamble to the *Constitution Act, 1982*, and implicitly recognized in the preamble to the *Constitution Act, 1867*: see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 750.

This Court has described the rule of law as embracing three principles. The first recognizes that "the law is supreme over officials of the government as well as private individuals, and thereby preclusive of the influence of arbitrary power": *Reference re Manitoba Language Rights*, at p. 748. The second "requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order": *Reference re Manitoba Language Rights*, at p. 749. The third requires that "the relationship between the state and the individual . . . be regulated by law": *Reference re Secession of Quebec*, at para. 71.

So understood, it is difficult to conceive of how the rule of law could be used as a basis for invalidating legislation such as the Act based on its content. That is because none of the principles that the rule of law embraces speak directly to the terms of legislation. The first principle requires that legislation be applied to all those, including government officials, to whom it, by its terms, applies. The second principle means that legislation must exist. And the third principle, which overlaps somewhat with the first and second, requires that state officials' actions be legally founded. See R. Elliot, "References, Structural Argumentation and the

Pour ces raisons, la prétention des appelants selon laquelle la Loi viole l'indépendance des tribunaux et qu'elle est donc inconstitutionnelle ne saurait être retenue.

C. *La primauté du droit*

La primauté du droit constitue [TRADUCTION] « un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle » (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 142) qui repose « à la base de notre système de gouvernement » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 70). Elle est reconnue de manière explicite dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et de manière implicite dans celui de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 750.

La Cour a décrit la primauté du droit comme embrassant trois principes. Le premier reconnaît que « le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire » : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 748. Le deuxième « exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif » : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 749. Selon le troisième, « les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 71.

Lorsqu'on l'interprète de cette manière, il est difficile de concevoir que la primauté du droit puisse servir à invalider une loi comme celle qui nous occupe en raison de son contenu. Cela tient au fait qu'aucun des principes qu'embrasse la primauté du droit ne vise directement les termes de la loi. Le premier principe requiert que les lois soient appliquées à tous ceux, incluant les représentants gouvernementaux, à qui, de par leur libellé, elles doivent s'appliquer. Le deuxième principe signifie que les lois doivent exister. Quant au troisième principe, lequel chevauche dans une certaine mesure le premier et le deuxième, il exige que les

56

57

58

59

Organizing Principles of Canada's Constitution" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 67, at pp. 114-15.

mesures prises par les représentants de l'État s'appuient sur des lois. Voir R. Elliot, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution » (2001), 80 *R. du B. can.* 67, p. 114-115.

60

This does not mean that the rule of law as described by this Court has no normative force. As McLachlin C.J. stated in *Babcock*, at para. 54, "unwritten constitutional principles", including the rule of law, "are capable of limiting government actions". See also *Reference re Secession of Quebec*, at para. 54. But the government action constrained by the rule of law as understood in *Reference re Manitoba Language Rights* and *Reference re Secession of Quebec* is, by definition, usually that of the executive and judicial branches. Actions of the legislative branch are constrained too, but only in the sense that they must comply with legislated requirements as to manner and form (i.e., the procedures by which legislation is to be enacted, amended and repealed).

Cela ne signifie pas que la primauté du droit, telle que décrite par cette Cour, n'a aucune force normative. Comme l'a affirmé la juge en chef McLachlin dans *Babcock*, par. 54, les « principes constitutionnels non écrits », incluant la primauté du droit, « [peuvent] limiter les actes du gouvernement ». Voir aussi *Renvoi sur la sécession du Québec*, par. 54. Mais les actes du gouvernement que limite la primauté du droit, comme l'entendent le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* et le *Renvoi sur la sécession du Québec*, sont habituellement, par définition, ceux des pouvoirs exécutif et judiciaire. Les actes du pouvoir législatif sont aussi limités, mais seulement dans le sens où ils doivent respecter des conditions légales de manière et de forme (c.-à-d., les procédures d'adoption, de modification et d'abrogation des lois).

61

Nonetheless, considerable debate surrounds the question of what *additional* principles, if any, the rule of law might embrace, and the extent to which *they* might mandate the invalidation of legislation based on its content. P. W. Hogg and C. F. Zwibel write in "The Rule of Law in the Supreme Court of Canada" (2005), 55 *U.T.L.J.* 715, at pp. 717-18:

Il reste que la question de savoir quels *autres* principes, s'il en est, la primauté du droit devrait embrasser, et dans quelle mesure *ils* pourraient entraîner l'invalidation d'une loi en raison de son contenu, soulève beaucoup de controverse. À ce propos, P. W. Hogg et C. F. Zwibel ont écrit ces commentaires dans « The Rule of Law in the Supreme Court of Canada » (2005), 55 *U.T.L.J.* 715, p. 717-718 :

Many authors have tried to define the rule of law and to explain its significance, or lack thereof. Their views spread across a wide spectrum. . . . T.R.S. Allan, for example, claims that laws that fail to respect the equality and human dignity of individuals are contrary to the rule of law. Luc Tremblay asserts that the rule of law includes the liberal principle, the democratic principle, the constitutional principle, and the federal principle. For Allan and Tremblay, the rule of law demands not merely that positive law be obeyed but that it embody a particular vision of social justice. Another strong version comes from David Beatty, who argues that the 'ultimate rule of law' is a principle of 'proportionality' to which all laws must conform on pain of invalidity (enforced by judicial review). In the middle of the

[TRADUCTION] De nombreux auteurs ont tenté de définir la primauté du droit et d'expliquer son importance ou son manque d'importance. Leurs vues couvrent un large spectre. [. . .] Selon T.R.S. Allan par exemple, les lois qui ne respectent pas l'égalité et la dignité humaine des personnes sont contraires à la primauté du droit. Luc Tremblay affirme que la primauté du droit inclut le principe libéral, le principe démocratique, le principe constitutionnel et le principe fédéral. Pour Allan et Tremblay, la primauté du droit n'exige pas simplement le respect du droit positif, mais l'intégration d'une certaine vision de justice sociale. David Beatty propose une autre conception importante en soutenant que l'« absolue primauté du droit » est un principe de « proportionnalité » auquel toutes les lois doivent se

spectrum are those who, like Joseph Raz, accept that the rule of law is an ideal of constitutional legality, involving open, stable, clear, and general rules, even-handed enforcement of those laws, the independence of the judiciary, and judicial review of administrative action. Raz acknowledges that conformity to the rule of law is often a matter of degree, and that breaches of the rule of law do not lead to invalidity.

See also W. J. Newman, “The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation” (2005), 16 *N.J.C.L.* 175, at pp. 177-80.

This debate underlies Strayer J.A.’s apt observation in *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185 (C.A.), at para. 33, that “[a]dvocates tend to read into the principle of the rule of law anything which supports their particular view of what the law should be.”

The appellants’ conceptions of the rule of law can fairly be said to fall at one extreme of the spectrum of possible conceptions and to support Strayer J.A.’s thesis. They submit that the rule of law requires that legislation: (1) be prospective; (2) be general in character; (3) not confer special privileges on the government, except where necessary for effective governance; and (4) ensure a fair civil trial. And they argue that the Act breaches each of these requirements, rendering it invalid.

A brief review of this Court’s jurisprudence will reveal that none of these requirements enjoy constitutional protection in Canada. But before embarking on that review, it should be said that acknowledging the constitutional force of anything resembling the appellants’ conceptions of the rule of law would seriously undermine the legitimacy of judicial review of legislation for constitutionality. That is so for two separate but interrelated reasons.

conformer sous peine d’invalidité (mise en œuvre par un contrôle judiciaire). Au milieu du spectre se situent ceux qui, à l’instar de Joseph Raz, admettent que la primauté du droit représente un idéal de légalité constitutionnelle qui suppose des règles de droit transparentes, stables, claires et générales, l’impartialité de leur application, l’indépendance des tribunaux et le contrôle judiciaire des actes administratifs. Raz reconnaît que le respect de la primauté du droit est souvent une question de degré, et que le manquement à ce principe ne mène pas à l’invalidité.

Voir également W. J. Newman, « The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation » (2005), 16 *R.N.D.C.* 175, p. 177-180.

Ce débat souligne le caractère judicieux d’une remarque du juge Strayer dans *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185 (C.A.), par. 33, selon qui « [c]eux qui prônent ou défendent quelque chose en particulier tendent à voir dans le principe de la primauté du droit tout ce qui conforte leur vue de ce que doit être la loi. »

Il est possible d’affirmer en toute objectivité que les conceptions qu’offrent les appelants de la primauté du droit se situent à l’une des extrémités du spectre des conceptions possibles. Elles valident ainsi la remarque du juge Strayer. Les appelants plaident en effet que la primauté du droit exige que la loi (1) soit prospective, (2) qu’elle soit de nature générale, (3) qu’elle ne confère aucun privilège spécial au gouvernement, sauf pour les besoins d’une gouvernance efficace, et (4) qu’elle assure un procès équitable au civil. Ils soutiennent alors que la Loi contrevient à chacune de ces exigences, ce qui la rendrait invalide.

Un bref examen de la jurisprudence de notre Cour révélera qu’aucune de ces exigences ne jouit d’une protection constitutionnelle au Canada. Mais, avant de s’engager dans cet examen, il importe de noter que le fait de reconnaître la valeur constitutionnelle de conceptions de la primauté du droit analogues à celles que défendent les appelants compromettrait gravement la légitimité du contrôle judiciaire des lois fondé sur la Constitution. Deux raisons distinctes, mais interreliées, expliquent cette conclusion.

62

63

64

65

First, many of the requirements of the rule of law proposed by the appellants are simply broader versions of rights contained in the *Charter*. For example, the appellants' proposed fair trial requirement is essentially a broader version of s. 11(d) of the *Charter*, which provides that "[a]ny person charged with an offence has the right . . . to . . . a fair and public hearing." But the framers of the *Charter* enshrined that fair trial right only for those "charged with an offence." If the rule of law constitutionally required that all legislation provide for a fair trial, s. 11(d) and its relatively limited scope (not to mention its qualification by s. 1) would be largely irrelevant because *everyone* would have the unwritten, but constitutional, right to a "fair . . . hearing". (Though, as explained in para. 76, the Act provides for a fair trial in any event.) Thus, the appellants' conception of the unwritten constitutional principle of the rule of law would render many of our written constitutional rights redundant and, in doing so, undermine the delimitation of those rights chosen by our constitutional framers. That is specifically what this Court cautioned against in *Reference re Secession of Quebec*, at para. 53:

Given the existence of these underlying constitutional principles, what use may the Court make of them? In [*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*], at paras. 93 and 104, we cautioned that the recognition of these constitutional principles . . . could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution. On the contrary, we confirmed that there are compelling reasons to insist upon the primacy of our written constitution. A written constitution promotes legal certainty and predictability, and it provides a foundation and a touchstone for the exercise of constitutional judicial review. [Emphasis added.]

66

Second, the appellants' arguments overlook the fact that several constitutional principles other than the rule of law that have been recognized by this Court — most notably democracy and constitutionalism — very strongly favour upholding the validity of legislation that conforms to the express

D'une part, plusieurs des exigences de la primauté du droit proposées par les appelants sont simplement des versions élargies des droits protégés par la *Charte*. Par exemple, l'exigence relative à la tenue d'un procès équitable que proposent les appelants constitue essentiellement une version élargie de l'al. 11d) de la *Charte*, qui dispose que « [t]out inculpé a le droit [. . .] à [. . .] un procès public et équitable. » Mais les rédacteurs de la *Charte* ont garanti ce droit à un procès équitable aux seules personnes « inculpées ». Si la primauté du droit exigeait sur le plan constitutionnel que toutes les lois prévoient la tenue d'un procès équitable, cette exigence priverait l'al. 11d), dont la portée est relativement limitée (sans compter la restriction apportée par l'article premier), d'une grande partie de sa pertinence parce que *tous* auraient le droit, non écrit mais constitutionnel, à un « procès [. . .] équitable ». (Bien que, comme je l'indique au par. 76, la Loi prévoit de toute manière la tenue d'un procès équitable.) Ainsi, la conception qu'ont les appelants du principe constitutionnel non écrit de la primauté du droit rendrait superflu un bon nombre de nos droits constitutionnels écrits. Elle compromettrait ainsi la délimitation de ces droits établie par les rédacteurs de notre Constitution. Ces difficultés expliquent la prudence recommandée par notre Cour à ce propos dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, par. 53 :

Étant donné l'existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser? Dans le [*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*], aux par. 93 et 104, nous avons apporté la réserve que la reconnaissance de ces principes constitutionnels [. . .] n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu'il existe des raisons impératives d'insister sur la primauté de notre Constitution écrite. Une constitution écrite favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle. [Je souligne.]

D'autre part, les arguments des appelants ne tiennent pas compte du fait que plusieurs principes constitutionnels autres que la primauté du droit reconnus par notre Cour — plus particulièrement, la démocratie et le constitutionnalisme — militent très fortement en faveur de la confirmation de la

terms of the Constitution (and to the requirements, such as judicial independence, that flow by necessary implication from those terms). Put differently, the appellants' arguments fail to recognize that in a constitutional democracy such as ours, protection from legislation that some might view as unjust or unfair properly lies not in the amorphous underlying principles of our Constitution, but in its text and the ballot box. See *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.* (1999), 180 Sask. R. 20 (C.A.), at para. 30; Elliot, at pp. 141-42; Hogg and Zwibel, at p. 718; and Newman, at p. 187.

The rule of law is not an invitation to trivialize or supplant the Constitution's written terms. Nor is it a tool by which to avoid legislative initiatives of which one is not in favour. On the contrary, it requires that courts give effect to the Constitution's text, and apply, by whatever its terms, legislation that conforms to that text.

A review of the cases showing that each of the appellants' proposed requirements of the rule of law has, as a matter of precedent and policy, no constitutional protection is conclusive of the appellants' rule of law arguments.

(1) Prospectivity in the Law

Except for criminal law, the retrospectivity and retroactivity of which is limited by s. 11(g) of the *Charter*, there is no requirement of legislative prospectivity embodied in the rule of law or in any provision of our Constitution. Professor P. W. Hogg sets out the state of the law accurately (in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 48-29):

Apart from s. 11(g), Canadian constitutional law contains no prohibition of retroactive (or ex post facto) laws. There is a presumption of statutory interpretation that a statute should not be given retroactive effect, but, if the retroactive effect is clearly expressed, then there is no room for interpretation and the statute is effective according to its terms. Retroactive statutes are in fact common.

validité des lois qui respectent les termes exprès de la Constitution (et les exigences, telles que l'indépendance judiciaire, qui découlent de ces termes par déduction nécessaire). Autrement dit, les arguments soulevés par les appelants ne reconnaissent pas que, dans une démocratie constitutionnelle telle que la nôtre, la protection contre une loi que certains pourraient considérer injuste ou inéquitable ne réside pas dans les principes amorphes qui sous-tendent notre Constitution, mais dans son texte et dans l'urne électorale. Voir *Bacon c. Saskatchewan Crop Insurance Corp.* (1999), 180 Sask. R. 20 (C.A.), par. 30; Elliot, p. 141-142; Hogg et Zwibel, p. 718; et Newman, p. 187.

La primauté du droit n'est pas une invitation à banaliser ou à remplacer les termes écrits de la Constitution. Il ne s'agit pas non plus d'un instrument permettant à celui qui s'oppose à certaines mesures législatives de s'y soustraire. Au contraire, elle exige des tribunaux qu'ils donnent effet au texte constitutionnel, et qu'ils appliquent, quels qu'en soient les termes, les lois qui s'y conforment.

Un examen des décisions montrant que chacune des exigences proposées par les appelants à l'égard de la primauté du droit ne jouit, en jurisprudence, d'aucune protection constitutionnelle met un terme à leurs arguments à ce sujet.

(1) Le caractère prospectif de la Loi

Sauf en droit criminel, où l'al. 11g) de la *Charte* limite le caractère rétrospectif et la rétroactivité de la législation, le principe de la primauté du droit et les dispositions de notre Constitution n'exigent aucunement que les lois aient seulement un caractère rétrospectif. Le professeur P. W. Hogg expose avec précision l'état du droit sur ce point (dans *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 48-29) :

[TRADUCTION] Sous réserve de l'al. 11g), le droit constitutionnel canadien n'interdit pas la rétroactivité (ex post facto) des lois. En matière d'interprétation législative, il faut présumer qu'une loi n'a pas d'effet rétroactif, mais si cet effet est clairement exprimé, il n'y a alors place à aucune interprétation et la loi prend effet au moment prévu. Les lois rétroactives sont en fait courantes.

67

68

69

70

Hence, in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1192, La Forest J., writing for a majority of this Court, characterized a retroactive tax as “not constitutionally barred”. And in *Cusson v. Robidoux*, [1977] 1 S.C.R. 650, at p. 655, Pigeon J., for a unanimous Court, said that it would be “untenable” to suggest that legislation reviving actions earlier held by this Court (in *Notre-Dame Hospital v. Patry*, [1975] 2 S.C.R. 388) to be time-barred was unconstitutional.

Ainsi, dans *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, p. 1193, le juge La Forest, s’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour, a affirmé « que la Constitution n’interdit pas » l’adoption d’une taxe rétroactive. Et dans *Cusson c. Robidoux*, [1977] 1 R.C.S. 650, p. 655, le juge Pigeon a écrit, au nom de la Cour, qu’il serait « futile » de laisser croire qu’une loi est inconstitutionnelle parce qu’elle fait revivre des actions déjà jugées prescrites par notre Cour (dans *Hôpital Notre-Dame c. Patry*, [1975] 2 R.C.S. 388).

71

The absence of a general requirement of legislative prospectivity exists despite the fact that retroactive and retrospective legislation can overturn settled expectations and is sometimes perceived as unjust: see E. Edinger, “Retrospectivity in Law” (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 5, at p. 13. Those who perceive it as such can perhaps take comfort in the rules of statutory interpretation that require the legislature to indicate clearly any desired retroactive or retrospective effects. Such rules ensure that the legislature has turned its mind to such effects and “determined that the benefits of retroactivity [or retrospectivity] outweigh the potential for disruption or unfairness”: *Landgraf v. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994), at p. 268.

Il n’existe aussi aucune exigence générale que la législation ait une portée uniquement prospective, même si une loi rétrospective et rétroactive peut renverser des attentes bien établies et être parfois perçue comme étant injuste : voir E. Edinger, « Retrospectivity in Law » (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 5, p. 13. Ceux qui partagent cette perception seront peut-être rassurés par les règles d’interprétation législative qui imposent au législateur d’indiquer clairement les effets rétroactifs ou rétrospectifs souhaités. Ces règles garantissent que le législateur a réfléchi aux effets souhaités et [TRADUCTION] « a conclu que les avantages de la rétroactivité [ou du caractère rétrospectif] l’emportent sur les possibilités de perturbation ou d’iniquité » : *Landgraf c. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994), p. 268.

72

It might also be observed that developments in the common law have always had retroactive and retrospective effect. Lord Nicholls recently explained this point in *In re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] 3 W.L.R. 58, [2005] UKHL 41, at para. 7:

A court ruling which changes the law from what it was previously thought to be operates retrospectively as well as prospectively. The ruling will have a retrospective effect so far as the parties to the particular dispute are concerned, as occurred with the manufacturer of the ginger beer in *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562. When Mr Stevenson manufactured and bottled and sold his ginger beer the law on manufacturers’ liability as generally understood may have been as stated by the majority of the Second Division of the Court of Session and the minority of their Lordships in that case. But in the claim Mrs Donoghue brought against Mr Stevenson his legal obligations fell to be decided in accordance

Il convient aussi de faire remarquer que la jurisprudence en common law a toujours eu un effet à la fois rétroactif et rétrospectif. Lord Nicholls a récemment expliqué ce point dans *In Re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] 3 W.L.R. 58, [2005] UKHL 41, par. 7 :

[TRADUCTION] Une décision judiciaire qui modifie le droit tel qu’on le connaissait jusqu’alors s’applique d’une façon rétrospective aussi bien que prospective. La décision aura un effet rétrospectif dans la mesure où les parties en litige sont concernées, comme c’était le cas du fabricant de bière au gingembre dans *Donoghue c. Stevenson* [1932] AC 562. Lorsque M. Stevenson a fabriqué, embouteillé et vendu sa bière au gingembre, l’interprétation généralement donnée à la loi sur la responsabilité des fabricants aurait pu être celle que lui ont donnée les juges majoritaires de la deuxième division de la Cour de session et la minorité des lords juges dans cette affaire. Mais dans l’action intentée par

with Lord Atkin's famous statements. Further, because of the doctrine of precedent the same would be true of everyone else whose case thereafter came before a court. Their rights and obligations would be decided according to the law as enunciated by the majority of the House of Lords in that case even though the relevant events occurred before that decision was given.

This observation adds further weight, if needed, to the view that retrospectivity and retroactivity do not generally engage constitutional concerns.

(2) Generality in the Law, Ordinary Law for the Government and Fair Civil Trials

Two decisions of this Court defeat the appellants' submission that the Constitution, through the rule of law, requires that legislation be general in character and devoid of special advantages for the government (except where necessary for effective governance), as well as that it ensure a fair civil trial.

The first is *Air Canada*. In it, a majority of this Court affirmed the constitutionality of 1981 amendments to the *Gasoline Tax Act, 1948*, R.S.B.C. 1960, c. 162, that retroactively taxed certain companies in the airline industry. The amendments were meant strictly to defeat three companies' claims, brought in 1980, for reimbursement of gasoline taxes paid between 1974 and 1976, the collection of which was *ultra vires* the legislature of British Columbia. The legislative amendments, in addition to being retroactive, were for the benefit of the Crown, aimed at a particular industry with readily identifiable members and totally destructive of that industry's ability to pursue successfully their claims filed a year earlier. Nonetheless, the constitutionality of those amendments was affirmed by a majority of this Court.

The second is *Authorson v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 S.C.R. 40, 2003 SCC 39, in

M^{me} Donoghue contre M. Stevenson, les obligations légales de ce dernier devaient être déterminées en fonction des énoncés célèbres de Lord Atkin. En outre, en raison de la doctrine du précédent, il en serait ainsi pour quiconque saisit par la suite un tribunal de son affaire. Ses droits et ses obligations seraient tranchés en fonction des règles exposées par la Chambre des lords à la majorité dans cette affaire, même si les événements pertinents sont survenus antérieurement à cette décision.

Cette observation vient renforcer, si au besoin est, l'opinion suivant laquelle le caractère rétrospectif et la rétroactivité ne soulèvent généralement pas de préoccupations d'ordre constitutionnel.

(2) La généralité en droit, les règles de droit ordinaires applicables au gouvernement et les procès équitables au civil

Deux arrêts de notre Cour font échec à la prétention des appelants voulant que la Constitution, au moyen de la primauté du droit, exige que les lois soient de nature générale et dépourvues de privilèges spéciaux à l'égard du gouvernement (sauf lorsqu'un tel privilège est nécessaire à une gouvernance efficace), en plus d'assurer un procès équitable au civil.

La première décision est *Air Canada*. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé à la majorité la constitutionnalité des modifications apportées en 1981 à la *Gasoline Tax Act, 1948*, R.S.B.C. 1960, ch. 162, qui imposait une taxe rétroactive à certaines compagnies aériennes. Les modifications visaient strictement à faire échec aux poursuites intentées par trois sociétés en 1980 pour obtenir le remboursement des taxes sur l'essence payées entre 1974 et 1976, dont la perception excédait la compétence de la législature de la Colombie-Britannique. En plus d'être rétroactives, les modifications législatives servaient les intérêts de l'État, visaient une industrie en particulier dont les membres étaient facilement identifiables et réduisaient à néant la capacité de cette industrie de faire valoir avec succès les demandes qu'elle avait déposées un an plus tôt. La constitutionnalité de ces modifications a néanmoins été confirmée par notre Cour à la majorité.

La deuxième décision est *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40, 2003

73

74

75

which this Court unanimously upheld a provision of the *Department of Veterans Affairs Act*, R.S.C. 1985, c. V-1, aimed specifically at defeating certain disabled veterans' claims, the merits of which were undisputed, against the federal government. The claims concerned interest owed by the government on the veterans' benefit accounts administered by it, which interest it had not properly credited for decades. Though the appeal was pursued on the basis of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, the decision confirmed that it was well within Parliament's power to enact the provision at issue — despite the fact that it was directed at a known class of vulnerable veterans, conferred benefits on the Crown for “undisclosed reasons” (para. 62) and routed those veterans' ability to have any trial — fair or unfair — of their claims. See para. 15:

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

CSC 39. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé à l'unanimité la validité d'une disposition de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, L.R.C. 1985, ch. V-1, qui visait expressément à rendre irrecevables les actions intentées par certains anciens combattants invalides à l'encontre du gouvernement fédéral, actions dont le bien-fondé n'était pas contesté. Les actions portaient sur des intérêts qui auraient dû être versés par le gouvernement sur les fonds qu'il gérait et qui appartenaient aux anciens combattants, intérêts qui n'avaient pas été payés pendant des décennies. Bien que le pourvoi reposât sur la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, la décision a confirmé que le Parlement possédait bien le pouvoir d'édicter la disposition en cause — même si elle ne visait qu'une seule catégorie connue d'anciens combattants vulnérables, elle conférait des avantages à l'État « pour des raisons qu'il [le législateur] n'a pas dévoilées » (par. 62) et elle anéantissait la possibilité d'un procès — équitable ou non — portant sur les revendications de ces anciens combattants. Voir par. 15 :

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

76

Additionally, the appellants' conception of a “fair” civil trial seems in part to be of one governed by customary rules of civil procedure and evidence. As should be evident from the analysis concerning judicial independence, there is no constitutional right to have one's civil trial governed by such rules. Moreover, new rules are not necessarily unfair. Indeed, tobacco manufacturers sued pursuant to the Act will receive a fair civil trial, in the sense that the concept is traditionally understood: they are entitled to a public hearing, before an independent and impartial court, in which they may contest the claims of the plaintiff and adduce evidence in their defence. The court will determine their liability only following that hearing, based solely on its understanding of the law as applied to its findings of fact. The fact that defendants might regard that law (i.e., the Act) as unjust, or the

En outre, la conception que les appelants se font de la nature de procès « équitable » au civil semble, en bonne part, reprendre le contenu des règles traditionnelles de procédure civile et de preuve. Comme il devrait ressortir de l'analyse portant sur l'indépendance judiciaire, il n'existe aucun droit constitutionnel à un procès civil régi par de telles règles. De plus, les nouvelles règles ne sont pas nécessairement injustes. En effet, les fabricants de tabac poursuivis en application de la Loi subiront un procès équitable au civil, suivant le sens habituellement attribué à ce concept : ils ont droit à une audition publique, devant un tribunal indépendant et impartial, et ils peuvent contester les réclamations de la demanderesse et produire des éléments de preuve en défense. Le tribunal ne statuera sur leur responsabilité qu'à l'issue de cette audition, en se fondant exclusivement sur son interprétation

procedural rules it prescribes as unprecedented, does not render their trial unfair.

The Act does not implicate the rule of law in the sense that the Constitution comprehends that term. It follows that the Act is not unconstitutional by reason of interference with it.

V. Conclusion

The Act is constitutionally valid. The appeals are dismissed, with costs to the respondents throughout. Each constitutional question is answered “no”. The stay of proceedings granted by McLachlin C.J. on January 21, 2005 is vacated.

APPENDIX

Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, as am. S.B.C. 2003, c. 70, s. 297

HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of the Province of British Columbia, enacts as follows:

Definitions and interpretation

1 (1) In this Act:

“cost of health care benefits” means the sum of

- (a) the present value of the total expenditure by the government for health care benefits provided for insured persons resulting from tobacco related disease or the risk of tobacco related disease, and
- (b) the present value of the estimated total expenditure by the government for health care benefits that could reasonably be expected will be provided for those insured persons resulting from tobacco related disease or the risk of tobacco related disease;

“disease” includes general deterioration of health;

du droit qu’il applique à ses conclusions de fait. Le fait que les défendeurs puissent estimer que le droit (c.-à-d. la Loi) est injuste, ou que les règles de procédure qu’il prescrit sont nouvelles, ne rend pas leur procès inéquitable.

La Loi ne met pas en jeu l’application du principe de la primauté du droit dans le sens où cette expression est consacrée dans la Constitution. Il s’ensuit que la Loi n’est pas inconstitutionnelle pour cause d’incompatibilité.

V. Conclusion

La Loi est constitutionnellement valide. Les pourvois sont rejetés avec dépens en faveur des intimés dans toutes les cours. Il convient de répondre « non » à chaque question constitutionnelle. Le sursis d’exécution ordonné par la juge en chef McLachlin le 21 janvier 2005 est annulé.

ANNEXE

Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30, mod. par S.B.C. 2003, ch. 70, art. 297

[TRADUCTION]

SA MAJESTÉ, sur l’avis et avec le consentement de l’Assemblée législative de la province de la Colombie-Britannique, édicte :

Définitions

1 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« assuré »

- a) Une personne, y compris une personne décédée, ayant reçu des services de soins de santé;
- b) une personne vraisemblablement susceptible de recevoir des services de soins de santé.

« coentreprise » Une association de deux personnes ou plus si :

- a) leurs rapports ne constituent pas une personne morale, une société de personnes ou une fiducie;

77

78

“exposure” means any contact with, or ingestion, inhalation or assimilation of, a tobacco product, including any smoke or other by-product of the use, consumption or combustion of a tobacco product;

“health care benefits” means

- (a) benefits as defined under the *Hospital Insurance Act*,
- (b) benefits as defined under the *Medicare Protection Act*,
- (c) payments made by the government under the *Continuing Care Act*, and
- (d) other expenditures, made directly or through one or more agents or other intermediate bodies, by the government for programs, services, benefits or similar matters associated with disease;

“insured person” means

- (a) a person, including a deceased person, for whom health care benefits have been provided, or
- (b) a person for whom health care benefits could reasonably be expected will be provided;

“joint venture” means an association of 2 or more persons, if

- (a) the relationship among the persons does not constitute a corporation, a partnership or a trust, and
- (b) the persons each have an undivided interest in assets of the association;

“manufacture” includes, for a tobacco product, the production, assembly or packaging of the tobacco product;

“manufacturer” means a person who manufactures or has manufactured a tobacco product and includes a person who currently or in the past

- (a) causes, directly or indirectly, through arrangements with contractors, subcontractors, licensees, franchisees or others, the manufacture of a tobacco product,
- (b) for any fiscal year of the person, derives at least 10% of revenues, determined on a consolidated basis in accordance with

b) chacune d’elles possède un droit indivis à la propriété des biens de l’association.

« coût des services de soins de santé » La somme des éléments suivants :

- a) la valeur actuelle des dépenses totales engagées par le gouvernement pour les services de soins de santé fournis aux assurés par suite d’une maladie liée au tabac ou du risque d’une maladie liée au tabac;
- b) la valeur actuelle des dépenses totales prévues par le gouvernement pour les services de soins de santé qu’il peut raisonnablement s’attendre à fournir aux assurés par suite d’une maladie liée au tabac ou du risque d’une maladie liée au tabac.

« exposition » Tout contact avec un produit du tabac, incluant la fumée ou un autre sous-produit résultant de l’usage, de la consommation ou de la combustion d’un produit du tabac, ou toute ingestion, inhalation ou assimilation d’un tel produit.

« fabricant » Une personne qui fabrique ou a fabriqué un produit du tabac, y compris une personne qui :

- a) directement ou indirectement, fait ou a fait fabriquer un produit du tabac dans le cadre d’ententes conclues avec des entrepreneurs, des sous-entrepreneurs, des titulaires de licence, des franchisés ou d’autres personnes;
- b) au cours d’un exercice financier, tire ou a tiré au moins 10 pourcent de son revenu, calculé sur une base consolidée conformément aux principes comptables généralement reconnus au Canada, de la fabrication ou de la promotion de produits du tabac par elle-même ou par d’autres personnes;
- c) fait ou fait faire, ou a fait ou fait faire, directement ou indirectement, la promotion d’un produit du tabac;
- d) est ou a été une association commerciale qui se consacre principalement :
 - (i) à la promotion des intérêts des fabricants;
 - (ii) à la promotion d’un produit du tabac;
 - (iii) à la promotion par d’autres personnes, directement ou indirectement, d’un produit du tabac.

generally accepted accounting principles in Canada, from the manufacture or promotion of tobacco products by that person or by other persons,

- (c) engages in, or causes, directly or indirectly, other persons to engage in the promotion of a tobacco product, or
- (d) is a trade association primarily engaged in
 - (i) the advancement of the interests of manufacturers,
 - (ii) the promotion of a tobacco product, or
 - (iii) causing, directly or indirectly, other persons to engage in the promotion of a tobacco product;

“**person**” includes a trust, joint venture or trade association;

“**promote**” or “**promotion**” includes, for a tobacco product, the marketing, distribution or sale of the tobacco product and research with respect to the tobacco product;

“**tobacco product**” means tobacco and any product that includes tobacco;

“**tobacco related disease**” means disease caused or contributed to by exposure to a tobacco product;

“**tobacco related wrong**” means,

- (a) a tort committed in British Columbia by a manufacturer which causes or contributes to tobacco related disease, or
- (b) in an action under section 2 (1), a breach of a common law, equitable or statutory duty or obligation owed by a manufacturer to persons in British Columbia who have been exposed or might become exposed to a tobacco product;

“**type of tobacco product**” means one or a combination of the following tobacco products:

- (a) cigarettes;
- (b) loose tobacco intended for incorporation into cigarettes;
- (c) cigars;
- (d) cigarillos;

« **fabrication** » Est assimilée à la fabrication, à l’égard d’un produit du tabac, la production, l’assemblage ou l’empaquetage de ce produit.

« **faute d’un fabricant** »

- a) Délit commis en Colombie-Britannique par un fabricant qui cause une maladie liée au tabac ou y contribue;
- b) dans une action visée au paragraphe 2(1), manquement par un fabricant à une obligation que lui impose la common law, l’équité ou la loi à l’égard de personnes en Colombie-Britannique qui ont été exposées à un produit du tabac ou qui pourraient l’être;

« **maladie** » Est assimilée à la maladie la détérioration générale de la santé.

« **maladie liée au tabac** » Maladie causée ou favorisée par l’exposition à un produit du tabac.

« **personne** » Sont assimilées à une personne une fiducie, une coentreprise ou une association commerciale.

« **produit du tabac** » Le tabac et tout produit qui contient du tabac.

« **promouvoir** » ou « **promotion** » Sont assimilés à la promotion d’un produit du tabac le marketing, la distribution ou la vente de ce produit, de même que la recherche relative à ce produit.

« **services de soins de santé** »

- a) Les services au sens de l’*Hospital Insurance Act*;
- b) les services au sens de la *Medicare Protection Act*;
- c) les versements faits par le gouvernement sous le régime de la *Continuing Care Act*;
- d) les autres dépenses, engagées par le gouvernement, directement ou par un ou plusieurs représentants ou organismes intermédiaires, pour des programmes, services, prestations ou avantages semblables liés à la maladie.

« **type de produit du tabac** » Un des produits du tabac suivants ou une combinaison de ces produits :

- a) cigarettes;
- b) tabac à cigarettes;
- c) cigares;

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (e) pipe tobacco; (f) chewing tobacco; (g) nasal snuff; (h) oral snuff; (i) a prescribed form of tobacco. | <ul style="list-style-type: none"> d) cigarillos; e) tabac à pipe; f) tabac à mâcher; g) tabac à priser nasal; h) tabac à priser oral; i) forme de tabac réglementaire. |
| <p>(2) The definition of “manufacturer” in subsection (1) does not include</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) an individual, (b) a person who <ul style="list-style-type: none"> (i) is a manufacturer only because they are a wholesaler or retailer of tobacco products, and (ii) is not related to <ul style="list-style-type: none"> (A) a person who manufactures a tobacco product, or (B) a person described in paragraph (a) of the definition of “manufacturer”, or (c) a person who <ul style="list-style-type: none"> (i) is a manufacturer only because paragraph (b) or (c) of the definition of “manufacturer” applies to the person, and (ii) is not related to <ul style="list-style-type: none"> (A) a person who manufactures a tobacco product, or (B) a person described in paragraphs (a) or (d) of the definition of “manufacturer”. | <p>(2) La définition de « fabricant » au paragraphe 1 n’inclut pas :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) un particulier; b) une personne qui, selon le cas : <ul style="list-style-type: none"> (i) est un fabricant du seul fait qu’elle est un grossiste ou un détaillant de produits du tabac; (ii) n’est pas liée à : <ul style="list-style-type: none"> (A) une personne qui fabrique un produit du tabac; (B) une personne visée à l’alinéa a) de la définition de « fabricant »; c) une personne qui : <ul style="list-style-type: none"> (i) est un fabricant du seul fait qu’elle est visée à l’alinéa b) ou c) de la définition de « fabricant »,
et qui (ii) n’est pas liée à : <ul style="list-style-type: none"> (A) une personne qui fabrique un produit du tabac; (B) une personne visée à l’alinéa a) ou d) de la définition de « fabricant ». |
| <p>(3) For the purposes of subsection (2), a person is related to another person if, directly or indirectly, the person is</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) an affiliate, as defined in section 1 of the <i>Business Corporations Act</i>, of the other person, or (b) an affiliate of the other person or an affiliate of an affiliate of the other person. | <p>(3) Pour l’application du paragraphe (2), une personne est liée à une autre personne si elle est, directement ou indirectement, selon le cas :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) une affiliée, au sens que l’article premier de la <i>Business Corporations Act</i> donne à ce terme, de l’autre personne; b) une affiliée de l’autre personne ou une affiliée d’une affiliée de l’autre personne. |

- (4) For the purposes of subsection (3) (b), a person is deemed to be an affiliate of another person if the person
- (a) is a corporation and the other person, or a group of persons not dealing with each other at arm's length of which the other person is a member, owns a beneficial interest in shares of the corporation
 - (i) carrying at least 50% of the votes for the election of directors of the corporation and the votes carried by the shares are sufficient, if exercised, to elect a director of the corporation, or
 - (ii) having a fair market value, including a premium for control if applicable, of at least 50% of the fair market value of all the issued and outstanding shares of the corporation, or
 - (b) is a partnership, trust or joint venture and the other person, or a group of persons not dealing with each other at arm's length of which the other person is a member, has an ownership interest in the assets of that person that entitles the other person or group to receive at least 50% of the profits or at least 50% of the assets on dissolution, winding up or termination of the partnership, trust or joint venture.
- (5) For the purposes of subsection (3) (b), a person is deemed to be an affiliate of another person if the other person, or a group of persons not dealing with each other at arm's length of which the other person is a member, has any direct or indirect influence that, if exercised, would result in control in fact of that person except if the other person deals at arm's length with that person and derives influence solely as a lender.
- (6) For the purposes of determining the market share of a defendant for a type of tobacco product sold in British Columbia, the court must calculate the defendant's market share for the type of tobacco product by the following formula:
- $$dms = \frac{dm}{MM} \times 100\%$$
- (4) Pour l'application de l'alinéa (3)b, une personne est réputée être une affiliée de l'autre personne si elle est, selon le cas :
- a) une société et que l'autre personne, ou un groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance dont l'autre personne est membre, possède dans des actions de la société un intérêt bénéficiaire :
 - (i) donnant droit à au moins 50 pour cent des voix pour l'élection des administrateurs de la société, et les voix que comportent ces actions sont suffisantes, lorsqu'on y a recours, pour élire un administrateur de la société;
 - (ii) dont la juste valeur marchande, incluant une prime de contrôle, le cas échéant, correspond à au moins 50 pour cent de la juste valeur marchande de toutes actions émises et en circulation de la société;
 - b) une société de personnes, une fiducie ou une coentreprise, et que l'autre personne, ou un groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance dont l'autre personne est membre, possède un droit de propriété dans l'actif de cette personne lui donnant droit de recevoir au moins 50 pour cent des bénéfices ou au moins 50 pour cent des éléments d'actif de celle-ci au moment de la dissolution, liquidation ou cessation de la société de personnes, fiducie ou coentreprise.
- (5) Pour l'application de l'alinéa (3)b, une personne est réputée être une affiliée d'une autre personne si cette autre personne, ou un groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance dont l'autre personne est membre, a une influence directe ou indirecte dont l'exercice entraînerait un contrôle de fait sur la personne, sauf si l'autre personne n'a aucun lien de dépendance avec la personne et que son influence découle exclusivement de sa qualité de prêteur.
- (6) Le tribunal détermine la part du marché d'un défendeur à l'égard d'un type de produit du tabac vendu en Colombie-Britannique au moyen de la formule suivante :

$$dms = \frac{dm}{MM} \times 100\%$$

$$pmd = \frac{pd}{FF} \times 100\%$$

where

dms = the defendant's market share for the type of tobacco product from the date of the earliest tobacco related wrong committed by that defendant to the date of trial;

dm = the quantity of the type of tobacco product manufactured or promoted by the defendant that is sold within British Columbia from the date of the earliest tobacco related wrong committed by that defendant to the date of trial;

MM = the quantity of the type of tobacco product manufactured or promoted by all manufacturers that is sold within British Columbia from the date of the earliest tobacco related wrong committed by the defendant to the date of trial.

Direct action by government

- 2 (1) The government has a direct and distinct action against a manufacturer to recover the cost of health care benefits caused or contributed to by a tobacco related wrong.
- (2) An action under subsection (1) is brought by the government in its own right and not on the basis of a subrogated claim.
- (3) In an action under subsection (1), the government may recover the cost of health care benefits whether or not there has been any recovery by other persons who have suffered damage caused or contributed to by the tobacco related wrong committed by the defendant.
- (4) In an action under subsection (1), the government may recover the cost of health care benefits
 - (a) for particular individual insured persons, or
 - (b) on an aggregate basis, for a population of insured persons as a result of exposure to a type of tobacco product.
- (5) If the government seeks in an action under subsection (1) to recover the cost of health care benefits on an aggregate basis,
 - (a) it is not necessary
 - (i) to identify particular individual insured persons,

où

pmd = la part de marché du défendeur à l'égard du type de produit du tabac entre la date de la première faute d'un fabricant commise par ce défendeur et la date du procès;

pd = la quantité du type de produit du tabac fabriqué ou annoncé par le défendeur qui est vendue en Colombie-Britannique entre la date de la première faute d'un fabricant commise par ce défendeur et la date du procès;

FF = la quantité du type de produit du tabac fabriqué ou annoncé par tous les fabricants qui est vendue en Colombie-Britannique entre la date de la première faute d'un fabricant commise par ce défendeur et la date du procès.

Action directe par le gouvernement

- 2 (1) Le gouvernement a contre un fabricant un droit d'action direct et distinct pour le recouvrement du coût des services de soins de santé occasionnés ou favorisés par une faute d'un fabricant.
- (2) Le gouvernement intente l'action prévue au paragraphe (1) en son nom propre et non par subrogation.
- (3) Dans une action fondée sur le paragraphe (1), le gouvernement peut recouvrer le coût des services de soins de santé s'il y a eu recouvrement par d'autres personnes ayant subi un préjudice occasionné ou favorisé par une faute d'un fabricant commise par le défendeur.
- (4) Dans une action fondée sur le paragraphe (1), le gouvernement peut recouvrer le coût des soins de santé dispensés :
 - a) à certains assurés en particulier;
 - b) globalement, à une population d'assurés par suite d'une exposition à un type de produit du tabac.
- (5) Dans une action fondée sur le paragraphe (1), si le gouvernement cherche à recouvrer globalement le coût des services de soins de santé,
 - a) il n'est pas nécessaire
 - (i) d'identifier les assurés en particulier;

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> (ii) to prove the cause of tobacco related disease in any particular individual insured person, or (iii) to prove the cost of health care benefits for any particular individual insured person, | <ul style="list-style-type: none"> (ii) de prouver à l'égard d'un assuré en particulier la cause de la maladie liée au tabac; (iii) de prouver le coût des services de soins de santé fournis à un assuré en particulier; |
| <ul style="list-style-type: none"> (b) the health care records and documents of particular individual insured persons or the documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons are not compellable except as provided under a rule of law, practice or procedure that requires the production of documents relied on by an expert witness, | <ul style="list-style-type: none"> b) nul ne peut être requis de produire les dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier, ou les documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés, sauf dans la mesure prévue par une règle de droit, de pratique ou de procédure exigeant la production des documents invoqués par un témoin expert; |
| <ul style="list-style-type: none"> (c) a person is not compellable to answer questions with respect to the health of, or the provision of health care benefits for, particular individual insured persons, | <ul style="list-style-type: none"> c) nul ne peut être contraint de répondre à des questions relatives à la santé d'assurés en particulier ou aux soins de santé prodigués à ces assurés; |
| <ul style="list-style-type: none"> (d) despite paragraphs (b) and (c), on application by a defendant, the court may order discovery of a statistically meaningful sample of the documents referred to in paragraph (b) and the order must include directions concerning the nature, level of detail and type of information to be disclosed, and | <ul style="list-style-type: none"> d) malgré les alinéas b) et c), le tribunal peut, à la demande d'un défendeur, ordonner la communication préalable d'un échantillon statistiquement significatif des dossiers mentionnés à l'alinéa b) et l'ordonnance doit comporter des directives concernant la nature, le degré de précision et le type des renseignements qui doivent être communiqués; |
| <ul style="list-style-type: none"> (e) if an order is made under paragraph (d), the identity of particular individual insured persons must not be disclosed and all identifiers that disclose or may be used to trace the names or identities of any particular individual insured persons must be deleted from any documents before the documents are disclosed. | <ul style="list-style-type: none"> e) dans le cas d'une ordonnance rendue conformément à l'alinéa d), l'identité des assurés en particulier ne doit pas être divulguée, et tous les indices pouvant divulguer ou servir à divulguer le nom ou l'identité des assurés en particulier doivent être expurgés des documents avant leur communication. |

Recovery of cost of health care benefits on aggregate basis

3 (1)In an action under section 2 (1) for the recovery of the cost of health care benefits on an aggregate basis, subsection (2) applies if the government proves, on a balance of probabilities, that, in respect of a type of tobacco product,

- (a) the defendant breached a common law, equitable or statutory duty or obligation owed to persons in British Columbia who have been exposed or might become exposed to the type of tobacco product,

Recouvrement global du coût des services de soins de santé

3 (1)Dans une action fondée sur le paragraphe 2(1) visant le recouvrement global du coût des services de soins de santé, le paragraphe (2) s'applique si le gouvernement prouve, suivant la prépondérance des probabilités, que, relativement à un type de produit du tabac :

- a) le défendeur a manqué à une obligation que lui impose la common law, l'équité ou la loi à l'égard des personnes en Colombie-Britannique qui ont été exposées à un type de produit du tabac ou pourraient y être exposées;

- | | |
|---|--|
| <p>(b) exposure to the type of tobacco product can cause or contribute to disease, and</p> <p>(c) during all or part of the period of the breach referred to in paragraph (a), the type of tobacco product, manufactured or promoted by the defendant, was offered for sale in British Columbia.</p> <p>(2) Subject to subsections (1) and (4), the court must presume that</p> <p>(a) the population of insured persons who were exposed to the type of tobacco product, manufactured or promoted by the defendant, would not have been exposed to the product but for the breach referred to in subsection (1) (a), and</p> <p>(b) the exposure described in paragraph (a) caused or contributed to disease or the risk of disease in a portion of the population described in paragraph (a).</p> <p>(3) If the presumptions under subsection (2) (a) and (b) apply,</p> <p>(a) the court must determine on an aggregate basis the cost of health care benefits provided after the date of the breach referred to in subsection (1) (a) resulting from exposure to the type of tobacco product, and</p> <p>(b) each defendant to which the presumptions apply is liable for the proportion of the aggregate cost referred to in paragraph (a) equal to its market share in the type of tobacco product.</p> <p>(4) The amount of a defendant's liability assessed under subsection (3) (b) may be reduced, or the proportions of liability assessed under subsection (3) (b) readjusted amongst the defendants, to the extent that a defendant proves, on a balance of probabilities, that the breach referred to in subsection (1) (a) did not cause or contribute to the exposure referred to in subsection (2) (a) or to the disease or risk of disease referred to in subsection (2) (b).</p> | <p>b) l'exposition à ce type de produit du tabac peut causer ou contribuer à causer une maladie;</p> <p>c) pendant la totalité ou une partie de la période de manquement à une obligation mentionné à l'alinéa a), le type de produit du tabac fabriqué ou annoncé par le fabricant a été offert en vente en Colombie-Britannique.</p> <p>2) Sous réserve des paragraphes (1) et (4), le tribunal présume que :</p> <p>a) la population d'assurés qui a été exposée au type de produit du tabac fabriqué ou annoncé par le défendeur n'y aurait pas été exposée n'eût été le manquement visé à l'alinéa (1)a);</p> <p>b) l'exposition mentionnée à l'alinéa a) a causé ou a contribué à causer la maladie ou le risque de maladie chez une partie de la population visée à l'alinéa a).</p> <p>(3) Si les présomptions établies aux alinéas (2)a) et b) s'appliquent :</p> <p>a) le tribunal doit déterminer globalement le coût des services de soins de santé fournis après la date du manquement mentionné à l'alinéa (1)a) résultant de l'exposition au type de produit du tabac;</p> <p>b) chaque défendeur auquel s'appliquent les présomptions est responsable du coût global mentionné à l'alinéa a) au prorata de sa part de marché du type de produit du tabac.</p> <p>(4) Le montant établi en application de l'alinéa (3)b) auquel est tenu un défendeur peut être réduit, ou les parts de responsabilité établies en application de l'alinéa (3)b) peuvent être rajustées entre les défendeurs, dans la mesure où l'un d'eux prouve, selon la prépondérance des probabilités, que le manquement visé à l'alinéa (1)a) n'a pas causé ou contribué à causer l'exposition mentionnée à l'alinéa (2)a) ou la maladie ou le risque de maladie mentionnés à l'alinéa (2)b).</p> |
|---|--|

Joint and several liability in an action under section 2 (1)

- 4 (1) Two or more defendants in an action under section 2 (1) are jointly and severally liable for the cost of health care benefits if

Responsabilité solidaire dans une action fondée sur le paragraphe 2(1)

- 4 (1) Dans une action fondée sur le paragraphe 2(1), les défendeurs sont solidairement responsables du coût des services de soins de santé :

- (a) those defendants jointly breached a duty or obligation described in the definition of “tobacco related wrong” in section 1 (1), and
 - (b) as a consequence of the breach described in paragraph (a), at least one of those defendants is held liable in the action under section 2 (1) for the cost of those health care benefits.
- (2) For purposes of an action under section 2 (1), 2 or more manufacturers, whether or not they are defendants in the action, are deemed to have jointly breached a duty or obligation described in the definition of “tobacco related wrong” in section 1 (1) if
- (a) one or more of those manufacturers are held to have breached the duty or obligation, and
 - (b) at common law, in equity or under an enactment those manufacturers would be held
 - (i) to have conspired or acted in concert with respect to the breach,
 - (ii) to have acted in a principal and agent relationship with each other with respect to the breach, or
 - (iii) to be jointly or vicariously liable for the breach if damages would have been awarded to a person who suffered as a consequence of the breach.

Population based evidence to establish causation and quantify damages or cost

5 Statistical information and information derived from epidemiological, sociological and other relevant studies, including information derived from sampling, is admissible as evidence for the purposes of establishing causation and quantifying damages or the cost of health care benefits respecting a tobacco related wrong in an action brought

- (a) by or on behalf of a person in the person’s own name or as a member of a class of persons under the *Class Proceedings Act*, or

Preuve fondée sur la population afin d’établir un lien de causalité et de quantifier les dommages-intérêts ou le coût

5 Les renseignements statistiques et ceux découlant d’études épidémiologiques, sociologiques et d’autres études pertinentes, y compris les renseignements provenant d’échantillons, sont admissibles en preuve pour établir le lien de causalité et quantifier les dommages-intérêts ou le coût des services de soins de santé imputables à une faute d’un fabricant dans une action intentée :

- a) par ou pour une personne, agissant en son propre nom ou en sa qualité de membre d’une catégorie de personnes visée par la *Class Proceedings Act*;

- (b) by the government under section 2 (1).

Limitation periods

6 (1) No action that is commenced within 2 years after the coming into force of this section by

- (a) the government,
- (b) a person, on his or her own behalf or on behalf of a class of persons, or
- (c) a personal representative of a deceased person on behalf of the spouse, parent or child, as defined in the *Family Compensation Act*, of the deceased person,

for damages, or the cost of health care benefits, alleged to have been caused or contributed to by a tobacco related wrong is barred under the *Limitation Act*.

- (2) Any action described in subsection (1) for damages alleged to have been caused or contributed to by a tobacco related wrong is revived if the action was dismissed before the coming into force of this section merely because it was held by a court to be barred or extinguished by the *Limitation Act*.

Liability based on risk contribution

7 (1) This section applies to an action for damages, or the cost of health care benefits, alleged to have been caused or contributed to by a tobacco related wrong other than an action for the recovery of the cost of health care benefits on an aggregate basis.

- (2) If a plaintiff is unable to establish which defendant caused or contributed to the exposure described in paragraph (b) and, as a result of a breach of a common law, equitable or statutory duty or obligation,
 - (a) one or more defendants causes or contributes to a risk of disease by exposing persons to a type of tobacco product, and
 - (b) the plaintiff has been exposed to the type of tobacco product referred to in paragraph (a) and suffers disease as a result of the exposure,

- b) par le gouvernement en application du paragraphe 2(1).

Délais de prescription

6 (1) Aucune action introduite dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de la présente disposition par

- a) le gouvernement,
- b) une personne, agissant en son propre nom ou pour le compte d'une catégorie de personnes,
- c) le représentant personnel d'une personne décédée, agissant pour le compte du conjoint, d'un parent ou d'un enfant de la personne décédée au sens de la *Family Compensation Act*,

en recouvrement de dommages-intérêts ou du coût des services de soins de santé qui auraient été causés ou favorisés par une faute d'un fabricant n'est prescrite aux termes de la *Limitation Act*.

- (2) Toute action visée au paragraphe (1) en dommages-intérêts qui auraient été causés ou favorisés par une faute d'un fabricant est rétablie si l'action a été rejetée avant l'entrée en vigueur de la présente disposition du seul fait qu'un tribunal a conclu que l'action était prescrite ou éteinte par application de la *Limitation Act*.

Responsabilité fondée sur la contribution au risque

7 (1) Le présent article s'applique à une action en dommages-intérêts ou en recouvrement du coût des services de soins de santé qui auraient été causés ou favorisés par une faute d'un fabricant, mais ne s'applique pas à une action en recouvrement global du coût des services de soins de santé.

- (2) Si un demandeur ne peut établir l'identité du défendeur qui a causé l'exposition visée à l'alinéa b) ou y a contribué et que, en conséquence d'un manquement à une obligation imposée en common law, en equity ou en vertu d'un texte législatif :
 - a) un ou plusieurs défendeurs causent ou contribuent à causer un risque de maladie en exposant des personnes à un type de produit du tabac;
 - b) le demandeur a été exposé au type de produit du tabac mentionné à l'alinéa a) et est atteint d'une maladie résultant de cette exposition;

the court may find each defendant that caused or contributed to the risk of disease liable for a proportion of the damages or cost of health care benefits incurred equal to the proportion of its contribution to that risk of disease.

- (3) The court may consider the following in apportioning liability under subsection (2):
- (a) the length of time a defendant engaged in the conduct that caused or contributed to the risk of disease;
 - (b) the market share the defendant had in the type of tobacco product that caused or contributed to the risk of disease;
 - (c) the degree of toxicity of any toxic substance in the type of tobacco product manufactured or promoted by a defendant;
 - (d) the amount spent by a defendant on promoting the type of tobacco product that caused or contributed to the risk of disease;
 - (e) the degree to which a defendant collaborated or acted in concert with other manufacturers in any conduct that caused, contributed to or aggravated the risk of disease;
 - (f) the extent to which a defendant conducted tests and studies to determine the risk of disease resulting from exposure to the type of tobacco product;
 - (g) the extent to which a defendant assumed a leadership role in manufacturing the type of tobacco product;
 - (h) the efforts a defendant made to warn the public about the risk of disease resulting from exposure to the type of tobacco product;
 - (i) the extent to which a defendant continued manufacture or promotion of the type of tobacco product after it knew or ought to have known of the risk of disease resulting from exposure to the type of tobacco product;
 - (j) affirmative steps that a defendant took to reduce the risk of disease to the public;

le tribunal peut tenir chaque défendeur ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie responsable d'une partie des dommages-intérêts ou du coût des services de soins de santé au prorata de sa contribution à ce risque de maladie.

- (3) Dans le partage de la responsabilité prévu au paragraphe (2), le tribunal peut tenir compte des facteurs suivants :
- a) la période pendant laquelle un défendeur a accompli les actes ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie;
 - b) la part de marché détenue par le défendeur à l'égard du type de produit du tabac ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie;
 - c) le degré de toxicité de toute substance toxique contenue dans le type de produit du tabac fabriqué ou annoncé par un défendeur;
 - d) le montant consacré par un défendeur à la promotion du type de produit du tabac ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie;
 - e) la mesure dans laquelle un défendeur a collaboré ou participé avec d'autres fabricants aux actes ayant causé ou aggravé le risque de maladie ou ayant contribué à ce risque;
 - f) la mesure dans laquelle un défendeur a procédé à des analyses et à des études visant à évaluer le risque de maladie résultant de l'exposition au type de produit du tabac;
 - g) la mesure dans laquelle un défendeur a assumé un leadership dans la fabrication du type de produit du tabac;
 - h) les efforts déployés par un défendeur pour prévenir le public du risque de maladie résultant de l'exposition au type de produit du tabac;
 - i) la mesure dans laquelle un défendeur a continué de fabriquer ou de promouvoir le type de produit du tabac après qu'il eut connu ou aurait dû connaître le risque de maladie résultant de l'exposition à ce type de produit;
 - j) les mesures concrètes prises par un défendeur en vue de réduire le risque de maladie pour le public;

- (k) other considerations considered relevant by the court.

Apportionment of liability in tobacco related wrongs

- 8** (1) This section does not apply to a defendant in respect of whom the court has made a finding of liability under section 7.
- (2) A defendant who is found liable for a tobacco related wrong may commence, against one or more of the defendants found liable for that wrong in the same action, an action or proceeding for contribution toward payment of the damages or the cost of health care benefits caused or contributed to by that wrong.
- (3) Subsection (2) applies whether or not the defendant commencing an action or proceeding under that subsection has paid all or any of the damages or the cost of health care benefits caused or contributed to by the tobacco related wrong.
- (4) In an action or proceeding described in subsection (2), the court may apportion liability and order contribution among each of the defendants in accordance with the considerations listed in section 7 (3) (a) to (k).

Regulations

- 9** (1) The Lieutenant Governor in Council may make regulations referred to in section 41 of the *Interpretation Act*.
- (2) Without limiting subsection (1), the Lieutenant Governor in Council may make regulations prescribing a form of tobacco for the purposes of paragraph (i) of the definition of “type of tobacco product” in section 1 (1).

Retroactive effect

- 10** When brought into force under section 12, a provision of this Act has the retroactive effect necessary to give the provision full effect for all purposes including allowing an action to be brought under section 2 (1) arising from a tobacco related wrong, whenever the tobacco related wrong occurred.

- k) tout autre facteur que le tribunal estime pertinent.

Partage de la responsabilité en matière de fautes du fabricant

- 8** (1) Le présent article ne s'applique pas à un défendeur reconnu responsable par un tribunal aux termes de l'article 7.
- (2) Un défendeur reconnu responsable d'une faute d'un fabricant peut intenter, contre un ou plusieurs des défendeurs reconnus responsables de cette faute dans le cadre de la même action, une action ou une procédure en contribution pour le paiement des dommages-intérêts ou du coût des services de soins de santé causés ou favorisés par cette faute.
- (3) Le paragraphe (2) s'applique que le défendeur introduisant l'action ou la procédure sous le régime de cette disposition ait payé ou non tout ou partie des dommages-intérêts ou du coût des services de soins de santé causés ou favorisés par la faute d'un fabricant.
- (4) Dans une action ou une procédure visée au paragraphe (2), le tribunal peut procéder au partage de la responsabilité et ordonner à chacun des défendeurs de verser une contribution établie en fonction des facteurs énumérés aux alinéas 7(3) a) à k).

Règlements

- 9** (1) Le lieutenant gouverneur en conseil peut prendre les règlements mentionnés à l'article 41 de l'*Interpretation Act*.
- (2) Le lieutenant gouverneur en conseil peut notamment prescrire par règlement une forme de tabac pour l'application de l'alinéa i) de la définition de « type de produit du tabac » figurant au paragraphe 1(1).

Effet rétroactif

- 10** Toute disposition de la présente loi qui entre en vigueur aux termes de l'article 12 a l'effet rétroactif nécessaire pour lui donner plein effet à toutes fins utiles, notamment pour permettre l'introduction d'une action fondée sur le paragraphe 2(1) découlant d'une faute d'un fabricant, quelle que soit la date à laquelle la faute est survenue.

Commencement

12 This Act comes into force by regulation of the Lieutenant Governor in Council.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellant Imperial Tobacco Canada Limited: Berardino & Harris, Vancouver.

Solicitors for the appellant Rothmans, Benson & Hedges Inc.: Macaulay McColl, Vancouver.

Solicitors for the appellant JTI-Macdonald Corp.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the appellant Canadian Tobacco Manufacturers' Council: Kuhn & Company, Vancouver.

Solicitors for the appellant British American Tobacco (Investments) Limited: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitors for the appellants Philip Morris Incorporated and Philip Morris International Inc.: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondents: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Entrée en vigueur

12 La présente loi entre en vigueur par règlement du lieutenant gouverneur en conseil.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs de l'appelante Imperial Tobacco Canada Limitée : Berardino & Harris, Vancouver.

Procureurs de l'appelante Rothmans, Benson & Hedges Inc. : Macaulay McColl, Vancouver.

Procureurs de l'appelante JTI-Macdonald Corp. : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'appelant le Conseil canadien des fabricants des produits du tabac : Kuhn & Company, Vancouver.

Procureurs de l'appelante British American Tobacco (Investments) Limited : Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureurs des appelantes Philip Morris Incorporated et Philip Morris International Inc. : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs des intimés : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Thomas Turcotte *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. TURCOTTE

Neutral citation: 2005 SCC 50.

File No.: 30349.

2005: May 10; 2005: September 30.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Post-offence conduct — Right to silence — Accused going to police station of his own volition and asking that officers be sent to a ranch where he lived — Accused refusing to answer police's questions as to why officers were needed — Three murder victims found at the ranch — Trial judge instructing jury that accused's silence was post-offence conduct and that an inference of guilt could be drawn from it — Whether evidence of accused's silence admissible as post-offence conduct.

Criminal law — Right to silence — Limits — Waiver — Accused going to police station of his own volition and asking that officers be sent to a ranch where he lived — Accused refusing to answer police's questions as to why officers were needed — Whether right to silence engaged if accused not detained or arrested — Whether accused waived his right to silence by voluntarily going to police station and answering some questions.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Thomas Turcotte *Intimé*

et

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. TURCOTTE

Référence neutre : 2005 CSC 50.

N^o du greffe : 30349.

2005 : 10 mai; 2005 : 30 septembre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Comportement postérieur à l'infraction — Droit de garder le silence — Accusé se rendant de son plein gré au poste de police et demandant qu'on envoie des policiers au ranch où il habite — Refus de l'accusé de répondre aux questions de la police quant à la raison pour laquelle il faut envoyer des policiers — Découverte de trois victimes de meurtre au ranch — Directives du juge du procès au jury selon lesquelles le silence de l'accusé constitue un comportement postérieur à l'infraction et la culpabilité peut s'inférer de ce comportement — La preuve relative au silence de l'accusé est-elle admissible en tant que preuve relative au comportement postérieur à l'infraction?

Droit criminel — Droit de garder le silence — Limites — Renonciation — Accusé se rendant de son plein gré au poste de police et demandant qu'on envoie des policiers au ranch où il habite — Refus de l'accusé de répondre aux questions de la police quant à la raison pour laquelle il faut envoyer des policiers — Le droit de garder le silence est-il en cause si l'accusé n'est pas détenu ou en état d'arrestation? — L'accusé a-t-il renoncé à son droit de garder le silence en se rendant de son plein gré au poste de police et en répondant à certaines questions?

The accused went to a police station and asked that a car be sent to the ranch where he lived. Despite repeated questions from the police, he refused to explain why a car was necessary or what would be found there. The officers dispatched to the ranch discovered three victims. All three died from axe wounds to the head. The accused was charged with three counts of second degree murder. At trial, the evidence against the accused was entirely circumstantial. He admitted finding the victims but denied killing them. With respect to the accused's refusal to respond to some police questioning, the trial judge told the jury that this silence was "post-offence conduct" and that an inference of guilt could be drawn from it. The jury found the accused guilty, but the Court of Appeal set aside the convictions and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

The evidence of the accused's silence was not admissible as post-offence conduct. The right to silence would be illusory if the decision not to speak to the police could be used by the Crown as evidence of guilt. [44] [55]

Under the traditional common law rules, absent statutory compulsion, everyone has the right to be silent in the face of police questioning, even if he or she is not detained or arrested. The right to silence, which is also protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, exists at all times against the state, whether or not the person asserting it is within its power or control. Furthermore, a voluntary interaction with the police, even one initiated by an individual, does not constitute a waiver of the right to silence. The right to choose whether to speak is retained throughout the interaction. Accordingly, the accused in this case did not waive his right to silence by going to the police station and answering some of the police's questions. [41] [51-52]

Conduct after a crime has been committed is admissible as "post-offence conduct" only when it provides circumstantial evidence of guilt. Since the law imposes no duty to speak to or cooperate with the police, this fact alone severs any link between silence and guilt. Silence in the face of police questioning will, therefore, rarely be admissible as post-offence conduct because it is rarely probative of guilt. An inference of guilt

L'accusé s'est rendu au poste de police et a demandé qu'une voiture soit envoyée au ranch où il habitait. Malgré les questions répétées de la police, il a refusé d'expliquer pourquoi une voiture était nécessaire ou ce qu'on allait trouver là-bas. Les policiers dépêchés au ranch ont découvert trois victimes. Elles sont toutes trois décédées de leurs blessures à la tête infligées à coups de hache. L'accusé a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré. Au procès, la preuve présentée contre lui était entièrement circonstancielle. Il a admis avoir trouvé les victimes, mais a nié les avoir tuées. En ce qui concerne le refus de l'accusé de répondre à certaines questions de la police, le juge du procès a dit au jury que ce silence constituait un « comportement postérieur à l'infraction » et que la culpabilité pouvait s'inférer de ce comportement. Le jury a déclaré l'accusé coupable, mais la Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité et a ordonné un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La preuve relative au silence de l'accusé n'est pas admissible comme preuve relative au comportement postérieur à l'infraction. Le droit de garder le silence serait illusoire si la décision de ne pas parler à la police pouvait être utilisée par le ministère public comme preuve de culpabilité. [44] [55]

Selon les règles traditionnelles de common law, en l'absence d'une contrainte légale, chacun a le droit de garder le silence face à l'interrogatoire de la police, même si la personne n'est pas détenue ou en état d'arrestation. Le droit de garder le silence, qui est également garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*, existe en tout temps contre l'État, peu importe que la personne qui le revendique soit ou non assujettie au pouvoir ou contrôle de ce dernier. De plus, l'interaction volontaire avec la police, même si elle est engagée par l'intéressé, ne constitue pas une renonciation au droit de garder le silence. Le droit de choisir de parler ou de garder le silence demeure entier tout au long de l'interaction. En conséquence, l'accusé en l'espèce n'a pas renoncé à son droit de garder le silence en se rendant au poste de police et en répondant à certaines questions de la police. [41] [51-52]

Le comportement postérieur à un crime n'est admissible comme preuve relative au « comportement postérieur à l'infraction » que s'il fournit une preuve circonstancielle de la culpabilité. Comme la loi n'impose aucune obligation de parler à la police ou de collaborer avec elle, ce fait, à lui seul, rompt tout lien pouvant exister entre le silence et la culpabilité. Le silence face à l'interrogatoire de la police est donc rarement

cannot logically or morally emerge from the exercise of a protected right. Using silence as evidence of guilt artificially creates a duty, despite a right to the contrary, to answer all police questions. Lastly, the accused's silence could not be used as "state of mind" evidence from which guilt could be inferred. Characterizing the silence as state of mind evidence was simply another way of arguing that the silence was post-offence conduct probative of the accused's guilt. [55] [57]

While not admissible as post-offence conduct or state of mind evidence, the accused's behaviour at the police detachment, including his refusal to answer some of the police's questions, was, arguably, admissible as an inextricable part of the narrative. Where evidence of silence is admitted, juries must be instructed about the proper purpose for which the evidence was admitted, the impermissible inferences which must not be drawn from evidence of silence, the limited probative value of silence, and the dangers of relying on such evidence. The failure to give the jury this limiting instruction, particularly given the circumstantial nature of the Crown's case, was highly prejudicial and a new trial is required. [58-60]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. Lavallee*, [1980] O.J. No. 540 (QL); *R. v. Ouellette* (1997), 200 A.R. 363; *R. v. M.C.W.* (2002), 169 B.C.A.C. 128, 2002 BCCA 341; *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Rowles and Huddart JJ.A.) (2004), 195 B.C.A.C. 276, 319 W.A.C. 276, 184 C.C.C. (3d) 242, [2004] B.C.J. No. 562 (QL), 2004 BCCA 175, setting aside a conviction on three counts of second degree murder. Appeal dismissed.

admissible comme preuve relative au comportement postérieur à l'infraction parce qu'il est rarement probant quant à la culpabilité. On ne peut ni logiquement ni moralement inférer la culpabilité de l'exercice d'un droit protégé. Se servir du silence comme preuve de culpabilité donne artificiellement naissance à une obligation de répondre à toutes les questions de la police malgré l'existence d'un droit contraire. Enfin, le silence de l'accusé ne pouvait servir de preuve relative à « l'état d'esprit » de laquelle la culpabilité pouvait s'inférer. Qualifier le silence de preuve relative à l'état d'esprit était simplement une autre façon de prétendre que le silence constituait un comportement postérieur à l'infraction qui est probant quant à la culpabilité de l'accusé. [55] [57]

Bien qu'il ne soit pas admissible comme preuve relative au comportement postérieur à l'infraction ou à l'état d'esprit, on aurait pu soutenir que le comportement de l'accusé au détachement de la police, y compris son refus de répondre à certaines questions de la police, était admissible en tant que partie inextricable de l'exposé des faits. Lorsque la preuve relative au silence est admise, les jurés doivent être instruits du véritable objet de l'admission de la preuve, des inférences inacceptables à ne pas tirer de la preuve relative au silence, de la valeur probante limitée du silence et des dangers de se fonder sur une telle preuve. L'omission de donner cette directive restrictive au jury, surtout compte tenu du caractère circonstanciel de la preuve du ministère public, a été très préjudiciable et un nouveau procès s'impose. [58-60]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. Lavallee*, [1980] O.J. No. 540 (QL); *R. c. Ouellette* (1997), 200 A.R. 363; *R. c. M.C.W.* (2002), 169 B.C.A.C. 128, 2002 BCCA 341; *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Rowles et Huddart) (2004), 195 B.C.A.C. 276, 319 W.A.C. 276, 184 C.C.C. (3d) 242, [2004] B.C.J. No. 562 (QL), 2004 BCCA 175, qui a annulé la déclaration de culpabilité relativement à trois chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Oleh Kuzma, Q.C., and Ursula Botz, for the appellant.

Greg DelBigio and Lisa Sturgess, for the respondent.

Ian R. Smith, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

Oleh Kuzma, c.r., et Ursula Botz, pour l'appelante.

Greg DelBigio et Lisa Sturgess, pour l'intimé.

Ian R. Smith, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 ABELLA J. — On May 4, 2000, three men who lived or worked at a ranch in British Columbia were murdered there. All three died from axe wounds to the head.

2 One of the victims, Aale Heikkila, was a trapper and wildlife photographer who lived on the ranch. The police found him unconscious with serious injuries. He died on May 24, 2000 without regaining consciousness. The two other victims, Terrance Price and Kimberley Martindale, were ranch hands who worked for the owner, Robert Erhorn. They were dead when the police arrived.

3 Thomas Turcotte, who was living rent-free in a cabin on the ranch in exchange for doing odd jobs for Mr. Erhorn, testified that he found the three bodies. At trial, he admitted finding the victims but denied killing them.

4 He was convicted of murdering the three men. The evidence against him was entirely circumstantial.

5 Mr. Turcotte's conduct the morning he went to the police station of his own volition and asked that a car be sent to the ranch frames this appeal. Despite repeated questions from the police, he refused to explain why a car was necessary or what would be found at the ranch. The trial judge told the jury that this silence was "post-offence conduct", and that an inference of guilt could be drawn from it.

LA JUGE ABELLA — Le 4 mai 2000, trois hommes vivant ou travaillant dans un ranch de la Colombie-Britannique y ont été tués. Ils sont tous trois décédés de leurs blessures à la tête infligées à coups de hache.

L'une des victimes, Aale Heikkila, était un trappeur et un photographe de la faune qui vivait dans le ranch. Lorsque la police a trouvé M. Heikkila, il était inconscient et gravement blessé. Il est décédé le 24 mai 2000 sans avoir repris connaissance. Les deux autres victimes, Terrance Price et Kimberley Martindale, étaient des ouvriers du ranch qui travaillaient pour le propriétaire, Robert Erhorn. Ils étaient décédés à l'arrivée de la police.

Thomas Turcotte, qui vivait dans une cabane située dans le ranch et effectuait divers travaux pour M. Erhorn en contrepartie du loyer, a témoigné avoir découvert les trois corps. Au procès, il a admis avoir trouvé les victimes, mais a nié les avoir tuées.

Il a été déclaré coupable du meurtre des trois hommes. La preuve présentée contre lui était entièrement circonstancielle.

Le présent pourvoi est fondé sur le comportement de M. Turcotte le matin où il s'est rendu de son plein gré au poste de police et a demandé qu'une voiture soit envoyée au ranch. Malgré les questions répétées de la police, il a refusé d'expliquer pourquoi une voiture était nécessaire ou ce qu'on allait trouver au ranch. Le juge du procès a dit au jury que ce silence constituait un « comportement postérieur à l'infraction » et que la culpabilité pouvait s'inférer de ce comportement.

The issue is the propriety of both the designation and the inference.

Background

On May 4, 2000, according to Mr. Turcotte, after doing some work on a neighbour's property, he returned to the ranch between 6:25 and 6:45 a.m. The ranch is located about 32 kilometres south of the town of Vanderhoof. He said that he found Kimberley Martindale lying on the ground, covered in blood and not breathing. He then found Terrance Price in the woodshed, covered in blood. It was Mr. Turcotte's impression that Mr. Price had been shot. The last body he said he found was that of Aale Heikkila, on the ground outside his trailer.

Mr. Turcotte testified that, thinking all three men were dead, he decided to inform the police. Since there were no working phones on the ranch, he took Mr. Heikkila's truck and drove to the Vanderhoof RCMP detachment.

As soon as he arrived, at about 9:30 a.m., he repeatedly asked a clerk working at the detachment, Ruth Stewart, to send a car to the ranch. A few minutes after his arrival at the detachment, Ms. Stewart asked the two police officers who were present while Mr. Turcotte was talking to her, Corporal Kenneth Curle and Constable Ross Davidson, to take over. According to Constable Davidson, Mr. Turcotte immediately and repeatedly requested that the officers send a car to the ranch, but refused to explain why. Mr. Turcotte, Constable Davidson said, then pushed a set of keys under the partition between the office and the front foyer and told him that the keys were for the locked truck parked outside and that there was a rifle in the truck.

After a few minutes, both officers escorted Mr. Turcotte into an interview room. On the way, Corporal Curle asked Mr. Turcotte his name, which he gave without hesitation. In the interview room itself, in response to questions from the officers, Mr. Turcotte gave them his middle name and date of birth.

La question en litige porte sur le bien-fondé tant de la qualification que de l'inférence.

Contexte

M. Turcotte a affirmé que le 4 mai 2000, entre 6 h 25 et 6 h 45, après avoir effectué quelques travaux sur la propriété d'un voisin, il est retourné au ranch. Celui-ci est situé à environ 32 kilomètres au sud de la ville de Vanderhoof. Il a dit avoir trouvé Kimberley Martindale gisant au sol, couvert de sang et ne respirant plus. Il a ensuite trouvé Terrance Price, couvert de sang, dans le hangar à bois. Il a eu l'impression qu'on avait tiré sur M. Price. Le dernier corps qu'il a dit avoir découvert est celui d'Aale Heikkila, gisant au sol à l'extérieur de sa roulotte.

Selon le témoignage de M. Turcotte, il a décidé d'avertir la police, pensant que les trois hommes étaient morts. Comme aucun téléphone du ranch ne fonctionnait, il a pris le camion de M. Heikkila et s'est rendu au détachement de la GRC de Vanderhoof.

Dès son arrivée au détachement, vers 9 h 30, il a demandé à plusieurs reprises à une commis, Ruth Stewart, d'envoyer une voiture au ranch. Quelques minutes plus tard, M^{me} Stewart a demandé aux deux policiers qui étaient présents pendant que M. Turcotte lui parlait, le caporal Kenneth Curle et le gendarme Ross Davidson, de prendre le relais. Au dire du gendarme Davidson, M. Turcotte a immédiatement et maintes fois demandé aux policiers d'envoyer une voiture au ranch, mais a refusé d'expliquer pourquoi. M. Turcotte, selon le gendarme Davidson, a ensuite fait glisser un trousseau de clés sous la cloison séparant le bureau du vestibule et lui a dit qu'il s'agissait des clés du camion stationné à l'extérieur et qu'il y avait un fusil dans ce camion.

Quelques minutes plus tard, les deux policiers ont conduit M. Turcotte vers une salle d'interrogatoire. Chemin faisant, le caporal Curle a demandé à M. Turcotte son nom; celui-ci le lui a donné sans hésitation. Dans la salle d'interrogatoire même, en réponse aux questions des policiers, M. Turcotte leur a donné son second prénom et sa date de naissance.

6

7

8

9

10

- 11 Once seated in the interview room, Mr. Turcotte repeated his request that a car be sent to the Erhorn Ranch. Corporal Curle testified that he then asked him three questions in quick succession: What can we do for you? What happened out there? What were you doing there? Mr. Turcotte responded that he was “working a little bit”. According to Corporal Curle, Mr. Turcotte then stated, “you’d better send a car and put me in jail” and “[t]here’s a rifle in the truck out there”. At trial, Mr. Turcotte’s explanation for telling the police that there was a rifle in the truck was that he thought it might have been the murder weapon. The evidence disclosed that the rifle, which belonged to Mr. Heikkila was not in fact used in any of the murders.
- 12 Corporal Curle asked what they would find at the ranch. Mr. Turcotte repeated that the officers should send a car. They then asked him if anyone, including any officers, would be in danger there. Mr. Turcotte replied that there was no danger.
- 13 It was Constable Davidson’s evidence that Mr. Turcotte then told the officers “out of the blue” that they should “[s]end an ambulance too”. Corporal Curle did not recall the subject of an ambulance being raised at this point, and his notes, which he took during the conversation in the interview room, had no reference to an ambulance being mentioned at this stage of the conversation.
- 14 Corporal Curle then took Mr. Turcotte to another area of the detachment and dispatched two officers, Constables Michael Pisis and Marion Erickson, to the Erhorn Ranch. It was at this stage that Corporal Curle said he asked Mr. Turcotte whether an ambulance was needed. As a result of Mr. Turcotte answering “maybe”, Corporal Curle sent an ambulance to the ranch.
- 15 Constable Davidson then took the keys Mr. Turcotte had given them and unlocked Mr. Heikkila’s truck. He found a loaded hunting rifle between the two front seats.
- Une fois assis dans la salle d’interrogatoire, M. Turcotte a encore une fois demandé qu’on envoie une voiture au ranch Erhorn. Le caporal Curle a témoigné lui avoir ensuite posé trois questions d’affilée : Qu’est-ce qu’on peut faire pour vous? Que s’est-il passé là-bas? Que faisiez-vous là-bas? M. Turcotte a répondu qu’il [TRADUCTION] « travaillait un peu ». Selon le caporal Curle, M. Turcotte a ensuite déclaré : [TRADUCTION] « vous feriez mieux d’envoyer une voiture et de me mettre en prison » et « [il] y a un fusil dans le camion dehors ». Au procès, M. Turcotte a expliqué avoir dit à la police qu’il y avait un fusil dans le camion parce qu’il pensait qu’il pouvait s’agir de l’arme du crime. La preuve a révélé que le fusil, qui appartenait à M. Heikkila, n’était en fait pas l’arme ayant servi aux meurtres.
- Le caporal Curle a demandé ce qu’ils allaient trouver au ranch. M. Turcotte a répété aux policiers qu’ils devraient envoyer une voiture. Ils lui ont ensuite demandé si des gens, y compris les policiers, seraient en danger là-bas. M. Turcotte a répondu qu’il n’y avait aucun danger.
- Le gendarme Davidson a témoigné que M. Turcotte avait ensuite dit aux policiers [TRADUCTION] « tout à fait à l’improviste » qu’ils devraient [TRADUCTION] « [e]nvoyer une ambulance également ». Le caporal Curle ne se souvenait pas que la question de l’ambulance ait été abordée à cette étape, et les notes qu’il a prises lors de la conversation dans la salle d’interrogatoire ne faisaient aucunement mention d’une ambulance à ce stade de la conversation.
- Le caporal Curle a ensuite emmené M. Turcotte dans une autre pièce du détachement et a dépêché deux policiers, les gendarmes Michael Pisis et Marion Erickson, au ranch Erhorn. C’est à ce moment-là que, selon le caporal Curle, il aurait demandé à M. Turcotte si une ambulance était nécessaire. M. Turcotte ayant répondu [TRADUCTION] « peut-être », le caporal Curle a envoyé une ambulance au ranch.
- Le gendarme Davidson a ensuite pris les clés que M. Turcotte leur avait données et a déverrouillé les portes du camion de M. Heikkila. Il a trouvé un fusil de chasse chargé, entre les deux sièges avant.

At about 10:00 a.m., Corporal Curle asked Mr. Turcotte “Do you want to tell me what is going on?” He replied “Has a car got there yet?” When Corporal Curle responded “No”, Mr. Turcotte said “I’ll wait.” Just after this conversation, Corporal Curle received a phone call from Constable Pisio who told him that a dead man had been found at the ranch.

At 10:06 a.m., Corporal Curle detained Mr. Turcotte for further investigation and informed him of his rights. When Mr. Turcotte was asked whether he wanted to talk about what happened at the ranch, he once again indicated that he did not want to make a statement.

After his detention, Mr. Turcotte’s clothing was seized. A small amount of blood, which turned out to belong to Mr. Price and Mr. Martindale, was found on his left boot and lower pant leg. His fingerprints matched those on an orange juice container and a “ghetto blaster” found at the scene of the crimes, both belonging to Mr. Heikkila.

At 4:33 p.m. that afternoon, Mr. Turcotte was arrested for the murders.

Despite a thorough search of the ranch shortly after the killings, no murder weapon was immediately found. It was not until two months later that a double-sided axe, the only weapon used in the murders, was found at the ranch under a tarp on top of Mr. Heikkila’s trailer. The defence argued that since Mr. Turcotte had been in custody since his arrest, someone else must have put the axe there.

Mr. Turcotte’s evidence at trial was that he never said “put me in jail” at the detachment. He acknowledged, however, that he might have told the officers to “lock me up” until the police got to the ranch so that they would shift their focus from him and deal with the situation at the ranch as quickly as possible.

Vers 10 h, le caporal Curle a demandé à M. Turcotte : [TRADUCTION] « Voulez-vous me dire ce qui se passe? » Il a répondu : [TRADUCTION] « Est-ce qu’une voiture est arrivée là-bas? » Lorsque le caporal Curle a répondu « non », M. Turcotte a dit : [TRADUCTION] « Je vais attendre. » Juste après cette conversation, le caporal Curle a reçu un appel téléphonique du gendarme Pisio l’informant qu’un homme mort avait été trouvé au ranch.

À 10 h 06, le caporal Curle a mis M. Turcotte en détention pour poursuivre l’enquête et l’a informé de ses droits. Lorsqu’on a demandé à M. Turcotte s’il voulait parler de ce qui s’était passé au ranch, il a encore une fois indiqué qu’il ne voulait faire aucune déclaration.

Après sa mise en détention, on a saisi les vêtements de M. Turcotte. On a trouvé un peu de sang, qui s’est révélé appartenir à M. Price et à M. Martindale, sur sa botte gauche et sur le bas de son pantalon. Ses empreintes digitales correspondaient à celles trouvées sur un contenant de jus d’orange et un « ghetto blaster » (système stéréo portable) trouvés sur les lieux des crimes, tous deux appartenant à M. Heikkila.

À 16 h 33 cette journée-là, M. Turcotte a été arrêté pour les meurtres.

Malgré la fouille minutieuse effectuée au ranch peu après les meurtres, aucune arme du crime n’a alors été trouvée. Ce n’est que deux mois plus tard qu’une hache à deux tranchants, la seule arme ayant servi aux meurtres, a été trouvée sous une bâche sur le toit de la roulotte de M. Heikkila. La défense a fait valoir que, puisque M. Turcotte avait été sous garde depuis son arrestation, quelqu’un d’autre a dû avoir mis la hache là.

Au procès, M. Turcotte a témoigné n’avoir jamais dit [TRADUCTION] « mettez-moi en prison » au détachement. Il a reconnu, cependant, qu’il pouvait avoir dit aux policiers [TRADUCTION] « enfermez-moi » en attendant que la police se rende au ranch, pour qu’ils cessent de se concentrer sur lui et s’occupent de la situation au ranch le plus rapidement possible.

16

17

18

19

20

21

- 22 As for the evidence of the fingerprints on Mr. Heikkila's juice container and ghetto blaster, Mr. Turcotte testified that he might have handled them while working for Mr. Heikkila.
- 23 A defence expert, Daniel Christman, said that the amount of blood on Mr. Turcotte's clothing was so small as to be consistent with his having found the bodies, but not with his being the murderer. Similarly, a Crown witness, Jennifer Rice, a forensic pathologist, testified that because of the location of the victims' wounds, she would have expected the axe blows to Mr. Price and Mr. Martindale to have caused significant spattering of blood, of which there was no evidence on Mr. Turcotte when he came to the station.
- 24 The defence argued that Mr. Turcotte had clearly not cleaned up before coming to the police station, since Ms. Stewart testified that Mr. Turcotte's hands were dirty when he arrived at the detachment, and Constable Davidson testified that he was wearing dirty work clothes.
- 25 When Mr. Turcotte was asked why he did not give the police a reason for sending a car to the ranch, he gave a number of explanations: he had "messed up"; he was in shock and had panicked; he "just wasn't reacting right"; and he was not thinking clearly. He also answered that he did not know if he could trust the police and felt, from the way the police were acting, that he was already under suspicion.
- 26 According to the evidence, Mr. Turcotte was a loner, uncomfortable with people, suspicious of the police, and rarely went into town. He had no history of violence and the Crown offered no motive for the murders.
- 27 The Crown relied exclusively on circumstantial evidence, including Mr. Turcotte's conduct at the police station; his fingerprints on the two items found at the ranch; and forensic analysis of the
- En ce qui concerne la preuve fondée sur les empreintes digitales trouvées sur le contenant de jus et le « ghetto blaster » de M. Heikkila, M. Turcotte a témoigné qu'il les a probablement manipulés pendant qu'il effectuait des travaux pour ce dernier.
- Un expert de la défense, Daniel Christman, a affirmé que la quantité de sang trouvée sur les vêtements de M. Turcotte était si infime qu'elle cadre avec l'idée que celui-ci a découvert les corps, mais non avec celle qu'il est le meurtrier. De même, un témoin à charge et pathologiste judiciaire, Jennifer Rice, a témoigné que, vu l'emplacement des blessures des victimes, elle se serait attendue à ce que les coups de hache assésés à M. Price et à M. Martindale aient causé d'importantes éclaboussures de sang, dont on n'a trouvé aucune trace sur M. Turcotte lorsqu'il s'est présenté au poste.
- La défense a fait valoir qu'il était clair que M. Turcotte ne s'était pas lavé ni rien nettoyé avant de se rendre au poste de police, M^{me} Stewart ayant témoigné que M. Turcotte avait les mains sales lorsqu'il est arrivé au détachement, et le gendarme Davidson, qu'il portait des vêtements de travail souillés.
- Lorsqu'on a demandé à M. Turcotte pourquoi il n'avait pas donné à la police de raison pour laquelle il fallait envoyer une voiture au ranch, il a fourni plusieurs explications : il avait [TRADUCTION] « tout gâché »; il était bouleversé et avait paniqué; il [TRADUCTION] « avait tout simplement mal réagi »; il ne pensait pas clairement. Il a également répondu qu'il ne savait pas s'il pouvait faire confiance à la police et que la façon d'agir de celle-ci lui avait donné l'impression qu'il était déjà soupçonné.
- Selon la preuve, M. Turcotte était un solitaire qui ne se sentait pas à l'aise avec les gens, se méfiait de la police et se rendait rarement en ville. Il n'avait aucun antécédent de violence, et le ministère public n'a proposé aucun mobile pour les meurtres.
- Le ministère public s'est fondé uniquement sur des preuves circonstancielles, notamment le comportement de M. Turcotte au poste de police, ses empreintes digitales sur les deux objets trouvés au

small blood stains found on Mr. Turcotte's left boot and lower pant leg showing that the blood belonged to Mr. Price and Mr. Martindale. A Crown expert witness, Sergeant John Mellis, testified that the blood spatter may have been minimal because of the nature of the blows and the shape of the axe.

Several *voir dire*s were held during the trial, but at no time did the defence take issue with the admissibility of Mr. Turcotte's refusal to answer the police questions. The only disputed issue was the use to which the silence could be put by the jury.

The Crown cross-examined Mr. Turcotte about what he said — and did not say — until he was formally detained and cautioned. Both prior to and after the Crown's cross-examination, the trial judge told the jury that although no inference of guilt or innocence could be drawn from Mr. Turcotte's constitutionally protected right to silence, they could nonetheless use it to assess his state of mind:

You may hear questions and answers that relate to what he did and what he said from the time he was interviewed in the interview room of the Vanderhoof R.C.M.P. Detachment station up to the time he was formally arrested.

I am going to permit you to hear this evidence solely for the purpose of you assessing the evidence as it relates only to the state of mind of Mr. Turcotte at the time. I want you to be aware as you hear this evidence that a detained person has a right guaranteed by our *Charter of Rights and Freedoms* to remain silent . . .

Under no circumstances can you draw any inference of guilt or innocence from the fact that a person . . . exercises his constitutional right to remain silent. The only purpose you may make of any of the evidence pertaining to the discussions between Corporal Curle and Mr. Turcotte is in relation to Mr. Turcotte's state of mind at the time on May 4th, 2000.

The Crown, during its closing address, characterized Mr. Turcotte's conduct at the detachment,

ranch ainsi que l'analyse médico-légale des petites taches de sang trouvées sur sa botte gauche et le bas de son pantalon établissant que le sang appartenait à M. Price et à M. Martindale. Un témoin-expert à charge, le sergent John Mellis, a déclaré qu'il était possible que les éclaboussures de sang soient minimales en raison de la nature des coups et de la forme de la hache.

Plusieurs voir-dires ont été tenus au cours du procès, mais à aucun moment la défense n'a contesté l'admissibilité du refus de M. Turcotte de répondre aux questions de la police. La seule question en litige concernait l'usage que le jury pouvait faire du silence.

Le ministère public a contre-interrogé M. Turcotte sur ce qu'il a dit — et n'a pas dit — jusqu'au moment de sa détention et de sa mise en garde officielles. Tant avant qu'après le contre-interrogatoire du ministère public, le juge du procès a dit au jury qu'il ne pouvait tirer aucune inférence de culpabilité ou d'innocence du fait que M. Turcotte a exercé son droit au silence protégé par la Constitution, mais qu'il pouvait s'y fonder pour déterminer son état d'esprit :

[TRADUCTION] Vous entendrez peut-être des questions et des réponses se rapportant à ce qu'il a fait et dit à partir du moment où il a été interrogé dans la salle d'interrogatoire du détachement de la GRC de Vanderhoof jusqu'au moment de son arrestation officielle.

Je vais vous laisser entendre cette preuve à seule fin de vous permettre d'évaluer la preuve en ce qui concerne, uniquement, l'état d'esprit de M. Turcotte à ce moment-là. Je veux que vous sachiez, lorsque vous entendrez cette preuve, qu'une personne détenue a le droit, garanti par la *Charte des droits et libertés*, de garder le silence . . .

Vous ne pouvez en aucun cas tirer une inférence de culpabilité ou d'innocence du fait qu'une personne . . . exerce son droit constitutionnel de garder le silence. Vous ne pouvez vous servir des éléments de preuve se rapportant aux discussions entre le caporal Curle et M. Turcotte qu'à l'égard de l'état d'esprit de ce dernier le 4 mai 2000.

Dans son exposé final, le ministère public a qualifié le comportement de M. Turcotte au

28

29

30

including his refusal to answer questions, as “consciousness of guilt” evidence, and urged the jury to conclude that Mr. Turcotte’s silence was not a reflection of shock or panic, but conduct from which an inference of guilt could be drawn:

And even though he claims to be in a state of shock and panic, he says he started suspecting that the police were suspecting him. That may tell you something about the guilty mind of Mr. Turcotte at the time. But again, it doesn’t show that he was in a state of shock or panic, but rather that he was thinking about what he said and chose to say what he wanted to say and didn’t want to say.

. . .

None of Davidson, Curle or Ms. Stewart observed any signs of shock or panic. In his own mind he’s thinking because he’s getting suspicious, and why would he get suspicious unless he had something to be guilty about? Why is he thinking the police suspect him? His mind is thinking about that and then he acts appropriately. . . . His mind throughout the course of the day shows no signs of panic, no signs of shock, it shows that he was thinking about what he did and said and was very careful about what he didn’t want to say.

. . .

And a lot makes sense when you look at it and it doesn’t make sense just to say that I was in a state of shock and panic, because at the very least you would expect a man who is innocent and came back and wanted the police to go there to have said something as simple as there’s three bodies out there, that’s why. I mean what’s so difficult? There’s nothing incriminating about that, there’s three bodies out there, but he kept refusing to answer the question what happened, why they should send a car out there. And the only rational explanation is he didn’t want to tell them. [Emphasis added.]

31

The trial judge, Chamberlist J., said in his jury charge that Mr. Turcotte’s behaviour at the RCMP detachment was better characterized as “post-offence conduct”, not “consciousness of guilt” evidence. He told the jury that post-offence conduct is “simply a piece of circumstantial evidence” and that it consists of behaviour after the offence. The trial judge described Mr. Turcotte’s refusal to tell

détachement, y compris son refus de répondre à des questions, de preuve de la « conscience de culpabilité » et a pressé le jury de conclure que le silence de M. Turcotte n’était pas l’expression d’un état de choc ou de panique, mais révélait un comportement duquel la culpabilité pouvait s’inférer :

[TRADUCTION] Et même s’il prétend s’être trouvé dans un état de choc et de panique, il affirme avoir commencé à penser que la police le soupçonnait. Cela peut vous donner une idée de l’état d’esprit coupable de M. Turcotte à ce moment-là. Encore une fois, cela n’indique pas qu’il était dans un état de choc ou de panique, mais plutôt qu’il réfléchissait à ce qu’il disait et choisissait ce qu’il voulait et ne voulait pas dire.

. . .

Ni M. Davidson ni M. Curle ni M^{me} Stewart n’ont noté de signes de bouleversement ou de panique. Dans son esprit, il réfléchit parce qu’il commence à se méfier, et pourquoi se méfierait-il à moins d’avoir quelque chose à se reprocher? Pourquoi pense-t-il que la police le soupçonne? Il pense à cela et il agit en conséquence. . . . Tout au long de la journée, il ne donne aucun signe de panique, aucun signe de bouleversement, ce qui indique qu’il pensait à ce qu’il faisait et disait et faisait très attention à ce qu’il ne voulait pas dire.

. . .

C’est logique, quand on y regarde de près, et ça ne tient pas debout de simplement dire qu’il était dans un état de choc et de panique, parce que le moins qu’on attendrait d’un homme qui est innocent et qui est revenu et veut que la police se rende là-bas, c’est qu’il dise quelque chose d’aussi simple qu’il y a trois corps là-bas, voilà pourquoi. Est-ce si difficile? Il n’y a rien d’incriminant là-dedans, il y a trois corps là-bas, mais il a continué à refuser de répondre à la question de savoir ce qui s’était passé, pourquoi ils devraient envoyer une voiture là-bas. Et la seule explication logique est qu’il ne voulait pas leur dire. [Je souligne.]

Dans son exposé au jury, le juge Chamberlist, juge du procès, a déclaré que le comportement de M. Turcotte au détachement de la GRC s’apparentait davantage à une preuve relative au « comportement postérieur à l’infraction » qu’à une preuve de la « conscience de culpabilité ». Il a expliqué au jury que le comportement postérieur à l’infraction constitue [TRADUCTION] « simplement un

the police what was at the ranch as the only post-offence conduct, and told the jury that they could decide that the only “substantial evidence” of guilt was this post-offence conduct:

Lastly, the Crown mentioned to you consciousness of guilt, or what I call post-offence conduct, and that is the post-offence conduct relating to why Mr. Turcotte did not just say there were three bodies out there.

There is a contest between the Crown and Mr. Turcotte as to whether his post-offence conduct of not advising why he wanted a police car out at the ranch relates to the crimes charged in the Indictment, or to some other blameworthy act, or it was just a manifestation of the gruesome circumstances Mr. Turcotte happened on at the Erhorn Ranch. If you determine it relates to the crime charged then you may weigh that evidence when deciding whether Mr. Turcotte is guilty or not guilty of the offences charged. But if you determine it relates to the emotional circumstances of Mr. Turcotte at the time, or some other blameworthy act, then you should disregard the evidence and give it no weight in your deliberations as to whether Mr. Turcotte is guilty or not guilty.

You may decide that the only substantial evidence proving the guilt of Mr. Turcotte arises from his post-offence conduct, and that evidence is subject to two directly conflicting interpretations, one favouring Mr. Turcotte and one not. Before deciding which theory you believe with respect to this evidence, you should consider the evidence as a whole and give the benefit of the doubt to Mr. Turcotte. [Emphasis added.]

The jury found Mr. Turcotte guilty of three counts of second degree murder. He was sentenced to life in prison with no eligibility for parole for 20 years.

élément de preuve circonstancielle » et qu’il s’agit du comportement observé après l’infraction. Le juge du procès a décrit le refus de M. Turcotte de dire à la police ce qu’il y avait au ranch comme étant le seul comportement postérieur à l’infraction et a dit au jury qu’il pouvait décider que la seule [TRADUCTION] « preuve substantielle » de culpabilité dont il disposait tenait dans ce comportement postérieur à l’infraction :

[TRADUCTION] En dernier lieu, le ministère public vous a parlé de la conscience de culpabilité, ce que j’appelle comportement postérieur à l’infraction, et il s’agit du comportement postérieur à l’infraction relatif à la raison pour laquelle M. Turcotte n’a simplement pas dit qu’il y avait trois corps là-bas.

Le ministère public et M. Turcotte ne s’entendent pas sur la question de savoir si le comportement postérieur à l’infraction de celui-ci consistant à ne pas expliquer pourquoi il voulait qu’une voiture de police soit envoyée au ranch découle des crimes reprochés dans l’acte d’accusation, ou de tout autre acte répréhensible, ou s’il s’agissait simplement d’une manifestation de l’horrible scène sur laquelle M. Turcotte était tombé au ranch Erhorn. Si vous considérez qu’il découle des crimes reprochés, vous pourrez tenir compte de cet élément de preuve lorsque vous vous prononcerez sur la question de savoir si M. Turcotte est coupable ou non des infractions reprochées. Si vous considérez, par contre, qu’il découle de l’état émotionnel de M. Turcotte à ce moment-là, ou de tout autre acte répréhensible, alors vous devrez écarter cet élément de preuve et ne lui accorder aucun poids au cours de vos délibérations concernant la culpabilité ou l’innocence de M. Turcotte.

Vous pouvez décider que la seule preuve substantielle de la culpabilité de M. Turcotte découle de son comportement postérieur à l’infraction et que cette preuve fait l’objet de deux interprétations tout à fait opposées, l’une favorisant M. Turcotte, l’autre non. Avant de décider quelle théorie il faut croire relativement à cet élément de preuve, vous devrez tenir compte de l’ensemble de la preuve et donner le bénéfice du doute à M. Turcotte. [Je souligne.]

Le jury a déclaré M. Turcotte coupable relativement à trois chefs d’accusation de meurtre au deuxième degré. Il a été condamné à l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 20 ans.

33 The British Columbia Court of Appeal set aside the convictions and ordered a new trial: (2004), 195 B.C.A.C. 276, 2004 BCCA 175. The determinative issue on appeal was whether the trial judge's instruction to the jury that they could draw an inference of guilt from Mr. Turcotte's post-offence conduct, specifically his silence, constituted reversible error.

34 Relying on *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, Rowles J.A., writing for a unanimous court (Finch C.J. and Huddart J.A.), held that because there was no statutory or common law rule requiring Mr. Turcotte to respond to the police's questions, he had the right to remain silent. She concluded that the evidence of silence was irrelevant, and that even if Mr. Turcotte's evidence was disbelieved, his silence could not constitute affirmative evidence that he had committed the offences.

35 The Crown appealed. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

Analysis

36 The essence of the Crown's argument is that Mr. Turcotte's refusal to respond to some of the questions from the police can be relied on as post-offence conduct from which an inference of guilt can be drawn.

37 "Post-offence conduct" is a legal term of art. It is not meant to be a neutral term embracing all behaviour by an accused after a crime has been committed, but only that conduct which is probative of guilt. It is, by its nature, circumstantial evidence.

38 The more traditional designation of such conduct, "consciousness of guilt" evidence, was changed by this Court to "post-offence conduct" evidence

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé les déclarations de culpabilité et a ordonné un nouveau procès : (2004), 195 B.C.A.C. 276, 2004 BCCA 175. La question déterminante en appel était de savoir si les directives du juge du procès au jury permettant à celui-ci de tirer une inférence de culpabilité du comportement postérieur à l'infraction de M. Turcotte, en particulier de son silence, constituaient une erreur donnant ouverture à révision.

Se fondant sur *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, la juge Rowles, au nom de la cour (le juge en chef Finch et la juge Huddart), a statué que, puisqu'il n'existait aucune règle législative ou de common law obligeant M. Turcotte à répondre aux questions de la police, il avait le droit de garder le silence. Elle a conclu que la preuve relative au silence n'était pas pertinente et que, même si on n'ajoutait pas foi au témoignage de M. Turcotte, le silence de ce dernier ne pouvait constituer une preuve affirmative établissant qu'il avait commis les infractions.

Le ministère public a interjeté appel. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Analyse

Essentiellement, le ministère public prétend que le refus de M. Turcotte de répondre à certaines questions de la police peut être considéré comme un comportement postérieur à l'infraction duquel la culpabilité peut s'inférer.

Le « comportement postérieur à l'infraction » est un terme technique propre au domaine juridique. Il ne s'agit pas d'un terme neutre englobant tous les comportements affichés par l'accusé après le crime, mais d'un terme désignant seulement le comportement probant quant à la culpabilité. Par sa nature, ce comportement constitue une preuve circonstancielle.

Dans *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, la Cour a remplacé l'appellation plus traditionnelle d'un tel comportement — preuve de la « conscience de

in *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72. Major J. held, at para. 20, that use of the phrase “consciousness of guilt” should be discouraged because it might undermine the presumption of innocence or may mislead the jury. In *White*, at para. 19, Major J. provided a non-exhaustive list of conduct that is typically admitted as post-offence conduct evidence: flight from the scene of the crime or the jurisdiction in which the crime was committed; attempts to resist arrest; failure to appear at trial; and acts of concealment such as lying, assuming a false name, changing one’s appearance, and hiding or disposing of evidence. In *White*, the post-offence conduct was the accused’s running from the police to avoid arrest, the attempted disposal of one of the murder weapons, and fleeing the jurisdiction following the killing.

Although the terminology has been changed, the evidentiary concept has not. As with evidence of “consciousness of guilt”, only evidence after a crime has been committed that is probative of guilt can be relied on as “post-offence conduct”.

The first issue, therefore, is to determine whether the trial judge erred in designating Mr. Turcotte’s refusal to answer some of the police questions as “post-offence conduct” capable of supporting an inference of guilt. This in turn requires a determination of whether Mr. Turcotte had the right to refuse to answer the police’s questions. The Crown’s dual argument is that no right to silence was engaged in this case, but that even if it was, Mr. Turcotte’s conduct in going to the police station and answering *some* of the police’s questions, showed that it was a right he chose to waive.

Under the traditional common law rules, absent statutory compulsion, everyone has the right to be silent in the face of police questioning. This right to

culpabilité » — par preuve relative au « comportement postérieur à l’infraction ». Le juge Major a affirmé, au par. 20, que l’emploi de l’expression « conscience de culpabilité » devrait être évitée parce qu’elle pouvait aller à l’encontre de la présomption d’innocence ou peut induire le jury en erreur. Dans *White*, par. 19, le juge Major a dressé une liste non exhaustive de comportements qui sont généralement admis en tant que preuve relative au comportement postérieur à l’infraction : s’enfuir des lieux du crime ou quitter la circonscription dans laquelle il a été commis; tenter de se soustraire à l’arrestation; ne pas comparaître au procès; commettre des actes de dissimulation comme mentir, employer un faux nom, modifier son apparence et dissimuler ou supprimer un élément de preuve. Dans *White*, ce qui constitue un comportement postérieur à l’infraction, ce sont la fuite des accusés devant les policiers pour éviter leur arrestation, la tentative de se débarrasser de l’une des armes du crime et la fuite hors de la circonscription après le meurtre.

La terminologie a certes été modifiée, mais pas le concept de la preuve. Comme c’était le cas pour la preuve de la « conscience de culpabilité », seuls les éléments de preuve postérieurs à un crime qui sont probants quant à la culpabilité peuvent être invoqués comme preuve relative au « comportement postérieur à l’infraction ».

Il s’agit donc d’abord de déterminer si le juge du procès a eu tort de qualifier le refus de M. Turcotte de répondre à certaines questions de la police de « comportement postérieur à l’infraction » duquel la culpabilité pouvait s’inférer. Il faut ensuite déterminer si M. Turcotte avait le droit de refuser de répondre aux questions de la police. Selon le double argument du ministère public, le droit de garder le silence n’était pas en cause en l’espèce, et même si c’était le cas, le fait que M. Turcotte se soit rendu au poste de police et ait répondu à *certaines* questions de la police démontrait qu’il avait renoncé à ce droit.

Selon les règles traditionnelles de common law, en l’absence d’une contrainte légale, chacun a le droit de garder le silence face à l’interrogatoire de

39

40

41

refuse to provide information or answer inquiries finds cogent and defining expression in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, *per* Lamer J.:

In Canada the right of a suspect not to say anything to the police . . . is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise. [Footnotes omitted; p. 683.]

42

Although its temporal limits have not yet been fully defined, the right to silence has also received *Charter* benediction. In *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, the first decision from this Court recognizing it as a s. 7 right, an accused, who had been arrested and advised of his rights, refused to provide a statement to the police after consulting counsel. He was then placed in a cell with an undercover officer posing as a suspect under arrest. During the course of their conversation, the accused incriminated himself. The question before the Court was whether the statement to the undercover officer was admissible. Writing for the majority, McLachlin J. held that it was not admissible because it violated the accused's right to silence found in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

43

In addition to emphasizing the importance of providing protection from the power of the state, McLachlin J. founded the s. 7 right to silence in two common law doctrines: the confessions rule and the privilege against self-incrimination, explaining that both emerge from the following unifying theme:

[T]he idea that a person in the power of the state in the course of the criminal process has the right to choose whether to speak to the police or remain silent. [p. 164]

la police. Ce droit de refuser de fournir des renseignements ou de répondre à des demandes de renseignements est exprimé de façon solide et déterminante par le juge Lamer dans *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640 :

Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police [. . .] n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect, sauf dans certaines circonstances, doit dire quelque chose à la police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement. [Notes omises; p. 683.]

Le droit de garder le silence, dont les limites temporelles n'ont toutefois pas encore été entièrement fixées, a également reçu la bénédiction de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, la première décision de la Cour où ce droit a été reconnu comme un droit protégé par l'art. 7, l'accusé, qui avait été arrêté et informé de ses droits, avait refusé, après avoir consulté un avocat, de faire une déclaration à la police. Il avait ensuite été placé dans une cellule avec un agent de police banalisé qui prétendait être un suspect arrêté par la police. Au cours de leur conversation, l'accusé s'était incriminé. La question dont la Cour était saisie était de savoir si la déclaration faite à l'agent de police banalisé était admissible. Au nom de la majorité, la juge McLachlin a statué que cette déclaration n'était pas admissible parce qu'elle violait le droit de garder le silence reconnu à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte*.

En plus de souligner l'importance de la protection contre le pouvoir de l'État, la juge McLachlin a fondé le droit de garder le silence prévu par l'art. 7 sur deux doctrines de common law : la règle des confessions et le privilège de ne pas s'incriminer, expliquant qu'elles découlent toutes deux du thème unificateur suivant :

[L]'idée qu'une personne assujettie au pouvoir de l'État en matière criminelle a le droit de décider de parler aux policiers ou de garder le silence. [p. 164]

It would be an illusory right if the decision not to speak to the police could be used by the Crown as evidence of guilt. As Cory J. explained in *Chambers*, where the trial judge failed to instruct the jury that the accused's silence could not be used as evidence of guilt:

It has as well been recognized that since there is a right to silence, it would be a snare and a delusion to caution the accused that he need not say anything in response to a police officer's question but nonetheless put in evidence that the accused clearly exercised his right and remained silent in the face of a question which suggested his guilt. [p. 1316]

Although *Chambers* dealt specifically with silence after the accused had been cautioned, it would equally be "a snare and a delusion" to allow evidence of any valid exercise of the right to be used as evidence of guilt.

Moreover, as Doherty and Rosenberg JJ.A. explained in *R. v. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516 (C.A.), since, in most circumstances, individuals are under no obligation to assist the police, their silence cannot, on its own, be probative of guilt:

... a refusal to assist is nothing more than the exercise of a recognized liberty and, standing alone, says nothing about that person's culpability. [p. 529]

Evidence of silence is, however, admissible in limited circumstances. As Cory J. held in *Chambers*, at p. 1318, if "the Crown can establish a real relevance and a proper basis", evidence of silence can be admitted with an appropriate warning to the jury.

There are circumstances where the right to silence must bend. In *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, for example, the Court was confronted with a conflict between the right to silence and the right to full answer and defence. Two men were charged with second degree murder after a man was beaten to death. At their joint trial, each blamed the other. Crawford, one of the accused, had not

Ce serait un droit illusoire si la décision de ne pas parler à la police pouvait être utilisée par le ministère public comme preuve de culpabilité. Comme le juge Cory l'a expliqué dans l'arrêt *Chambers*, lorsque le juge du procès n'a pas informé le jury que le silence de l'accusé ne pouvait être utilisé comme preuve de culpabilité :

Il a été reconnu en outre que, comme il y a un droit de garder le silence, ce serait tendre un piège que de prévenir l'accusé qu'il n'est pas tenu de répondre aux questions du policier, pour ensuite soumettre en preuve que l'accusé s'est manifestement prévalu de son droit en gardant le silence face à une question tendant à établir sa culpabilité. [p. 1316]

Même si l'arrêt *Chambers* traitait spécifiquement du silence observé par l'accusé après sa mise en garde, ce serait également « tendre un piège » que de permettre qu'un exercice valide du droit soit utilisé comme preuve de culpabilité.

En outre, comme les juges Doherty et Rosenberg l'ont expliqué dans *R. c. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516 (C.A.), puisque, dans la plupart des cas, les personnes ne sont pas tenues d'aider la police, leur silence ne peut, en soi, être probant quant à la culpabilité :

[TRADUCTION] ... le refus d'aider n'est rien d'autre que l'exercice d'une liberté reconnue et n'apporte aucun éclairage, en soi, sur la culpabilité de cette personne. [p. 529]

La preuve relative au silence est cependant admissible dans des cas limités. Comme le juge Cory l'a statué dans *Chambers*, p. 1318, si « le ministère public [peut] établir une pertinence réelle et une justification légitime », la preuve relative au silence peut être admise à condition d'être accompagnée d'une mise en garde appropriée au jury.

Il arrive que le droit de garder le silence doive céder le pas. Dans *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, par exemple, la Cour se trouvait en présence d'un conflit entre le droit de garder le silence et le droit à une défense pleine et entière. Deux hommes avaient été accusés de meurtre au deuxième degré après qu'un homme eut été battu à mort. À leur procès conjoint, chacun blâmait l'autre.

44

45

46

47

48

given the police a statement, but he chose to testify at trial in his own defence. His co-accused's counsel cross-examined him on his failure to make a statement to the police. This failure was negatively contrasted with the fact that his co-accused had given a full statement to the police at the earliest opportunity. Sopinka J., writing for the majority, held that a balance between the two competing rights can be achieved if the evidence of silence is admitted, but used only to assess credibility and not to infer guilt. Since the jury had been invited to infer guilt from Crawford's silence, the Court ordered a new trial.

M. Crawford, l'un des accusés, n'avait fait aucune déclaration à la police, mais avait choisi de témoigner au procès pour sa propre défense. L'avocat de son coaccusé l'avait contre-interrogé sur son omission de faire une déclaration à la police. Cette omission avait été négativement mise en contraste avec le fait que son coaccusé avait fait une déclaration complète à la police à la première occasion. Au nom de la majorité, le juge Sopinka a statué qu'il était possible d'établir un équilibre entre les deux droits opposés en admettant la preuve relative au silence, mais en ne l'utilisant que pour apprécier la crédibilité, et non pour conclure à la culpabilité. Étant donné que le jury avait été invité à inférer la culpabilité du silence de M. Crawford, la Cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

49 Evidence of silence may also be admissible when the defence raises an issue that renders the accused's silence relevant. Examples include circumstances where the defence seeks to emphasize the accused's cooperation with the authorities (*R. v. Lavallee*, [1980] O.J. No. 540 (QL) (C.A.)); where the accused testified that he had denied the charges against him at the time he was arrested (*R. v. Ouellette* (1997), 200 A.R. 363 (C.A.)); or where silence is relevant to the defence theory of mistaken identity and a flawed police investigation (*R. v. M.C.W.* (2002), 169 B.C.A.C. 128, 2002 BCCA 341).

La preuve relative au silence peut également être admissible lorsque la défense soulève une question qui démontre la pertinence du silence de l'accusé. Citons, par exemple, le cas où la défense cherche à attirer l'attention sur la collaboration de l'accusé avec les autorités (*R. c. Lavallee*, [1980] O.J. No. 540 (QL) (C.A.)); le cas où l'accusé témoigne avoir nié les accusations portées contre lui au moment de son arrestation (*R. c. Ouellette* (1997), 200 A.R. 363 (C.A.)); le cas où le silence est utile à la thèse de la défense fondée sur une erreur sur la personne et une enquête policière bâclée (*R. c. M.C.W.* (2002), 169 B.C.A.C. 128, 2002 BCCA 341).

50 Similarly, cases where the accused failed to disclose his or her alibi in a timely or adequate manner provide a well established exception to the prohibition on using pre-trial silence against an accused: *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175. Silence might also be admissible if it is inextricably bound up with the narrative or other evidence and cannot easily be extricated.

De même, les affaires dans lesquelles l'accusé a omis de divulguer son alibi en temps utile ou de manière appropriée constituent des exceptions bien établies à l'interdiction de se servir du silence avant le procès contre un accusé : *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175. Le silence pourrait également être admissible s'il est inextricablement lié à l'exposé des faits ou à tout autre élément de preuve et ne peut être facilement extrait.

51 The Crown argued that any right to silence is engaged only when the accused comes within "the power of the state" and that the right has no relevance when the state has done nothing to use that power against the individual. This, with respect, makes the right's borders too confining. In general, absent a statutory requirement to the contrary,

Le ministère public a prétendu que le droit de garder le silence ne s'applique que lorsque l'accusé est assujéti au [TRADUCTION] « pouvoir de l'État » et que le droit n'a aucune pertinence lorsque l'État n'a aucunement fait usage de ce pouvoir contre la personne. Malheureusement, cette prétention confine le droit dans des limites trop étroites. En général, en

individuals have the right to choose whether to speak to the police, even if they are not detained or arrested. The common law right to silence exists at all times against the state, whether or not the person asserting it is within its power or control. Like the confessions rule, an accused's right to silence applies any time he or she interacts with a person in authority, whether detained or not. It is a right premised on an individual's freedom to choose the extent of his or her cooperation with the police, and is animated by a recognition of the potentially coercive impact of the state's authority and a concern that individuals not be required to incriminate themselves. These policy considerations exist both before and after arrest or detention. There is, as a result, no principled basis for failing to extend the common law right to silence to both periods.

Nor do I share the Crown's view that by attending at the detachment and answering some of the police's questions, Mr. Turcotte waived any right he might otherwise have had. A willingness to impart *some* information to the police does not completely submerge an individual's right not to respond to police questioning. He or she need not be mute to reflect an intention to invoke it. An individual can provide some, none, or all of the information he or she has. A voluntary interaction with the police, even one initiated by an individual, does not constitute a waiver of the right to silence. The right to choose whether to speak is retained throughout the interaction.

At various points throughout the trial, the Crown, and the trial judge at the Crown's request, characterized Mr. Turcotte's silence in two ways: as post-offence conduct evidence (called "consciousness of guilt" evidence by the Crown), and as state of mind evidence rebutting his claim to be in shock and panic. Most troubling was the trial judge's final instructions on post-offence conduct. During this portion

l'absence d'une exigence légale contraire, les personnes ont le droit de choisir de parler à la police ou non, même si elles ne sont pas détenues ou en état d'arrestation. Le droit de garder le silence reconnu en common law existe en tout temps contre l'État, peu importe que la personne qui le revendique soit ou non assujettie au pouvoir ou contrôle de ce dernier. Comme c'est le cas pour la règle des confessions, le droit de l'accusé de garder le silence s'applique chaque fois qu'il interagit avec une personne en situation d'autorité, qu'il soit détenu ou non. Il s'agit d'un droit fondé sur la liberté d'une personne de choisir dans quelle mesure elle collabore avec la police, et animé par la reconnaissance de l'impact potentiellement coercitif de l'autorité de l'État et le désir que les personnes ne soient pas tenues de s'incriminer. Ces considérations de principe existent tant avant qu'après l'arrestation ou la détention. Il n'y a, par conséquent, aucune raison fondée sur des principes de ne pas étendre l'application du droit de garder le silence reconnu en common law aux deux périodes.

Je ne partage pas non plus l'opinion du ministère public que M. Turcotte, en se rendant au détachement et en répondant à certaines questions de la police, a renoncé à tout droit qu'il aurait autrement pu avoir. La volonté de communiquer *certain*s renseignements à la police ne fait pas complètement disparaître le droit d'une personne de ne pas répondre aux questions de la police. Elle n'a pas à rester muette pour manifester son intention de l'invoquer. Une personne peut fournir certains, aucun ou la totalité des renseignements qu'elle possède. L'interaction volontaire avec la police, même si elle est engagée par l'intéressé, ne constitue pas une renonciation au droit de garder le silence. Le droit de choisir de parler ou de garder le silence demeure entier tout au long de l'interaction.

À plusieurs reprises au cours du procès, le ministère public et le juge du procès, à la demande du ministère public, ont qualifié le silence de M. Turcotte de deux façons : preuve relative au comportement postérieur à l'infraction (appelée preuve de la « conscience de la culpabilité » par le ministère public) et preuve relative à l'état d'esprit réfutant son affirmation qu'il a été dans un état de

of his instructions, the trial judge told the jury that Mr. Turcotte's silence was post-offence conduct and zeroed in on his silence as the *only* relevant post-offence conduct. His invocation was: "You may decide that the only substantial evidence proving the guilt of Mr. Turcotte arises from his post-offence conduct."

choc et de panique. Le plus inquiétant, ce sont les directives finales du juge du procès sur le comportement postérieur à l'infraction. Dans ces directives, le juge du procès a indiqué au jury que le silence de M. Turcotte constituait un comportement postérieur à l'infraction et a qualifié ce silence de *seul* comportement postérieur à l'infraction. Il a dit : [TRADUCTION] « Vous pouvez décider que la seule preuve substantielle de la culpabilité de M. Turcotte découle de son comportement postérieur à l'infraction. »

54 Even before his detention at 10:06 a.m., Mr. Turcotte had no duty to speak to or cooperate with the police. He exercised this right by refusing to answer some of the questions put to him by the police, declining to explain why a car should be sent to the Erhorn Ranch and refusing to say what the police would find there. Although he answered some of the police's questions, when he did not answer others he was nonetheless exercising his right to silence.

Même avant sa mise en détention, à 10 h 06, M. Turcotte n'était pas tenu de parler à la police ou de collaborer avec elle. En refusant de répondre à certaines questions de la police, d'expliquer pourquoi il fallait envoyer une voiture au ranch Erhorn et de dire ce que la police allait y trouver, il exerçait ce droit. Même s'il avait répondu à certaines questions de la police, en refusant de répondre à d'autres questions, il se trouvait néanmoins à exercer son droit de garder le silence.

55 This is significant in deciding whether evidence of his silence was admissible as post-offence conduct, that is, evidence that is probative of guilt. Conduct after a crime has been committed is only admissible as "post-offence conduct" when it provides circumstantial evidence of guilt. The necessary relevance is lost if there is no connection between the conduct and guilt. The law imposes no duty to speak to or cooperate with the police. This fact alone severs any link between silence and guilt. Silence in the face of police questioning will, therefore, rarely be admissible as post-offence conduct because it is rarely probative of guilt. Refusing to do what one has a right to refuse to do reveals nothing. An inference of guilt cannot logically or morally emerge from the exercise of a protected right. Using silence as evidence of guilt artificially creates a duty, despite a right to the contrary, to answer all police questions.

Il s'agit d'un point important lorsque vient le temps de décider si la preuve relative à son silence était admissible en tant que preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, c'est-à-dire comme preuve probante quant à la culpabilité. Le comportement postérieur à un crime n'est admissible comme preuve relative au « comportement postérieur à l'infraction » que s'il fournit une preuve circonstancielle de la culpabilité. La pertinence nécessaire n'existe plus s'il n'y a aucun lien entre le comportement et la culpabilité. La loi n'impose aucune obligation de parler à la police ou de collaborer avec elle. Ce fait, à lui seul, rompt tout lien pouvant exister entre le silence et la culpabilité. Le silence face à l'interrogatoire de la police est donc rarement admissible comme preuve relative au comportement postérieur à l'infraction parce qu'il est rarement probant quant à la culpabilité. Refuser de faire ce qu'on a le droit de refuser de faire ne révèle rien. On ne peut ni logiquement ni moralement inférer la culpabilité de l'exercice d'un droit protégé. Se servir du silence comme preuve de culpabilité donne artificiellement naissance à une obligation de répondre à toutes les questions de la police malgré l'existence d'un droit contraire.

Since there was no duty on Mr. Turcotte's part to speak to the police, his failure to do so was irrelevant; because it was irrelevant, no rational conclusion about guilt or innocence can be drawn from it; and because it was not probative of guilt, it could not be characterized for the jury as "post-offence conduct".

Nor do I see how Mr. Turcotte's silence could be used as "state of mind" evidence from which guilt could be inferred. The Crown argued that Mr. Turcotte's silence negated his claim that his state of mind was one of shock and panic. It is clear from the Crown's closing argument that there was little difference between asking the jury to consider Mr. Turcotte's silence as evidence of his state of mind, and asking them to consider it as evidence of his guilty conscience. So, for example, during his closing argument the Crown argued:

That may tell you something about the guilty mind of Mr. Turcotte at the time. But again, it doesn't show that he was in a state of shock or panic, but rather that he was thinking about what he said and chose to say what he wanted to say and didn't want to say.

In order to make this claim, it was necessary for the Crown to suggest that his silence was motivated by a different state of mind, namely his guilty conscience. Characterizing the silence as state of mind evidence was simply another way of arguing that the silence was post-offence conduct probative of Mr. Turcotte's guilt.

While not admissible as post-offence conduct or state of mind evidence, Mr. Turcotte's behaviour at the RCMP detachment, including his refusal to answer some of the police's questions, was, arguably, admissible as an inextricable part of the narrative. As previously indicated, no issue was raised about its admissibility either at trial or on appeal. But, having admitted his silence into evidence, the trial judge was obliged to tell the jury in the clearest of terms that it could not be used to support an

Étant donné que M. Turcotte n'avait aucune obligation de parler à la police, son omission de le faire n'avait aucune pertinence; cette omission n'ayant aucune pertinence, aucune conclusion rationnelle de culpabilité ou d'innocence ne pouvait en être tirée; et cette omission n'étant pas probante quant à la culpabilité, elle ne pouvait être qualifiée, à l'intention du jury, de « comportement postérieur à l'infraction ».

Je ne vois pas non plus comment le silence de M. Turcotte pouvait servir de preuve relative à « l'état d'esprit » de laquelle la culpabilité pouvait s'inférer. Le ministère public a prétendu que le silence de M. Turcotte réfutait son affirmation qu'il se trouvait alors dans un état de choc et sous l'emprise de la panique. Il ressort clairement de l'exposé final du ministère public qu'il y avait peu de différence entre demander au jury de tenir compte du silence de M. Turcotte comme preuve de son état d'esprit et lui demander d'en tenir compte comme preuve de sa conscience de culpabilité. Ainsi, dans son exposé final, le ministère public a, par exemple, soutenu :

[TRADUCTION] Cela peut vous donner une idée de l'état d'esprit coupable de M. Turcotte à ce moment-là. Encore une fois, cela n'indique pas qu'il était dans un état de choc ou de panique, mais plutôt qu'il réfléchissait à ce qu'il disait et choisissait ce qu'il voulait et ne voulait pas dire.

Pour établir cette prétention, le ministère public devait laisser entendre que son silence était motivé par un autre état d'esprit, soit sa conscience de culpabilité. Qualifier le silence de preuve relative à l'état d'esprit était simplement une autre façon de prétendre que le silence constituait un comportement postérieur à l'infraction qui est probant quant à la culpabilité de M. Turcotte.

Bien qu'il ne soit pas admissible comme preuve relative au comportement postérieur à l'infraction ou à l'état d'esprit, on aurait pu soutenir que le comportement de M. Turcotte au détachement de la GRC, y compris son refus de répondre à certaines questions de la police, était admissible en tant que partie inextricable de l'exposé des faits. Comme je l'ai déjà mentionné, la question de son admissibilité n'a été soulevée ni au procès ni en appel. Mais après avoir admis le silence en preuve, le juge du

56

57

58

inference of guilt in order to contradict an intuitive impulse to conclude that silence is incompatible with innocence. Where evidence of silence is admitted, juries must be instructed about the proper purpose for which the evidence was admitted, the impermissible inferences which must not be drawn from evidence of silence, the limited probative value of silence, and the dangers of relying on such evidence.

procès devait dire au jury dans les termes les plus clairs que cette preuve ne pouvait servir à étayer une inférence de culpabilité, et ce, afin de faire contrepoids à l'impulsion intuitive de conclure que silence ne peut rimer avec innocence. Lorsque la preuve relative au silence est admise, les jurés doivent être instruits du véritable objet de l'admission de la preuve, des inférences inacceptables à ne pas tirer de la preuve relative au silence, de la valeur probante limitée du silence et des dangers de se fonder sur une telle preuve.

59 The failure to give the jury this limiting instruction, particularly given the circumstantial nature of the Crown's case, was highly prejudicial.

L'omission de donner cette directive restrictive au jury, surtout compte tenu du caractère circonstanciel de la preuve du ministère public, a été très préjudiciable.

60 Given the significance of the error, I agree with the Court of Appeal that the curative proviso is inapplicable and a new trial is required.

Étant donné l'importance de l'erreur, je conviens avec la Cour d'appel que la disposition réparatrice est inapplicable et qu'un nouveau procès s'impose.

61 I would dismiss the appeal.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Prince George.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Prince George.

Solicitor for the respondent: Gregory P. DelBigio, Vancouver.

Procureur de l'intimé : Gregory P. DelBigio, Vancouver.

Solicitors for the interveners: Fenton, Smith, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Fenton, Smith, Toronto.

Olga Medovarski *Appellant*

v.

**Minister of Citizenship and
Immigration** *Respondent*

and

Julio Esteban *Appellant*

v.

**Minister of Citizenship and
Immigration** *Respondent*

**INDEXED AS: MEDOVARSKI v. CANADA (MINISTER
OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION); ESTEBAN
v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND
IMMIGRATION)**

Neutral citation: 2005 SCC 51.

File Nos.: 30332, 30334.

Hearing and judgment: June 7, 2005.

Reasons delivered: September 30, 2005.

Present: McLachlin C.J. and Major, Binnie, LeBel,
Deschamps, Fish and Charron JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Immigration — Removal order — Right of appeal — Permanent residents ordered deported for serious criminality appealing removal order to Immigration Appeal Division — Removal order automatically stayed pursuant to provisions of former immigration legislation — Transitional provision in new immigration legislation to effect that appeal to Immigration Appeal Division discontinued if appellant not granted stay under former legislation — Whether “transitional provision” applicable to both automatic and actively granted stays — Meaning of expression “granted a stay” in transitional provision — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

Olga Medovarski *Appelante*

c.

**Ministre de la Citoyenneté et de
l’Immigration** *Intimé*

et

Julio Esteban *Appelant*

c.

**Ministre de la Citoyenneté et de
l’Immigration** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : MEDOVARSKI c. CANADA (MINISTRE
DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION);
ESTEBAN c. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION)**

Référence neutre : 2005 CSC 51.

N^{os} du greffe : 30332, 30334.

Audition et jugement : 7 juin 2005.

Motifs déposés : 30 septembre 2005.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Mesure de renvoi — Droit d’appel — Résidents permanents interjetant appel devant la Section d’appel de l’immigration contre la mesure de renvoi pour grande criminalité dont ils font l’objet — Ancienne loi prescrivant le sursis automatique de l’exécution de la mesure de renvoi en cas d’appel — Dispositions transitoires de la nouvelle loi sur l’immigration prévoyant qu’il est mis fin à l’affaire portée en appel devant la Section d’appel de l’immigration si l’intéressé ne fait pas l’objet d’un sursis au titre de l’ancienne loi — Les « dispositions transitoires » s’appliquent-elles à la fois aux sursis automatiques et aux sursis accordés expressément? — Sens de l’expression « fait [. . .] l’objet d’un sursis » dans les dispositions transitoires — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Deportation — Right of appeal — Permanent residents' right to appeal removal order for serious criminality extinguished by transitional provision of new immigration legislation — Whether process by which appeal extinguished unfair and constituting breach of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

Statutes — Interpretation — Transitional provisions — Whether ordinary rules of interpretation applicable to transitional provisions — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

Statutes — Interpretation — Bilingual statutes — Principles of interpretation — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

M and E, two permanent residents, were ordered deported for serious criminality. They each appealed to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board and their removal orders were automatically stayed. Both appeals were discontinued as a result of a transitional provision (s. 196) of the new *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*, which took away the right to appeal an order for removal unless a party had, under the former Act, been “granted a stay”. In each case, the trial judge set aside the decision to discontinue the appeal. The Federal Court of Appeal allowed the Minister of Citizenship and Immigration’s appeal in both cases, holding that the purpose of the *IRPA*’s transitional provision was to deny a right of appeal in the case of an automatic stay.

Held: The appeals should be dismissed.

Section 196 of the *IRPA*, properly interpreted, applies only to actively granted stays. The objectives of the *IRPA*, as expressed in s. 3, indicate an intent to prioritize security. In keeping with these objectives, the *IRPA* creates a new scheme whereby persons sentenced to more than six months in prison are inadmissible (s. 36); if they have been sentenced to a prison term of more than two years, they are denied a right to appeal their removal order (s. 64). The purpose in enacting the *IRPA*, and in particular s. 64, was to efficiently remove from the country persons who have engaged in serious criminality. Since s. 196 refers explicitly to s. 64, the transitional provisions should be interpreted in light

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Expulsion — Droit d’appel — Dispositions transitoires de la nouvelle loi sur l’immigration éteignant le droit des résidents permanents d’interjeter appel contre une mesure de renvoi pour grande criminalité — Le processus d’extinction du droit d’appel est-il inéquitable et constitue-t-il un manquement aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

Législation — Interprétation — Dispositions transitoires — Les règles d’interprétation ordinaires s’appliquent-elles aux dispositions transitoires? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

Législation — Interprétation — Lois bilingues — Principes d’interprétation — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

M et E, deux résidents permanents, ont fait l’objet d’une mesure d’expulsion pour grande criminalité. Ils ont tous les deux interjeté appel devant la Section d’appel de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, ce qui a entraîné automatiquement un sursis d’exécution des mesures de renvoi les visant. Il a été mis fin aux deux appels en raison d’une disposition transitoire (art. 196) de la nouvelle *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR)*, qui a supprimé le droit de porter une mesure de renvoi en appel à moins qu’une partie n’ait « fait [. . .] l’objet d’un sursis » au titre de l’ancienne loi. Dans chaque cas, la juge de première instance a annulé la décision de mettre fin à l’appel. La Cour d’appel fédérale a, dans les deux cas, accueilli l’appel du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration en concluant que les dispositions transitoires de la *LIPR* avaient pour objet de refuser un droit d’appel dans le cas d’un sursis automatique.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

L’article 196 *LIPR*, interprété correctement, ne s’applique qu’aux sursis accordés expressément. Les objectifs de la *LIPR*, exposés à son art. 3, révèlent une intention de donner priorité à la sécurité. Conformément à ces objectifs, la *LIPR* crée un nouveau régime par lequel la peine d’emprisonnement de plus de six mois emporte interdiction de territoire (art. 36); la personne condamnée à une peine d’emprisonnement de plus de deux ans ne peut pas interjeter appel d’une mesure de renvoi la visant (art. 64). L’adoption de la *LIPR*, et de l’art. 64 en particulier, visait à renvoyer diligemment du pays les personnes qui se sont livrées à des activités de grande criminalité. Étant donné que l’art. 196 renvoie expressément à l’art. 64, les

of these legislative objectives. With respect to the text of s. 196, although the French version seems to apply to both an automatic and an actively ordered stay, the common meaning of the English and French versions of s. 196, which is normally the narrower version, is in this case the English version, which applies only to actively granted stays. This interpretation, which accords with Parliament's general object, is reinforced by the absurd effect of the broader interpretation of s. 196. If s. 196 was applicable to automatic stays, it would effectively become redundant and be reduced to an essentially meaningless statutory provision. It would also create in the context of s. 49(1) a broad exemption for inadmissible persons in the country yet accord none to similar persons outside Canada. [9-13] [28-31]

The deportation of a non-citizen cannot in itself implicate the liberty and security interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Even if liberty and security of the person were engaged, any unfairness resulting from s. 196 would be inadequate to constitute a breach of the principles of fundamental justice. [46-47]

Cases Cited

Referred to: *Canada v. Trade Investments Shopping Centre Ltd.*, [1993] 2 C.T.C. 333; *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62; *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2 [rep. 2001, c. 27, s. 274], ss. 3(d), (i), (j), 49(1)(b), (1.1), 70(5), 73(1).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(e), (h), (i), 25(1), 36(1)(a), 44(1), (2), 64(1), (2), 72(1), (2)(a), (d), (e), 97, 112(1), 113(d), 114(1)(b), 192, 196, 197.

Authors Cited

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, 1st Sess., 37th Parl., Meeting No. 22, May 8, 2001 (online).

dispositions transitoires doivent être interprétées à la lumière de ces objectifs législatifs. En ce qui concerne le texte de l'art. 196, bien que la version française semble viser à la fois les sursis automatiques et les sursis accordés expressément, le sens commun aux versions française et anglaise de cet article, qui est normalement le plus restreint, est en l'espèce celui de la version anglaise, qui ne vise que les sursis accordés expressément. Cette interprétation, qui est compatible avec l'objectif général du législateur, est renforcée par l'effet absurde de l'interprétation plus large de l'art. 196. Si l'article 196 s'appliquait aux sursis automatiques, il deviendrait effectivement redondant et se résumerait à une disposition législative essentiellement dépourvue de sens. Il établirait également, dans le contexte du par. 49(1), une exception générale applicable aux interdits de territoire se trouvant au pays et non à des personnes qui sont dans une situation similaire, mais qui se trouvent à l'extérieur du Canada. [9-13] [28-31]

À elle seule, l'expulsion d'un non-citoyen ne peut mettre en cause les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Même si la liberté et la sécurité de la personne étaient en jeu, toute iniquité résultant de l'art. 196 ne suffirait pas pour qu'il y ait manquement aux principes de justice fondamentale. [46-47]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Canada c. Trade Investments Shopping Centre Ltd.*, [1993] A.C.F. n° 678 (QL); *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62; *Grillas c. Ministre de la Main-d'Œuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2 [abr. 2001, ch. 27, art. 274], art. 3d), i), j), 49(1)b), (1.1), 70(5), 73(1).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)e), h), i), 25(1), 36(1)a), 44(1), (2), 64(1), (2), 72(1), (2)a), d), e), 97, 112(1), 113d), 114(1)b), 192, 196, 197.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, 1^{re} sess., 37^e lég., séance n° 22, 8 mai 2001 (en ligne).

Concise Oxford English Dictionary, 11th ed. New York: Oxford University Press, 2004, “grant”.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Rothstein, Evans and Pelletier J.J.A.), [2004] 4 F.C.R. 48, 238 D.L.R. (4th) 328, 318 N.R. 252, 116 C.R.R. (2d) 268, 35 Imm. L.R. (3d) 161, [2004] F.C.J. No. 366 (QL), 2004 FCA 85, setting aside a judgment of Snider J., [2003] 4 F.C. 227, 28 Imm. L.R. (3d) 50, 234 F.T.R. 101, [2003] F.C.J. No. 811 (QL), 2003 FCT 634, allowing Medovarski’s application for a judicial review of an Immigration and Refugee Board (Appeal Division) decision. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Rothstein, Evans and Pelletier J.J.A.), [2004] F.C.J. No. 1892 (QL), setting aside a judgment of Dawson J. (2003), 237 F.T.R. 264, 31 Imm. L.R. (3d) 47, [2003] F.C.J. No. 1181 (QL), 2003 FC 930, allowing Esteban’s application for a judicial review of an Immigration and Refugee Board (Appeal Division) decision. Appeal dismissed.

Lorne Waldman and Brena Parnes, for the appellant Medovarski.

David Matas, for the appellant Esteban.

Bernard Laprade and Normand Lemyre, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

¹ The core question on these appeals is whether s. 196, a transitional provision of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“IRPA”), removes the right to appeal an order for removal to the Immigration Appeal Division (“IAD”), in the case of persons deemed inadmissible for serious

Concise Oxford English Dictionary, 11th ed. New York: Oxford University Press, 2004, « grant ».

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Cowansville, Qué. : Thémis, 1999.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Rothstein, Evans et Pelletier), [2004] 4 R.C.F. 48, 238 D.L.R. (4th) 328, 318 N.R. 252, 116 C.R.R. (2d) 268, 35 Imm. L.R. (3d) 161, [2004] A.C.F. n° 366 (QL), 2004 CAF 85, qui a annulé un jugement de la juge Snider, [2003] 4 C.F. 227, 28 Imm. L.R. (3d) 50, 234 F.T.R. 101, [2003] A.C.F. n° 811 (QL), 2003 CFPI 634, qui avait accueilli une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (Section d’appel) présentée par Medovarski. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Rothstein, Evans et Pelletier), [2004] A.C.F. n° 1892 (QL), qui a annulé un jugement de la juge Dawson (2003), 237 F.T.R. 264, 31 Imm. L.R. (3d) 47, [2003] A.C.F. n° 1181 (QL), 2003 CF 930, qui avait accueilli une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (Section d’appel) présentée par Esteban. Pourvoi rejeté.

Lorne Waldman et Brena Parnes, pour l’appellante Medovarski.

David Matas, pour l’appellant Esteban.

Bernard Laprade et Normand Lemyre, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

Dans les présents pourvois, la question centrale est de savoir si l’art. 196, une disposition transitoire de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« LIPR »), retire aux personnes censées être interdites de territoire pour grande criminalité (c’est-à-dire celles

criminality (i.e., sentenced to six months or more of imprisonment). The old statute (*Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2) granted this right of appeal. The new statute does not for those imprisoned over two years. The transitional provision took away the right to appeal an order for removal unless a party had, under the old Act, been “granted a stay”. The old Act provided for two kinds of stays: automatic stays and actively ordered stays. The appellants enjoyed only an automatic statutory stay. If the phrase “granted a stay” indicates both kinds of stays, the appellants’ right to appeal is preserved. Conversely, if it indicates only actively ordered stays, the appellants’ right to appeal is removed.

The appellants are Olga Medovarski and Julio Esteban. Ms. Medovarski was sentenced to two years of imprisonment for criminal negligence causing death while driving a car when intoxicated. Mr. Esteban was sentenced to four years in prison for conspiracy to traffic cocaine. Both were ordered deported. Medovarski and Esteban each appealed to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board and their removal orders were automatically stayed. Both of those appeals were discontinued as a result of the transitional provisions of the *IRPA*. In each case the trial judge set aside the decision to discontinue the appeal: [2003] 4 F.C. 227, 2003 FCT 634; 237 F.T.R. 264, 2003 FC 930. In both cases the majority of the Federal Court of Appeal granted the Minister’s appeal, holding that the *IRPA*’s transitional provisions intended to deny a right of appeal in the case of an automatic stay: [2004] 4 F.C.R. 48, 2004 FCA 85, and [2004] F.C.J. No. 1892 (QL).

I conclude, as did the majority of the Federal Court of Appeal, that “granted a stay” indicates

condamnées à purger une peine d’emprisonnement de six mois ou plus) le droit d’interjeter appel d’une mesure de renvoi devant la Section d’appel de l’immigration (« SAI »). L’ancienne loi (*Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2) accordait ce droit d’appel. La nouvelle loi ne le reconnaît pas aux personnes dont la peine d’emprisonnement est supérieure à deux ans. La disposition transitoire a supprimé le droit de porter une mesure de renvoi en appel à moins qu’une partie n’ait « fait [. . .] l’objet d’un sursis » au titre de l’ancienne loi, laquelle prévoyait deux sortes de sursis : le sursis automatique et le sursis accordé expressément. Les appelants ne faisaient l’objet que d’un sursis automatique prescrit par la Loi. Si les termes « fait [. . .] l’objet d’un sursis » renvoient aux deux sortes de sursis, le droit d’appel des appelants est maintenu. À l’inverse, s’ils renvoient uniquement aux sursis accordés expressément, le droit d’appel des appelants est retiré.

Les appelants sont Olga Medovarski et Julio Esteban. M^{me} Medovarski a été condamnée à purger deux ans d’emprisonnement pour avoir fait preuve de négligence criminelle causant la mort en conduisant une voiture sous l’influence de l’alcool. M. Esteban a été condamné à quatre ans d’emprisonnement pour complot de trafic de cocaïne. Les deux ont fait l’objet d’une mesure d’expulsion. M^{me} Medovarski et M. Esteban ont tous les deux interjeté appel devant la Section d’appel de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, ce qui a entraîné automatiquement un sursis d’exécution des mesures de renvoi les visant. Il a été mis fin aux deux appels en raison des dispositions transitoires de la *LIPR*. Dans chaque cas, la juge de première instance a annulé la décision de mettre fin à l’appel : [2003] 4 C.F. 227, 2003 CFPI 634, 237 F.T.R. 264, 2003 CF 930. Dans les deux cas, les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont accueilli l’appel du ministre en concluant que les dispositions transitoires de la *LIPR* étaient destinées à refuser un droit d’appel dans le cas d’un sursis automatique : [2004] 4 R.C.F. 48, 2004 CAF 85, et [2004] A.C.F. n^o 1892 (QL).

À l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale, je conclus que les termes « fait [. . .]

only actively granted stays, and s. 196 of the *IRPA* therefore removes the appellants' right to appeal the order for their removal for serious criminality. The applicable principles of statutory interpretation permit no other conclusion. The appellants' argument that this result is unfair does not displace this conclusion. The section, properly interpreted, establishes that Parliament intended to deny a right of appeal to persons in the appellants' circumstances. Accordingly, I would dismiss the appeals.

2. Legislation

4 The transitional provisions of the *IRPA* include ss. 192 and 196:

192. If a notice of appeal has been filed with the Immigration Appeal Division immediately before the coming into force of this section, the appeal shall be continued under the former Act by the Immigration Appeal Division of the Board.

196. Despite section 192, an appeal made to the Immigration Appeal Division before the coming into force of this section shall be discontinued if the appellant has not been granted a stay under the former Act and the appeal could not have been made because of section 64 of this Act.

5 Section 64 of the *IRPA* expressly removes a right to appeal for those inadmissible on the grounds of serious criminality:

64. (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

(2) For the purpose of subsection (1), serious criminality must be with respect to a crime that was punished in Canada by a term of imprisonment of at least two years.

6 The appellants, Medovarski and Esteban, fall within the scope of the current s. 64 which alters the legislative regime to ensure that they have no right of appeal under the *IRPA*.

l'objet d'un sursis » renvoient uniquement aux sursis accordés expressément et que, de ce fait, l'art. 196 *LIPR* retire aux appelants le droit d'interjeter appel de la mesure de renvoi prise contre eux pour cause de grande criminalité. Aucune autre conclusion n'est possible selon les principes d'interprétation législative applicables. L'argument des appelants selon lequel ce résultat est inéquitable n'écarte pas cette conclusion. Interprétée comme il se doit, la disposition établit que le législateur a voulu refuser un droit d'appel aux personnes se trouvant dans une situation analogue à celle des appelants. Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois.

2. Dispositions législatives

Les dispositions transitoires de la *LIPR* sont notamment les art. 192 et 196 :

192. S'il y a eu dépôt d'une demande d'appel à la Section d'appel de l'immigration, à l'entrée en vigueur du présent article, l'appel est continué sous le régime de l'ancienne loi, par la Section d'appel de l'immigration de la Commission.

196. Malgré l'article 192, il est mis fin à l'affaire portée en appel devant la Section d'appel de l'immigration si l'intéressé est, alors qu'il ne fait pas l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi, visé par la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64 de la présente loi.

L'article 64 *LIPR* retire expressément le droit d'appel aux personnes interdites de territoire pour cause de grande criminalité :

64. (1) L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondant.

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité vise l'infraction punie au Canada par un emprisonnement d'au moins deux ans.

Les appelants, M^{me} Medovarski et M. Esteban, sont assujettis à l'art. 64 actuellement en vigueur, qui modifie le régime législatif de manière à leur retirer tout droit d'appel en vertu de la *LIPR*.

However, the appellants argue that since they filed a notice of appeal, which resulted in the removal order being automatically stayed pursuant to s. 49(1)(b) of the former Act, their appeal should not be discontinued under s. 196.

49. (1) Subject to subsection (1.1), the execution of a removal order made against a person is stayed

. . .

(b) in any case where an appeal from the order has been filed with the Appeal Division, until the appeal has been heard and disposed of or has been declared by the Appeal Division to be abandoned;

. . .

(1.1) Subsection (1) does not apply to

(a) a person residing or sojourning in the United States or St. Pierre and Miquelon who is the subject of a report made pursuant to paragraph 20(1)(a); or

(b) a person who has been determined to be not eligible to make a claim to be a Convention refugee by reason of paragraph 46.01(1)(b) and who is to be removed to a country with which the Minister has entered into an agreement under section 108.1 for sharing the responsibility for examining refugee claims.

(The relevant provisions of the *IRPA* and its predecessor statute are found in the Appendix.)

3. Analysis

The words of this statute, like any other, must be interpreted having regard to the object, text and context of the provision, considered together: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. In interpreting s. 196 to determine whether it eliminates appeals for permanent residents for whom a stay from an order for removal had been granted, I consider the purpose of the *IRPA* and its transitional provisions, the French and English text of s. 196, the legislative context of s. 196, and the need to interpret the provision to avoid an absurd, illogical or redundant result. Finally, I deal with concerns about unfairness to the appellants caused by the transition to the new *IRPA*.

Toutefois, les appelants font valoir que puisqu'ils ont déposé un avis d'appel qui, conformément à l'al. 49(1)(b) de l'ancienne Loi, a entraîné automatiquement un sursis d'exécution de la mesure de renvoi, l'art. 196 ne devrait pas mettre fin à leur appel.

49. (1) Sauf dans les cas mentionnés au paragraphe (1.1), il est sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi :

. . .

b) en cas d'appel, jusqu'à ce que la section d'appel ait rendu sa décision ou déclaré qu'il y a eu désistement d'appel;

. . .

(1.1) Le sursis d'exécution ne s'applique pas dans les cas suivants :

a) l'intéressé fait l'objet du rapport prévu à l'alinéa 20(1)a) et réside ou séjourne aux États-Unis ou à Saint-Pierre-et-Miquelon;

b) la revendication a été jugée irrecevable au titre de l'alinéa 46.01(1)b) et l'intéressé doit être renvoyé dans un pays avec lequel le ministre a conclu un accord en vertu de l'article 108.1 en vue du partage de la responsabilité de l'examen des revendications du statut de réfugié au sens de la Convention.

(Les dispositions pertinentes de la *LIPR* et de la loi qui l'a précédée sont reproduites à l'annexe.)

3. Analyse

Les termes de la présente loi, comme ceux de toute autre loi, doivent être interprétés en tenant compte de l'ensemble de l'objet, du texte et du contexte de la disposition en cause : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. Pour déterminer s'il élimine les appels de résidents permanents qui bénéficient d'un sursis d'exécution d'une mesure de renvoi, j'interprète l'art. 196 en tenant compte de l'objet de la *LIPR* et de ses dispositions transitoires, des versions française et anglaise de cet article, de son contexte législatif ainsi que de la nécessité d'éviter d'arriver à un résultat absurde, illogique ou redondant. Enfin, je vais examiner les craintes que la transition à la nouvelle *LIPR* soit source d'iniquité pour les appelants.

3.1 *Purpose of the Section 196 Transitional Provisions*

9 The *IRPA* enacted a series of provisions intended to facilitate the removal of permanent residents who have engaged in serious criminality. This intent is reflected in the objectives of the *IRPA*, the provisions of the *IRPA* governing permanent residents and the legislative hearings preceding the enactment of the *IRPA*.

10 The objectives as expressed in the *IRPA* indicate an intent to prioritize security. This objective is given effect by preventing the entry of applicants with criminal records, by removing applicants with such records from Canada, and by emphasizing the obligation of permanent residents to behave lawfully while in Canada. This marks a change from the focus in the predecessor statute, which emphasized the successful integration of applicants more than security: e.g., see s. 3(1)(i) of the *IRPA* versus s. 3(j) of the former Act; s. 3(1)(e) of the *IRPA* versus s. 3(d) of the former Act; s. 3(1)(h) of the *IRPA* versus s. 3(i) of the former Act. Viewed collectively, the objectives of the *IRPA* and its provisions concerning permanent residents, communicate a strong desire to treat criminals and security threats less leniently than under the former Act.

11 In keeping with these objectives, the *IRPA* creates a new scheme whereby persons sentenced to more than six months in prison are inadmissible: *IRPA*, s. 36(1)(a). If they have been sentenced to a prison term of more than two years then they are denied a right to appeal their removal order: *IRPA*, s. 64. Provisions allowing judicial review mitigate the finality of these provisions, as do appeals under humanitarian and compassionate grounds and pre-removal risk assessments. However, the Act is clear: a prison term of over six months will bar entry to Canada; a prison term of over two years bans an appeal.

3.1 *L'objet des dispositions transitoires de l'art. 196*

La *LIPR* comporte une série de dispositions destinées à faciliter le renvoi de résidents permanents qui se sont livrés à des activités de grande criminalité. Cette intention se dégage des objectifs de la *LIPR*, des dispositions de la *LIPR* applicables aux résidents permanents et des audiences qui ont précédé l'adoption de la *LIPR*.

Les objectifs explicites de la *LIPR* révèlent une intention de donner priorité à la sécurité. Pour réaliser cet objectif, il faut empêcher l'entrée au Canada des demandeurs ayant un casier judiciaire et renvoyer ceux qui ont un tel casier, et insister sur l'obligation des résidents permanents de se conformer à la loi pendant qu'ils sont au Canada. Cela représente un changement d'orientation par rapport à la loi précédente, qui accordait plus d'importance à l'intégration des demandeurs qu'à la sécurité : voir, par exemple, l'al. 3(1)i) *LIPR* comparativement à l'al. 3j) de l'ancienne Loi; l'al. 3(1)e) *LIPR* comparativement à l'al. 3d) de l'ancienne Loi; l'al. 3(1)h) *LIPR* comparativement à l'al. 3i) de l'ancienne Loi. Considérés collectivement, les objectifs de la *LIPR* et de ses dispositions relatives aux résidents permanents traduisent la ferme volonté de traiter les criminels et les menaces à la sécurité avec moins de clémence que le faisait l'ancienne Loi.

Conformément à ces objectifs, la *LIPR* crée un nouveau régime par lequel la peine d'emprisonnement de plus de six mois emporte interdiction de territoire : al. 36(1)a) *LIPR*. La personne condamnée à une peine d'emprisonnement de plus de deux ans ne peut pas interjeter appel d'une mesure de renvoi la visant : art. 64 *LIPR*. Les dispositions autorisant le contrôle judiciaire atténuent le caractère définitif de ces dispositions, tout comme le font les appels fondés sur des motifs d'ordre humanitaire et l'évaluation du risque préalable à un renvoi. Toutefois, la Loi est claire : un emprisonnement de plus de six mois emporte interdiction de territoire; un emprisonnement de plus de deux ans emporte interdiction d'appel.

In introducing the *IRPA*, the Minister emphasized that the purpose of provisions such as s. 64 was to remove the right to appeal by serious criminals. She voiced the concern that “those who pose a security risk to Canada be removed from our country as quickly as possible” (Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, May 8, 2001).

In summary, the provisions of the *IRPA* and the Minister’s comments indicate that the purpose of enacting the *IRPA*, and in particular s. 64, was to efficiently remove criminals sentenced to prison terms over six months from the country. Since s. 196 explicitly refers to s. 64 (barring appeals by serious criminals), it seems that the transitional provisions should be interpreted in light of these legislative objectives.

The appellants respond by suggesting transitional provisions are not to be interpreted with the legislative purpose in mind. Medovarski relies on the statement of Noël J. in *Canada v. Trade Investments Shopping Centre Ltd.*, [1993] 2 C.T.C. 333 (F.C.T.D.), where Noël J. held that “[t]ransitional provisions do not lend themselves to the scrutiny of an overly strict interpretation” and that transitional provisions “are not adopted as part of a coherent legislative plan” (p. 340). Noël J., Medovarski submits, concluded that transitional provisions are “*ad hoc* provisions the sole purpose of which is to ensure that the particular provision of substantive law which they accompany is introduced in an equitable manner” (p. 340).

With respect, the argument rests on a selective reading of Noël J.’s words. He did not hold that transitional provisions attract special rules of interpretation. Rather, he affirmed that in statutory interpretation, the search is always for the intention of the legislator, and where legislative purpose is relevant to a transitional provision, as here, it should be considered. He stated, at p. 337: “In each of these cases, the scope of a transitional provision must be determined from its wording, the nature of the provision of substantive law which it has

Lorsqu’elle a déposé la *LIPR*, la ministre a souligné énergiquement que les dispositions comme l’art. 64 avaient pour objet de retirer aux grands criminels le droit d’interjeter appel. Elle a dit souhaiter [TRADUCTION] « que l’on renvoie le plus rapidement possible [. . .] les personnes qui constituent un risque pour la sécurité du Canada » (Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, *Témoignages*, 8 mai 2001).

En résumé, les dispositions de la *LIPR* et les commentaires de la ministre indiquent que l’adoption de la *LIPR*, et de l’art. 64 en particulier, visait à renvoyer diligemment du pays les criminels condamnés à une peine d’emprisonnement de plus de six mois. Étant donné que l’art. 196 renvoie expressément à l’art. 64 (privant du droit d’appel les grands criminels), il semble que les dispositions transitoires devraient être interprétées à la lumière de ces objectifs législatifs.

Les appelants ont réagi en affirmant qu’il ne faut pas avoir l’objet de la Loi à l’esprit en interprétant les dispositions transitoires. M^{me} Medovarski invoque les propos du juge Noël dans la décision *Canada c. Trade Investments Shopping Centre Ltd.*, [1993] A.C.F. n^o 678 (QL) (1^{re} inst.), selon lesquels « [I]’on ne saurait, face à des mesures transitoires, imposer les rigueurs d’une interprétation trop stricte », et les dispositions transitoires « ne sont pas adoptées dans le cadre d’un plan législatif cohérent » (par. 31). Le juge Noël, soutient-elle, a conclu que les dispositions transitoires sont « des mesures ad hoc qui ont comme unique vocation celle d’assurer la mise en vigueur équitable de la disposition particulière de droit substantif qu’elles accompagnent » (par. 31).

En toute déférence, cet argument repose sur une interprétation sélective des propos du juge Noël. Il n’a pas affirmé que les dispositions transitoires sont assujetties à des règles d’interprétation particulières. Il a plutôt décidé qu’en matière d’interprétation législative il faut toujours chercher à découvrir l’intention du législateur et qu’il y a lieu de tenir compte de l’objet de la loi lorsque, comme en l’espèce, il s’applique à une disposition transitoire. Il a dit, au par. 15 : « Dans chacun de ces cas, la portée d’une mesure transitoire doit

12

13

14

15

the effect of suspending and the specific situation which Parliament sought to correct by enacting it.”

être identifiée à la lumière de son libellé, de la nature de la disposition de droit substantif qu’elle a pour effet de suspendre et de la situation précise à laquelle le législateur voulait apporter un correctif en la promulguant. »

16 The appellants also argue that Noël J.’s statement that the purpose of transitional provisions is to ensure equitable treatment, means that their particular circumstances must be considered in applying s. 196 of the *IRPA*. They argue that equitable treatment in their cases favours preserving their right of appeal under s. 196, given their reliance on that right, and their compelling personal circumstances.

Les appelants ajoutent que l’affirmation du juge Noël, selon laquelle les dispositions transitoires ont pour objet d’assurer un traitement équitable, signifie qu’il faut tenir compte de leur situation particulière en appliquant l’art. 196 *LIPR*. Ils prétendent que, pour être traités de manière équitable, il est souhaitable de maintenir leur droit d’appel prévu à l’art. 196, étant donné qu’ils l’invoquent et que leur situation personnelle l’exige.

17 This argument confuses broad equitable outcome with equitable treatment having regard to the different schemes of the two successive statutes. Transitional provisions are enacted to catch those who fall between the cracks created by two pieces of legislation. They ensure that these individuals are not left in legal limbo, uncertain of their rights and with no applicable law. This is the equitable treatment to which Noël J. refers, not a guarantee of an equitable outcome.

Cet argument confond le résultat général équitable avec le traitement équitable au regard des différents régimes prévus dans les deux lois successives. Les dispositions transitoires sont destinées à s’appliquer aux personnes qui tombent dans les brèches ouvertes par deux textes législatifs. Elles les empêchent de se trouver dans une situation juridique incertaine, au sens de ne pas savoir à quoi s’en tenir sur le plan de leurs droits et de n’être régies par aucune règle de droit. Il s’agit là du traitement équitable dont parle le juge Noël, et non d’une garantie de résultat équitable.

3.2 *The Text of Section 196*

3.2 *Le texte de l’art. 196*

18 The next step is to consider the terms of s. 196. The Minister and majority of the Federal Court of Appeal conclude that the use of the term “granted” indicates an actively ordered, as opposed to an automatic stay. This is supported by the definition of the term “grant” in the *Concise Oxford English Dictionary* (11th ed. 2004) which defines it as: “give (a right, property, etc.) formally or legally to . . . legal conveyance or formal conferment” (p. 620). This definition supports a deliberate act. The English version of s. 196 suggests that it applies only to stays actively granted. This said, it is possible to argue, for instance, that statutes can “grant” a right of appeal and that consequently the English version of s. 196 is not as clear as the Minister contends.

L’étape suivante consiste à examiner les termes de l’art. 196. Le ministre et les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale concluent que l’emploi du mot « *granted* » dans le texte anglais de l’article désigne un sursis accordé expressément, plutôt qu’un sursis automatique. Cette thèse est étayée par la définition du terme « *grant* » que l’on trouve dans le *Concise Oxford English Dictionary* (11^e éd. 2004) : [TRADUCTION] « donner (un droit, un bien, etc.) officiellement ou légalement à [. . .] cession légale ou attribution officielle » (p. 620). Cette définition indique un acte délibéré. La version anglaise de l’art. 196 laisse entendre qu’il ne s’applique qu’aux sursis accordés expressément. Cela dit, on peut faire valoir, par exemple, que les lois peuvent « accorder » un droit d’appel et que, par conséquent, la version anglaise de l’art. 196 n’est pas aussi claire que le prétend le ministre.

Against this, the appellants raise the French version of s. 196, the meaning of which is even less clear. The French text of s. 196 states:

196. Malgré l'article 192, il est mis fin à l'affaire portée en appel devant la Section d'appel de l'immigration si l'intéressé est, alors qu'il ne fait pas l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi, visé par la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64 de la présente loi.

It is argued that the French version broadly applies to all appeals that are not the “*objet*” of a stay, including statutory stays. However, again the matter is not entirely clear. “[L]’*objet d’un sursis au titre de l’ancienne loi*” is broader and more passive than the English version, which refers to “gran[ting] a stay”. The appellants argue that beneficiaries of automatic stays under the old Act are “*objets*” of a stay. Again, however, the matter is not entirely clear. On this interpretation it can be argued that the condition imposed by s. 196 would have little meaning (see below). Further, the companion s. 197 refers to “an appellant who has been granted a stay under the former Act” who “breaches a condition of the stay”. It uses the same language as s. 196. But s. 197 can only refer to an actively ordered stay since conditions are not imposed in an automatic stay, suggesting that s. 196 refers to an actively ordered stay.

The result is that we are dealing with an English version which arguably applies only to actively granted stays, although admitting of ambiguity, and a French version which arguably applies to all stays, whether statutory or granted, although again admitting of ambiguity.

Other uses of the word “stay” in the old and new Acts provide little assistance; the term is used in a variety of different ways depending on the context.

À l’encontre de cet argument, les appelants invoquent la version française de l’art. 196, dont le sens est encore moins clair. La version française de l’art. 196 se lit ainsi :

196. Malgré l'article 192, il est mis fin à l'affaire portée en appel devant la Section d'appel de l'immigration si l'intéressé est, alors qu'il ne fait pas l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi, visé par la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64 de la présente loi.

L’on fait valoir que la version française s’applique de manière générale à tous les appels qui ne font pas « l’objet » d’un sursis, y compris les sursis prescrits par la loi. Là encore, cependant, tout n’est pas tout à fait clair. L’expression « l’objet d’un sursis au titre de l’ancienne loi » est plus générale et passive que l’expression anglaise « *gran[ting] a stay* ». Selon les appelants, les personnes qui bénéficient d’un sursis automatique au titre de l’ancienne Loi font « l’objet » d’un sursis. Là encore, toutefois, tout n’est pas tout à fait clair. Selon cette interprétation, on peut soutenir que la condition imposée par l’art. 196 aurait peu de sens (voir plus loin). En outre, la disposition connexe, à savoir l’art. 197, parle de « l’intéressé qui fait l’objet d’un sursis au titre de l’ancienne loi et qui n’a pas respecté les conditions du sursis ». Elle reprend les mêmes termes que ceux utilisés dans l’art. 196. Toutefois, l’art. 197 ne peut viser qu’un sursis accordé expressément étant donné qu’un sursis automatique n’est assorti d’aucune condition, ce qui indique que l’art. 196 vise un sursis accordé expressément.

Nous sommes donc en présence d’une version anglaise qui ne s’appliquerait qu’aux sursis accordés expressément, tout en lui reconnaissant une certaine ambiguïté, et d’une version française qui s’appliquerait à tous les sursis, prescrits par la loi ou accordés, tout en lui reconnaissant également une certaine ambiguïté.

Les autres emplois du terme « sursis » dans l’ancienne Loi et dans la nouvelle Loi ne sont guère utiles; son emploi varie selon le contexte.

19

20

21

22

3.3 Principles of French and English Statutory Interpretation

23

There is some conflict in the lower courts and between the parties as to the approach that should be adopted with respect to conflicting French and English versions of legislation. However, this dispute was addressed and resolved by this Court in *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6, supported by earlier decisions, particularly *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62. These cases, while not cited by the Federal Court of Appeal, guide the analysis of bilingual statutes.

24

In interpreting bilingual statutes, the statutory interpretation should begin with a search for the shared meaning between the two versions: P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 327. In *Daoust*, Bastarache J. held for the Court that the interpretation of bilingual statutes is subject to a two-part procedure.

25

First, one must apply the rules of statutory interpretation to determine whether or not there is an apparent discordance, and if so, whether there is a common meaning between the French and English versions. “[W]here one of the two versions is broader than the other, the common meaning would favour the more restricted or limited meaning”: *Schreiber*, at para. 56, per LeBel J. *Schreiber* concerned a discrepancy between the French version of s. 6(a) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, which stated that the exception to state immunity is narrowly “décès” or “dommages corporels”, compared to the broader English “death” or “personal injury”. Given the conflict between the two provisions the Court adopted the clearer and more restrictive French version. The common meaning is the version that is plain and not ambiguous. If neither version is ambiguous, or if they both are, the common meaning is normally the narrower version: *Daoust*, at paras. 28-29.

3.3 Les principes d'interprétation des lois en français et en anglais

Les instances inférieures et les parties ont des opinions divergentes quant à la méthode d'interprétation qui devrait être adoptée à l'égard de textes de lois dont les versions française et anglaise sont contradictoires. Cependant, notre Cour a examiné et tranché ce différend dans l'arrêt *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6, étayé par des arrêts antérieurs, notamment l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62. Bien que la Cour d'appel fédérale ne les ait pas cités, ces arrêts donnent des indications sur la façon d'analyser les lois bilingues.

Pour interpréter les lois bilingues, il faut en premier lieu rechercher le sens qui est commun aux deux versions : P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 2000), p. 413. Dans l'arrêt *Daoust*, le juge Bastarache a statué au nom de la Cour que l'interprétation des lois bilingues comporte deux étapes.

Premièrement, il faut appliquer les règles d'interprétation législative pour déterminer s'il y a apparence d'antinomie et, dans l'affirmative, s'il y a un sens commun aux versions française et anglaise. « [L]orsqu'une des deux versions possède un sens plus large que l'autre, le sens commun aux deux favorise le sens le plus restreint ou limité » : *Schreiber*, par. 56, le juge LeBel. L'arrêt *Schreiber* portait sur une disparité entre la version française de l'al. 6a) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, qui prévoyait que l'exception à l'immunité d'un État se limite aux « décès » ou aux « dommages corporels », et la version anglaise plus large utilisant les termes « death » ou « personal injury ». En raison de la divergence entre les deux dispositions, la Cour a adopté la version française qui était plus claire et restrictive. Le sens commun aux deux versions est celui du texte qui est clair et non ambigu. Si aucune des deux versions n'est ambiguë, ou si elles le sont toutes les deux, le sens commun est normalement celui du texte ayant le sens le plus restreint : *Daoust*, par. 28-29.

Second, one must determine if the common meaning is consistent with Parliament's intent: *Daoust*, at para. 30.

I now turn to the application of these principles to the facts in this case.

If the English version of s. 196 is interpreted as applying only to actively granted stays, and if the French version is read as referring to all stays, including automatic ones, the two versions are inconsistent. One then looks for the common meaning, which is normally the narrower meaning. In this case, the narrower version is the English version of s. 196. This suggests that the English meaning prevails, and the provision is confined to actively granted stays.

If both the English and French versions are seen as ambiguous, the result is the same. One reconciles them at the first step by finding the common meaning, which again is the narrower meaning.

The final step asks whether the results comport with Parliament's intent. Here they do. The narrower interpretation accords with Parliament's general object of abolishing appeals where a permanent resident has been found inadmissible on the grounds of serious criminality and is sentenced to a prison term of over two years, while preserving appeals in cases where the merits were such that a stay is ordered.

3.4 Avoidance of Redundancy

As we have seen, consideration of the purpose and language of s. 196 tend to suggest that it was intended to apply only to actively granted stays. This conclusion is reinforced by the absurd effect of the interpretation advocated by the appellants. If s. 196 applies to automatic stays, then it effectively becomes redundant and is reduced to an essentially meaningless statutory provision.

The appellants' interpretation results in three related problems.

Deuxièmement, il faut déterminer si le sens commun est compatible avec l'intention du législateur : *Daoust*, par. 30.

J'examinerai maintenant l'application de ces principes aux faits de la présente affaire.

Si l'on considère que la version anglaise de l'art. 196 s'applique uniquement aux sursis accordés expressément, et que la version française vise tous les sursis, y compris les sursis automatiques, les deux versions sont incompatibles. Il faut alors chercher le sens commun, qui est normalement le plus restreint. En l'espèce, le texte ayant le sens le plus restreint est la version anglaise de l'art. 196. Cela indique que le sens de la version anglaise l'emporte et que la disposition ne vise que les sursis accordés expressément.

Si on considère que les versions française et anglaise sont ambiguës toutes les deux, le résultat est le même. On les concilie à la première étape en trouvant le sens commun, qui, faut-il le répéter, est le sens le plus restreint.

La dernière étape consiste à se demander si les résultats sont conformes à l'intention du législateur. En l'espèce, ils le sont. L'interprétation plus restrictive est compatible avec l'objectif général du législateur d'abolir les appels dans les cas où un résident permanent est interdit de territoire pour grande criminalité et condamné à purger une peine d'emprisonnement de plus de deux ans, tout en les maintenant dans les cas où, en raison du fond de l'affaire, un sursis a été ordonné.

3.4 Éviter la redondance

Comme nous l'avons vu, l'examen de l'objet et du texte de l'art. 196 tend à indiquer qu'il ne devait s'appliquer qu'aux sursis accordés expressément. Cette conclusion est renforcée par l'effet absurde de l'interprétation préconisée par les appellants. Si l'article 196 s'applique aux sursis automatiques, il devient alors effectivement redondant et se résume à une disposition législative essentiellement dépourvue de sens.

L'interprétation préconisée par les appelants engendre trois problèmes connexes.

26

27

28

29

30

31

32

33

First, s. 192 provides that appeals are continued “[i]f a notice of appeal has been filed”. Section 49(1)(b) of the former Act automatically stayed the execution of a removal order once the appeal has been filed. This would mean that the appellants’ removal orders were automatically stayed by the simple act of filing an appeal. They argue that this should result in their appeals being continued pursuant to s. 192 of the *IRPA*. However, s. 196 states that “[d]espite section 192, an appeal made to the Immigration Appeal Division . . . shall be discontinued if the appellant has not been granted a stay”. Since the appellant has already automatically been granted a stay under s. 49(1)(b), requiring that a stay be granted for the operation of s. 196 would make no sense since an automatic stay is already in place. Further, the use of “if” or “si” in s. 196 creates a condition. If the appellants’ interpretation is accepted then there is no condition to satisfy since every appeal pending before the IAD would be continued. Therefore, the automatic stay imposed with the filing of the appeal cannot be enough; more is needed to give meaning to s. 196 and the conditional phrase, “if the appellant has not been granted a stay”.

34

Second, the appellants’ argument leads to the absurdity of concluding that Parliament intended to eliminate appeals for inadmissible people outside the country, while allowing appeals to proceed for inadmissible persons who are in the country. Section 49(1) applies only to removal orders, and hence only to people within the country. This leaves the unanswered question: why would Parliament create a broad exemption for persons in the country yet accord none to similar persons outside the country?

35

Third, the appellants’ interpretation appears to result in a redundancy inconsistent with the purpose of the Act. As just discussed, s. 49(1)(b) of the former Act imposes an automatic stay when an appeal is filed. Thus the simple act of filing an appeal

Premièrement, l’art. 192 prévoit que les appels sont continués « [s]’il y a eu dépôt d’une demande d’appel ». L’alinéa 49(1)b) de l’ancienne Loi prescrivait le sursis automatique de l’exécution de la mesure de renvoi en cas d’appel. Cela voudrait dire que le simple dépôt d’une demande d’appel entraînait le sursis automatique de l’exécution des mesures de renvoi visant les appelants. Ceux-ci prétendent que, par conséquent, il devrait y avoir continuation de leurs appels conformément à l’art. 192 *LIPR*. Toutefois, l’art. 196 précise que « [m]algré l’article 192, il est mis fin à l’affaire portée en appel devant la Section d’appel de l’immigration si l’intéressé [. . .] ne fait pas l’objet d’un sursis ». Étant donné que les appelants font déjà l’objet d’un sursis automatique en vertu de l’al. 49(1)b), il serait illogique d’exiger qu’un sursis soit accordé pour que l’art. 196 s’applique, car il y a déjà sursis automatique. En outre, l’emploi des termes « si » ou « *if* » à l’art. 196 établit une condition. Si l’on accepte l’interprétation préconisée par les appelants, ils n’auraient alors aucune condition à remplir vu que tout appel en cours devant la SAI serait continué. Le sursis automatique qui résulte du dépôt d’une demande d’appel ne saurait donc être suffisant; il faut quelque chose de plus pour que l’art. 196 et la proposition conditionnelle « si l’intéressé [. . .] ne fait pas l’objet d’un sursis » aient un sens.

Deuxièmement, l’argument des appelants mène à la conclusion absurde que le législateur a voulu éliminer les appels interjetés par les interdits de territoire se trouvant à l’extérieur du pays, tout en autorisant ceux interjetés par les interdits de territoire se trouvant au pays. Le paragraphe 49(1) s’applique uniquement aux mesures de renvoi, et donc, uniquement aux personnes se trouvant au pays. Reste la question suivante : pourquoi le législateur établirait-il une exception générale applicable à des personnes se trouvant au pays et non à des personnes qui sont dans une situation similaire, mais qui se trouvent à l’extérieur du pays?

Troisièmement, l’interprétation préconisée par les appelants paraît créer une redondance incompatible avec l’objet de la Loi. Comme nous venons de le voir, l’al. 49(1)b) de l’ancienne Loi prescrit un sursis automatique en cas d’appel. Le simple dépôt

would exempt the appeal from being discontinued by s. 196 of the *IRPA*. Thus there is little left for s. 196 to discontinue other than appeals that have been granted to s. 49(1.1) appellants. These people are a subset of serious criminals in the system. This raises the question of why Parliament would confine the provision to a subset, when its legislative purpose was concerned with serious criminals generally. As Evans J.A. stated, there is no cogent policy rationale for such a distinction (para. 43).

The appellants counter with their own redundancy argument, which in the end has little merit. They argue that the Minister's interpretation of s. 196 would render the provision redundant because under the former Act, the only way that a deliberate stay could be "granted" was via s. 73(1)(c). This was one way the IAD could "dispose" of an appeal. However, both ss. 192 and 196 refer to an appeal in progress as opposed to an appeal that has been "disposed" of. As a result, according to the appellants, s. 196 cannot apply to a deliberate stay since under s. 73(1)(c) there is no such thing as a stay granted in an ongoing appeal.

This argument is answered simply by pointing out that granting a stay under s. 73(1)(c) was merely a temporary measure, and the IAD retained an ongoing supervisory jurisdiction. Its decision was not final: *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577. The appeal would only truly be disposed of, or terminated, when the appeal was allowed or dismissed.

In the end, the Minister's claim that the appellants' interpretation would render the transitional provisions largely redundant and meaningless is persuasive, and the appellants provide no viable counter argument.

3.5 Other Arguments

To counter the apparent redundancy of s. 196 on their interpretation, the appellants raise a series of

d'une demande d'appel empêcherait donc l'art. 196 *LIPR* de mettre fin à l'appel. Il reste ainsi peu d'affaires auxquelles l'art. 196 peut mettre fin hormis les appels que les intéressés visés au par. 49(1.1) ont été autorisés à interjeter. Ces derniers forment une sous-catégorie de grands criminels dans le système. Se pose alors la question de savoir pourquoi le législateur limiterait l'application de la disposition à une sous-catégorie alors que son objectif visait les grands criminels en général. Comme l'a affirmé le juge Evans, on ne peut trouver aucun objectif convaincant qui justifie une telle distinction (par. 43).

Les appelants opposent à cela leur propre argument de redondance qui, en définitive, n'est guère fondé. Ils font valoir que l'interprétation de l'art. 196 préconisée par le ministre rendrait la disposition redondante car, dans l'ancienne Loi, l'al. 73(1)c constituait le seul moyen d'ordonner un sursis. C'était une façon dont la SAI pouvait « statuer » sur un appel. Cependant, les art. 192 et 196 renvoient tous les deux à un appel en cours plutôt qu'à un appel tranché. Selon les appelants, l'art. 196 ne peut donc s'appliquer à un sursis ordonné vu qu'à l'al. 73(1)c il n'est pas question de sursis accordé pendant un appel.

On peut répondre à cet argument en faisant simplement remarquer que le sursis visé à l'al. 73(1)c n'était qu'une mesure temporaire et que la SAI conservait un pouvoir de contrôle. Sa décision n'était pas finale : *Grillas c. Ministre de la Main-d'Œuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577. L'appel n'était vraiment tranché ou clos que lorsqu'il était accueilli ou rejeté.

En définitive, l'argument du ministre selon lequel l'interprétation préconisée par les appelants rendrait les dispositions transitoires largement redondantes et dépourvues de sens est convaincant, aucun argument contraire valable n'ayant été avancé par les appelants.

3.5 Autres arguments

Pour réfuter l'apparence de redondance de l'art. 196 qui se dégage de l'interprétation qu'ils en

36

37

38

39

practical considerations that they submit should inform the interpretation of s. 196. These normative arguments may suggest an absurdity or legislative intention and inform the context of an enactment. As such, they may be properly considered in interpreting a disputed provision.

donnent, les appelants soulèvent une série de considérations pratiques qui, d'après eux, devraient sous-tendre l'interprétation de l'art. 196. Ces arguments normatifs peuvent indiquer une absurdité ou l'intention du législateur, et expliquer le contexte d'un texte législatif. C'est pourquoi on peut en tenir compte à bon droit en interprétant une disposition contestée.

40 The appellants' first practical argument is that had they known that their right to appeal would be retroactively removed, they would have proceeded differently in their criminal trials. The two appellants are in different positions in this regard, although Esteban adopts many of Medovarski's facts to support his case.

Les appelants font valoir, comme premier argument pratique, que, s'ils avaient su que leur droit d'appel serait rétroactivement retiré, ils auraient procédé différemment dans leurs procès criminels. À cet égard, les deux appelants sont dans des situations différentes, même si M. Esteban fonde sa thèse sur un bon nombre de faits relatifs à M^{me} Medovarski.

41 Medovarski claims that had she known that she might be denied an appeal by s. 196 (and s. 64), she would have instructed her counsel to bring this fact to the attention of the sentencing judge, in support of a sentence of two years less a day, as opposed to two years. According to her, interpreting s. 196 in a manner which continues her appeal because of the automatic stay remedies this unjust situation. However, s. 64 has caught, or is likely to catch, any number of permanent residents who are or were in prison serving two-year terms at the time the *IRPA* was passed. They too might have sought two-year sentences less a day had they known that a two-year sentence would remove their right of appeal under the *IRPA*. Parliament chose not to account for this obvious situation.

M^{me} Medovarski soutient que si elle avait su que l'art. 196 (et l'art. 64) pourrait l'empêcher d'interjeter appel, elle aurait demandé à son avocat de porter ce fait à l'attention du juge chargé de déterminer la peine, pour qu'il inflige une peine de deux ans moins un jour plutôt que de deux ans. À son avis, interpréter l'art. 196 de manière à autoriser la continuation de son appel en raison du sursis automatique remédie à cette injustice. Toutefois, l'art. 64 s'applique ou est susceptible de s'appliquer à tous les résidents permanents qui purgent ou purgeaient une peine d'emprisonnement de deux ans au moment de l'adoption de la *LIPR*. Eux aussi auraient pu chercher à obtenir des peines de deux ans moins un jour s'ils avaient su qu'une peine de deux ans les priverait du droit d'appel que leur conférait la *LIPR*. Le législateur a choisi de ne pas tenir compte de cette situation évidente.

42 The appellants' second practical argument is that they are left in a worse position than had their cases been dealt with under either Act exclusively. Even though the *IRPA* removed a right of appeal, the appellants would have had other procedural protections, including an assessment report had they been dealt with entirely under the *IRPA*: ss. 44(1) and 44(2). Under the former Act, procedures of equitable review were conducted at a later stage via the appeal. Parties were also given notice that the Minister intended to issue a "danger opinion"

Les appelants soutiennent, comme deuxième argument pratique, qu'ils se retrouvent dans une situation pire que celle dans laquelle ils auraient été si leurs dossiers avaient été traités exclusivement sous le régime de l'une ou l'autre Loi. Malgré le fait que la *LIPR* retirait un droit d'appel, les appelants auraient bénéficié d'autres protections procédurales, dont un rapport d'évaluation, s'ils avaient été régis uniquement par la *LIPR* : par. 44(1) et (2). Sous le régime de l'ancienne Loi, les procédures de contrôle équitable se déroulaient à une

(which removed a right of appeal) (s. 70(5)) and an opportunity to make submissions. Under the transitional provisions as interpreted by the Minister, the appellants have lost recourse to both the former and the later mechanisms of appeal or review.

The Minister raises factors which it submits balance the appellants' concerns. Medovarski will not be deported without an assessment of the risks she might face in her home country: *IRPA*, ss. 112(1), 113(d), 97 and 114(1)(b). Medovarski and Esteban can always appeal on humanitarian and compassionate grounds although they will have to do this outside the country: *IRPA*, s. 25(1). Finally, they retain their right to seek leave and judicial review of the removal order and other decisions leading to it: s. 72 of the *IRPA*. It remains true that the appellants were left with fewer options than had they proceeded exclusively under either Act. However, this alone does not suffice to negate the inference flowing from other considerations that Parliament intended this result.

The appellants' third practical argument is that their appeals were discontinued after they had been filed. However, this argument is answered by the fact that the express purpose of the *IRPA*'s transitional provisions is to deal with these pending appeals. Section 196 expressly provides that it operates despite s. 192, which is only engaged if a notice of appeal has been filed under the former Act. Thus any unfairness on this account is contemplated by the legislation.

Finally both appellants raise *Charter* arguments. Medovarski claims that s. 196 violates her s. 7 rights to liberty and security of the person. She claims that deportation removes her liberty to make fundamental decisions that affect her personal life,

étape ultérieure, lors du recours en appel. Les parties étaient également informées de l'intention du ministre d'exprimer l'opinion qu'elles constituaient un danger (dont l'effet était de supprimer le droit d'appel) (par. 70(5)) et qu'elles auraient la possibilité de présenter des observations. Suivant l'interprétation que le ministre donne des dispositions transitoires, les appelants ont perdu le droit de recourir tant aux anciens qu'aux nouveaux mécanismes d'appel ou de contrôle.

Le ministre évoque des facteurs qui, à son avis, font contrepoids aux craintes des appelants. M^{me} Medovarski ne sera pas expulsée sans une évaluation des risques auxquels elle pourrait être exposée dans son pays d'origine : par. 112(1), al. 113d), art. 97 et al. 114(1)b) *LIPR*. M^{me} Medovarski et M. Esteban peuvent toujours interjeter un appel fondé sur des motifs d'ordre humanitaire, mais ils devront le faire à l'extérieur du pays : par. 25(1) *LIPR*. Enfin, ils conservent le droit de présenter une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'égard de la mesure de renvoi et des autres décisions à l'origine de cette mesure : art. 72 *LIPR*. Il est vrai que les appelants avaient moins de possibilités que s'ils s'étaient fondés exclusivement sur une seule des deux lois. Toutefois, cela n'est pas suffisant en soi pour écarter l'inférence, découlant d'autres considérations, que le législateur a voulu qu'il en soit ainsi.

Le troisième argument pratique avancé par les appelants veut qu'il ait été mis fin à leurs appels après le dépôt des demandes d'appel. Toutefois, cet argument est réfuté par le fait que les dispositions transitoires de la *LIPR* ont expressément pour objet de traiter ces appels en cours. L'article 196 prévoit expressément qu'il s'applique malgré l'art. 192, qui n'entre en jeu que si une demande d'appel a été déposée sous le régime de l'ancienne Loi. La mesure législative prévoit donc toute iniquité qui peut résulter à cet égard.

Enfin, les appelants avancent tous les deux des arguments fondés sur la *Charte*. M^{me} Medovarski prétend que l'art. 196 porte atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l'art. 7. Elle soutient que l'expulsion la prive

43

44

45

including her choice to remain with her partner. Medovarski argues her security of the person is infringed by the state-imposed psychological stress of being deported. Medovarski further alleges that the process by which her appeal was extinguished was unfair, contrary to the principles of fundamental justice.

46 The most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada: *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 733. Thus the deportation of a non-citizen in itself cannot implicate the liberty and security interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

47 Even if liberty and security of the person were engaged, the unfairness is inadequate to constitute a breach of the principles of fundamental justice. The humanitarian and compassionate grounds raised by Medovarski are considered under s. 25(1) of the *IRPA* in determining whether a non-citizen should be admitted to Canada. The *Charter* ensures that this decision is fair: e.g., *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. Moreover, *Chiarelli* held that the s. 7 principles of fundamental justice do not mandate the provision of a compassionate appeal from a decision to deport a permanent resident for serious criminality. There can be no expectation that the law will not change from time to time, nor did the Minister mislead Medovarski into thinking that her right of appeal would survive any change in the law. Thus for these reasons, and those discussed earlier, any unfairness wrought by the transition to new legislation does not reach the level of a *Charter* violation.

48 Esteban asserts that *Charter* values should inform the interpretation of s. 196. *Charter* values only inform statutory interpretation where “genuine ambiguity arises between two or more plausible readings, each equally in accordance with the

de la liberté de prendre des décisions fondamentales touchant sa vie personnelle, y compris son choix de rester avec son compagnon. Selon M^{me} Medovarski, la tension psychologique qui résulte de la mesure d’expulsion prise par l’État compromet la sécurité de sa personne. Elle ajoute que le processus d’extinction de son droit d’appel était inéquitable et contraire aux principes de justice fondamentale.

Le principe le plus fondamental du droit de l’immigration veut que les non-citoyens n’aient pas un droit absolu d’entrer ou de demeurer au Canada : *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 733. À elle seule, l’expulsion d’un non-citoyen ne peut mettre en cause les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Même si la liberté et la sécurité de la personne étaient en jeu, l’iniquité ne suffit pas pour qu’il y ait manquement aux principes de justice fondamentale. Les motifs d’ordre humanitaire évoqués par M^{me} Medovarski sont pris en compte, en vertu du par. 25(1) *LIPR*, pour décider s’il y a lieu d’admettre un non-citoyen au Canada. La *Charte* garantit le caractère équitable de cette décision : voir, par exemple, l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. De plus, la Cour a statué, dans l’arrêt *Chiarelli*, que les principes de justice fondamentale mentionnés à l’art. 7 n’exigent pas d’accorder la possibilité d’un appel, fondé sur des motifs de compassion, contre la décision d’expulser un résident permanent pour grande criminalité. Il faut s’attendre à ce que la loi change à l’occasion, et le ministre n’a pas amené M^{me} Medovarski à croire à tort que son droit d’appel survivrait à tout changement de la loi. Ainsi, pour ces motifs et ceux mentionnés précédemment, toute iniquité découlant du passage à la nouvelle loi ne constitue pas une violation de la *Charte*.

M. Esteban affirme que les valeurs de la *Charte* devraient sous-tendre l’interprétation de l’art. 196. Les valeurs de la *Charte* sous-tendent l’interprétation d’une loi uniquement lorsque « deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s’harmonisent

intentions of the statute”: *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14. Both readings are not equally in accordance with the intention of the *IRPA*. Thus it is not necessary to consider *Charter* values in this case.

3.6 *Conclusion on the Meaning of Section 196*

Despite the fairness arguments raised by the appellants, I conclude that the interpretation of s. 196 they suggest leads to a legislative redundancy and is inconsistent with the objectives of the *IRPA*. This conclusion finds further support in the text of s. 196 and principles of interpretation of bilingual statutes.

4. Conclusion

Section 196 of the *IRPA*, properly interpreted, applies only to actively granted stays. The appellants were never the beneficiaries of actively granted stays. Therefore, s. 196 does not apply to them and their right to appeal their orders for removal were not preserved.

I would dismiss the appeals with costs to the respondent.

APPENDIX

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

. . .

(e) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society;

. . .

(h) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;

chacune également avec l’intention du législateur, créent une ambiguïté véritable » : *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 14. Les deux interprétations ne s’harmonisent pas chacune également avec l’intention qu’avait le législateur en adoptant la *LIPR*. Il n’est donc pas nécessaire de tenir compte des valeurs de la *Charte* en l’espèce.

3.6 *Conclusion sur le sens de l’art. 196*

Malgré les arguments d’équité avancés par les appelants, je conclus que l’interprétation qu’ils proposent de l’art. 196 entraîne une redondance législative et est incompatible avec les objectifs de la *LIPR*. Cette conclusion est renforcée par le texte de l’art. 196 et les principes d’interprétation des lois bilingues.

4. Conclusion

L’article 196 *LIPR*, interprété correctement, ne s’applique qu’aux sursis accordés expressément. Les appelants n’ont jamais fait l’objet de tels sursis. En conséquence, l’art. 196 ne s’applique pas à eux et leur droit d’interjeter appel contre les mesures de renvoi dont ils font l’objet n’est pas préservé.

Je suis d’avis de rejeter les pourvois avec dépens en faveur de l’intimé.

ANNEXE

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

3. (1) En matière d’immigration, la présente loi a pour objet :

. . .

e) de promouvoir l’intégration des résidents permanents au Canada, compte tenu du fait que cette intégration suppose des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne;

. . .

h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

49

50

51

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;

25. (1) The Minister shall, upon request of a foreign national who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on the Minister's own initiative, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to them, taking into account the best interests of a child directly affected, or by public policy considerations.

25. (1) Le ministre doit, sur demande d'un étranger interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, de sa propre initiative, étudier le cas de cet étranger et peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire relatives à l'étranger — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — ou l'intérêt public le justifient.

36. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

36. (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

44. (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

44. (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

64. (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor

64. (1) L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire

or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

(2) For the purpose of subsection (1), serious criminality must be with respect to a crime that was punished in Canada by a term of imprisonment of at least two years.

. . .

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

(2) The following provisions govern an application under subsection (1):

(a) the application may not be made until any right of appeal that may be provided by this Act is exhausted;

. . .

(d) a judge of the Court shall dispose of the application without delay and in a summary way and, unless a judge of the Court directs otherwise, without personal appearance; and

(e) no appeal lies from the decision of the Court with respect to the application or with respect to an interlocutory judgment.

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondeant.

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité vise l'infraction punie au Canada par un emprisonnement d'au moins deux ans.

. . .

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.

(2) Les dispositions suivantes s'appliquent à la demande d'autorisation :

a) elle ne peut être présentée tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées;

. . .

d) il est statué sur la demande à bref délai et selon la procédure sommaire et, sauf autorisation d'un juge de la Cour, sans comparution en personne;

e) le jugement sur la demande et toute décision interlocutoire ne sont pas susceptibles d'appel.

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection.

. . .

112. (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

. . .

113. Consideration of an application for protection shall be as follows:

. . .

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

114. (1) A decision to allow the application for protection has

. . .

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

. . .

192. If a notice of appeal has been filed with the Immigration Appeal Division immediately before the

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celle-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d'une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection.

. . .

112. (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

. . .

113. Il est disposé de la demande comme il suit :

. . .

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

114. (1) La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant.

. . .

192. S'il y a eu dépôt d'une demande d'appel à la Section d'appel de l'immigration, à l'entrée en vigueur

coming into force of this section, the appeal shall be continued under the former Act by the Immigration Appeal Division of the Board.

196. Despite section 192, an appeal made to the Immigration Appeal Division before the coming into force of this section shall be discontinued if the appellant has not been granted a stay under the former Act and the appeal could not have been made because of section 64 of this Act.

197. Despite section 192, if an appellant who has been granted a stay under the former Act breaches a condition of the stay, the appellant shall be subject to the provisions of section 64 and subsection 68(4) of this Act.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

196. Malgré l'article 192, il est mis fin à l'affaire portée en appel devant la Section d'appel de l'immigration si l'intéressé est, alors qu'il ne fait pas l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi, visé par la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64 de la présente loi.

197. Malgré l'article 192, l'intéressé qui fait l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi et qui n'a pas respecté les conditions du sursis, est assujéti à la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64 de la présente loi, le paragraphe 68(4) lui étant par ailleurs applicable.

Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2 (repealed S.C. 2001, c. 27, s. 274, in force June 28, 2002 (SI/2002-97))

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need

(d) to encourage and facilitate the adaptation of persons who have been granted admission as permanent residents to Canadian society by promoting cooperation between the Government of Canada and other

du présent article, l'appel est continué sous le régime de l'ancienne loi, par la Section d'appel de l'immigration de la Commission.

196. Malgré l'article 192, il est mis fin à l'affaire portée en appel devant la Section d'appel de l'immigration si l'intéressé est, alors qu'il ne fait pas l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi, visé par la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64 de la présente loi.

197. Malgré l'article 192, l'intéressé qui fait l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi et qui n'a pas respecté les conditions du sursis, est assujéti à la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64 de la présente loi, le paragraphe 68(4) lui étant par ailleurs applicable.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

196. Despite section 192, an appeal made to the Immigration Appeal Division before the coming into force of this section shall be discontinued if the appellant has not been granted a stay under the former Act and the appeal could not have been made because of section 64 of this Act.

197. Despite section 192, if an appellant who has been granted a stay under the former Act breaches a condition of the stay, the appellant shall be subject to the provisions of section 64 and subsection 68(4) of this Act.

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2 (abrogée par L.C. 2001, ch. 27, art. 274, en vigueur le 28 juin 2002 (TR/2002-97))

3. La politique canadienne d'immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité :

d) d'encourager et de faciliter, grâce aux efforts conjugués des gouvernements fédéral et provinciaux, des administrations locales et des organismes non gouvernementaux, l'adaptation à la société

levels of government and non-governmental agencies in Canada with respect thereto;

canadienne des personnes qui ont obtenu l'admission à titre de résidents permanents;

. . .

. . .

(h) to foster the development of a strong and viable economy and the prosperity of all regions in Canada;

h) de stimuler le développement d'une économie florissante et concourir à assurer la prospérité de toutes les régions du pays;

. . .

. . .

(j) to promote international order and justice by denying the use of Canadian territory to persons who are likely to engage in criminal activity.

j) 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.

49. (1) Subject to subsection (1.1), the execution of a removal order made against a person is stayed

49. (1) Sauf dans les cas mentionnés au paragraphe (1.1), il est sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi :

. . .

. . .

(b) in any case where an appeal from the order has been filed with the Appeal Division, until the appeal has been heard and disposed of or has been declared by the Appeal Division to be abandoned;

b) en cas d'appel, jusqu'à ce que la section d'appel ait rendu sa décision ou déclaré qu'il y a eu désistement d'appel;

. . .

. . .

(1.1) Subsection (1) does not apply to

(1.1) Le sursis d'exécution ne s'applique pas dans les cas suivants :

(a) a person residing or sojourning in the United States or St. Pierre and Miquelon who is the subject of a report made pursuant to paragraph 20(1)(a); or

a) l'intéressé fait l'objet du rapport prévu à l'alinéa 20(1)a) et réside ou séjourne aux États-Unis ou à Saint-Pierre-et-Miquelon;

(b) a person who has been determined to be not eligible to make a claim to be a Convention refugee by reason of paragraph 46.01(1)(b) and who is to be removed to a country with which the Minister has entered into an agreement under section 108.1 for sharing the responsibility for examining refugee claims.

b) la revendication a été jugée irrecevable au titre de l'alinéa 46.01(1)b) et l'intéressé doit être renvoyé dans un pays avec lequel le ministre a conclu un accord en vertu de l'article 108.1 en vue du partage de la responsabilité de l'examen des revendications du statut de réfugié au sens de la Convention.

70. . . .

70. . . .

(5) No appeal may be made to the Appeal Division by a person described in subsection (1) or paragraph (2)(a) or (b) against whom a deportation order or conditional deportation order is made where the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada and the person has been determined by an adjudicator to be

(5) Ne peuvent faire appel devant la section d'appel les personnes, visées au paragraphe (1) ou aux alinéas (2)a) ou b), qui, selon la décision d'un arbitre :

(a) a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c), (c.1), (c.2) or (d);

a) appartiennent à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)c), c.1), c.2) ou d) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada;

(b) a person described in paragraph 27(1)(a.1); or

(c) a person described in paragraph 27(1)(d) who has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of ten years or more may be imposed.

73. (1) The Appeal Division may dispose of an appeal made pursuant to section 70

(a) by allowing it;

(b) by dismissing it;

(c) in the case of an appeal made pursuant to paragraph 70(1)(b) or 70(3)(b) respecting a removal order, by directing that execution of the order be stayed;

. . .

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellant Medovarski: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitor for the appellant Esteban: David Matas, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, Ottawa.

b) relèvent du cas visé à l'alinéa 27(1)a.1) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada;

c) relèvent, pour toute infraction punissable aux termes d'une loi fédérale d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, du cas visé à l'alinéa 27(1)d) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada.

73. (1) Ayant à statuer sur un appel interjeté dans le cadre de l'article 70, la section d'appel peut :

a) soit y faire droit;

b) soit le rejeter;

c) soit, s'il s'agit d'un appel fondé sur les alinéas 70(1)b) ou 70(3)b) et relatif à une mesure de renvoi, ordonner de surseoir à l'exécution de celle-ci;

. . .

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs de l'appelante Medovarski: Waldman & Associates, Toronto.

Procureur de l'appelant Esteban: David Matas, Winnipeg.

Procureur de l'intimé: Ministère de la Justice, Ottawa.

Attorney General of Quebec, Commission de la construction du Québec and Commission de la santé et de la sécurité du travail *Appellants*

v.

Raymond Chabot inc., in its capacity as trustee in the bankruptcy of D.I.M.S. Construction inc. *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: D.I.M.S. CONSTRUCTION INC. (TRUSTEE OF) v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 52.

File No.: 29822.

2004: December 8; 2005: October 6.

Present: Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Bankruptcy — Scheme of distribution — Right to compensation and right to retain — Provincial statutes requiring employer who retains services of contractor to pay amounts due from contractor to provincial bodies — Statutes entitling employer to be reimbursed by contractor or to retain amount paid out of sums employer owes contractor — Whether, in context of bankruptcy, provincial statutes incompatible with scheme of distribution established by federal bankruptcy legislation — Whether equitable set-off applicable in bankruptcy in Quebec — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 316 — Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, s. 54 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136 to 147.

Constitutional law — Division of powers — Bankruptcy — Scheme of distribution — Provincial statutes requiring employer who retains services of contractor to

Procureur général du Québec, Commission de la construction du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail *Appelants*

c.

Raymond Chabot inc., ès qualités de syndic à la faillite de D.I.M.S. Construction inc. *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : D.I.M.S. CONSTRUCTION INC. (SYNDIC DE) c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 52.

N° du greffe : 29822.

2004 : 8 décembre; 2005 : 6 octobre.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite — Plan de répartition — Droit de compensation et de retenue — Lois provinciales obligeant l'employeur qui retient les services d'un entrepreneur à payer à des organismes provinciaux certains montants dûs par l'entrepreneur — Lois permettant à l'employeur d'être remboursé par l'entrepreneur ou de retenir le montant payé sur les sommes qu'il doit à l'entrepreneur — Dans le contexte d'une faillite, les lois provinciales sont-elles incompatibles avec le plan de répartition établi par la loi fédérale sur la faillite? — La compensation en equity est-elle applicable en matière de faillite au Québec? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 316 — 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. 54 — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 97(3), 136 à 147.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Faillite — Plan de répartition — Lois provinciales obligeant l'employeur qui retient les services d'un

pay amounts due from contractor to provincial bodies — Statutes entitling employer to be reimbursed by contractor or to retain amount paid out of sums employer owes contractor — Whether provincial statutes inapplicable or inoperative by reason of being in conflict with scheme of distribution established by federal bankruptcy legislation — Constitution Act, 1867, s. 91(21) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136 to 147 — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 316 — Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, s. 54.

The Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST ») established an assessment in respect of the activities of a contractor. The contractor did not pay the assessment and the CSST required three employers that had awarded contracts to the contractor to pay the assessment pursuant to s. 316 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* (« AIAOD »). The Commission de la construction du Québec (« CCQ ») also demanded that the same employers pay unpaid wages owed by the contractor, pursuant to s. 54 of the *Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry* (« ALRCI »). One employer paid the CCQ before the contractor went bankrupt. After the bankruptcy, the trustee demanded that the three employers pay all amounts owing for work performed by the contractor. Two of the employers contested the claim, citing the demands for payment made by the CSST and the CCQ. The trustee applied to the Superior Court for a declaration that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not apply in bankruptcy. The Superior Court dismissed the motion, but the Court of Appeal set aside that judgment.

Held: The appeal should be allowed. Section 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not alter the scheme of distribution under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (« BIA »).

In light of art. 1656(3) C.C.Q., a payment made in performance of the obligation imposed by the first paragraph of s. 316 AIAOD allows the employer to be substituted for the CSST in order to claim the amount of the assessment from the contractor. The right to retain referred to in the third paragraph of s. 316 adds nothing to the rights arising out of the subrogatory payment. That paragraph eliminates any doubt as to the employer's right to be reimbursed for the amount paid on the contractor's behalf and, where applicable, to effect compensation between the amount the employer owes the contractor and the amount the contractor owes the employer. [27] [30-31]

entrepreneur à payer à des organismes provinciaux certains montants dûs par l'entrepreneur — Lois permettant à l'employeur d'être remboursé par l'entrepreneur ou de retenir le montant payé sur les sommes qu'il doit à l'entrepreneur — Les lois provinciales sont-elles inapplicables ou inopérantes pour cause de conflit avec le plan de répartition établi par la loi fédérale sur la faillite? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 97(3), 136 à 147 — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 316 — 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. 54.

La Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST ») établit une cotisation en relation avec les activités d'un entrepreneur. Ce dernier ne paie pas et la CSST oblige trois employeurs qui ont accordé des contrats à l'entrepreneur à payer la cotisation en vertu de l'art. 316 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (« LATMP »). La Commission de la construction du Québec (« CCQ ») demande également aux mêmes employeurs les salaires impayés par l'entrepreneur selon l'art. 54 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* (« LRTIC »). Un employeur paie la CCQ avant la faillite de l'entrepreneur. Après la faillite, le syndic réclame aux trois employeurs les soldes dus pour les travaux exécutés par l'entrepreneur. Deux des employeurs contestent la réclamation et font état des demandes de paiement de la CSST et de la CCQ. Le syndic s'adresse à la Cour supérieure et lui demande de déclarer les art. 316 LATMP et 54 LRTIC inapplicables en matière de faillite. La Cour supérieure rejette la requête mais la Cour d'appel infirme ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les articles 316 LATMP et 54 LRTIC ne modifient pas le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »).

Vu le par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q., le paiement fait en exécution de l'obligation imposée par le premier alinéa de l'art. 316 LATMP permet à l'employeur d'être substitué à la CSST pour réclamer à l'entrepreneur le montant de la cotisation. Le droit de retenue énoncé au troisième alinéa de l'art. 316 n'ajoute rien aux droits qui résultent du paiement subrogatoire. Cet alinéa écarte tout doute sur le droit de l'employeur de se faire rembourser le montant payé pour l'entrepreneur et, s'il y a lieu, d'opérer compensation entre le montant qu'il doit à l'entrepreneur et celui que l'entrepreneur lui doit. [27] [30-31]

The compensation mechanism authorized by s. 316 AIAOD does not go beyond the framework of s. 97(3) BIA, which expressly recognizes certain cases of compensation. If the employer pays the CSST before the bankruptcy, and if the mutual debts of the employer and the contractor are certain, liquid and exigible, legal compensation is effected by operation of law and the debts are extinguished up to the amount of the lesser debt (arts. 1672 and 1673 C.C.Q.). Since the bankruptcy has not yet occurred when legal compensation is effected, the scheme of distribution under the BIA is not affected, because the claim against the employer is not part of the property vested in the trustee. If the employer's payment is made before the bankruptcy but the claim is not liquid at the time of the bankruptcy, the employer may, once the claim has been appraised, rely on s. 97(3) BIA, which dispenses with the trustee's status as a third party for the purposes of compensation and allows compensation to be set up as if the bankrupt were the plaintiff. The right to compensation thus has its basis in the BIA, not the civil law, which is more restrictive. If the payment is made after the bankruptcy, this subrogatory payment cannot give rise to compensation. Since s. 97(3) is an exception to the rule of equality between creditors, it must be interpreted narrowly. It must therefore be read in conjunction with ss. 121, 136(3) and 141 BIA as implicitly requiring that the mutual debts come into existence before the bankruptcy. The BIA does not depart from the rules established by arts. 1651 and 1681 C.C.Q., which provide that subrogation does not give the subrogated person any more rights than the subrogating creditor and that compensation may not be effected to the prejudice of third persons. The employer may nevertheless file a proof of claim to avail him or herself of subrogation to be reimbursed as an ordinary creditor for the amount paid to the CSST (s. 121 BIA). [43-45] [49] [54-57] [72]

Section 316 AIAOD does not subvert the scheme of distribution under the BIA. First, the right to be reimbursed is compatible with the BIA and, second, the right to retain can be exercised only in the circumstances provided for in the BIA, which is more open to compensation than Quebec civil law. Furthermore, from the perspective of *Husky Oil*, the s. 316 mechanism is compatible with the BIA. This is not a case involving a deemed payment or an employer acting as a mere agent. The claim accrues to the employer at the time of payment, and not by reason of the fact that the employer might be liable to pay should the contractor fail to do so. No right is granted to the CSST, as a third party, to the detriment of the body of creditors. Only an employer who has paid may exercise the right to retain, and the CSST is not affected by the employer's right to collect. Finally, because s. 97(3) BIA must be applied in

La compensation autorisée par l'art. 316 LATMP n'excède pas le cadre du par. 97(3) LFI, qui reconnaît expressément certains cas de compensation. Si le paiement de l'employeur à la CSST est fait avant la faillite et si les dettes réciproques entre l'employeur et l'entrepreneur sont certaines, liquides et exigibles, la compensation légale s'opère de plein droit et les dettes sont éteintes jusqu'à concurrence de la moindre des deux dettes (art. 1672 et 1673 C.c.Q.). Comme la faillite n'est pas encore survenue lors de l'opération de la compensation légale, le plan de répartition de la LFI n'est pas affecté parce que la créance contre l'employeur ne fait pas partie des biens dévolus au syndic. Si le paiement de l'employeur est fait avant la faillite, mais la créance n'est pas liquide au moment de la faillite, l'employeur pourra, une fois la créance évaluée, se prévaloir du par. 97(3) LFI qui met de côté, pour les besoins de la compensation, la qualité de tiers du syndic et permet d'opposer la compensation comme si le failli était le demandeur. Le droit de compensation découle alors de la LFI et non du droit civil, qui s'avère plus restrictif. Si le paiement est fait après la faillite, ce paiement subrogatoire ne peut donner lieu à la compensation. Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l'égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. Il doit donc être interprété en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 LFI et requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite. La LFI n'écarte pas les règles des art. 1651 et 1681 C.c.Q. qui énoncent que la subrogation ne confère pas au subrogé plus de droits que n'en avait le subrogeant et que la compensation ne peut opérer au préjudice des tiers. L'employeur peut toutefois, en présentant une preuve de réclamation, se prévaloir de la subrogation pour se faire rembourser, à titre de créancier ordinaire, le montant qu'il a payé à la CSST (art. 121 LFI). [43-45] [49] [54-57] [72]

L'article 316 LATMP ne viole pas le plan de répartition de la LFI. D'une part, le droit de remboursement est compatible avec la LFI et, d'autre part, le droit de retenue ne peut être invoqué que dans les circonstances prévues à la LFI, qui est plus favorable à la compensation que le droit civil québécois. De plus, vu sous le prisme de l'arrêt *Husky Oil*, le mécanisme de l'art. 316 est compatible avec la LFI. Il ne s'agit pas d'un paiement présumé ou d'un cas où l'employeur agit comme simple agent percepteur. Le droit de créance échoit à l'employeur au moment du paiement et non en raison du fait qu'il serait éventuellement tenu au paiement si l'entrepreneur faisait défaut. Aucun droit n'est accordé à la CSST, comme tierce partie, au détriment de la masse des créanciers. Seul l'employeur qui a payé peut invoquer son droit de retenue et la CSST n'est pas affectée par ce droit de recouvrement de l'employeur. Finalement,

Quebec on the basis of civil law and not common law rules, equitable set-off is inapplicable in bankruptcy in Quebec. [58] [62-64]

Nor does s. 54 ALRCI subvert the scheme of distribution under the BIA. In the case of s. 54, the wages due from a contractor constitute a solidary obligation between the contractor and the employer. The employer who pays the wages may demand to be reimbursed by the contractor pursuant to art. 1536 C.C.Q. or may rely on legal subrogation pursuant to art. 1656(3) C.C.Q. The principles stated in relation to s. 316 AIAOD also apply to s. 54. [66-73]

Cases Cited

Applied: *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; **not followed:** *Structal (1982) inc. v. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686; **referred to:** *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Prévost-Masson v. General Trust of Canada*, [2001] 3 S.C.R. 882, 2001 SCC 87; *Salama v. Placements Triar inc.*, [2002] Q.J. No. 3372 (QL); Civ., March 2, 1829, D.1829, I.163 (*Assurances v. Lanquetin*); Civ., January 10, 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi v. Comp. d'assur. marit. l'Alborada*); *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] S.C.R. 187; *Trépanier v. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *Agricultural Insurance Co. v. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151; *Compagnie d'Assurance du Québec v. Dufour*, [1973] C.S. 840; *Forage Mercier inc. v. Société de Construction Maritime Voyageurs ltée*, [1998] Q.J. No. 2190 (QL); *Lefebvre (Trustee of)*, [2004] 3 S.C.R. 326, 2004 SCC 63; *Mercure v. Marquette & Fils*, [1977] 1 S.C.R. 547; *In re Hil-A-Don Ltd.: Bank of Montreal v. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec: Laviolette v. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein v. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292; Trib. corr. Auxerre, February 24, 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux v. Faillof*).

Statutes and Regulations Cited

Act respecting financial assistance for education expenses, R.S.Q., c. A-13.3, s. 29.
Act respecting financial services cooperatives, R.S.Q., c. C-67.3, s. 69.
Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, ss. 306, 315, 316.

puisque'il faut appliquer le par. 97(3) LFI au Québec en ayant recours aux règles du droit civil et non à celles de la common law, la compensation en equity est inapplicable en matière de faillite au Québec. [58] [62-64]

L'article 54 LRTIC ne viole pas non plus le plan de répartition de la LFI. Dans le cas de l'art. 54, le salaire dû par un entrepreneur est une obligation solidaire entre l'entrepreneur et l'employeur. L'employeur qui paie les salaires peut en réclamer le remboursement à l'entrepreneur suivant l'art. 1536 C.c.Q. ou se réclamer de la subrogation légale aux termes du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. Les principes énoncés relativement à l'art. 316 LATMP sont également applicables à l'art. 54. [66-73]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; **arrêt non suivi :** *Structal (1982) inc. c. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686; **arrêts mentionnés :** *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Prévost-Masson c. Trust Général du Canada*, [2001] 3 R.C.S. 882, 2001 CSC 87; *Salama c. Placements Triar inc.*, [2002] J.Q. n° 3372 (QL); Civ., 2 mars 1829, D.1829, I.163 (*Assurances c. Lanquetin*); Civ., 10 janvier 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi c. Comp. d'assur. marit. l'Alborada*); *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] R.C.S. 187; *Trépanier c. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *Agricultural Insurance Co. c. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151; *Compagnie d'Assurance du Québec c. Dufour*, [1973] C.S. 840; *Forage Mercier inc. c. Société de Construction Maritime Voyageurs ltée*, [1998] A.Q. n° 2190 (QL); *Lefebvre (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326, 2004 CSC 63; *Mercure c. Marquette & Fils*, [1977] 1 R.C.S. 547; *In re Hil-A-Don Ltd. : Bank of Montreal c. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec : Laviolette c. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein c. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292; Trib. corr. Auxerre, 24 février 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux c. Faillof*).

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 1156, 2576.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1523, 1525, 1536, 1651, 1652, 1656, 1671, 1672, 1673, 1680, 1681, 2333, 2334, 2474, 2644.
Code Napoléon, art. 1251.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21).

Act respecting insurance, S.Q. 1974, c. 70.
Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, ss. 54, 82(c)(4).
Act to promote good citizenship, R.S.Q., c. C-20, s. 11.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 30(1)(d), 67(1), 71(2), 97(3), 121, 135, 136 to 147.
Building Act, R.S.Q., c. B-1.1, s. 79.2.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1156, 2576.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1523, 1525, 1536, 1651, 1652, 1656, 1671, 1672, 1673, 1680, 1681, 2333, 2334, 2474, 2644.
Code Napoléon, art. 1251.
Constitution Act, 1867, s. 91(21).
Crop Insurance Act, R.S.Q., c. A-30, s. 78.1.
Education Act for Cree, Inuit and Naskapi Native Persons, R.S.Q., c. I-14, s. 13.
Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4.
Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 18(1).

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
 Bélanger, André. *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 2004.
 Bélanger, André. « L'application en droit civil québécois de l'inapplicable *equitable set-off* de *common law* » (1999), 78 *Can. Bar Rev.* 486.
 Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre) — lignes et entre-lignes*, t. 1. Sherbrooke: Éditions SEM, 1989.
 Bertrand, Charles-Auguste. « Effets des subrogations et des transports aux assureurs » (1953), 13 *R. du B.* 285.
 Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.
 Deslauriers, Jacques. *Précis de droit des sûretés*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1990.
Droit civil québécois, t. 6. Comité de rédaction, Denys-Claude Lamontagne et autres. Montréal: Dacfo, 1993 (feuilles mobiles mises à jour mai 2003).
 Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers*. Paris: L.G.D.J., 1989.
 Lemieux, Marc. « La compensation dans un contexte de proposition et de faillite » (1999), 59 *R. du B.* 321.
 Luellen, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
 Mestre, Jacques. *La subrogation personnelle*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4.
Loi sur l'aide financière aux études, L.R.Q., ch. A-13.3, art. 29.
Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 18(1).
Loi sur l'assurance-récolte, L.R.Q., ch. A-30, art. 78.1.
Loi sur l'instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis, L.R.Q., ch. I-14, art. 13.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 30(1)(d), 67(1), 71(2), 97(3), 121, 135, 136 à 147.
Loi sur le bâtiment, L.R.Q., ch. B-1.1, art. 79.2.
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 306, 315, 316.
Loi sur les assurances, L.Q. 1974, ch. 70.
Loi sur les coopératives de services financiers, L.R.Q., ch. C-67.3, art. 69.
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. 54, 82c(4).
Loi visant à favoriser le civisme, L.R.Q., ch. C-20, art. 11.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
 Bélanger, André. *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 2004.
 Bélanger, André. « L'application en droit civil québécois de l'inapplicable *equitable set-off* de *common law* » (1999), 78 *R. du B. can.* 486.
 Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre) — lignes et entre-lignes*, t. 1. Sherbrooke: Éditions SEM, 1989.
 Bertrand, Charles-Auguste. « Effets des subrogations et des transports aux assureurs » (1953), 13 *R. du B.* 285.
 Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.
 Deslauriers, Jacques. *Précis de droit des sûretés*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1990.
Droit civil québécois, t. 6. Comité de rédaction, Denys-Claude Lamontagne et autres. Montréal: Dacfo, 1993 (feuilles mobiles mises à jour mai 2003).
 Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers*. Paris: L.G.D.J., 1989.
 Lemieux, Marc. « La compensation dans un contexte de proposition et de faillite » (1999), 59 *R. du B.* 321.
 Luellen, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
 Mestre, Jacques. *La subrogation personnelle*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.

Tancelin, Maurice. *Des obligations: actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal: Wilson et Lafleur, 1997.

Traité de droit civil du Québec, t. 13. Par Hervé Roch et Rodolphe Paré. Montréal: Wilson et Lafleur, 1952.

Wood, Roderick J. "Turning Lead into Gold: The Uncertain Alchemy of 'All Obligations' Clauses" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert, Nuss and Lemelin JJ.A.), [2003] R.J.Q. 1104, 227 D.L.R. (4th) 629, 30 C.L.R. (3d) 81, [2003] Q.J. No. 3660 (QL), affirming a decision of Trudeau J., [2000] R.J.Q. 3056, 2000 CarswellQue 2924. Appeal allowed.

Hugo Jean, for the appellant the Attorney General of Quebec.

Martine Sauvé, for the appellant Commission de la construction du Québec.

René Napert, for the appellant Commission de la santé et de la sécurité du travail.

Bernard Boucher et *Sébastien Guy*, for the respondent.

Robin K. Basu and *Sarah Wright*, for the interveners.

English version of the judgment of the Court delivered by

DESCHAMPS J. —

1. Introduction

The issue raised in the case at bar is whether the rights provided for in s. 316 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001 ("AIAOD"), and s. 54 of the *Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry*, R.S.Q., c. R-20 ("ALRCT"), subvert the scheme of distribution provided for in the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("BIA").

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.

Tancelin, Maurice. *Des obligations: actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal: Wilson et Lafleur, 1997.

Traité de droit civil du Québec, t. 13. Par Hervé Roch et Rodolphe Paré. Montréal: Wilson et Lafleur, 1952.

Wood, Roderick J. « Turning Lead into Gold: The Uncertain Alchemy of "All Obligations" Clauses » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Robert, Nuss et Lemelin), [2003] R.J.Q. 1104, 227 D.L.R. (4th) 629, 30 C.L.R. (3d) 81, [2003] J.Q. n° 3660 (QL), qui a infirmé un jugement du juge Trudeau, [2000] R.J.Q. 3056, 2000 CarswellQue 2924. Pourvoi accueilli.

Hugo Jean, pour l'appelant le procureur général du Québec.

Martine Sauvé, pour l'appelante la Commission de la construction du Québec.

René Napert, pour l'appelante la Commission de la santé et de la sécurité du travail.

Bernard Boucher et *Sébastien Guy*, pour l'intimée.

Robin K. Basu et *Sarah Wright*, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS —

1. Introduction

La question, en l'espèce, est de savoir si les droits prévus aux art. 316 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001 (« LATMP »), et 54 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 (« LRTIC »), portent atteinte au plan de répartition prévu à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »).

2

Under s. 316 AIAOD, the Commission de la santé et de la sécurité du travail (“CSST”) may, where a contractor’s services are retained by an employer to whom the AIAOD applies, require the employer to pay an assessment due from the contractor. The same section provides that once the employer has paid the assessment, the employer is entitled to be reimbursed by the contractor and may retain the amount paid to the CSST out of any sums he or she owes the contractor. Section 54 ALRCI establishes a mechanism that, although based on solidarity, has the same effect; it permits the Commission de la construction du Québec (“CCQ”) to bring claims against employers for unpaid wages owed by contractors with whom they have contracted.

3

On November 4, 1998, the CSST established an assessment in respect of the activities of D.I.M.S. Construction inc. (“DIMS”), a contractor. DIMS did not pay the assessment. The CSST then demanded that three employers that had awarded contracts to DIMS pay the assessment in the proportion provided for in s. 316 AIAOD. It claimed amounts from the Ministère des Transports du Québec (“MTQ”) on November 26, 1998, Pavage Chenail inc. (“Chenail”) on November 30, 1998, and Compagnie de pavage d’asphalte Beaver (“Beaver”), a division of Groupe Devesco ltée, on February 10, 1999. According to the evidence in the record, none of the employers had paid the CSST when DIMS went bankrupt on April 1, 1999, after its creditors refused a proposal.

4

The CCQ demanded that the same employers pay unpaid wages owed by DIMS in respect of contracts performed for those employers. The exact dates these demands were made do not appear in the record, except in the case of Beaver, to which one was sent on February 12, 1999. According to one document in the record, Chenail paid the CCQ before DIMS went bankrupt.

5

On April 23 and 29, 1999, Raymond Chabot inc., the trustee in the bankruptcy of DIMS, demanded that the three employers pay all amounts owing for work performed by DIMS. Chenail paid the trustee subject to a special indemnification agreement. The MTQ and Beaver contested the trustee’s claim,

L’article 316 LATMP permet à la Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST ») d’obliger un employeur qui est assujéti à la loi et qui retient les services d’un entrepreneur à payer la cotisation due par cet entrepreneur. Selon ce même article, lorsque l’employeur a payé la cotisation, il a droit d’être remboursé par l’entrepreneur et peut retenir sur les sommes qu’il doit à cet entrepreneur le montant payé à la CSST. L’article 54 LRTC établit un mécanisme ayant le même effet, mais fondé sur la solidarité, et permet à la Commission de la construction du Québec (« CCQ ») de réclamer à un employeur les salaires impayés par un entrepreneur avec qui il a contracté.

Le 4 novembre 1998, la CSST établit une cotisation en relation avec les activités de l’entrepreneur D.I.M.S. Construction inc. (« DIMS »). DIMS ne paie pas. La CSST réclame à trois employeurs qui ont accordé des contrats à cette firme le paiement de la cotisation dans la proportion établie par l’art. 316 LATMP. La réclamation est faite le 26 novembre 1998 au ministère des Transports du Québec (« MTQ »), le 30 novembre 1998 à Pavage Chenail inc. (« Chenail ») et le 10 février 1999 au Groupe Devesco ltée, division Compagnie de pavage d’asphalte Beaver (« Beaver »). Selon les pièces versées au dossier, aucun des employeurs n’aurait payé la CSST avant la faillite de DIMS qui survient le premier avril 1999 à la suite du rejet d’une proposition.

La CCQ réclame aux mêmes employeurs les salaires impayés par DIMS à la suite de contrats exécutés pour ces employeurs. La date des réclamations faites par la CCQ n’est précisée au dossier que pour Beaver, soit le 12 février 1999. Selon un document produit au dossier, Chenail aurait payé la CCQ avant la faillite.

Les 23 et 29 avril 1999, Raymond Chabot inc., syndic à la faillite de DIMS, réclame aux trois employeurs les soldes dus pour les travaux exécutés par DIMS. Chenail paie le syndic sous réserve d’une convention d’indemnisation particulière. Le MTQ et Beaver contestent la réclamation du

citing the demands for payment made by the CSST and the CCQ. The trustee applied to the Superior Court for a declaration that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not apply in bankruptcy. The trustee relied on *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, in which it was held that the withholding mechanism available to employers under Saskatchewan's *Workers' Compensation Act, 1979* had the effect of creating a priority that subverted the scheme of distribution under the BIA.

The Superior Court dismissed the trustee's case on the ground that Quebec's scheme differed from Saskatchewan's scheme: [2000] R.J.Q. 3056. The Court of Appeal came to the opposite conclusion, finding that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI violated the principles stated in *Husky Oil*: [2003] R.J.Q. 1104. The Attorney General of Quebec, the CSST and the CCQ appealed, contending that the provision authorizing the CSST and the CCQ to demand that employers pay contractors' unpaid assessments was valid. They raised no arguments concerning the right of employers to be reimbursed or to set up compensation. Even though the employers are not parties to the case, both the right of the CSST and the CCQ to collect and the right to reimbursement are in issue here, because the trustee impugns s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI in their entirety. However, no specific arguments based on the contracts between the employers and the contractor are in issue, nor are the rights of any third parties, such as financial institutions or surety companies, that have rights in the amounts owed by the bankrupt under its contracts.

The constitutional questions stated by this Court reflect the questions submitted to the Superior Court and the Court of Appeal:

1. Is s. 54 of *An Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry*, R.S.Q., c. R-20, inapplicable or inoperable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, and in particular s. 136 thereof?

syndic. Ils font état des demandes de paiement de la CSST et de la CCQ. Le syndic s'adresse à la Cour supérieure et lui demande de déclarer les art. 316 LATMP et 54 LRTIC inapplicables en matière de faillite. Il invoque l'arrêt *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, qui a déclaré, au sujet de la *Workers' Compensation Act, 1979* de la Saskatchewan, que le mécanisme de retenue en faveur de l'employeur avait pour effet de créer une priorité qui contrevenait au plan de répartition établi par la LFI.

La Cour supérieure déboute le syndic pour le motif que le régime québécois diffère de celui de la Saskatchewan : [2000] R.J.Q. 3056. La Cour d'appel conclut au contraire que les art. 316 LATMP et 54 LRTIC violent les principes exposés dans l'arrêt *Husky Oil* : [2003] R.J.Q. 1104. Le procureur général du Québec, la CSST et la CCQ se pourvoient. Ils défendent la validité de la disposition autorisant la CSST et la CCQ à réclamer à un employeur les cotisations impayées par un entrepreneur. Ils ne soulèvent aucun argument concernant le droit des employeurs de se faire rembourser ou d'opposer compensation. Même si les employeurs ne sont pas parties au dossier, tant le droit de perception de la CSST et de la CCQ que le droit au remboursement sont mis en cause parce que le syndic attaque les art. 316 LATMP et 54 LRTIC dans leur ensemble. Par ailleurs, les arguments spécifiques qui trouveraient leur source dans les contrats liant les employeurs à l'entrepreneur ne font pas l'objet du débat, non plus que les droits de tiers comme les institutions financières ou les compagnies de cautionnement qui pourraient détenir des droits sur les soldes contractuels du failli.

Les questions constitutionnelles formulées par la Cour reflètent celles soumises à la Cour supérieure et à la Cour d'appel :

1. L'article 54 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, est-il, en totalité ou en partie, inapplicable ou inopérant pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, et, en particulier avec l'art. 136 de cette loi?

2. Is s. 316 of *An Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, inapplicable or inoperable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, and in particular s. 136 thereof?

2. L'article 316 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, est-il, en totalité ou en partie, inapplicable ou inopérant pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, et, en particulier avec l'art. 136 de cette loi?

8 The appellants contest the Court of Appeal's decision, arguing that Quebec's scheme can be distinguished from Saskatchewan's scheme. They submit that the first and third paragraphs of s. 316 AIAOD set up two successive, distinct and independent steps: one establishing an obligation to pay, and the other setting out the rights of an employer who pays a contractor's assessment. The appellants point out that it was the right to withhold payment in respect of a deemed debt that led the Court to conclude in *Husky Oil* that the debt was indivisible, and that no such right exists in Quebec law. They contend that neither the first paragraph of s. 316 AIAOD nor the civil law mechanisms upon which s. 54 ALRCI is based subvert the scheme of distribution under the BIA.

Les appellants attaquent le jugement de la Cour d'appel et plaident que le régime québécois se distingue de celui de la Saskatchewan. Selon eux, les premier et troisième alinéas de l'art. 316 LATMP mettent en place deux étapes successives, distinctes et indépendantes, l'une établissant une obligation de payer, l'autre précisant les droits de l'employeur qui a payé la cotisation de l'entrepreneur. Les appellants signalent que c'est le droit de retenue à l'égard d'une dette réputée qui a entraîné la conclusion d'indivisibilité dans *Husky Oil*, caractéristique qui ne se retrouve pas dans la loi québécoise. Selon eux, ni le premier alinéa de l'art. 316 LATMP, ni les mécanismes du droit civil sur lesquels est fondé l'art. 54 LRTIC ne violent le plan de répartition de la LFI.

9 The trustee argues that the mechanisms set out in the Quebec provisions are essentially identical to the one provided for in Saskatchewan's legislation. The trustee adds that it would not be enough to declare that the third paragraph of s. 316 AIAOD is inapplicable, since the rules of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), give the first paragraph of this section the same effect as the third and make it inapplicable in bankruptcy. To show that such a declaration would be insufficient, the trustee also submits that equitable set-off would enable an employer who has paid the CSST or the CCQ to refuse to pay the trustee.

Pour sa part, le syndic plaide que les mécanismes des dispositions québécoises sont, pour l'essentiel, identiques à celui de la loi de la Saskatchewan. Il fait valoir, de plus, qu'une déclaration d'inapplicabilité du troisième alinéa de l'art. 316 LATMP n'est pas suffisante parce que les règles du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), donnent au premier alinéa de cet article le même effet que le troisième alinéa et le rendent inapplicable en matière de faillite. Pour démontrer qu'une déclaration d'inapplicabilité du troisième alinéa serait insuffisante, il soutient aussi que le mécanisme de la compensation en equity autoriserait l'employeur qui aurait payé la CSST ou la CCQ à refuser de payer le syndic.

10 For the reasons that follow, I am of the view that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not subvert the scheme of distribution established by s. 136 BIA. I would allow the appeal and restore the judgment of the Superior Court.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les art. 316 LATMP et 54 LRTIC ne violent pas le plan de répartition établi par l'art. 136 LFI. J'accueillerais l'appel et rétablirais le jugement de la Cour supérieure.

2. Analysis

2. Analyse

11 Section 91(21) of the *Constitution Act, 1867*, gives Parliament jurisdiction over bankruptcy and

Le paragraphe 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde au Parlement compétence en

insolvency. Parliament has exercised this jurisdiction to establish a scheme for distributing the property of bankrupts (ss. 136 to 147 BIA).

This Court has on many occasions ruled on conflicts between the BIA's order of priority and the orders resulting from various provincial statutes: see, *inter alia*, *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; and *Husky Oil*. Those decisions established that statutory provisions enacted by the provinces, although valid in the context of provincial law, are inapplicable in bankruptcy if they conflict with the BIA. It is well established that the BIA will prevail regardless of a province's intention. Given these principles, it is necessary to determine the effect of s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI. Since there are differences between the two mechanisms, I will consider them separately.

I will begin by analysing the mechanism of s. 316 AIAOD, which is based on legal subrogation and compensation. The first step will be to review these concepts. Next, I will discuss the interaction between the right to retain under s. 316 AIAOD and the scheme of distribution under the BIA, and will distinguish the instant case from *Husky Oil*. I will also consider the application of equitable set-off in the case at bar. Lastly, I will discuss the mechanism of s. 54 ALRCI, which incorporates solidarity.

2.1 *The Mechanism of Section 316 AIAOD*

Only the first and third paragraphs of s. 316 AIAOD are relevant to the proceeding before the Court. The second paragraph merely sets out the method for calculating the amount owed by the employer. The section reads as follows:

316. The Commission may demand payment of the assessment due by a contractor from the employer who retains his services.

matière de faillite et d'insolvabilité. Conformément à cette compétence, le Parlement prescrit un plan de répartition des biens en cas de faillite (art. 136 à 147 LFI).

Notre Cour s'est prononcée à maintes reprises sur des cas de conflits entre l'ordre prescrit par la LFI et celui prévu par diverses lois provinciales : voir notamment *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, et *Husky Oil*. De ces arrêts, il ressort que les provinces peuvent adopter des dispositions législatives qui, quoique valides dans le contexte du droit provincial, sont inapplicables en matière de faillite si elles entrent en conflit avec la LFI. Il est établi que la LFI prévaut, peu importe l'intention des provinces. Compte tenu de ces règles, il importe de cerner l'effet des art. 316 LATMP et 54 LRTIC. Comme les deux mécanismes diffèrent, je les examinerai séparément.

J'analyserai d'abord le mécanisme de l'art. 316 LATMP qui est fondé sur la subrogation légale et la compensation. Ces notions seront étudiées en tout premier lieu. Ensuite j'examinerai l'interaction entre le droit de retenue de l'art. 316 LATMP et le plan de répartition de la LFI et je distinguerai le présent cas de *Husky Oil*. Je considérerai aussi l'application de la compensation en equity en l'espèce. Finalement, je me pencherai sur le mécanisme de l'art. 54 LRTIC qui incorpore la solidarité.

2.1 *Le mécanisme de l'art. 316 LATMP*

Seuls les premier et troisième alinéas de l'art. 316 LATMP sont pertinents au débat qui nous occupe. Le deuxième alinéa ne fait qu'établir le mode de calcul du montant dû par l'employeur. L'article se lit :

316. La Commission peut exiger de l'employeur qui retient les services d'un entrepreneur le paiement de la cotisation due par cet entrepreneur.

12

13

14

In the case of the first paragraph, the Commission may establish the amount of the assessment according to the proportion of the price agreed upon for the work corresponding to the cost of labour, rather than the wages indicated in the statement made according to section 292.

The employer who has paid the amount of the assessment is entitled to be reimbursed by the contractor concerned and the employer may retain the amount due out of the sums that he owes the contractor.

15 The first paragraph of s. 316 AIAOD gives the CSST a recourse against an employer for an assessment due from a contractor whose services the employer has retained. The condition that must be met for the CSST to exercise this right is that the assessment be due from the contractor. For an assessment to be due, the CSST must establish the assessment (s. 306 AIAOD) and send the notice (s. 315 AIAOD). Under the AIAOD, the employer is the warrantor of the assessment due from the contractor to the CSST.

16 The parties disagree as to the real scope of the first paragraph. The trustee submits that the third paragraph adds nothing to the rights arising out of the employer's payment of the contractor's debt in accordance with the first paragraph of s. 316 AIAOD. The appellants contend that the two paragraphs have different functions: the first deals with the right to collect and could survive even if the third paragraph, which grants a right to be reimbursed and to retain, were to be found inapplicable. Does this last right arise automatically out of the payment of the assessment, as the trustee claims? To answer this question, it will be necessary to review the scope of the first paragraph of s. 316 AIAOD. After doing this, I will consider whether the right to retain subverts the scheme of distribution under the BIA and will conclude by explaining the differences between the provisions at issue in *Husky Oil* and s. 316 AIAOD, and the reasons why equitable set-off does not apply in Quebec.

2.1.1 Scope of the First Paragraph of Section 316 AIAOD

17 While the purpose of the first paragraph of s. 316 AIAOD is to give the CSST a recourse

Dans ce cas, la Commission peut établir le montant de cette cotisation d'après la proportion du prix convenu pour les travaux qui correspond au coût de la main-d'œuvre, plutôt que d'après les salaires indiqués dans la déclaration faite suivant l'article 292.

L'employeur qui a payé le montant de cette cotisation a droit d'être remboursé par l'entrepreneur concerné et il peut retenir le montant dû sur les sommes qu'il lui doit.

Le premier alinéa de l'art. 316 LATMP accorde à la CSST un recours contre un employeur pour la cotisation due par un entrepreneur dont il retient les services. La condition d'exercice du droit de la CSST est que la cotisation soit due par l'entrepreneur. Pour que la cotisation soit due, il faut qu'elle ait été établie par la CSST (art. 306 LATMP) et que l'avis ait été transmis par la CSST (art. 315 LATMP). La LATMP rend l'employeur garant de la cotisation due par l'entrepreneur à la CSST.

Les parties divergent d'opinion quant à la portée réelle du premier alinéa. Le syndic soutient que le troisième alinéa n'ajoute rien aux droits qui découlent du paiement par l'employeur de la dette de l'entrepreneur aux termes du premier alinéa de l'art. 316 LATMP. Les appelants, quant à eux, soutiennent que les deux alinéas ont des fonctions différentes : le premier traite du droit de perception et peut subsister indépendamment d'une déclaration d'inapplicabilité du troisième qui, pour sa part, confère le droit de remboursement et de retenue. Ce dernier droit découle-t-il automatiquement du paiement comme le prétend le syndic? Pour répondre à cette question, il faut étudier la portée du premier alinéa de l'art. 316 LATMP. J'examinerai par la suite si le droit de retenue viole le plan de répartition de la LFI pour enfin expliquer en quoi les dispositions étudiées dans *Husky Oil* diffèrent de l'art. 316 LATMP et pourquoi la compensation en equity ne s'applique pas au Québec.

2.1.1 Portée du premier alinéa de l'art. 316 LATMP

Si l'objet du premier alinéa de l'art. 316 LATMP est de conférer à la CSST un recours contre

against employers, the consequences of exercising this recourse cannot be disregarded. The employer's payment has consequences not only for the CSST, but also for the employer and the contractor. As a result of art. 1671 C.C.Q., paying the assessment has the effect of extinguishing the contractor's obligation to the CSST. Subrogation to the rights of the paid creditor is incidental to the payment and accordingly extinguishes the subrogating creditor's rights as regards the debtor. Under the general rules of civil law, those rights are then transferred to the person who made the payment. Article 1651 C.C.Q. reads as follows:

1651. A person who pays in the place of a debtor may be subrogated to the rights of the creditor.

He does not have more rights than the subrogating creditor.

The first paragraph of s. 316 AIAOD appears to make the application of subrogation possible, since the employer is obliged to pay when the assessment is due from the contractor. In this context, the employer is required to pay in the place of the original debtor and should be able to be subrogated to the rights of the creditor.

The C.C.Q. provides for two types of subrogation: conventional subrogation and legal subrogation (art. 1652 C.C.Q.). The case at bar does not involve conventional subrogation. The only possibility is legal subrogation. Article 1656 C.C.Q. provides that subrogation takes place by operation of law in the following five situations:

1656. Subrogation takes place by operation of law

(1) in favour of a creditor who pays another creditor whose claim is preferred to his because of a prior claim or a hypothec;

(2) in favour of the acquirer of a property who pays a creditor whose claim is secured by a hypothec on the property;

(3) in favour of a person who pays a debt to which he is bound with others or for others and which he has an interest in paying;

l'employeur, les conséquences découlant de l'exercice du recours ne peuvent pas être ignorées. Le paiement fait par l'employeur emporte des conséquences non seulement pour la CSST, mais aussi pour l'employeur et l'entrepreneur. En effet, le paiement, selon l'art. 1671 C.c.Q., a pour effet d'éteindre l'obligation de l'entrepreneur à l'égard de la CSST. La subrogation aux droits du créancier payé est un accessoire du paiement et éteint donc les droits du subrogeant à l'égard du débiteur. En vertu des règles générales du droit civil, ces droits sont désormais transférés à celui qui a fait le paiement. Ainsi, l'art. 1651 C.c.Q. prévoit :

1651. La personne qui paie à la place du débiteur peut être subrogée dans les droits du créancier.

Elle n'a pas plus de droits que le subrogeant.

Le premier alinéa de l'art. 316 LATMP semble permettre une application de la subrogation puisque l'employeur est obligé au paiement lorsque la cotisation est due par l'entrepreneur. Dans ce contexte, l'employeur est appelé à payer à la place du débiteur originel et devrait pouvoir être subrogé dans les droits du créancier.

Le C.c.Q. prévoit deux sources de subrogation : la subrogation conventionnelle et la subrogation légale (art. 1652 C.c.Q.). En l'espèce, il n'est pas question de subrogation conventionnelle. Il ne peut s'agir que de subrogation légale. L'article 1656 C.c.Q. prévoit que la subrogation s'opère par le seul effet de la loi dans les cinq circonstances suivantes :

1656. La subrogation s'opère par le seul effet de la loi :

1^o Au profit d'un créancier qui paie un autre créancier qui lui est préférable en raison d'une créance prioritaire ou d'une hypothèque;

2^o Au profit de l'acquéreur d'un bien qui paie un créancier dont la créance est garantie par une hypothèque sur ce bien;

3^o Au profit de celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres et qu'il a intérêt à acquitter;

18

19

(4) in favour of an heir who pays with his own funds a debt of the succession for which he was not bound;

(5) in any other case provided by law.

20

The legislature has explicitly spelled out the right to subrogation in a number of statutes, sometimes departing from the conditions set out in the Civil Code, sometimes not: see, *inter alia*, the *Act to promote good citizenship*, R.S.Q., c. C-20, s. 11; the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, s. 18(1); the *Act respecting financial assistance for education expenses*, R.S.Q., c. A-13.3, s. 29; the *Building Act*, R.S.Q., c. B-1.1, s. 79.2. Because the express right to subrogation is not dealt with consistently, I conclude that the failure to mention subrogation explicitly in the first paragraph of s. 316 AIAOD does not mean that legal subrogation is unavailable under it. Of the five cases mentioned in art. 1656 C.C.Q., the third might apply.

21

While acknowledging the general scope of para. (3) of art. 1656 C.C.Q., Quebec commentators link this paragraph in particular to solidary or *in solidum* debts and to debts secured by suretyship: J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), Nos. 916 to 918; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at p. 603, No. 336. In the case at bar, solidarity is not mentioned in s. 316 AIAOD and cannot be presumed (art. 1525 C.C.Q.). Nor can the employer's obligation be characterized as being *in solidum* with the contractor, since the instant case does not involve two concurrent debts having the same object: *Prévost-Masson v. General Trust of Canada*, [2001] 3 S.C.R. 882, 2001 SCC 87, at para. 27. The contractor must first be obliged to pay. It might be thought that this is a legal suretyship under art. 2334 C.C.Q., but the suretyship referred to in that article is one that a debtor must furnish when obliged to do so by the legislature: *Traité de droit civil du Québec*, vol. 13, by H. Roch and R. Paré, 1952, at p. 594; *Droit civil québécois* (loose-leaf), vol. 6, by D.-C. Lamontagne et al., § 2334 500, at p. 1256 602; J. Deslauriers, *Précis de droit des sûretés* (1990), at p. 23; P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3rd ed. 1999), at p. 21. In the case of s. 316 AIAOD, the obligation is imposed directly

4° Au profit de l'héritier qui paie de ses propres deniers une dette de la succession à laquelle il n'était pas tenu;

5° Dans les autres cas établis par la loi.

Le législateur énonce expressément le droit à la subrogation dans nombre de lois, dérogeant ou se tenant parfois aux conditions prévues par le Code civil : voir, notamment, la *Loi visant à favoriser le civisme*, L.R.Q., ch. C-20, art. 11; la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, art. 18(1); la *Loi sur l'aide financière aux études*, L.R.Q., ch. A-13.3, art. 29; la *Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., ch. B-1.1, art. 79.2. Parce que le recours exprès à la subrogation n'est pas traité de façon uniforme, je conclus que, même si elle n'est pas explicitement mentionnée au premier alinéa de l'art. 316 LATMP, il ne s'ensuit pas que la subrogation légale en soit exclue. Des cinq cas mentionnés à l'art. 1656 C.c.Q., le troisième peut potentiellement trouver application.

Tout en reconnaissant la portée générale du par. 3° de l'art. 1656 C.c.Q., les auteurs québécois le relie surtout aux dettes solidaires ou *in solidum* et aux dettes cautionnées : J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5^e éd. 1998), n^{os} 916 à 918; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), p. 603, n^o 336. En l'espèce, la solidarité n'est pas énoncée à l'art. 316 LATMP et elle ne peut être présumée (art. 1525 C.c.Q.). L'obligation de l'employeur ne pourrait non plus être caractérisée comme *in solidum* avec l'entrepreneur, car on ne retrouve pas ici de coexistence de deux dettes portant sur un même objet : *Prévost-Masson c. Trust Général du Canada*, [2001] 3 R.C.S. 882, 2001 CSC 87, par. 27. En effet, l'entrepreneur doit d'abord être tenu de payer. On pourrait, par ailleurs, croire qu'il s'agit du cautionnement légal prévu par l'art. 2334 C.c.Q., mais le cautionnement dont il est question à cet article est celui que doit fournir un débiteur lorsque le législateur le lui impose : *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, par H. Roch et R. Paré, 1952, p. 594; *Droit civil québécois* (feuilles mobiles), vol. 6, par D.-C. Lamontagne et autres, § 2334 500, p. 1256 602; J. Deslauriers, *Précis de droit des sûretés* (1990), p. 23; P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3^e éd. 1999), p. 21. Dans le cas de l'art. 316 LATMP, l'obligation est

on the warrantor, not on the debtor. This cannot be a true case of suretyship, since a warrantor under the AIAOD has no choice in taking on the obligation, whereas consent is an essential aspect of suretyship, which is by definition a contract (art. 2333 C.C.Q.). The Superior Court judge's statement of the law to the effect that s. 316 AIAOD establishes a legal suretyship is therefore wrong.

To conclude that the employer's payment to the CSST confers the benefit of legal subrogation, it would be necessary to rely on the generality of the words "bound . . . for others" used in para. (3) of art. 1656 C.C.Q. In *Salama v. Placements Triar inc.*, [2002] Q.J. No. 3372 (QL), the Quebec Court of Appeal, citing a passage from the work of Baudouin and Jobin, raised the possibility of giving para. (3) of art. 1656 C.C.Q. a broad scope (see also M. Tancelin, *Des obligations: actes et responsabilités* (6th ed. 1997), No. 1235). The historical evolution of this provision persuades me that such an interpretation is justified.

The wording of para. (3) of art. 1656 C.C.Q. is derived from art. 1156 of the *Civil Code of Lower Canada*, which was itself based on art. 1251 of the *Code Napoléon*. The *Code Napoléon* restated a principle of old French law to the effect that marine underwriters were subrogated to the rights of the insured: J. Mestre, *La subrogation personnelle* (1979), at p. 277, No. 240. It was only after a century of equivocation that French courts finally conceded that subrogation could operate in cases in which the person making the payment was bound to make payment owing to a distinct source of obligation. It was in the context of the law of damage insurance that the French case law evolved. At first, in an 1829 decision, the Cour de cassation refused to recognize an insurer's right to legal subrogation: Civ., March 2, 1829, D.1829.I.163 (*Assurances v. Lanquetin*).

Despite ruling out legal subrogation, the French courts did, however, allow insurers of damage to sue persons who caused damage, on the basis that they had committed a delictual fault causing damage to the insurer. The Cour de cassation came full circle nearly a hundred years later, noting that

imposée au garant lui-même et non au débiteur. Il ne peut s'agir d'un véritable cas de cautionnement puisque le garant de la LATMP n'a pas le choix de s'obliger alors que le consentement est essentiel au cautionnement qui est, par définition, un contrat (art. 2333 C.c.Q.). L'énoncé de droit du juge de la Cour supérieure suivant lequel l'art. 316 LATMP établit une caution légale est donc incorrect.

Pour conclure que le paiement de l'employeur à la CSST confère le bénéfice de la subrogation légale, il faut se fonder sur la généralité des termes « tenu[s] [. . .] pour d'autres » utilisés au par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. Se reportant à un extrait de l'ouvrage de Baudouin et Jobin, la Cour d'appel du Québec, dans *Salama c. Placements Triar inc.*, [2002] J.Q. n^o 3372 (QL), a évoqué la possibilité de donner une portée large au par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. (voir aussi M. Tancelin, *Des obligations : actes et responsabilités* (6^e éd. 1997), n^o 1235). L'évolution historique de cette disposition me convainc qu'une telle interprétation est justifiée.

Le texte du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. trouve son origine dans l'art. 1156 du *Code civil du Bas Canada* qui lui-même était inspiré de l'art. 1251 du *Code Napoléon*. Or, ce dernier code reprend une règle de l'Ancien Droit français qui admettait que l'assureur maritime était subrogé aux droits de l'assuré : J. Mestre, *La subrogation personnelle* (1979), p. 277, n^o 240. En fait, c'est après un siècle de tergiversations que les tribunaux français admirent finalement que la subrogation pouvait jouer dans des cas où la personne qui payait était tenue au paiement en raison d'une source obligationnelle distincte. L'évolution de la jurisprudence française s'est faite dans le contexte du droit de l'assurance de dommages. La Cour de cassation avait d'abord refusé à l'assureur le droit à la subrogation légale par un arrêt de 1829 : Civ., 2 mars 1829, D.1829. I.163 (*Assurances c. Lanquetin*).

Malgré l'exclusion de la subrogation légale, les tribunaux français autorisèrent cependant l'assureur de dommages à poursuivre l'auteur du sinistre en invoquant qu'il avait commis une faute délictuelle causant des dommages à l'assureur. La Cour de cassation boucla la boucle près de cent ans plus

22

23

24

subrogation in favour of insurers was accepted in maritime law: Civ., January 10, 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi v. Comp. d'assur. marit. l'Alborada*). This evolution caused one French commentator to remark that the French courts had in so doing [TRANSLATION] "embarked on a creative tack, not hesitating to gradually break away from an overly ossified analysis of the Civil Code": Mestre, at p. 280, No. 245.

tard et rappela qu'en droit maritime, la subrogation en faveur de l'assureur était reconnue : Civ., 10 janvier 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi c. Comp. d'assur. marit. l'Alborada*). Cette évolution a fait dire à un auteur français que la jurisprudence française s'était ainsi « engagée dans une voie créatrice, n'hésitant pas à se détacher progressivement d'une exégèse par trop sclérosante du Code civil » : Mestre, p. 280, n° 245.

25

In Quebec insurance law, the issue remained contentious until the 1974 reform, which explicitly granted the right to subrogation (*Act respecting insurance*, S.Q. 1974, c. 70 (which came into force on October 20, 1976), incorporated into the *Civil Code of Lower Canada*, art. 2576, now art. 2474 C.C.Q.): D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres* (3rd ed. 1999), at p. 337; *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] S.C.R. 187, at p. 191; *Trépanier v. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *contra*: J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre)* (1989), vol. 1, at p. 423; C.-A. Bertrand, "Effets des subrogations et des transports aux assureurs" (1953), 13 *R. du B.* 285; *Agricultural Insurance Co. v. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151 (Sup. Ct.); *Compagnie d'Assurance du Québec v. Dufour*, [1973] C.S. 840.

Au Québec, en droit des assurances, la question est demeurée controversée jusqu'à la réforme de 1974 qui a conféré explicitement le droit à la subrogation (*Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, ch. 70 (entrée en vigueur le 20 octobre 1976), intégré au *Code civil du Bas Canada*, art. 2576, maintenant l'art. 2474 C.c.Q.) : D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres* (3^e éd. 1999), p. 337; *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] R.C.S. 187, p. 191; *Trépanier c. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *contra* : J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre)* (1989), t. 1, p. 423; C.-A. Bertrand, « Effets des subrogations et des transports aux assureurs » (1953), 13 *R. du B.* 285; *Agricultural Insurance Co. c. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151 (C.S.); *Compagnie d'Assurance du Québec c. Dufour*, [1973] C.S. 840.

26

It must be recognized that the wording of para. (3) of art. 1656 C.C.Q. does not limit the paragraph's scope to obligations arising out of solidary or *in solidum* debts or debts secured by suretyship. To exclude statute-based obligations from its ambit is justified neither by the wording of the C.C.Q. nor by the historical evolution of the scope of the analogous provision in French law. Consequently, employers who pay a contractor's debt under s. 316 AIAOD may be subrogated to the rights of the CSST. As a result of subrogation, the CSST's right against the contractor is transferred to the employer. On making the payment, the employer takes the place of the CSST: *Forage Mercier inc. v. Société de Construction Maritime Voyageurs Itée*, [1998] Q.J. No. 2190 (QL) (C.A.). The employer acquires the claim from the time of payment, up to the amount paid: Pineau, Burman and Gaudet, at p. 604, No. 337, and at p. 606, No. 338.

Force est de reconnaître que la formulation du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. n'est pas limitée aux cas où l'obligation découle d'une dette solidaire, *in solidum* ou cautionnée. Exclure de sa portée les cas où l'obligation découle d'une loi n'est justifié ni par le texte du C.c.Q. ni par l'évolution historique de la portée de la disposition similaire en France. En conséquence, l'employeur qui paie la dette de l'entrepreneur aux termes de l'art. 316 LATMP peut être subrogé dans les droits de la CSST. La subrogation transfère à l'employeur le droit que la CSST avait contre l'entrepreneur. Par suite du paiement, l'employeur remplace la CSST : *Forage Mercier inc. c. Société de Construction Maritime Voyageurs Itée*, [1998] A.Q. n° 2190 (QL) (C.A.); il acquiert la créance en date du paiement et ce, jusqu'à concurrence du montant payé : Pineau, Burman et Gaudet, p. 604, n° 337, et p. 606, n° 338. L'employeur peut donc réclamer à

Thus, the employer may demand that the contractor pay the amount of the assessment paid to the CSST.

But if the payment made in performance of the obligation imposed by the first paragraph of s. 316 AIAOD allows the employer to be substituted for the CSST in order to claim the amount of the assessment from the contractor, what does the third paragraph of the same section add? It enunciates the right to be reimbursed and to retain. The right to be reimbursed is nothing more than the right to demand payment. Thus, the right to reimbursement does not add to the claim accruing to the employer by reason of legal subrogation. What about the right to retain? It requires a more nuanced analysis.

The Quebec legislature has used the right to retain in ways that are disparate. In some situations, it may be a right granted to a body to set off an amount owing to a person against an amount owed by that person without actually mentioning the right to compensation: *Crop Insurance Act*, R.S.Q., c. A-30, s. 78.1. In other cases, the provision establishing the right to retain clearly states that the right is based on compensation: *Act respecting financial services cooperatives*, R.S.Q., c. C-67.3, s. 69. At times, the right to retain is a means of collecting an assessment out of the wages owed to an employee: s. 82(c)(4) ALRCI. In still other cases, a body is authorized to retain an amount until an obligation to do something has been performed: *Education Act for Cree, Inuit and Naskapi Native Persons*, R.S.Q., c. I-14, s. 13. Context is therefore essential to determining the legal nature of the right to retain granted by a given statutory provision in Quebec.

The right described in the third paragraph of s. 316 AIAOD is not a general right allowing an employer to refuse to pay a debt or retain an amount until a condition imposed on another person is met. The paragraph specifies that the right held by the employer is to retain “out of the sums that he owes the contractor” an amount equal to the amount paid

l’entrepreneur le montant de la cotisation qu’il a payée à la CSST.

Or, si le paiement fait en exécution de l’obligation imposée par le premier alinéa de l’art. 316 LATMP permet à l’employeur d’être substitué à la CSST pour réclamer à l’entrepreneur le montant de la cotisation, qu’apporte de plus le troisième alinéa de ce même article? Cet alinéa énonce le droit au remboursement et à la retenue. Le droit d’être remboursé n’est autre chose que le droit de réclamer le paiement. Le droit au remboursement n’ajoute donc pas au droit de créance échéant à l’employeur en raison de la subrogation légale. Qu’en est-il du droit de retenue? Une analyse plus nuancée est requise.

Le législateur québécois fait un usage hétéroclite du droit de retenue. Selon le contexte, il peut s’agir du droit pour un organisme de compenser un montant dû à une personne avec un montant dû par cette personne sans que le droit à la compensation ne soit mentionné explicitement : *Loi sur l’assurance-récolte*, L.R.Q., ch. A-30, art. 78.1; dans d’autres cas, le droit de retenue est formulé comme s’appuyant de façon expresse sur la compensation : *Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., ch. C-67.3, art. 69; en d’autres occasions, le droit de retenue est un moyen de prélever une cotisation sur le salaire dû à un employé : LRTIC, art. 82c(4); parfois encore, un organisme est autorisé à retenir un montant jusqu’à l’accomplissement d’une obligation de faire : *Loi sur l’instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis*, L.R.Q., ch. I-14, art. 13. Le contexte est donc essentiel pour pouvoir qualifier la nature juridique du droit de retenue conféré par une disposition législative québécoise.

Le droit décrit au troisième alinéa de l’art. 316 LATMP n’est pas un droit général permettant à un employeur de refuser d’acquitter une dette ou de retenir un montant jusqu’à l’accomplissement d’une condition imposée à une autre personne. Le texte précise qu’il s’agit du droit de l’employeur de retenir « sur les sommes qu’il [doit à

27

28

29

by the employer to the CSST. This right presupposes a mutual creditor-debtor relationship between the employer and the contractor. It also presupposes pecuniary obligations on the parts of both the employer and the contractor. When exercising the right to retain, the employer indicates that the debt owed to him or her by the contractor is being deducted from the amount the employer owes the contractor. In this way, the employer pays him or herself with the sums he or she owes. The two debts are discharged. The right to retain therefore corresponds to the right to compensation provided for in art. 1672 C.C.Q.:

1672. Where two persons are reciprocally debtor and creditor of each other, the debts for which they are liable are extinguished by compensation, up to the amount of the lesser debt.

Compensation may not be claimed from the State, but the State may claim it.

30

The right to retain referred to in the third paragraph of s. 316 AIAOD is thus merely a reiteration of the right to compensation arising out of the fact that the employer and the contractor have become both creditor and debtor to one another as a result of the subrogatory payment to the CSST.

31

This analysis leads necessarily to the conclusion, which means the trustee was correct on this point, that dividing up s. 316 AIAOD and retaining only the first paragraph is not a basis for distinguishing the Quebec scheme from Saskatchewan's scheme. If *Husky Oil* is to be distinguished in this case, it is not because the rights resulting from the first and third paragraphs are distinct from and independent of one another, as the appellants contend. What the third paragraph does is to eliminate any doubt as to the employer's right to be reimbursed for the amount paid on the contractor's behalf and, where applicable, to effect compensation between the amount the employer owes the contractor and the amount the contractor owes the employer.

32

Having completed this part of the analysis, I must now determine whether the right to retain subverts the scheme of distribution under the BIA.

l'entrepreneur] », un montant égal au montant qu'il a payé à la CSST. Ce droit présuppose une réciprocité de relation créancier-débiteur entre l'employeur et l'entrepreneur. Il s'agit aussi d'obligations pécuniaires tant pour l'employeur que pour l'entrepreneur. En exerçant son droit de retenue, l'employeur manifeste qu'il déduit du montant qu'il doit à l'entrepreneur le montant de la dette de l'entrepreneur à son endroit. Il se paie ainsi lui-même avec les sommes qu'il doit. Les deux dettes se trouvent payées. Le droit de retenue correspond au droit d'invoquer la compensation prévue à l'art. 1672 C.c.Q. :

1672. Lorsque deux personnes se trouvent réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre, les dettes auxquelles elles sont tenues s'éteignent par compensation jusqu'à concurrence de la moindre.

La compensation ne peut être invoquée contre l'État, mais celui-ci peut s'en prévaloir.

Le droit de retenue énoncé au troisième alinéa de l'art. 316 LATMP n'est donc que la réitération du droit à la compensation qui découle de la réciprocité des qualités de débiteur et de créancier de l'employeur et de l'entrepreneur par suite du paiement subrogatoire fait à la CSST.

Selon cette analyse, il faut conclure, donnant ainsi raison au syndic sur ce point, que la scission de l'art. 316 LATMP pour ne retenir que le premier alinéa ne permet pas de distinguer le régime québécois du régime de la Saskatchewan. Si *Husky Oil* doit être écarté, ce n'est pas parce que les droits résultant des premier et troisième alinéas sont distincts et indépendants l'un de l'autre comme le prétendent les appelants. Le troisième alinéa est cependant utile pour écarter tout doute sur le droit de l'employeur de se faire rembourser le montant payé pour l'entrepreneur et, s'il y a lieu, d'opérer compensation entre le montant qu'il doit à l'entrepreneur et celui que l'entrepreneur lui doit.

Ces éléments de l'analyse étant acquis, il y a lieu de vérifier si le droit de retenue viole le plan de distribution de la LFI.

2.1.2 Does the Right to Retain Subvert the Scheme of Distribution Under the BIA?

The trustee submits that the right to retain effectively guarantees the payment of amounts owed and in so doing subverts the scheme of distribution under the BIA. The syllogism put forward by the trustee is misleading. The scheme of distribution does not operate in a vacuum. If the BIA recognizes the right of creditors or debtors to avail themselves of mechanisms other than the one provided for in s. 136 BIA, which sets out the scheme of distribution, a provincial statute implementing such an alternative mechanism cannot be found to be inapplicable, because it would be perfectly compatible with the BIA. In discussing the scope of the first paragraph, we concluded that the right to retain is in fact a right to compensation. Since the BIA expressly recognizes certain cases of compensation, the real issue is whether the compensation mechanism authorized by the C.C.Q. and sanctioned by s. 316 AIAOD confers rights going beyond the framework of s. 97(3) BIA, which reads as follows:

97. . . .

(3) The law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

The BIA thus incorporates, although without defining it, a compensation mechanism. To delimit this mechanism, it is necessary to refer not only to the BIA itself, but also to provincial law. Since the enactment of the *Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, it has been clear that in the province of Quebec, the civil law of Quebec is the suppletive law in bankruptcy matters. This means that in respect of aspects not governed by the BIA, the civil law rules of compensation apply. What are those rules?

Article 1672 C.C.Q. has already been quoted. Mutual debts are extinguished up to the amount of

2.1.2 Le droit de retenue viole-t-il le plan de répartition de la LFI?

Le syndic prétend que le droit de retenue a pour effet de garantir le paiement des montants dus et que, ce faisant, la disposition viole le plan de répartition de la LFI. Le syllogisme avancé par le syndic est trompeur. Le plan de répartition n'opère pas en vase clos. Si la LFI reconnaît le droit d'un créancier ou d'un débiteur de se prévaloir d'un mécanisme autre que celui de l'art. 136 LFI qui prévoit le plan de répartition, la loi provinciale qui met en œuvre un tel mécanisme différent ne peut être déclarée inapplicable, parce qu'elle serait alors tout à fait compatible avec la LFI. Dans l'examen de la portée du premier alinéa, nous avons conclu que le droit de retenue est en fait un droit de compensation. Comme la LFI reconnaît expressément certains cas de compensation, la véritable question est de savoir si la compensation autorisée par le C.c.Q. et consacrée par l'art. 316 LATMP accorde des droits qui excèdent le cadre du par. 97(3) LFI qui se lit :

97. . . .

(3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

La LFI intègre donc, mais sans le définir, un mécanisme de compensation. Pour le circonscrire, il faut faire appel non seulement au texte de la LFI mais aussi au droit provincial. Depuis la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, il est clair que le droit civil québécois agit, dans la province de Québec, comme droit supplétif en matière de faillite. Ceci signifie qu'à l'égard des aspects qui ne sont pas régis par la LFI, les règles de la compensation du droit civil s'appliquent. Quelles sont ces règles?

L'article 1672 C.c.Q. a déjà été cité. Les dettes réciproques sont éteintes jusqu'à concurrence de

33

34

35

the lesser debt. Article 1673 C.C.Q. adds that when debts are certain, liquid and exigible, their mutual extinction takes place by operation of law. The article reads as follows:

1673. Compensation is effected by operation of law upon the coexistence of debts that are certain, liquid and exigible and the object of both of which is a sum of money or a certain quantity of fungible property identical in kind.

A party may apply for judicial liquidation of a debt in order to set it up for compensation.

36

There is another rule that is essential to understanding compensation in the context of insolvency. A debt owed to a party is an asset that is part of his or her patrimony. Since compensation has the effect of extinguishing mutual debts, the creditors of one or the other of the mutually indebted parties may be affected by the reduction or liquidation of the asset. Under Quebec civil law, compensation cannot be effected to the prejudice of a third person. Article 1681 C.C.Q. reads as follows:

1681. Compensation may neither be effected nor be renounced to the prejudice of the acquired rights of a third person.

If third persons have acquired rights before the right to compensation arises, art. 1681 C.C.Q. prohibits the application of compensation. The debt cannot be extinguished by compensation to the prejudice of the acquired rights of a third person. Without this rule, the asset would be reserved for one creditor — in this case, the employer — to the detriment of the principle of the equality of creditors (art. 2644 C.C.Q.), as in the case of a security: A. Bélanger, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois* (2004), at p. 144; G. Duboc, *La compensation et les droits des tiers* (1989), at p. 8, No. 4. In civil law, therefore, it may or may not be possible to exercise the right to retain, depending on whether or not the rights of third persons are affected. How does this apply in bankruptcy?

37

In the context of bankruptcy, trustees have a dual function: they represent both the bankrupt and the creditors. This dual role was considered recently in *Lefebvre (Trustee of)*, [2004] 3 S.C.R. 326, 2004

la moindre. L'article 1673 C.c.Q. énonce aussi que lorsque les dettes sont certaines, liquides et exigibles, l'extinction mutuelle a lieu de plein droit. Cet article se lit :

1673. La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fungibles de même espèce.

Une partie peut demander la liquidation judiciaire d'une dette afin de l'opposer en compensation.

Une autre règle est aussi essentielle à l'étude de la compensation dans un contexte d'insolvabilité. La créance due à une partie est un actif qui fait partie de son patrimoine. Comme la compensation a pour effet d'éteindre les dettes réciproques, les créanciers de l'une ou l'autre des parties mutuellement endettées peuvent être affectés par la réduction ou l'extinction des créances. Selon le droit civil québécois, la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des tiers. L'article 1681 C.c.Q. prévoit :

1681. La compensation n'a pas lieu, et on ne peut non plus y renoncer, au préjudice des droits acquis à un tiers.

Si des tiers ont acquis des droits avant que ne s'ouvre le droit à la compensation, l'art. 1681 C.c.Q. en prohibe la mise en action. La créance ne peut être éteinte par la compensation au préjudice des droits acquis à des tiers. Sans cette règle, la créance serait réservée à un créancier, ici l'employeur, au détriment de la règle de l'égalité entre les créanciers (art. 2644 C.c.Q.), comme dans le cas d'une garantie : A. Bélanger, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois* (2004), p. 144; G. Duboc, *La compensation et les droits des tiers* (1989), p. 8, n° 4. En vertu du droit civil, le droit de retenue pourra donc ou non être mis en opération selon que les droits des tiers sont ou non affectés. Qu'en est-il en matière de faillite?

Dans un contexte de faillite, le syndic a une double fonction : il représente tantôt le failli, tantôt les créanciers. Ce double rôle du syndic a été étudié récemment dans *Lefebvre (Syndic de)*, [2004] 3

SCC 63. Some duties are consistent with a specific characterization of the trustee as the bankrupt's representative, so the trustee cannot be considered a third person in performing them. In most situations, however, as de Grandpré J. remarked in *Mercure v. Marquette & Fils*, [1977] 1 S.C.R. 547, at p. 555, the trustee's dual function must be borne in mind in assessing the rights and obligations of the trustee and the creditors.

At the time of bankruptcy, the contractor's claim against the employer constitutes property that is part of the patrimony that is divisible among the creditors within the meaning of s. 67 BIA:

67. (1) [Property of bankrupt] The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

. . .

but it shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

Section 71(2) BIA adds that the property vested in the trustee can no longer be alienated by the bankrupt from the date of bankruptcy:

71. . . .

(2) On a receiving order being made or an assignment being filed with an official receiver, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to this Act and to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment, and in any case of change of trustee the property shall pass from trustee to trustee without any conveyance, assignment or transfer.

For the purposes of ss. 67(1) and 71(2) BIA, the trustee is consequently not only the bankrupt's successor, but also the representative of the creditors, on behalf of whom the trustee manages and

R.C.S. 326, 2004 CSC 63. Certaines fonctions se prêtent à une qualification spécifique à titre de représentant du failli et alors il ne sera pas considéré comme un tiers. Dans la majorité des situations, cependant, tel que le mentionnait le juge de Grandpré dans *Mercure c. Marquette & Fils*, [1977] 1 R.C.S. 547, p. 555, c'est en gardant à l'esprit sa double fonction que les droits et obligations du syndic et des créanciers sont appréciés.

Lors de la faillite, la créance de l'entrepreneur contre l'employeur constitue un bien qui fait partie du patrimoine attribué aux créanciers aux termes de l'art. 67 LFI :

67. (1) [Biens du failli] Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

. . .

mais ils comprennent :

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

De plus, conformément au par. 71(2) LFI, les biens dévolus au syndic ne peuvent plus être aliénés par le failli à compter de la faillite :

71. . . .

(2) Lorsqu'une ordonnance de séquestre est rendue, ou qu'une cession est produite auprès d'un séquestre officiel, un failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens qui doivent, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des droits des créanciers garantis, immédiatement passer et être dévolus au syndic nommé dans l'ordonnance de séquestre ou dans la cession, et advenant un changement de syndic, les biens passent de syndic à syndic sans transport, cession, ni transfert quelconque.

Pour l'application des par. 67(1) et 71(2) LFI, le syndic n'est en conséquence pas seulement le successeur du failli, il est aussi le représentant des créanciers au nom de qui il gère et liquide les biens

liquidates the property vested in him or her. In this context, therefore, the trustee can be characterized primarily as a third person in relation to the bankrupt. If only these sections were taken into consideration, compensation could not be effected after bankruptcy, because bankrupts would no longer be in a position to use their property to pay their debts. Bankrupts would not be able to make payments or discharge debtors because they would no longer have the capacity to do so. They would therefore be unable to effect compensation, which is a mechanism for extinguishing debts, because they would no longer be the holders of their patrimonies. However, s. 97(3) BIA sets up a special scheme. Two aspects of this provision are relevant to our analysis of the right to retain under s. 316 AIAOD.

40 First, s. 97(3) BIA specifies that compensation applies to claims against the bankrupt's estate. Creditors must therefore meet the conditions set out in s. 121(1) BIA, the relevant portion of which reads as follows:

121. (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

Thus, a creditor who wishes to effect compensation must be able to prove the bankrupt was subject to a debt by reason of an obligation incurred before the bankruptcy.

41 Second, s. 97(3) BIA provides that compensation is effected in the same manner as if the bankrupt were a plaintiff or a defendant. Compensation is effected as if the bankrupt's patrimony had not vested in the trustee as a result of the bankruptcy. According to this provision, the mechanism established by s. 71(2) BIA does not apply in cases involving compensation. This rule sets aside the trustee's status as representative of the creditors. The argument that the trustee is a third person and that the bankrupt may no longer make payments as a result of the bankruptcy cannot be used to prevent a creditor who wishes to effect compensation from doing so.

qui lui sont dévolus. La qualification de tiers par rapport au failli prédomine alors. Si seuls ces articles étaient pris en considération, la compensation ne pourrait pas opérer après la faillite parce que le failli n'est plus en mesure d'utiliser ses biens pour acquitter ses dettes. Le failli ne pourrait pas faire de paiement ni consentir une quittance parce qu'il n'y serait plus habilité. Il ne pourrait donc pas invoquer la compensation qui est un mécanisme d'extinction de dette car il n'est plus titulaire de son patrimoine. Le paragraphe 97(3) LFI aménage cependant un régime particulier. Deux aspects de cette disposition sont pertinents pour notre analyse du droit de retenue de l'art. 316 LATMP.

Premièrement, le par. 97(3) LFI précise que la compensation s'applique aux réclamations contre l'actif du failli. Le créancier doit donc remplir les conditions du par. 121(1) LFI dont la partie pertinente se lit :

121. (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

Ainsi, le créancier qui veut opposer compensation doit être en mesure de prouver une créance à laquelle le failli était assujéti en raison d'une obligation contractée antérieurement à la faillite.

Deuxièmement, le par. 97(3) LFI énonce que la compensation a lieu de la même manière que si le failli était le demandeur ou défendeur. La compensation a lieu comme si le patrimoine du failli n'avait pas, par la faillite, été dévolu au syndic. Cette disposition écarte, pour les besoins de la compensation, le mécanisme énoncé au par. 71(2) LFI. Cette règle met de côté la fonction du syndic comme représentant des créanciers. Le créancier qui veut invoquer compensation ne peut se faire opposer que le syndic est un tiers et que le failli n'est plus autorisé à faire un paiement en raison de sa faillite.

Bearing in mind these particular features of s. 97(3) BIA and the civil law rules that supplement them, three possible scenarios can be envisaged in the context of s. 316 AIAOD. In the first, the payment is made to the CSST before the bankruptcy, and the mutual debts are certain, liquid and exigible before the bankruptcy. In the second hypothetical situation, the payment is made before the bankruptcy, the employer is in debt to the contractor, but one of the conditions for legal compensation is not met. In the third scenario, the payment is made after the bankruptcy.

2.1.2.1 Payment Is Made Before the Bankruptcy, and the Mutual Debts Are Certain, Liquid and Exigible Before the Bankruptcy

From the moment when the employer pays the CSST, the employer's claim becomes certain, liquid and exigible. As a result of subrogation, the CSST's claim is transferred to the employer. Since the employer's right against the contractor arises out of the payment to the CSST, the existence of the employer's claim is from that moment recognized, or certain. Furthermore, since the CSST's assessment is for a specific amount, the claim is liquid. The claim is also exigible, since the CSST was entitled to demand payment from the employer. If the employer is also in debt to the contractor, and if that debt is liquid and exigible, legal compensation is effected by operation of law in accordance with art. 1673 C.C.Q., which is reproduced above, and the debts are extinguished up to the amount of the lesser debt.

In this context, by the operation of the rules of the C.C.Q., the employer asserts not a right to retain, but the extinction of his or her debt to the contractor. The employer may avail him or herself of this mechanism at any time. He or she relies on the fact that the extinction of the debt occurred at the moment the mutual debts met the conditions for legal compensation. Since the trustee takes possession of the bankrupt's property as it exists at the time of vesting (s. 71(2) BIA), the trustee will find that the bankrupt's patrimony includes no claim against the employer.

Ayant à l'esprit ces particularités du par. 97(3) LFI et les règles civilistes agissant à titre supplé-
tif, trois situations peuvent être envisagées dans le contexte de l'art. 316 LATMP. Selon un premier scénario, le paiement à la CSST est fait avant la faillite et les dettes réciproques sont certaines, liquides et exigibles avant la faillite; selon une deuxième hypothèse, le paiement est fait avant la faillite, l'employeur est endetté envers l'entrepreneur, mais l'une des conditions de la compensation légale fait défaut et enfin, troisièmement, le paiement est fait après la faillite.

2.1.2.1 Le paiement est fait avant la faillite et les dettes réciproques sont certaines, liquides et exigibles avant la faillite

Dès le moment où l'employeur paie la CSST, sa créance devient certaine, liquide et exigible. En effet, par l'effet de la subrogation, la créance de la CSST est transférée à l'employeur. Comme le droit de l'employeur contre l'entrepreneur prend naissance lors du paiement à la CSST, la créance de l'employeur a, dès ce moment, une existence reconnue, c'est-à-dire certaine. De plus, puisque le montant de la cotisation à la CSST est déterminé, la créance est liquide. Elle est aussi exigible car la CSST était en mesure d'en exiger le paiement de l'employeur. Si, par ailleurs, l'employeur est lui-même endetté envers l'entrepreneur et que sa dette soit liquide et exigible, la compensation légale s'opère de plein droit et les dettes sont éteintes jusqu'à concurrence de la moindre des deux dettes, le tout selon l'art. 1673 C.c.Q. cité ci-dessus.

Dans ce contexte, par l'opération des règles du C.c.Q., l'employeur n'invoque pas véritablement un droit de retenue, mais bien l'extinction de sa dette à l'égard de l'entrepreneur. L'employeur peut s'en prévaloir à tout moment. Il soulèvera l'extinction survenue au moment où les dettes réciproques ont rempli les conditions de la compensation légale. Comme le syndic prend possession des biens du failli dans l'état où ils se trouvent au moment de leur dévolution (par. 71(2) LFI), il ne pourra que constater que le patrimoine du failli ne compte pas de créance contre l'employeur.

42

43

44

- 45 Since in this scenario the bankruptcy has not yet occurred when legal compensation is effected, the scheme of distribution is not affected, because the claim against the employer is not part of the property vested in the trustee.
- 2.1.2.2 *Payment Is Made Before the Bankruptcy, the Employer Is in Debt to the Contractor, but One of the Conditions for Legal Compensation Is Not Met*
- 46 In the second scenario, the employer pays the amount of the contractor's unpaid assessment to the CSST before the bankruptcy. The employer's claim, which results from subrogation, is thus certain, liquid and exigible at the time of the bankruptcy. If one of the conditions for legal compensation is not met, it is necessarily related to the contractor's claim against the employer.
- 47 There are a number of grounds that may be available to the employer to defend against a claim by the trustee. The employer could, for example, assert that the claim is not certain or is not exigible. In such a case, the employer would not be relying on the right to retain, but would be asserting that the claim does not exist or is not due. If the contractor's claim is certain and exigible but not liquid, the contractor may, if he or she is not bankrupt, apply to a court to liquidate the debt. In this case, the employer would be applying for judicial compensation pursuant to the second paragraph of art. 1673 C.C.Q.
- 48 In civil law, however, compensation may not be effected if the rights of third persons are affected (art. 1681 C.C.Q.). To allow compensation would be to permit a creditor to be paid in full for a claim out of his or her debt to the debtor. If third persons have acquired rights before compensation is effected, compensation is consequently not available.
- 49 In bankruptcy, the claim against the employer is an asset vested in the trustee within the meaning of s. 71(2) BIA. If this claim is not liquid, the trustee can have it appraised and, if there is a
- Comme la faillite, selon cette hypothèse, n'est pas encore survenue lors de l'opération de la compensation légale, le plan de répartition n'est pas affecté parce que la créance contre l'employeur ne fait pas partie des biens dévolus au syndic.
- 2.1.2.2 *Le paiement est fait avant la faillite, l'employeur est endetté envers l'entrepreneur mais l'une des conditions requises pour la compensation légale fait défaut*
- Selon cette deuxième hypothèse, l'employeur paie à la CSST avant la faillite le montant de la cotisation impayée par l'entrepreneur. La créance de l'employeur qui résulte de la subrogation est donc certaine, liquide et exigible au moment de la faillite. Si l'une des conditions de la compensation légale fait défaut, il s'agit nécessairement d'une condition reliée à la créance de l'entrepreneur contre l'employeur.
- Plusieurs moyens peuvent potentiellement être invoqués par l'employeur en défense à une réclamation du syndic. Il peut, par exemple, soulever que la créance n'est pas certaine ou qu'elle n'est pas exigible. Dans de tels cas, il invoque non pas son droit de retenue, mais l'inexistence de la créance ou son inexigibilité. Si la créance de l'entrepreneur est certaine et exigible, mais non liquide, l'entrepreneur peut, hors du contexte de la faillite, faire valoir son droit devant un tribunal qui a le pouvoir de liquider la dette. L'employeur invoque alors la compensation judiciaire suivant l'art. 1673, al. 2 C.c.Q.
- En droit civil, la compensation ne peut cependant plus être opposée si les droits des tiers sont affectés (art. 1681 C.c.Q.). Permettre la compensation serait autoriser un créancier à être payé en entier pour sa créance à même la dette qu'il entretient envers le débiteur. Si des tiers ont acquis des droits avant l'opération de la compensation, elle est donc prohibée.
- Dans le contexte de la faillite, la créance contre l'employeur est un actif dévolu au syndic aux termes du par. 71(2) LFI. Si cette créance n'est pas liquide, le syndic peut l'évaluer et, en cas de contestation,

dispute, institute legal proceedings (s. 30(1)(d) BIA). The employer may also rely on the special provision in s. 97(3) BIA, which dispenses with the trustee's status as a third party for the purposes of compensation and allows compensation to be set up as if the bankrupt were the plaintiff. The employer's right to compensation thus has its basis in the BIA, not the civil law, which because of art. 1681 C.C.Q. is more restrictive. In these circumstances, the right to retain under s. 316 AIAOD is not incompatible with the BIA, as it is merely an application of the BIA's provisions.

Quebec courts have on many occasions recognized the possibility of setting up compensation in bankruptcy matters: *In re Hil-A-Don Ltd.: Bank of Montreal v. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec: Laviolette v. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein v. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292. When the payment is made before the bankruptcy, the rights arising out of the subrogatory payment thus do not subvert the scheme of distribution under s. 136 BIA, because they can be implemented by means of a mechanism provided for in the BIA itself, in s. 97(3).

2.1.2.3 *The Employer's Payment Is Made After the Bankruptcy*

When the employer's payment is made after the bankruptcy, the question is whether the employer can exercise the right to retain or the right to compensation in the same manner as if the payment were made before the bankruptcy. In answering this question, it is helpful to refer to the legal relationship created by s. 316 AIAOD, which can be distinguished from the classic cases of conflicts between third persons and assignees. This is not a case, as provided for in art. 1680 C.C.Q., in which the debtor of an assigned claim seeks to set up against the creditor/assignee the same defence that would have been set up against the original creditor. Rather, this case concerns defences that the employer, the new creditor, wishes to set up against the contractor, the original debtor, at the time the contractor went bankrupt. The CSST owed the contractor nothing and could not therefore set up compensation. Following this line of reasoning,

demander au tribunal de trancher (al. 30(1)d) LFI). L'employeur peut aussi se prévaloir de la particularité du par. 97(3) LFI qui met de côté, pour les besoins de la compensation, la qualité de tiers du syndic et permet d'opposer compensation comme si le failli était le demandeur. Le droit de compensation de l'employeur découle alors de la LFI et non du droit civil, qui s'avère plus restrictif en raison de l'art. 1681 C.c.Q. Le droit de retenue de l'art. 316 LATMP, dans ces circonstances, n'est pas incompatible avec les dispositions de la LFI puisqu'il n'en est qu'une application.

Les tribunaux québécois ont à maintes reprises reconnu la possibilité d'invoquer la compensation dans un contexte de faillite : *In re Hil-A-Don Ltd. : Bank of Montreal c. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec : Laviolette c. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein c. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292. Lorsque le paiement est fait avant la faillite, les droits découlant du paiement subrogatoire ne contreviennent donc pas au plan de répartition de l'art. 136 LFI parce qu'ils peuvent être mis en œuvre grâce à un mécanisme prévu par la LFI elle-même, le par. 97(3).

2.1.2.3 *Le paiement de l'employeur est fait après la faillite*

Lorsque le paiement de l'employeur est fait après la faillite, la question qui se pose est de savoir si l'employeur peut se prévaloir de son droit de retenue ou de compensation de la même façon que si le paiement était fait avant la faillite. Pour répondre à cette question, il est utile de rappeler la relation juridique créée par l'art. 316 LATMP. Cette relation se distingue des cas classiques de conflits entre tiers et cessionnaires. Il ne s'agit pas d'un cas où le débiteur d'une créance cédée cherche à opposer au créancier cessionnaire les moyens qu'il aurait pu opposer au créancier originel comme le prévoit l'art. 1680 C.c.Q. Il s'agit plutôt ici des moyens que l'employeur, nouveau créancier, veut faire valoir à l'encontre de l'entrepreneur, débiteur originel, à un moment où l'entrepreneur a fait faillite. La CSST ne devait rien à l'entrepreneur. La CSST ne pouvait donc pas opposer compensation. Selon cette hypothèse, avant la faillite, l'employeur n'était pas

50

51

the employer was not a creditor of the contractor before the bankruptcy. The employer did not become a creditor until the subrogatory payment was made, that is, after the bankruptcy. The dual status of creditor and debtor did not arise until after the bankruptcy.

52

In the civil law of Quebec, a person who pays in the place of a debtor has no more rights than the subrogating creditor (art. 1651 C.C.Q.) on the one hand, while on the other hand, compensation cannot be effected to the prejudice of third persons (art. 1681 C.C.Q.). While it is difficult to liken the compensation mechanism to an additional right when considered from the standpoint of the debtor, the same cannot be said when the rights of third persons are taken into account. There is no question that third persons would be affected by compensation should it come into play. The effect of substituting creditors subsequent to the bankruptcy is such that the trustee must now deal with a creditor who is also a debtor of the bankruptcy, whereas the original creditor was not and would not therefore have been able to set up compensation. The employer's claim would, in a way, be secured by the amounts owed by the employer to the bankrupt, whereas the CSST's claim was not. In the civil law of Quebec, if third persons are affected, the employer cannot exercise the right to retain under s. 316 AIAOD, as this is prevented by arts. 1651 and 1681 C.C.Q.

53

It is nevertheless helpful to again consider whether the BIA includes provisions that have the effect of allowing employers to exercise their right to retain. We have already seen that s. 97(3) BIA has two features that are relevant here: (1) the claims must be provable by means of a proof of claim, in accordance with s. 121 BIA, and (2) compensation may be effected as if the bankrupt were the plaintiff.

54

As a result of subrogation, an employer who pays after a bankruptcy is subrogated to the rights of the CSST and may assert a claim against the bankrupt as if the bankrupt were the defendant. Pursuant to s. 121 BIA, the employer may assert a claim to which the bankrupt is subject by reason of an

créancier de l'entrepreneur. Il ne l'est devenu que lors du paiement subrogatoire, c'est-à-dire après la faillite. La double qualité de créancier et de débiteur n'est survenue qu'après la faillite.

Selon le droit civil québécois, d'une part, la personne qui paie à la place du débiteur n'a pas plus de droits que le subrogeant (art. 1651 C.c.Q.) et, d'autre part, la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des tiers (art. 1681 C.c.Q.). Si le mécanisme de la compensation peut difficilement être assimilé à un droit additionnel lorsque examiné dans la perspective du débiteur lui-même, il en est autrement lorsque les droits des tiers sont pris en compte. Les tiers seraient indéniablement affectés par la compensation si elle devait entrer en action. En effet, par l'effet de la substitution de créancier survenue après la faillite, le syndic doit maintenant faire face à un créancier qui est aussi débiteur de la faillite alors que le créancier originel ne l'était pas et n'aurait donc pas pu lui opposer compensation. La créance de l'employeur serait en quelque sorte garantie par les sommes qu'il doit au failli alors que la créance de la CSST ne l'était pas. Selon le droit civil québécois, si les tiers sont affectés, l'employeur ne peut pas se prévaloir du droit de retenue de l'art. 316 LATMP parce qu'il en est empêché par l'effet des art. 1651 et 1681 C.c.Q.

Il est cependant utile de vérifier à nouveau si la LFI comporte des dispositions qui font en sorte que l'employeur peut se prévaloir de son droit de retenue. Nous avons vu déjà que le par. 97(3) LFI comporte deux éléments qui sont ici pertinents : (1) les créances doivent pouvoir faire l'objet d'une preuve de réclamation selon l'art. 121 LFI et (2) la compensation peut avoir lieu comme si le failli était le demandeur.

En raison du mécanisme de la subrogation, l'employeur qui paie après la faillite est subrogé dans les droits de la CSST et peut faire valoir une créance contre le failli comme si ce dernier était le défendeur. Conformément à l'art. 121 LFI, il peut faire valoir une créance à laquelle le failli

obligation incurred before the bankruptcy. Similarly, under s. 97(3) BIA, the trustee may assert a claim against the employer for payment of a debt owed to the bankrupt as if the bankrupt were the plaintiff. Thus, at first glance, these features of the BIA appear to allow compensation. As can be seen from a more thorough review, however, a subrogatory payment cannot give rise to compensation if it is made after the bankruptcy.

Few commentators have shown an interest in the effects of subrogation in bankruptcy matters, and the principles of Canadian bijuralism do not permit the importation of common law rules. The commentaries of authors from outside Quebec are nonetheless of interest for the purpose of reviewing the principles specific to the BIA (R. J. Wood, "Turning Lead into Gold: The Uncertain Alchemy of 'All Obligations' Clauses" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801). Section 121 BIA allows the employer to exercise the rights that accrued to him or her by reason of the subrogatory payment. He or she holds no rights in addition to the rights conferred by the civil law. The employer has only those rights which the CSST could exercise. Just as the CSST could not set up compensation, neither can the employer if third persons are affected. Section 97(3) BIA does not provide that a claim may be transferred from one creditor to another so as to permit compensation where it could not otherwise be set up. Since s. 97(3) BIA is an exception to the rule of equality between creditors, it must be interpreted narrowly. It must therefore be read in conjunction with ss. 121, 136(3) and 141 BIA as implicitly requiring that the mutual debts come into existence before the bankruptcy.

What distinguishes a pre-bankruptcy payment from a post-bankruptcy payment is that, in the former case, the substitution of creditors takes place before the moment when the trustee acquires the bankrupt's property. In the case of a post-bankruptcy payment, the substitution occurs after the bankruptcy, and the trustee can object to it. The general principles of the BIA preclude any transaction that would have the effect of granting a

est assujetti en raison d'une obligation contractée antérieurement à la faillite. De même, selon le par. 97(3) LFI, le syndic peut réclamer à l'employeur le paiement de sa dette envers le failli comme si le failli était le demandeur. À première vue, donc, les particularités de la LFI semblent permettre la compensation. Un examen plus approfondi fait cependant voir que le paiement subrogatoire ne peut donner lieu à la compensation lorsqu'il est fait après la faillite.

Peu d'auteurs se sont intéressés à l'effet de la subrogation en matière de faillite et le bijuridisme canadien ne permet pas d'importer les règles de la common law. Les commentaires des auteurs de l'extérieur du Québec demeurent cependant intéressants pour l'étude des principes propres à la LFI (R. J. Wood, « Turning Lead into Gold : The Uncertain Alchemy of "All Obligations" Clauses » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801). L'article 121 LFI permet à l'employeur d'exercer les droits qui lui échoient en raison de son paiement subrogatoire. Aucun droit additionnel ne lui est accordé en sus de ce que le droit civil lui confère. L'employeur n'a que les droits que la CSST pouvait exercer. Comme la CSST ne pouvait pas invoquer la compensation, l'employeur ne le peut pas non plus si les tiers sont affectés. Le paragraphe 97(3) LFI ne prévoit pas qu'une créance puisse être transférée d'un créancier à l'autre de façon à autoriser une compensation qui n'aurait pas autrement pu être invoquée. Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l'égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. Il doit donc être interprété en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 LFI et requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite.

Ce qui distingue le paiement avant la faillite du paiement après la faillite est le fait que, dans le premier cas, la substitution de créancier a lieu avant le moment où le syndic acquiert les biens du failli. Lorsque le paiement est fait après la faillite, la substitution est postérieure à la faillite et le syndic est en mesure de s'y opposer. Les principes généraux de la LFI s'opposent à toute opération qui aurait pour effet d'accorder une garantie qui

55

56

security that did not exist before the bankruptcy. To sum up, where subrogation is concerned, the BIA contains no provisions that depart from the civil law and can serve as a basis for extending the scope of application of compensation.

57 Because of the constraints inherent in the civil law, an employer may not retain the amounts paid to the CSST from the sums owed to a contractor if, when the payment was made, third parties had acquired rights. A payment made pursuant to s. 316 AIAOD does, however, entitle an employer to avail him or herself of subrogation to be reimbursed as an ordinary creditor for the amount paid. The right to reimbursement may be exercised in a manner respectful of the rights of third persons. The employer may file a proof of claim, just as the CSST could have done. This right is consistent with arts. 1651 and 1681 C.C.Q. and with s. 136 BIA. Furthermore, in *Husky Oil*, the Court recognized the validity of the right to make a simple claim to the trustee to be reimbursed (p. 503).

58 The trustee's argument that s. 316 AIAOD subverts the scheme of distribution under the BIA cannot therefore be accepted. First, the right to reimbursement is compatible with the BIA and, second, if the right to retain cannot be exercised by an employer, it is because of the inherent constraints of the civil law rules governing subrogation and compensation. The right to retain is not in conflict with the BIA, because the only circumstances in which the right can be exercised are those provided for in the BIA, which is more open to compensation than Quebec civil law.

2.1.3 Distinction Between Quebec's Scheme and Saskatchewan's Scheme

59 In accepting the trustee's arguments, the Court of Appeal saw in s. 316 AIAOD a right similar to the one considered by this Court in *Husky Oil*. The comparison is, in my view, inappropriate. In *Husky Oil*, the Court considered s. 133 of the *Workers' Compensation Act, 1979*, which established a deemed debt mechanism and allowed sums owed to a contractor to be withheld even

n'existait pas avant la faillite. En somme, quant à la subrogation, la LFI ne comporte pas de disposition qui déroge au droit civil et permette une application élargie de la compensation.

En raison des contraintes inhérentes au droit civil, l'employeur ne peut retenir sur les sommes dues à l'entrepreneur les montants qu'il a payés à la CSST si le paiement est fait alors que des tiers ont acquis des droits. Le paiement fait en vertu de l'art. 316 LATMP permet cependant à l'employeur de se prévaloir de la subrogation pour se faire rembourser, à titre de créancier ordinaire, le montant qu'il a payé. Le droit de remboursement peut être invoqué dans le respect des droits des tiers. L'employeur peut produire une preuve de réclamation, tout comme la CSST aurait pu le faire. Ce droit respecte tant les art. 1651 et 1681 C.c.Q. que l'art. 136 LFI. Dans *Husky Oil*, la Cour a d'ailleurs reconnu la validité du droit de présenter au syndic une simple demande de remboursement (p. 503).

Par conséquent, la prétention du syndic voulant que l'art. 316 LATMP viole le plan de répartition de la LFI ne peut pas être acceptée. D'une part, le droit de remboursement est compatible avec la LFI et, d'autre part, lorsque le droit de retenue ne peut être invoqué par l'employeur, c'est en raison des contraintes inhérentes aux règles civilistes régissant la subrogation et la compensation. Le droit de retenue n'est pas en conflit avec la LFI parce que les seules circonstances où il peut être invoqué sont celles prévues à la LFI, qui est plus favorable à la compensation que le droit civil québécois.

2.1.3 Distinction entre le régime québécois et le régime de la Saskatchewan

La Cour d'appel, acceptant ainsi les arguments du syndic, a vu dans l'art. 316 LATMP un droit similaire à celui étudié par la Cour dans *Husky Oil*. Le rapprochement est, à mon avis, injustifié. Dans *Husky Oil*, la Cour a étudié l'art. 133 de la *Workers' Compensation Act, 1979* qui établissait un mécanisme de dette présumée et autorisait la retenue de sommes dues à un entrepreneur avant

before the employer's claim against the contractor arose. Sections 133(1) and 133(3) read as follows:

133—(1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board.

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

The right to withhold granted to employers under the *Workers' Compensation Act, 1979* arose at the time when the employer was liable to pay, that is, before the payment was even made. According to the Court's interpretation, under that Act, employers did not impair their own capital. They acted as collection agents: "it is [their] duty . . . to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid . . .". The Court concluded from this that the Act established a deemed debt — as opposed to a real one — owed by the employer personally that, when combined with the right to withhold, constituted a security device that was incompatible with the BIA:

[I]t is clear that when s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the *combined* operation of the statutory deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default *and* the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed

même la naissance de la créance de l'employeur contre l'entrepreneur. À ses paragraphes (1) et (3), l'art. 133 prévoyait :

[TRADUCTION]

133—(1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission.

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

Le droit de retenue accordé par la *Workers' Compensation Act, 1979* à l'employeur naît dès le moment où ce dernier est tenu au paiement, soit avant même que le paiement ne soit fait. Selon l'interprétation de la Cour, en vertu de cette loi, l'employeur n'entame pas son propre capital. Il est l'agent perceuteur : « il [lui] incombe [. . .] de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée ». La Cour en a conclu que la loi établissait non pas une dette réelle due par l'employeur personnellement, mais une dette réputée qui, conjuguée au droit de retenue, constituait un mécanisme de garantie incompatible avec la LFI :

. . . il est clair que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur. C'est ce qui se produit lorsque l'on *conjugue* la dette réputée que la loi impose au commettant en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur *et* le droit du commettant de faire des retenues et de s'indemniser sur les sommes dues à l'entrepreneur. En conséquence, la

debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

To repeat, it is the *combined effect* of the statutory deemed debt *and* the right to withhold (and then set off against) property of the bankrupt which secures the Board's claim against property of the bankrupt. It is for this reason that examining the constitutional validity of s. 133(1) separately from s. 133(3) fundamentally obscures the nature of the legal interest created. Such an approach misses that this is nothing but a straightforward security device triggered by the province for securing the Board's claim against the estate, in exactly the same way that breaking a contract of pledge into debt and bailment and examining the validity of these legal interests separately would obscure the essential character of pledge as a security device. [Emphasis in original; paras. 53 and 77.]

Je le répète, c'est l'*effet conjugué* de la dette réputée créée par la loi *et* du droit de rétention (et ensuite de compensation) applicable aux biens du failli, qui garantit la réclamation de la Commission contre les biens du failli. C'est pour ce motif qu'examiner la constitutionnalité du par. 133(1) séparément de celle du par. 133(3) dissimule radicalement la nature du droit créé. Une telle façon de procéder évite de constater qu'il ne s'agit de rien d'autre qu'un simple instrument de garantie déclenché par la province pour garantir la réclamation de la Commission sur l'actif, de la même façon que l'on éviterait de constater la nature essentielle du nantissement, comme instrument de garantie, si, pour en déterminer la validité, on examinait séparément les aspects « dette » et « dépôt » du contrat. [Souligné dans l'original; par. 53 et 77.]

61 The Court did not reject all set-off mechanisms. Such an interpretation would obviously be inconsistent with the clear wording of s. 97(3) BIA and with the reasons for the Court's decision:

La Cour n'a pas écarté tous les mécanismes de compensation. Une telle interprétation serait de toute évidence contraire à l'énoncé clair du par. 97(3) LFI et aux motifs de l'arrêt :

Differently put, in the bankruptcy context, the law of set-off simply allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. Set-off is simply a defence to the payment of a debt, not a basis for validating statutory security devices which have the effect of securing the claims of *third parties* against the estate. . . . [Emphasis in original; para. 73.]

Autrement dit, dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent simplement au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler au complet la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. La compensation n'est qu'un moyen de défense opposable au paiement d'une créance; elle n'est pas un moyen de valider des instruments de garantie créés par la loi, qui ont pour effet de garantir les réclamations de *tierces parties* sur l'actif de la faillite. . . [Souligné dans l'original; par. 73.]

62 Section 316 AIAOD is consistent with the conditions placed on the application of compensation in *Husky Oil*. Only an employer who has paid may exercise the right to retain. This is not a case like *Husky Oil* involving a deemed payment or an employer acting as a mere agent. Nor does this case involve, as the trustee argues, a right to retain under a suspensive condition. The right resulting from the subrogatory payment comes into existence only when the payment is made. Mestre says that this rule is [TRANSLATION] "obvious, and results from the very spirit of the institution,

Les conditions d'application de la compensation mises en évidence dans *Husky Oil* sont respectées par l'art. 316 LATMP. Seul l'employeur qui a payé peut invoquer son droit de retenue. Il ne s'agit pas, comme dans *Husky Oil*, d'un paiement réputé ou d'un cas où l'employeur agit comme simple agent. Il ne s'agit pas non plus, comme le plaide le syndic, d'un droit de retenue qui naîtrait sous condition suspensive. Le droit qui résulte du paiement subrogatoire ne naît qu'avec le paiement lui-même. Mestre dit de cette règle qu'elle est « d'évidence, et résulte de l'esprit même de

created for the benefit of those who pay the debts of others” (p. 374, No. 321). Subject to the right under the BIA to make a contingent claim (s. 135 BIA), a warrantor cannot file a proof of claim before payment: Trib. corr. Auxerre, February 24, 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux v. Faillot*). The employer/warrantor may not exercise any right against the contractor/debtor before he or she has paid the CSST, the original creditor. In civil law terms, subrogatory rights cannot be conferred under a suspensive condition: Mestre, at p. 375, No. 322. The claim accrues to the employer at the time of payment, and not by reason of the fact that the employer might be liable to pay should the contractor fail to do so. Moreover, no right is granted to the CSST, as a third party, to the detriment of the body of creditors. The CSST is not affected by the employer’s right to collect. From the perspective of *Husky Oil*, the mechanism of s. 316 AIAOD is compatible with the BIA.

2.1.4 Equitable Set-off

The trustee also argues that equitable set-off applies in bankruptcy in Quebec and leads to the same conflict as in *Husky Oil*. The trustee points out that the Court of Appeal has incorporated equitable set-off into Quebec civil law: *Structal (1982) inc. v. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686.

The applicability of equitable set-off was questionable even before the *Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1*: Bélanger, at p. 153; A. Bélanger, “L’application en droit civil québécois de l’inapplicable *equitable set-off* de *common law*” (1999), 78 *Can. Bar Rev.* 486; M. Lemieux, “La compensation dans un contexte de proposition et de faillite” (1999), 59 *R. du B.* 321. Since that Act came into force, however, it has been clear that s. 97(3) BIA must be applied in Quebec on the basis of civil law and not common law rules. Equitable set-off cannot make up for the non-application of civil law compensation and cannot be introduced into Quebec law by s. 97(3) BIA. In Quebec, the suppletive law is Quebec civil law and, more

l’institution, créée au profit de celui qui acquitte la dette d’autrui » (p. 374, n° 321). Sous réserve du droit prévu à la LFI de produire une réclamation éventuelle (art. 135 LFI), le garant ne peut pas produire de preuve de réclamation avant le paiement : Trib. corr. Auxerre, 24 février 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux c. Faillot*). L’employeur/garant ne peut exercer aucun droit contre l’entrepreneur/débiteur avant d’avoir payé la CSST, créancier originel. Aux termes des mécanismes du droit civil, il n’existe pas de droit subrogatoire conféré sous condition suspensive : Mestre, p. 375, n° 322. Le droit de créance échoit à l’employeur au moment du paiement et non en raison du fait qu’il serait éventuellement tenu au paiement si l’entrepreneur faisait défaut. De plus, aucun droit n’est accordé à la CSST, comme tierce partie, au détriment de la masse des créanciers. La CSST n’est pas affectée par ce droit de recouvrement de l’employeur. Vu sous le prisme de l’arrêt *Husky Oil*, le mécanisme de l’art. 316 LATMP est compatible avec la LFI.

2.1.4 La compensation en equity

Le syndic plaide aussi que le recours à la compensation en equity, selon lui applicable en matière de faillite au Québec, conduit au même conflit que celui observé dans *Husky Oil*. Il signale que la Cour d’appel a intégré ce mécanisme au droit civil québécois : *Structal (1982) inc. c. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686.

La compensation en equity était déjà d’application douteuse avant la *Loi d’harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil* : Bélanger, p. 153; A. Bélanger, « L’application en droit civil québécois de l’inapplicable *equitable set-off* de *common law* » (1999), 78 *R. du B. can.* 486; M. Lemieux, « La compensation dans un contexte de proposition et de faillite » (1999), 59 *R. du B.* 321. Or, depuis la promulgation de cette loi, il est clair qu’il faut appliquer le par. 97(3) LFI au Québec en ayant recours aux règles du droit civil et non à celles de la common law. La compensation en equity ne peut palier l’inapplication de la compensation du droit civil et ne peut être introduite au Québec par le par. 97(3) LFI. Le droit supplétif au Québec est le droit

63

64

specifically in this case, the rules governing compensation under the C.C.Q.

65

In short, the third paragraph of s. 316 AIAOD does nothing more than confirm the employer's right to be reimbursed, be it by filing a proof of claim under s. 121 BIA or by setting up compensation in accordance with s. 97(3) BIA. These two means are provided for in the BIA. Section 316 AIAOD grants no more rights than are permitted under the BIA. In no case is the scheme of distribution subverted.

2.2 *The Mechanism of Section 54 ALRCI*

66

The trustee also seeks to have s. 54 ALRCI declared inapplicable. This provision reads as follows:

54. The wages due by a sub-contractor constitute a solidary obligation between the sub-contractor and the contractor with whom he has contracted, and between the sub-contractor, the sub-contractor with whom he has contracted, the contractor and every intermediary sub-contractor.

Where the employer holds the appropriate licence issued under the Building Act (chapter B-1.1), such solidary obligation is extinguished six months after the end of the work carried out by the employer, unless the employee concerned filed a complaint with the Commission concerning his wages, a civil action was brought, or a claim was sent by the Commission pursuant to the third paragraph of subsection 1 of section 122 before the expiry of the six-month period.

Such solidary obligation extends to the client having contracted, directly or through an intermediary, with a contractor who does not hold the appropriate licence issued under the Building Act, in respect of the wages due by the contractor and each of his sub-contractors.

67

Unlike the AIAOD, which grants a right to reimbursement and a right to retain without actually referring to the mechanism under the Civil Code, the ALRCI, by using the expression "solidary obligation", characterizes the obligation in terms that explicitly incorporate the rights and obligations provided for in the C.C.Q.'s provisions on solidarity.

civil québécois et plus spécifiquement ici, les règles sur la compensation prévue au C.c.Q.

En somme, le droit consacré par le troisième alinéa de l'art. 316 LATMP n'est rien d'autre que la reconnaissance du droit de l'employeur de se faire rembourser, que ce soit par le mécanisme du dépôt d'une preuve de réclamation prévu à l'art. 121 LFI ou par une défense de compensation conformément au par. 97(3) LFI. Ces deux moyens sont formulés à la LFI. L'article 316 LATMP n'accorde pas plus de droit que ceux qui sont autorisés par la LFI. En aucun cas, le plan de répartition n'est enfreint.

2.2 *Le mécanisme de l'art. 54 LRTIC*

Le syndic cherche aussi à faire déclarer inapplicable l'art. 54 LRTIC. Cette disposition se lit :

54. Le salaire dû par un sous-entrepreneur est une obligation solidaire entre ce sous-entrepreneur et l'entrepreneur avec qui il a contracté, et entre ce sous-entrepreneur, le sous-entrepreneur avec qui il a contracté, l'entrepreneur et tout sous-entrepreneur intermédiaire.

Lorsque l'employeur est titulaire de la licence requise en vertu de la Loi sur le bâtiment (chapitre B-1.1), cette solidarité prend fin six mois après la fin des travaux exécutés par cet employeur, à moins que le salarié n'ait déposé, auprès de la Commission, une plainte relative à son salaire, qu'une action civile n'ait été intentée, ou qu'une réclamation n'ait été transmise par la Commission suivant le troisième alinéa du paragraphe 1° de l'article 122 avant l'expiration de ce délai.

Cette solidarité s'étend aussi au client qui a contracté directement ou par intermédiaire avec un entrepreneur qui n'est pas titulaire de la licence requise en vertu de la Loi sur le bâtiment, à l'égard du salaire dû par cet entrepreneur et par chacun de ses sous-entrepreneurs.

À la différence de la LATMP qui accorde un droit de remboursement et de retenue sans renvoi formel au mécanisme du Code civil, la LRTIC, en utilisant l'expression « obligation solidaire », caractérise l'obligation dans des termes qui incorporent explicitement les droits et obligations prévues aux dispositions du C.c.Q. régissant la solidarité.

The CCQ's solidary remedy entitles it to claim the amount of the wages from either the employer or the contractor, as it chooses. This is the effect of art. 1523 C.C.Q.:

1523. An obligation is solidary between the debtors where they are obligated to the creditor for the same thing in such a way that each of them may be compelled separately to perform the whole obligation and where performance by a single debtor releases the others towards the creditor.

An employer who pays the wages of a contractor's employees may demand to be reimbursed by the contractor pursuant to art. 1536 C.C.Q.:

1536. A solidary debtor who has performed the obligation may not recover from his co-debtors more than their respective shares, although he is subrogated to the rights of the creditor.

With regard to the employer's liability under s. 54 ALRCI, it is clear that the contractor remains ultimately liable for the entire debt. The employer may therefore recover the total amount paid to the CCQ from the contractor. Moreover, an employer who pays the CCQ may also, as is the case for payments to the CSST, rely on legal subrogation pursuant to para. (3) of art. 1656 C.C.Q.:

1656. Subrogation takes place by operation of law

. . .

(3) in favour of a person who pays a debt to which he is bound with others or for others and which he has an interest in paying;

By virtue of the solidary obligation imposed by s. 54 ALRCI, together with the recursory action and subrogation, the employer may claim the amount paid to the CCQ from the contractor.

If the payment is made before the bankruptcy, the above reasoning concerning the right to retain under s. 316 AIAOD applies. Where an employer is in debt to the contractor and the debt meets the conditions for legal compensation, the mutual debts are extinguished by operation of law up to the amount

Le recours solidaire dont bénéficie la CCQ lui donne le droit de réclamer le montant des salaires à son choix de l'employeur ou de l'entrepreneur, tel qu'il ressort de l'art. 1523 C.c.Q. :

1523. L'obligation est solidaire entre les débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose envers le créancier, de manière que chacun puisse être séparément contraint pour la totalité de l'obligation, et que l'exécution par un seul libère les autres envers le créancier.

L'employeur qui paye les salaires des employés de l'entrepreneur peut lui en réclamer le remboursement suivant l'art. 1536 C.c.Q. :

1536. Le débiteur solidaire qui a exécuté l'obligation ne peut répéter de ses codébiteurs que leur part respective dans celle-ci, encore qu'il soit subrogé aux droits du créancier.

Dans le cas de la responsabilité de l'employeur aux termes de l'art. 54 LRTIC, il est clair que l'obligation ultime demeure celle de l'entrepreneur et ce, pour la totalité de la dette. L'employeur peut donc répéter de l'entrepreneur le montant total payé à la CCQ. Par ailleurs, l'employeur qui paie la CCQ, comme c'était le cas pour le paiement à la CSST, peut aussi se réclamer de la subrogation légale aux termes du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. :

1656. La subrogation s'opère par le seul effet de la loi :

. . .

3^oAu profit de celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres et qu'il a intérêt à acquitter;

En raison de l'obligation solidaire qui lui est faite par l'art. 54 LRTIC, du recours recursory et de la subrogation, l'employeur peut réclamer de l'entrepreneur le montant payé à la CCQ.

Si le paiement est fait avant la faillite, le raisonnement tenu ci-haut concernant le droit de retenue conféré par l'art. 316 LATMP s'applique. Dans le cas où l'employeur est lui-même endetté envers l'entrepreneur et où cette dette remplit les conditions de la compensation légale, les dettes

68

69

70

71

of the lesser debt (arts. 1672 and 1673 C.C.Q.). In such a case, the patrimony vested in the trustee at the time of bankruptcy does not include the bankrupt's claim, which has been extinguished by legal compensation. Where the payment is made before the bankruptcy but the contractor's claim is not liquid, employers may avail themselves of s. 97(3) BIA to effect compensation between the amounts they owe and the amounts owed to them.

réciproques sont éteintes de plein droit jusqu'à concurrence de la moindre (art. 1672 et 1673 C.c.Q.). En ce cas le patrimoine dévolu au syndic au moment de la faillite ne compte pas la créance du failli qui est éteinte par la compensation légale. Si le paiement est fait avant la faillite mais la créance de l'entrepreneur n'est pas liquide, l'employeur pourra se prévaloir du par. 97(3) LFI pour opposer compensation entre les sommes qu'il doit et celles qui lui sont dues.

72 In the case of a post-bankruptcy payment to the CCQ, the employer will have to prove his or her claim against the estate in accordance with the rules of s. 121 BIA. Even if the employer is in debt to the bankrupt, the BIA does not allow the claim to be transferred to the detriment of the creditors. The BIA does not depart from the rules established by arts. 1651 and 1681 C.C.Q., which provide that subrogation does not give the subrogated person any more rights than the subrogating creditor and that compensation may not be effected to the prejudice of third persons. The employer is thus limited to proving the claim without being able to set up compensation for payments made after the bankruptcy.

Si le paiement à la CCQ est postérieur à la faillite, l'employeur devra prouver sa réclamation contre l'actif selon les règles de l'art. 121 LFI. En effet, même si l'employeur est lui-même endetté envers le failli, la LFI ne prévoit pas que la créance puisse être transférée au détriment des créanciers. La LFI n'écarte pas les règles des art. 1651 et 1681 C.c.Q. qui énoncent que la subrogation ne confère pas au subrogé plus de droits que n'en avait le subrogeant et que la compensation ne peut opérer au préjudice des tiers. L'employeur est donc limité à prouver sa réclamation sans pouvoir opposer compensation pour les paiements faits après la faillite.

73 The rules of the C.C.Q. with respect to subrogation add no new security and create no additional debts as regards the bankrupt. The impugned provisions violate neither the letter nor the spirit of *Husky Oil*. It should be noted that in that case, what was at issue was a mechanism by which employers could withhold amounts owed to debtors before being held personally liable for paying the assessments. In a way, the employer acted as a collection agent for the Workers' Compensation Board. The same is not true in the case of the ALRCI, which provides that employers are personally liable for wages not paid by their contractors.

Les règles du C.c.Q. concernant la subrogation n'ajoutent pas de nouvelle garantie et ne créent pas de dettes additionnelles à l'égard du failli. Les dispositions contestées n'enfreignent ni la lettre ni l'esprit de l'arrêt *Husky Oil*. Je rappelle que dans cet arrêt, la critique visait un mécanisme par lequel l'employeur pouvait retenir les sommes dues au débiteur avant d'être tenu personnellement de payer les cotisations. Il agissait en quelque sorte comme agent perceuteur du Workers' Compensation Board. Tel n'est pas le cas en vertu de la LRTIC qui prévoit que l'employeur est personnellement responsable des salaires impayés par l'entrepreneur.

3. Conclusion

3. Conclusion

74 This case was submitted to the Superior Court as a motion for directions in which a ruling was sought on the legal effect of s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI in the context of the BIA. The relevant questions of law have been addressed above. As mentioned in the facts related at the beginning of

Le dossier a été soumis à la Cour supérieure sous forme de requête pour directives demandant de statuer sur l'effet juridique des art. 316 LATMP et 54 LRTIC dans le contexte de la LFI. Il s'agit là des questions de droit qui sont traitées ci-dessus. Par ailleurs, comme l'illustre les faits relatés au début

these reasons, the payments made by the employers, with the exception of Chenail's payment to the CCQ, were not made before the bankruptcy. The principles stated above will apply in determining the employers' rights, and there is no need to consider the specific facts of each case, especially since the employers have chosen not to take part in the debate.

For these reasons, I would allow the appeal, answer the two constitutional questions in the negative, restore the judgment of the Superior Court and dismiss the trustee's motion, with costs against the estate.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Québec.

Solicitors for the appellant Commission de la construction du Québec: Ménard, Corriveau, Montréal.

Solicitors for the appellant Commission de la santé et de la sécurité du travail: Panneton, Lessard, Québec.

Solicitors for the respondent: Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.

des motifs, sauf pour Chenail à l'égard de la CCQ, les employeurs n'ont pas fait les paiements avant la faillite. Leurs droits seront régis par les principes ici énoncés et il n'est pas nécessaire de se pencher sur les faits spécifiques à chaque cas, d'autant plus que les employeurs ont choisi de ne pas participer au débat.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, de répondre par la négative aux deux questions constitutionnelles, de rétablir le jugement de la Cour supérieure et de rejeter la requête du syndic, le tout avec dépens contre la masse.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Québec.

Procureurs de l'appelante la Commission de la construction du Québec : Ménard, Corriveau, Montréal.

Procureurs de l'appelante la Commission de la santé et de la sécurité du travail : Panneton, Lessard, Québec.

Procureurs de l'intimée : Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

**Deputy Minister of Revenue of
Quebec** *Appellant*

v.

Richard Moufarrège *Respondent*

**INDEXED AS: MOUFARRÈGE v. QUEBEC (DEPUTY
MINISTER OF REVENUE)**

Neutral citation: 2005 SCC 53.

File No.: 30382.

2005: October 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Income tax — Deduction — Interest — Interest paid
on loan used to earn income from business or prop-
erty — Source of income ceasing to exist — Interest not
deductible — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 128, 160.*

Cases Cited

Referred to: *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1
S.C.R. 32; *Tenant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305; *Shell
Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Ludco
Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001
SCC 62; *Stewart v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 645, 2002
SCC 46.

Statutes and Regulations Cited

Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 128, 160.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court
of Appeal (Baudouin, Morin and Rochon J.J.A.),
[2004] R.J.Q. 1117, [2004] R.D.F.Q. 19, 2004 D.T.C.
6356, [2004] Q.J. No. 3783 (QL), setting aside
a decision of Barbe J., [2002] Q.J. No. 909 (QL).
Appeal allowed.

Jean Lepage and Alain-François Meunier, for
the appellant.

Nicolas X. Cloutier and François A. Barette, for
the respondent.

**Sous-ministre du Revenu du
Québec** *Appelant*

c.

Richard Moufarrège *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : MOUFARRÈGE c. QUÉBEC (SOUS-
MINISTRE DU REVENU)**

Référence neutre : 2005 CSC 53.

N° du greffe : 30382.

2005 : 12 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Impôt sur le revenu — Déduction — Intérêts — Inté-
rêt payé sur emprunt pour gagner un revenu provenant
d'une entreprise ou d'un bien — Source de revenu ces-
sant d'exister — Intérêt non déductible — Loi sur les
impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 128, 160.*

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Bronfman Trust c. La Reine*,
[1987] 1 R.C.S. 32; *Tenant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S.
305; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622;
Entreprises Ludco Ltée c. Canada, [2001] 2 R.C.S.
1082, 2001 CSC 62; *Stewart c. Canada*, [2002] 2 R.C.S.
645, 2002 CSC 46.

Lois et règlements cités

Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 128, 160.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel
du Québec (les juges Baudouin, Morin et Rochon),
[2004] R.J.Q. 1117, [2004] R.D.F.Q. 19, 2004 D.T.C.
6356, [2004] J.Q. n° 3783 (QL), qui a infirmé une
décision du juge Barbe, [2002] J.Q. n° 909 (QL).
Pourvoi accueilli.

Jean Lepage et Alain-François Meunier, pour
l'appelant.

Nicolas X. Cloutier et François A. Barette, pour
l'intimé.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

DESCHAMPS J. — Section 128 of Quebec's *Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3, authorizes the deduction of expenses relating to a business or property, provided that they were incurred to gain income. Section 160(a) adds that a taxpayer may deduct the interest paid on a loan used to earn income from a business or property.

In the case at bar, the Deputy Minister disallowed two deductions claimed by the respondent. The first was for interest paid on a loan initially contracted to purchase real property. The property had been sold by the time the deduction was disallowed. The second disallowed deduction related to interest on a loan that had initially been contracted to purchase shares in a company that went bankrupt before the deduction was claimed.

Bronfman Trust v. The Queen, [1987] 1 S.C.R. 32, established that it is the current rather than the original use that is relevant in assessing the deductibility of interest payments (see to the same effect: *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62).

Stewart v. Canada, [2002] 2 S.C.R. 645, 2002 SCC 46, did not alter the principle that when a reasonable expectation of income disappears, so does the right to a deduction. In that decision, the Court stated that “the deductibility of expenses presupposes the existence of a source of income” (para. 57).

In the instant case, once the properties were sold, the source of income ceased to exist and the loan was no longer being used to earn income from property in accordance with ss. 128 and 160. With regard to the shares, the company in question is bankrupt, and nothing in the record indicates a possibility of a resumption of activities, so here too the source of income has disappeared even though the company has not been dissolved.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LA JUGE DESCHAMPS — L'article 128 de la *Loi sur les impôts* du Québec, L.R.Q., ch. I-3, autorise la déduction de dépenses à l'égard d'une entreprise ou d'un bien dans la mesure où elles sont engagées pour gagner un revenu. De plus, le par. a) de l'art. 160 énonce qu'un contribuable peut déduire l'intérêt payé sur un emprunt utilisé pour gagner un revenu provenant d'une entreprise ou d'un bien.

En l'espèce, le sous-ministre a refusé à l'intimé deux déductions. La première vise l'intérêt payé sur un emprunt initialement contracté pour l'achat d'immeubles. Les immeubles étaient vendus au moment où la déduction a été refusée. La deuxième vise l'intérêt ayant trait à un emprunt initialement contracté pour l'achat d'actions d'une compagnie qui avait fait faillite au moment où la déduction a été réclamée.

L'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, établit que c'est l'utilisation actuelle plutôt que primitive qui est retenue pour déterminer si les intérêts sont déductibles (voir, au même effet : *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62).

L'arrêt *Stewart c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 645, 2002 CSC 46, n'a pas modifié le principe voulant que, lorsque disparaît l'expectative raisonnable de gagner un revenu, disparaît aussi le droit à la déduction. Dans cet arrêt, la Cour précise d'ailleurs que « la déductibilité des dépenses presuppose l'existence d'une source de revenu » (par. 57).

Ici, une fois les immeubles vendus, la source de revenu n'existait plus et l'emprunt, selon les art. 128 et 160, n'était plus utilisé pour gagner un revenu provenant d'un bien. Pour ce qui est des actions, la compagnie en question a fait faillite et le dossier ne laisse voir aucune possibilité de reprise des activités. Par conséquent, dans ce cas-là également, la source de revenu a disparu, même si la compagnie n'est pas dissoute.

1

2

3

4

5

6 For these reasons, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is reversed, and the judgment of the Court of Québec is restored, with costs.

Pour ces motifs, l'appel est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement de la Cour du Québec est rétabli, le tout avec dépens.

7 The motion for costs is dismissed.

Pour ce qui est de la requête relative aux dépens, elle est rejetée.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Veillette, Larivière, Montréal.

Procureurs de l'appelant : Veillette, Larivière, Montréal.

Solicitors for the respondent: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2005 Vol. 2

and Tables

Cited as [2005] 2 S.C.R. { i-xxxviii
601-768

4^e cahier, 2005 Vol. 2

et Tables

Renvoi [2005] 2 R.C.S. { i-xxxviii
601-768

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	WITOLD TYMOWSKI
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes		
STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI		CLAIRE VALLÉE

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited.....	xxix
Authors Cited.....	xxxiii
Index	757

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada601

Income tax — Tax avoidance — Interpretation and application of general anti-avoidance rule — Mortgage company claiming substantial capital cost allowance following sale-leaseback transactions involving trailers — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefit — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 245.

Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration); De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) 706

Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Excessive demands on social services — Applicants qualified to be admitted to Canada under “investor” and “self-employed” classes — Applications for admission denied because dependant child’s admission found to be reasonably expected to cause excessive demands on social services — Whether applicants’ financial resources should be considered when determining if admission of disabled children might reasonably be expected to cause excessive demands on social services — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii).

Mathew v. Canada 643

Income tax — Tax avoidance — Interpretation and application of general anti-avoidance rule — Company transferring unrealized losses to arm’s length taxpayers through series of transactions involving partnerships — Taxpayers deducting those losses against their own income — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefit — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(13), 96(1), 245(4).

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence.....	xvii
Lois et règlements cités	xxxii
Doctrine citée	xxxiii
Index	763

Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration); De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) 706

Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Fardeau excessif pour les services sociaux — Demandeurs admissibles au Canada dans les catégories « investisseur » et « travailleurs autonome » — Rejet des demandes pour le motif que l’admission d’un enfant à charge risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux — Les ressources financières des demandeurs doivent-elles être prises en compte pour décider si l’admission d’enfants handicapés risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux? — Loi sur l’immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)a)(ii).

Hypothèques Trustco Canada c. Canada601

Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Interprétation et application de la règle générale anti-évitement — Entreprise de crédit hypothécaire demandant une importante déduction pour amortissement à la suite d’opérations de cession-bail portant sur des remorques — La règle générale anti-évitement permet-elle de supprimer l’avantage fiscal? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 245.

Mathew c. Canada 643

Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Interprétation et application de la règle générale anti-évitement — Compagnie transférant des pertes non réalisées à des contribuables sans lien de dépendance au moyen d’une série d’opérations mettant en cause des sociétés de personnes — Contribuables déduisant ces pertes de leur propre revenu — La règle générale anti-évitement permet-elle de supprimer l’avantage fiscal? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 18(13), 96(1), 245(4).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

**Reference re *Employment Insurance Act*
(Can.), ss. 22 and 23 669**

Constitutional law — Division of powers — Unemployment insurance — Maternity benefits and parental benefits — Whether provisions of federal employment insurance statute relating to maternity benefits and parental benefits intra vires Parliament — Constitution Act, 1867, ss. 91(2A), 92(13), 92(16) — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 22, 23.

SOMMAIRE (Fin)

**Renvoi relatif à la *Loi sur l'assurance-emploi*
(Can.), art. 22 et 23 669**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Assurance-chômage — Prestations de maternité et prestations parentales — Les dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-emploi relatives aux prestations de maternité et aux prestations parentales relèvent-elles de la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), 92(13), 92(16) — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 22, 23.



2005 Volume 2

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrétiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR

ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI

JACQUES GAGNÉ

ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT

ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

ERRATA

[1995] 1 S.C.R., p. 384, para. 110, line 8 of the French version. Read “l'al. 2*a*)” instead of “l'al. 2*b*)”.

[1995] 1 R.C.S., p. 384, par. 110, ligne 8 de la version française. Lire « l'al. 2*a*) » au lieu de « l'al. 2*b*) ».

MOTIONS — REQUÊTES

(June 11 to October 31, 2005 – 11 juin au 31 octobre 2005)

- 27 Cardigan Inc. v. The Queen* (F.C.), 30934, leave to appeal refused with costs, 13.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- 2866-6501 Québec Inc. c. Banque Laurentienne du Canada* (Qué.), 30884, leave to appeal refused with costs, 15.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- 561895 Ontario Inc. v. Metropolitan Trust Company of Canada* (Ont.), 30763, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- 9047-2713 Québec Inc. c. L'honorable Juge Guy Lecompte* (Qué.), 30825, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Abraham Paulus Houweling v. Houweling Nurseries Ltd.* (B.C.), 30832, leave to appeal refused with costs, 1.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Almrei v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 30929, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.10.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Apotex Inc. v. Astrazeneca Canada Inc.* (F.C.), 30985, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.10.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Apotex Inc. v. Option Consommateurs* (Que.), 30923, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Asselin c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30865, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Association provinciale des retraités d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec* (Qué.), 30926, leave to appeal refused, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée.
- AstraZeneca Canada Inc. v. Minister of Health* (F.C.), 30944, leave to appeal refused with costs, 15.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Hislop* (Ont.), 30755, leave to appeal granted with costs, 23.6.05, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- B.C. Government and Service Employees' Union v. The Queen* (B.C.), 30925, leave to appeal refused with costs, 22.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Babinski v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30910, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Baksh v. Workplace Safety & Insurance Board* (Ont.), 31032, leave to appeal refused with costs, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Bande de Betsiamites c. Procureur général du Québec* (Qué.), 30932, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Benson v. Canadian National Railway Company* (Man.), 30798, leave to appeal refused with costs, 18.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Binet c. Pharmascience Inc.* (Qué.), 30995, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.10.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.

- Binette c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30752, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Blackbird v. The Queen* (Ont.), 30856, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Board of School Trustees of School District No. 44 v. Jubran* (B.C.), 30964, leave to appeal refused with costs, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Bouhalfaya c. Société de transport de Montréal* (Qué.), 30952, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Brattas v. Électron Inc. (Mat. 1146455432)* (Que.), 30966, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- British Columbia Public School Employers' Association v. British Columbia Teachers' Federation* (B.C.), 30883, leave to appeal refused with costs, 15.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- C.L. c. J.T.* (Qué.), 30811, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- C.V. c. S.L.* (Qué.), 30907, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Campbell v. The Queen* (F.C.), 30872, leave to appeal refused with costs, 14.7.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Canadian National Railway Co. v. Celanese Canada Inc.* (Ont.), 30955, leave to appeal refused with costs, 29.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Canadian Private Copying Collective v. Apple Canada Inc.* (F.C.), 30775, leave to appeal refused with costs, 28.7.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Canadian Western Bank v. The Queen* (Alta.), 30823, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 16.6.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demanderessees quelle que soit l'issue de l'appel.
- Centre de loisirs de Pierrefonds Enr. c. 151692 Canada Inc.* (Qué.), 30983, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Centre universitaire de santé McGill c. Syndicat des employés de l'Hôpital de Montréal* (Qué.), 30941, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.10.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Chagnon c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30967, leave to appeal refused, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée.
- Chaoulli c. Conseil d'arbitrage* (Qué.), 29933, leave to appeal refused, 14.7.05, autorisation d'appel rejetée.
- Charkaoui c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration* (C.F.), 30762, leave to appeal granted with costs, 25.8.05, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Chen v. Hillen* (Ont.), 30962, leave to appeal refused, 29.9.05, autorisation d'appel rejetée.
- Chen v. The Queen* (Man.) (Crim.), 30777, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Chern v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 30862, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Cilinger c. Procureur général du Québec* (Qué.), 30703, leave to appeal refused with costs, 14.7.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Citadelle, coopérative de producteurs de sirop d'érable c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec* (Qué.), 30892, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 20.10.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.
- Citadelle, coopérative de producteur de sirop d'érable c. Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec* (Qué.), 30771, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Clark v. Gauvin* (N.B.), 31000, leave to appeal refused, 18.8.05, autorisation d'appel rejetée.

- Clarke v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 31012, leave to appeal refused, 29.9.05, autorisation d'appel rejetée.
- CLE Owners Inc. v. Wanlass* (Man.), 30931, leave to appeal refused with costs, 22.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Coalition for Life and Health v. Morgentaler* (N.B.), 30843, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Collins v. Director of Assessment for the Province of Nova Scotia* (N.S.), 30822, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Communication Services Inc. v. Uninet Technologies Inc.* (B.C.), 30810, notice of discontinuance filed, 10.8.05, avis de désistement produit.
- Convergia v. Rees* (Que.), 30973, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Crane Canada Inc. v. Sécurité Nationale, Compagnie d'assurance* (Que.), 30794, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Cridge v. Easton* (B.C.), 30835, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Croteau c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30870, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Culhane v. ATP Aero Training Products Inc.* (F.C.), 30984, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Custance v. The Queen* (Man.) (Crim.), 30858, leave to appeal refused, 18.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- D.B.S. v. S.R.G.* (Alta.), 30808, leave to appeal granted, 18.8.05, autorisation d'appel accordée.
- D'Almeida v. Gojer* (Ont.), 30827, leave to appeal refused, 14.7.05, autorisation d'appel rejetée.
- Davies, Ward & Beck v. HSBC Securities (Canada) Inc.* (Ont.), 30852, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Dene Tha' First Nation v. Alberta Energy and Utilities Board* (Alta.), 30878, leave to appeal refused with costs, 18.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Desjardins c. Barreau du Québec* (Qué.), 30840, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Desmarais c. Commission de protection du territoire agricole du Québec* (Qué.), 30864, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Director of the Edmonton Remand Centre v. Trang* (Alta.), 30863, leave to appeal refused with costs, 28.7.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Dupuis v. City of Moncton* (N.B.), 30848, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Eatmon v. The Queen* (N.B.) (Crim.), 30908, leave to appeal refused, 1.9.05, autorisation d'appel rejetée.
- Engler v. Concordia University* (Que.), 30946, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ezer v. Yorkton Securities Inc.* (B.C.), 30724, leave to appeal refused with costs, 18.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Fernandopulle v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 30928, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Fetherston v. Attorney General of Canada* (F.C.), 30951, leave to appeal refused, 27.10.05, autorisation d'appel rejetée.
- Fletcher v. Automobile Injury Compensation Appeal Commission* (Man.), 30788, leave to appeal refused with costs, 16.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- G.E. v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 30850, leave to appeal refused, 14.7.05, autorisation d'appel rejetée.
- G.L. v. Children's Aid Society of Algoma* (Ont.), 31023, leave to appeal refused, 13.10.05, autorisation d'appel rejetée.

- Genpharm Inc. v. Option Consommateurs* (Que.), 30924, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Ghanotakis c. Clot & Associés* (Qué.), 30708, leave to appeal refused, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée.
- God's Lake First Nation v. McDiarmid Lumber Ltd.* (Man.), 30890, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.8.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Grass v. Weisberg* (Ont.), 31015, leave to appeal refused with costs, 27.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Hampstead Landcorp Ltd. v. Carrington Holdings Ltd.* (Alta.), 30790, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Hartmann v. Frantel* (Ont.), 30830, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Henderson v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30711, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Henry v. Henry* (Alta.), 30807, leave to appeal granted, 18.8.05, autorisation d'appel accordée.
- Hiemstra v. Hiemstra* (Alta.), 30837, leave to appeal granted, 18.8.05, autorisation d'appel accordée.
- Hok v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30927, leave to appeal refused, 18.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Hossain v. The Queen* (F.C.), 30971, leave to appeal refused, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée.
- Inco Ltd. v. The Queen* (F.C.), 30989, leave to appeal refused with costs, 22.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Irving Oil Ltd. v. Executive Director of Assessment* (N.B.), 31007, leave to appeal refused with costs, 27.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- J.A. v. Director of Child and Family Services* (Man.), 30736, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Kornes v. D.B.Z. Holdings Ltd.* (Ont.), 30947, leave to appeal refused, 1.9.05, autorisation d'appel rejetée.
- Kumar v. Coachman Insurance Co.* (Ont.), 30721, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- L.R.F. v. The Queen* (N.S.), 30901, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Lacroix v. Canada Mortgage and Housing Corporation* (Ont.), 30866, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Laflamme c. Union-vie, compagnie mutuelle d'assurance* (Qué.), 30854, leave to appeal refused with costs, 15.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Lai v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 30988, leave to appeal refused with costs, 1.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Landry c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30936, leave to appeal refused, 1.9.05, autorisation d'appel rejetée.
- Langevin c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30800, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Larochelle c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30906, leave to appeal refused, 15.9.05, autorisation d'appel rejetée.
- Laudervest Developments Ltd. v. Gantz* (Ont.), 30902, leave to appeal refused with costs, 8.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Lechter v. Bank of Montreal* (Que.), 30841, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Lee v. Bank of Nova Scotia* (Ont.), 30869, leave to appeal refused with costs, 22.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Levasseur c. Procureur général du Québec* (Qué.) (Crim.), 31003, leave to appeal refused, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée.

- Liberati v. Telecommunications Workers Union* (F.C.), 30782, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Major v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30817, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Mandavia v. Central West Health Care Institutions Board* (N.L.), 30921, leave to appeal refused with costs, 29.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Manson Insulation Inc. v. Tian Long Sinostar International Inc.* (Que.), 30861, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Martel v. Andrew* (Alta.), 30879, leave to appeal refused with costs, 18.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Martin v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30855, leave to appeal refused, 16.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Mayor c. Semeniuk* (Qué.), 30961, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- McEnaney v. General Accident Assurance Company of Canada* (Ont.), 30916, leave to appeal refused with costs, 27.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- McNaught v. Toronto Transit Commission* (Ont.), 30842, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Meyers v. Moscovitz* (Alta.), 30940, leave to appeal refused with costs, 27.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Midland Walwyn Capital Inc. v. Blackburn* (Ont.), 30905, leave to appeal refused with costs, 8.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Millgate Financial Corp. v. BF Realty Holdings Ltd.* (Ont.), 30875, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ministry of Correctional Services v. David Goodis, Senior Adjudicator* (Ont.), 30820, leave to appeal granted, 18.8.05, autorisation d'appel accordée.
- Mishra v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30741, leave to appeal refused, 16.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Morgan v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30957, leave to appeal refused, 22.9.05, autorisation d'appel rejetée.
- Mountain-West Resources Limited v. Fitzgerald* (B.C.), 30844, leave to appeal refused with costs, 14.7.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Muhammad v. AGF Trust Co.* (Ont.), 30851, leave to appeal refused with costs, 23.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Municipalité de Sainte-Séraphine c. Fortier* (Qué.), 30918, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Myfam Holdings Ltd. v. Rohani* (B.C.), 30744, notice of discontinuance filed, 15.6.05, avis de désistement produit.
- Mynott v. Board of School Trustees of School District No. 43* (B.C.), 30982, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- N.T. c. B.H.* (Qué.), 30930, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Navigation Madeleine Inc. c. Administration de pilotage des Laurentides* (C.F.), 30821, leave to appeal refused with costs, 15.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Neil v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 30801, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Niedermier v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30813, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Ortega v. Attorney General of Canada* (B.C.) (Crim.), 30998, leave to appeal granted, 20.10.05, autorisation d'appel accordée.
- Patenaude c. Procureur général du Québec* (Qué.) (Crim.), 30979, leave to appeal refused, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée.

- Pavlov v. Quebec Medical College* (Que.), 30789, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Pearson v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30702, leave to appeal refused, 23.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Perlman v. The Queen* (Que.) (Crim.), 30887, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Pharmascience Inc. v. Option Consommateurs* (Que.), 30922, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Pharmascience Inc. v. Régie de l'assurance-maladie du Québec* (Que.), 30638, leave to appeal refused with costs, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Pharmascience Inc. v. Régie de l'assurance-maladie du Québec* (Que.), 30996, leave to appeal refused with costs, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Piche v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 30795, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Pierce v. Canada Trustco Mortgage Co.* (Ont.), 31044, leave to appeal refused with costs, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Pierce v. Canada Trustco Mortgage Co.* (Ont.), 31045, leave to appeal refused with costs, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Première Nation de Betsiamites c. Kruger Inc.* (Qué.), 31025, leave to appeal refused with costs, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Prevost v. Saskatchewan Government Insurance* (Sask.), 30895, leave to appeal refused, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée.
- Produits alimentaires Jacques et Fils c. Régie de marchés agricoles et alimentaires du Québec* (Qué.), 30772, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Promutuelle de Montmagny c. Pouliot* (Qué.), 30960, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Purolator Courier Ltd. v. Fasslane Delivery Service Ltd.* (B.C.), 30912, leave to appeal refused with costs, 29.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- R. v. Couture* (B.C.) (Crim.), 30975, leave to appeal granted, 27.10.05, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Crosby* (P.E.I.) (Crim.), 30812, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Dolynchuk* (Man.) (Crim.), 30394, leave to appeal refused, 14.7.05, autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Edmondson* (Sask.) (Crim.), 30986, leave to appeal refused, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Gray* (N.B.), 30531, leave to appeal granted, 21.7.05, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Khelawon* (Ont.) (Crim.), 30857, leave to appeal refused, 14.7.05, autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Mercer* (B.C.) (Crim.), 30933, leave to appeal refused, 29.9.05, autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Sappier* (N.B.), 30533, leave to appeal granted, 21.7.05, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Scott* (N.S.) (Crim.), 30733, leave to appeal refused, 28.7.05, autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Shoker* (B.C.) (Crim.), 30779, leave to appeal granted, 30.6.05, autorisation d'appel accordée.
- Rees v. Royal Canadian Mounted Police* (N.L.), 30956, leave to appeal refused with costs, 29.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Reid v. Hatty* (N.B.), 30836, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Restaurant Buonanot inc. c. L'honorable Juge Guy Lecompte* (Qué.), 30824, leave to appeal refused with costs, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Retail Council of Canada v. Canadian Private Copying Collective* (F.C.), 30776, leave to appeal refused with costs, 28.7.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454 v. Canada Safeway Ltd.* (Sask.), 30885, leave to appeal refused with costs, 18.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Roy v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 30889, leave to appeal refused with costs, 18.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ruggeberg v. United States of America* (B.C.) (Crim.), 30904, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- S.G. v. Larochelle* (Alta.), 30911, leave to appeal refused with costs, 22.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Sangha v. Azevedo* (B.C.), 30954, leave to appeal refused with costs, 8.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Saulteaux First Nation v. Peace Hills Trust Co.* (Sask.), 30882, leave to appeal refused with costs, 8.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Schneider c. La Reine* (N.-É.) (Crim.), 30761, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Seegmiller v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30764, leave to appeal refused, 23.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Seifert v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 30937, leave to appeal refused, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée.
- Seymour v. The Queen* (N.S.) (Crim.), 30806, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Shah v. Mintage Financial Corp.* (Alta.), 30897, leave to appeal refused with costs, 8.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Simser v. The Queen* (F.C.), 30746, leave to appeal refused, 23.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Sincère c. Procureur général du Canada* (C.F.), 30953, leave to appeal refused, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée.
- Sinclair v. The Queen* (Man.) (Crim.), 30969, leave to appeal refused, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée.
- Société en commandite CDTI de Montréal c. Tecsys Inc.* (Qué.), 30753, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Société Radio-Canada c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30780, leave to appeal refused, 15.9.05, autorisation d'appel rejetée.
- Sokolowska v. The Queen* (F.C.), 30847, leave to appeal refused, 28.7.05, autorisation d'appel rejetée.
- Spencer v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30473, leave to appeal refused, 23.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Spurrell v. Bradford* (Alta.), 30778, leave to appeal refused with costs, 15.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Stephen Moffett Ltd. v. The Queen* (N.B.), 30938, leave to appeal refused with costs, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Stoney Band v. The Queen* (F.C.), 30826, leave to appeal refused with costs, 15.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Succession Alphonse Poulin c. Commission de la santé et de la sécurité du travail* (Qué.), 30860, leave to appeal refused with costs, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. c. Alcan inc.* (Qué.), 30965, leave to appeal refused with costs, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Syndicat professionnel des diététistes et nutritionnistes du Québec c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières* (Qué.), 30859, leave to appeal refused with costs, 20.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- T.A.R. v. L.J.W.* (Alta.), 30809, leave to appeal granted, 18.8.05, autorisation d'appel accordée.
- T.C. v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30791, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.

- Terrace Bottle Depot v. Encorp Pacific (Canada)* (B.C.), 30726, leave to appeal refused with costs, 16.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- The Queen v. Inco Ltd.* (F.C.), 30849, leave to appeal granted with costs, 23.6.05, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- The Queen v. Public Service Alliance of Canada* (F.C.), 30805, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 23.6.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine* (F.C.), 30845, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.8.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Toronto Blue Jays Baseball Club v. Minister of Finance* (Ont.), 30886, leave to appeal refused with costs, 22.9.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Transocean Offshore Limited v. The Queen* (F.C.), 30945, leave to appeal refused with costs, 13.10.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Tremblay c. L'honorable Juge André Bilodeau* (Qué.) (Crim.), 30881, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Trotta v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30987, leave to appeal granted, 20.10.05, autorisation d'appel accordée.
- Tsai v. Dylex Ltd.* (Ont.), 30876, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Tsai v. Fantino* (Ont.), 30834, leave to appeal refused, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée.
- Turczinski v. Dupont Heating & Air Conditioning Ltd.* (Ont.), 30701, leave to appeal refused with costs, 16.6.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Turmel v. The Queen* (Que.) (Crim.), 30792, leave to appeal refused, 30.6.05, autorisation d'appel rejetée.
- Ville de Montréal c. Administration portuaire de Montréal* (Qué.), 30828, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Administration portuaire de Montréal* (Qué.), 30829, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Weese v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30877, leave to appeal refused, 14.7.05, autorisation d'appel rejetée.
- WIC TV Amalco Inc. v. ITV Technologies, Inc.* (F.C.), 30935, notice of discontinuance filed, 19.8.05, avis de désistement produit.
- Young v. Minister of Justice for Canada* (Ont.) (Crim.), 30898, leave to appeal refused, 15.9.05, autorisation d'appel rejetée.
- Zaccaria v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 30978, leave to appeal refused, 22.9.05, autorisation d'appel rejetée.
- Zompa v. University of Montréal* (Que.), 30891, leave to appeal refused, 6.10.05, autorisation d'appel rejetée.
- Zundel v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 30720, leave to appeal refused with costs, 25.8.05, 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
A		E	
Alberta, Bodner v.	286	Elia, R. v.	3
B		Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	539
Bernard, R. v.	220	G	
Bodner v. Alberta	286	G.R., R. v.	371
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	473	GreCon Dimter Inc. v. J.R. Normand Inc.	401
C		H	
Canada (Attorney General) v. Quebec (Attorney General)	669	Hamilton, R. v.	432
Canada, Canada Trustco Mortgage Co. v.	601	Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	706
Canada, Mathew v.	643	I	
Canada (Minister of Citizenship and Immigra- tion), De Jong v.	706	Imperial Tobacco Canada Ltd., British Columbia v.	473
Canada (Minister of Citizenship and Immigra- tion), Esteban v.	539	J	
Canada (Minister of Citizenship and Immigra- tion), Hilewitz v.	706	J.R. Normand Inc., GreCon Dimter Inc. v.	401
Canada (Minister of Citizenship and Immigra- tion), Medovarski v.	539	M	
Canada (Minister of Citizenship and Immigra- tion), Mugesera v.	91	Marshall, R. v.	220
Canada (Minister of Citizenship and Immigra- tion), Mugesera v.	100	Mathew v. Canada	643
Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada	601	Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	539
Conférence des juges du Québec v. Quebec (Attor- ney General)	286	Minc v. Quebec (Attorney General)	286
D		Moore, Ryan v.	53
D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)	564	Moufarrège v. Quebec (Deputy Minister of Rev- enue)	598
De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	706	Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	91

	PAGE		PAGE
Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	100	Quebec (Attorney General), D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v.	564
		Quebec (Attorney General), Minc v.	286
N		Quebec (Deputy Minister of Revenue), Moufarège v.	598
New Brunswick (Minister of Justice), Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v.	286	R	
O		R. v. Bernard	220
Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)	286	R. v. Elias	3
Ontario (Management Board), Ontario Judges' Assn. v.	286	R. v. G.R.	371
Ontario, Toronto Star Newspapers Ltd. v.	188	R. v. Hamilton	432
Orbanski, R. v.	3	R. v. Marshall	220
P		R. v. Orbanski	3
Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)	286	R. v. Roberge	469
Q		R. v. Turcotte	519
Quebec (Attorney General), Canada (Attorney General) v.	669	R. v. Woods	205
Quebec (Attorney General), Conférence des juges du Québec v.	286	Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23	669
		Roberge, R. v.	469
		Ryan v. Moore	53
		T	
		Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario	188
		Turcotte, R. v.	519
		W	
		Woods, R. v.	205

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A			
Alberta, Bodner c.	286	De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	706
Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)	286	E	
Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)	286	Elias, R. c.	3
B		Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	539
Bernard, R. c.	220	G	
Bodner c. Alberta	286	G.R., R. c.	371
C		GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.	401
Canada, Hypothèques Trustco Canada c.	601	H	
Canada, Mathew c.	643	Hamilton, R. c.	432
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), De Jong c.	706	Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	706
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Esteban c.	539	Hypothèques Trustco Canada c. Canada	601
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Hilewitz c.	706	I	
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Medovarski c.	539	Imperial Tobacco Canada Ltée, Colombie-Britannique c.	473
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Mugesera c.	91	J	
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Mugesera c.	100	J.R. Normand inc., GreCon Dimter inc. c.	401
Canada (Procureur général) c. Québec (Procureur général)	669	M	
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée	473	Marshall, R. c.	220
Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)	286	Mathew c. Canada	643
D		Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	539
D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)	564	Minc c. Québec (Procureur général)	286
		Moore, Ryan c.	53

	PAGE		PAGE
Moufarrège c. Québec (Sous-ministre du Revenu)	598	Québec (Procureur général), Minc c.	286
Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	91	Québec (Sous-ministre du Revenu), Moufarrège c.	598
Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	100		
		R	
N		R. c. Bernard	220
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice), Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c.	286	R. c. Elias	3
		R. c. G.R.	371
O		R. c. Hamilton	432
Ontario (Conseil de gestion), Assoc. des juges de l'Ontario c.	286	R. c. Marshall	220
Ontario, Toronto Star Newspapers Ltd. c.	188	R. c. Orbanski	3
Orbanski, R. c.	3	R. c. Roberge	469
		R. c. Turcotte	519
Q		R. c. Woods	205
Québec (Procureur général), Canada (Procureur général) c.	669	Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23	669
Québec (Procureur général), Conférence des juges du Québec c.	286	Roberge, R. c.	469
Québec (Procureur général), D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c.	564	Ryan c. Moore	53
		T	
		Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario	188
		Turcotte, R. c.	519
		W	
		Woods, R. c.	205

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
171486 Canada inc. v. Rogers Cantel inc.	[1995] R.D.J. 91	416
32262 B.C. Ltd. v. Companions Restaurant Inc.	(1995), 17 B.L.R. (2d) 227	85
65302 British Columbia Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 804	610
A		
Abrahams c. Procureur général du Canada	[1983] 1 R.C.S. 2	680
Abrahams v. Attorney General of Canada	[1983] 1 S.C.R. 2	680
Agricultural Insurance Co. v. Cité de Montréal	[1943] R.L. 151	578
Aguebor c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	(1993), 160 N.R. 315	120
Aguebor v. Minister of Employment and Immigration	(1993), 160 N.R. 315	120
Air Canada c. Colombie-Britannique	[1989] 1 R.C.S. 1161	502
Air Canada v. British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 1161	502
Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce Intenational Bank Ltd.	[1982] 1 Q.B. 84	78
Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)	[2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42	493
A S G Industries Inc. v. Corporation Superseal	[1983] 1 S.C.R. 781	428
Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)	[2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44	493
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1939] A.C. 117	679
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario	[1937] A.C. 355	680
Attorney General of Canada v. Silk	[1983] 1 S.C.R. 335	697
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre	[1982] 1 S.C.R. 175	196
Authorson c. Canada (Procureur général)	[2003] 2 R.C.S. 40, 2003 CSC 39	503
Authorson v. Canada (Attorney General)	[2003] 2 S.C.R. 40, 2003 SCC 39	503
Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.	(1994), 18 O.R. (3d) 257	425
B		
Babcock c. Canada (Procureur général)	[2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57	493
Babcock v. Canada (Attorney General)	[2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57	493
Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.	(1999), 180 Sask. R. 20	501
Badwal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1989] A.C.F. n° 1022 (QL)	730
Badwal v. Canada (Minister of Employment & Immigration)	(1989), 64 D.L.R. (4th) 561	730
Baird Textile Holdings Ltd. v. Marks & Spencer plc	[2002] 1 All E.R. (Comm) 737, [2001] EWCA Civ 274	82

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	135, 556
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	135, 556
Bande indienne Wewaykum c. Canada	[2003] 2 R.C.S. 259, 2003 CSC 45	97
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)	[2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31	488, 677
Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 R.C.S. 1061	573
Barton v. The King	[1929] S.C.R. 42	386
Beauregard v. Canada	[1986] 2 S.C.R. 56	301, 493
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	[2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42	737
Birdsall inc. v. In Any Event inc.	[1999] R.J.Q. 1344	418
Bliss c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 183	681
Bliss v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 183	681
British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 24	573
Brodie v. The King	[1936] S.C.R. 188	381, 396
Bronfman Trust c. La Reine	[1987] 1 R.C.S. 32	599
Bronfman Trust v. The Queen	[1987] 1 S.C.R. 32	599
Brooks v. Canada Safeway Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1219	693
Brousseau v. The King	(1917), 56 S.C.R. 22	440
Burt v. LeLacheur	(2000), 189 D.L.R. (4th) 193	70

C

Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313	274
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	274
Camionex inc. v. Bombardier inc.	REJB 99-13575	426
Canacemal Investment Inc. v. PCI Realty Corp.	[1999] B.C.J. No. 2029 (QL)	81
Canada c. Trade Investments Shopping Centre Ltd.	[1993] A.C.F. n° 678 (QL)	547
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass	[1997] 3 S.C.R. 391	97
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass ...	[1997] 3 R.C.S. 391	97
Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada	[2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54	645
Canada v. Trade Investments Shopping Centre Ltd.	[1993] 2 C.T.C. 333	547
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	[2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4	423
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	[2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4	423
Canadian Jewish Congress v. North Shore Free Press Ltd. (No. 7) ...	(1997), 30 C.H.R.R. D/5	141
Canadian Red Cross Society (Re)	[2003] O.J. No. 5669 (QL)	72
CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)	[1999] 1 R.C.S. 743	557
CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)	[1999] 1 S.C.R. 743	557
Capro Investments Ltd. v. Tartan Development Corp.	[1998] O.J. No. 1763 (QL)	81
Central Trust Co. v. Rafuse	[1986] 2 S.C.R. 147	58
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 711	556
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 1 S.C.R. 711	556
Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2001] 2 C.F. 297	145
Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2001] 2 F.C. 297	145
Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons	(1881), 7 App. Cas. 96	677

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Civ., January 10, 1923.....	S.1924.I.257	577
Civ., March 2, 1829.....	D.1829.I.163	577
Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster	[1936] A.C. 1	610
Compagnie d'Assurance du Québec v. Dufour	[1973] C.S. 840	578
Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureure générale)	[2000] R.J.Q. 744	349
Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureure générale)	[2000] R.J.Q. 2803	350
Conserviera S.p.A. c. Paesana Import-Export inc.	[2001] R.J.Q. 1458	416
Craven v. White	[1989] A.C. 398	615
Crestar Ltd. c. Canadian National Railway Co.	[1999] R.J.Q. 1191	409
Cullen v. The King	[1949] S.C.R. 658	391
Cusson v. Robidoux	[1977] 1 S.C.R. 650	502

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	31, 195
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	31, 194
Dedman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 2	17, 209
Dedman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 2	17, 209
Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1993] 1 R.C.S. 1053	20
Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1993] 1 S.C.R. 1053	20
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	241, 272
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	241, 272
Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board	[1985] 1 S.C.R. 785	573
Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)	[2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42	493
Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2003] 1 C.F. 301, 2002 CAF 271	718
Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2003] 1 F.C. 301, 2002 FCA 271	718
Deputy Minister of Revenue v. Rainville	[1980] 1 S.C.R. 35	573
Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.	[2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17	415
Dick c. Sous-procureur général du Canada	[1980] 2 R.C.S. 243	698
Dick v. Deputy Attorney General of Canada	[1980] 2 S.C.R. 243	698
Dobexco Foods International inc. v. Van Barneveld Gouda Bv	[1997] Q.J. No. 1100 (QL)	416
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	[2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19	119

E

Eagle River International Ltd. (Syndic de)	[1999] R.J.Q. 1497	417
Edwards v. Law Society of Upper Canada (No. 1)	(2000), 48 O.R. (3d) 321	72
Ell v. Alberta	[2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35	301, 493
Entreprises Ludco Ltée c. Canada	[2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62	599
Équipements Eustache Lamontagne ltée v. Équipements Belarus du Canada ltée	[1994] R.D.J. 599	417
États-Unis d'Amérique c. Dynar	[1997] 2 R.C.S. 462	447

F

F.N. (Re)	[2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35	742
-----------------	--	-----

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 1061	573
Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland	[2005] 1 R.C.S. 292, 2005 CSC 20	488, 676
Fehr v. Jacob	(1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200	68
Fei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 C.F. 274	751
Fei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 F.C. 274.....	751
Fergusson v. The Queen	[1962] S.C.R. 229	385, 395
Fibreco Pulp Inc. v. Star Shipping A/S	(2000), 257 N.R. 291	425
Flahiff c. Bonin	[1998] R.J.Q. 327	200
Forage Mercier inc. v. Société de Construction Maritime Voyageurs ltée	[1998] Q.J. No. 2190 (QL)	578
G		
Gao c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1993] A.C.F. n° 114 (QL)	716
Gao v. Canada (Minister of Employment & Immigration)	(1993), 14 Admin. L.R. (2d) 233	716
Gariépy v. Simard	REJB 2003-45302	425
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	489, 677
Gillet c. Arthur	[2005] R.J.Q. 42	98
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	[2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21	488, 677
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)	[2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21	488, 677
Goldstein v. Auerbach	(1991), 51 Q.A.C. 292	587
Good v. Parry	[1963] 2 All E.R. 59	75
Grillas c. Ministre de la Main-d'Œuvre et de l'Immigration	[1972] R.C.S. 577	553
Grillas v. Canada (Minister of Manpower and Immigration)	[1972] S.C.R. 577	553
Grundt v. Great Boulder Proprietary Gold Mines Ltd.	(1937), 59 C.L.R. 641	86
Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.	(1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113	425
Guns N'Roses Missouri Storm inc. v. Productions musicales Donald K. Donald inc.	[1994] R.J.Q. 1183	419
H		
Harper v. Cameron	(1892), 2 B.C.R. 365	78
Hickman Motors Ltd. v. Canada	[1997] 2 S.C.R. 336	628
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	495
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	495
Hillingdon London Borough v. ARC Ltd.	[2000] E.W.J. No. 3278 (QL)	82
Hills c. Canada (Procureur général)	[1988] 1 R.C.S. 513	679
Hills v. Canada (Attorney General)	[1988] 1 S.C.R. 513	679
Hiramen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1986] A.C.F. n° 74 (QL)	730
Hiramen v. Minister of Employment and Immigration	(1986), 65 N.R. 67	730
Hodge v. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	677
Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)	[2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90	414
Hunt v. T&N plc	[1993] 4 S.C.R. 289	487
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1995] 3 R.C.S. 453	571
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue	[1995] 3 S.C.R. 453	571

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Hypothèques Trustco Canada c. Canada	[2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54	645
I		
In re Hil-A-Don Ltd.: Bank of Montreal v. Kwiat	[1975] C.A. 157	587
In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec: Lavolette v. Mercure	[1975] C.A. 599	587
In re Spectrum Plus Ltd.	[2005] 3 W.L.R. 58 [2005] UKHL 41	502
Intergaz inc. v. Atlas Copco Canada inc.	[1997] Q.J. No. 3942 (QL)	417
Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	[1995] A.C.F. n° 1127 (QL)	741
Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(1995), 100 F.T.R. 139	741
J		
Jack c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 294	236
Jack v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 294	236
John v. George	[1995] E.W.J. No. 4375 (QL)	82
JTI-Macdonald Corp. v. British Columbia (Attorney General)	(2000), 184 D.L.R. (4th) 335, 2000 BCSC 312	484
Justice v. Cairnie Estate	(1993), 105 D.L.R. (4th) 501	73
K		
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	67
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2	67
Karmali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	[2003] A.C.F. n° 507 (QL), 2003 CFPI 358 ...	723
Karmali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(2003), 230 F.T.R. 140, 2003 FCT 358	723
Kaverit Steel & Crane Ltd. v. Kone Corp.	(1992), 85 Alta L.R. (2d) 287	425
Keefer v. Arillotta	(1976), 13 O.R. (2d) 680	246
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)	[2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31	488, 677
Kvaerner Enviropower Inc. v. Tanar Industries Ltd.	(1994), 24 Alta. L.R. (3d) 365	425
L		
Lafrance c. La Reine	[1975] 2 R.C.S. 201	385
Lafrance v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 201	385
Lamborghini (Canada) inc. v. Automobili Lamborghini S.p.A.	[1997] R.J.Q. 58	414
Landgraf v. USI Film Products	511 U.S. 244 (1994)	502
La Sarre (Ville de) v. Gabriel Aubé inc.	[1992] R.D.J. 273	425
Leary c. La Reine	[1978] 1 R.C.S. 29	444
Leary v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 29	444
Lefebvre (Syndic de)	[2004] 3 R.C.S. 326, 2004 CSC 63	582
Lefebvre (Trustee of)	[2004] 3 S.C.R. 326, 2004 SCC 63	582
Lewis c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 821	447
Lewis v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 821	447

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Litwin Construction (1973) Ltd. v. Pan	(1988), 52 D.L.R. (4th) 459	85
Ludco Enterprises Ltd. v. Canada	[2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62	599
M		
M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	67
MacKay v. Lemley	(1997), 44 B.C.L.R. (3d) 382	77
MacKeigan v. Hickman	[1989] 2 S.C.R. 796	493
MacKenzie Estate v. MacKenzie	(1992), 84 Man. R. (2d) 149	73
Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)	[2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13	312, 493
Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)	[2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13	312, 493
Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1977] 2 R.C.S. 996	677
Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue	[1977] 2 S.C.R. 996	677
Mathew v. Canada	[2005] 2 S.C.R. 643, 2005 SCC 55	604
Mercure v. Marquette & Fils	[1977] 1 S.C.R. 547	583
Mitchell c. M.R.N.	[2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33	250, 275
Mitchell v. M.N.R.	[2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33	250, 275
Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1994] 1 C.F. 298	145
Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1994] 1 F.C. 298	145
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye	[1990] 3 S.C.R. 1077	414, 487
N		
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324	422
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	[1990] 2 S.C.R. 1324	422
National Post Co. v. Ontario	(2003), 176 C.C.C. (3d) 432	200
National Westminster Finance NZ Ltd. v. National Bank of NZ Ltd... ..	[1996] 1 N.Z.L.R. 548	80
Notre-Dame Hospital v. Patry	[1975] 2 S.C.R. 388	502
Nowegijick c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 29	257
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	257
O		
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	423
OSFC Holdings Ltd. v. Canada	[2002] 2 F.C. 288, 2001 FCA 260	609, 654
P		
Page v. Austin	(1884), 10 S.C.R. 132	58
Payne v. Brady	(1996), 140 D.L.R. (4th) 88	70
Peixeiro v. Haberman	[1997] 3 S.C.R. 549	67
Pelletier v. Standard Life	[2000] Q.J. No. 2837 (QL)	425
Podovnikoff v. Montgomery	(1984), 14 D.L.R. (4th) 716	76
Poste c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1997] A.C.F. n° 1805 (QL)	723
Poste v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(1997), 140 F.T.R. 126	723
Powell v. McFarlane	(1977), 38 P. & C.R. 452	245

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Prévost-Masson c. Trust Général du Canada	[2001] 3 R.C.S. 882, 2001 CSC 87	576
Prévost-Masson v. General Trust of Canada	[2001] 3 S.C.R. 882, 2001 SCC 87	576
Procureur c. Akayesu	Affaire n° ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998	135, 154
Procureur c. Blaskic	TPIY, affaire n° IT-95-14, 3 mars 2000	162
Procureur c. Kayishema	Affaire n° ICTR-95-1-T-II, 21 mai 1999	159
Procureur c. Kordic et Cerkez	TPIY, affaire n° IT-95-14/2-T-III, 26 février 2001	152
Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic	n° IT-96-23-A & IT-96-23/1-A, 12 juin 2002	160
Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic	TPIY, affaires n° IT-96-23-T-II & IT-96-23/1-T-II, 22 février 2001	158
Procureur c. Kupreskic	TPIY, affaire n° IT-95-16-T-II, 14 janvier 2000	152
Procureur c. Nahimana, Barayagwiza et Ngeze	affaire n° ICTR-99-52-T-I, 3 décembre 2003	136
Procureur c. Ruggiu	affaire n° ICTR-97-32-I, 1 ^{er} juin 2000	156
Procureur c. Rutaganda	affaire n° ICTR-96-3-T-I , 6 décembre 1999	152
Procureur c. Tadic	124 ILR 61 (1999)	154
Procureur c. Tadic	TPIY, affaire n° IT-94-I-T, 7 mai 1997	153
Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre	[1982] 1 R.C.S. 175	196
Procureur général du Canada c. Silk	[1983] 1 R.C.S. 335	697
Prosecutor v. Akayesu	9 IHR 608 (1998)	135
Prosecutor v. Akayesu	Case No. ICTR-96-4-A, 1 June 2001	154
Prosecutor v. Blaskic	122 ILR 1 (2000)	162
Prosecutor v. Kayishema	Case No. ICTR-95-1-T-II, 21 May 1999	159
Prosecutor v. Kordic and Cerkez	ICTY, Case No. IT-95-14/2-T-III, 26 February 2001	152
Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic	Case No. IT-96-23-A & IT-96-23/1-A, 12 June 2002	160
Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic	ICTY, Case No. IT-96-23-T-II & IT-96-23/1-T- II, 22 February 2001	158
Prosecutor v. Kupreskic	ICTY, Case No. IT-95-16-T-II, 14 January 2000	153
Prosecutor v. Mrksic, Radic and Sljivancanin	108 ILR 53 (1996)	160
Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze	Case No. ICTR-99-52-T-I, 3 December 2003	136
Prosecutor v. Ruggiu	39 ILM 1338 (2000)	156
Prosecutor v. Rutaganda	Case No. ICTR-96-3-T-I, 6 December 1999	152
Prosecutor v. Tadic	112 ILR 1 (1997)	153
Prosecutor v. Tadic	124 ILR 61 (1999)	154
Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)	[2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44	493
Prud'homme v. Prud'homme	[2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85	143
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	[1998] 1 R.C.S. 982	423, 750

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ...	[1998] 1 S.C.R. 982	423, 750
Q		
Queen v. Cognos Inc.	[1993] 1 S.C.R. 87	88
R		
R. v. Adams	[1996] 3 S.C.R. 101	245, 278
R. v. Allard	(1990), 36 Q.A.C. 137	386
R. v. Angevine	(1984), 61 N.S.R. (2d) 263	386
R. v. B. (G.)	[1990] 2 S.C.R. 30	397
R. v. B. (S.C.)	(1997), 36 O.R. (3d) 516	533
R. v. Bartle	[1994] 3 S.C.R. 173	32, 38
R. v. Bernier	[1997] R.J.Q. 2404	384
R. v. Bernier	(1997), 119 C.C.C. (3d) 467	384
R. v. Bernier	[1998] 1 S.C.R. 975	385
R. v. Bernshaw	[1995] 1 S.C.R. 254	214
R. v. Beyo	(2000), 144 C.C.C. (3d) 15	387
R. v. Brydges	[1990] 1 S.C.R. 190	11, 39
R. v. Buhay	[2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30	47
R. v. Buzzanga and Durocher	(1979), 49 C.C.C. (2d) 369	142
R. v. Carey	(1972), 10 C.C.C. (2d) 330	388
R. v. Chambers	[1990] 2 S.C.R. 1293	530
R. v. Charron	(1990), 57 C.C.C. (3d) 248	42
R. v. City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	397
R. v. Cleghorn	[1995] 3 S.C.R. 175	534
R. v. Colburne	[1991] R.J.Q. 1199	386
R. v. Colburne	(1991), 66 C.C.C. (3d) 235	386
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	45
R. v. Connolly	(1867), 26 U.C.R. 317	396
R. v. Cote	(1992), 70 C.C.C. (3d) 280	215
R. v. Côté	[1996] 3 S.C.R. 139	245
R. v. Coutts	(1999), 45 O.R. (3d) 288	32
R. v. Crawford	[1995] 1 S.C.R. 858	533
R. v. Daoust	[2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6	550
R. v. Dionne	(1987), 38 C.C.C. (3d) 171	128
R. v. Dionne	(1987), 79 N.B.R. (2d) 297	446, 458
R. v. Douglas	[1991] 1 S.C.R. 301	382, 397
R. v. Drolet	(1988), 14 M.V.R. (2d) 50	386
R. v. Drolet	[1990] 2 S.C.R. 1107	386
R. v. Ellerman	[2000] 6 W.W.R. 704	32
R. v. Eurocopter Canada Ltd.	[2001] O.J. No. 1591 (QL)	200
R. v. Ewanchuk	[1999] 1 S.C.R. 330	384, 398
R. v. F. (R.P.)	(1996), 105 C.C.C. (3d) 435	383
R. v. Finta	[1994] 1 S.C.R. 701	147
R. v. Fliss	[2002] 1 S.C.R. 535, 2002 SCC 16	47
R. v. Ford	(2000), 145 C.C.C. (3d) 336	128

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Glubisz	(1979), 47 C.C.C. (2d) 232	460
R. v. Golden	[2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83	43
R. v. Gonzague	(1983), 4 C.C.C. (3d) 505	442, 460
R. v. Grant	[1991] 2 S.C.R. 139	214
R. v. Guérin	[1996] Q.J. No. 3746 (QL)	380
R. v. Harmer and Miller	(1976), 33 C.C.C. (2d) 17	386, 395
R. v. Harrer	[1995] 3 S.C.R. 562	49
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	28, 532
R. v. Hess	[1990] 2 S.C.R. 906	385
R. v. Hibbert	[1995] 2 S.C.R. 973	448
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621	20
R. v. Janeteas	(2003), 172 C.C.C. (3d) 97	441, 462
R. v. Kay	[1958] O.J. No. 467 (QL)	389
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	141, 460
R. v. Ladouceur	[1990] 1 S.C.R. 1257	20
R. v. Lavallee	[1980] O.J. No. 540 (QL)	534
R. v. Law	[2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10	47
R. v. Lépine	[1993] R.J.Q. 88	388
R. v. Lippé	[1991] 2 S.C.R. 114	493
R. v. Loftus	(1926), 45 C.C.C. 390	396
R. v. Lucas	(1987), 34 C.C.C. (3d) 28	388
R. v. M.C.W.	(2002), 169 B.C.A.C. 128, 2002 BCCA	341
	534
R. v. MacDonald	(1952), 102 C.C.C. 337	396
R. v. Mann	[2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52	43
R. v. Manuel	(1960), 128 C.C.C. 383	386, 395
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	231, 266
R. v. Mentuck	[2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76	195
R. v. Milne	(1996), 107 C.C.C. (3d) 118	32
R. v. Morehouse	(1982), 65 C.C.C. (2d) 231	386
R. v. Nikal	[1996] 1 S.C.R. 1013	241
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	97
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	31
R. v. Ouellette	(1997), 200 A.R. 363	534
R. v. Plank	(1986), 28 C.C.C. (3d) 386	376
R. v. Quinton	[1947] S.C.R. 234	388
R. v. Regan	[2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12	96
R. v. Rinnie	[1970] 3 C.C.C. 218	391
R. v. Rowley	(1999), 140 C.C.C. (3d) 361	387
R. v. Roy	(1997) 28 M.V.R. (3d) 313	32
R. v. Roy	(1997), 117 C.C.C. (3d) 243	32
R. v. S. (M.)	[1994] B.C.J. No. 1028 (QL)	383
R. v. S. (M.)	(1996), 111 C.C.C. (3d) 467	383
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	495
R. v. Sansregret	[1985] 1 S.C.R. 570	445
R. v. Saunders	(1988), 41 C.C.C. (3d) 532	24
R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs	[1982] 1 Q.B. 892	257
R. v. Seo	(1986), 25 C.C.C. (3d) 385	30

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2 ... 128, 441, 459	
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	20
R. v. Simpson (No. 2)	(1981), 58 C.C.C. (2d) 122	386, 395
R. v. Sioui	[1990] 1 S.C.R. 1025	259
R. v. Smith	(1996), 105 C.C.C. (3d) 58	25
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	241
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	45
R. v. Taylor	(1991), 66 C.C.C. (3d) 262	387
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	20
R. v. Thomsen	[1988] 1 S.C.R. 640	20, 40, 214
R. v. Tremblay	(1995), 21 M.V.R. (3d) 201	43
R. v. Tremblay	(1995), 105 C.C.C. (3d) 91	43
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	241, 272
R. v. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299	397
R. v. Walia (No. 1)	(1975), 9 C.R. (3d) 293	460
R. v. Waterfield	[1963] 3 All E.R. 659	41
R. v. Webber	(1995), 102 C.C.C. (3d) 248	387
R. v. White	[1998] 2 S.C.R. 72	530
R. v. Wilmot	[1940] S.C.R. 53	387
R. v. Woods	[1969] 1 Q.B. 447	389
R. v. Wray	[1971] S.C.R. 272	46
Re Regina and R.I.C.	(1986), 32 C.C.C. (3d) 399	398
Red House Farms (Thorndon) Ltd. v. Catchpole	[1977] E.G.D. 798	245
Reference re Anti-Inflation Act	[1976] 2 S.C.R. 373	309
Reference re Firearms Act (Can.)	[2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31	488
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	497
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	300, 493
Reference re Same-Sex Marriage	[2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79	676
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	497
Reference re The Employment and Social Insurance Act	[1936] S.C.R. 427	680
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 S.C.R. 297	488
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation	[1976] 2 R.C.S. 373	309
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)	[2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31	488
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	300, 493
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	497
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 R.C.S. 297	488
Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe	[2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79	677
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	497
Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide	I.C.J. Reports 1951, p. 15	135
Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide	C.I.J. Recueil 1951, p. 15	135
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	737
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	497
Rothman c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 640	532
Rothman v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 640	532

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
S		
Sabour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	[2000] A.C.F. n° 1615 (QL)	145
Sabour v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)	(2000), 9 Imm. L.R. (3d) 61	145
Salama v. Placements Triar inc.	[2002] Q.J. No. 3372 (QL)	577
Saumur v. City of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 299	679
Schachter v. Canada	[1988] 3 F.C. 515	700
Schreiber c. Canada (Procureur général)	[2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62	550
Schreiber v. Canada (Attorney General)	[2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62	550
Seechurn v. ACE Insurance S.A.-N.V.	[2002] 2 Lloyd's L.R. 390, [2002] EWCA Civ 67	84
Shell Canada Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 622	599, 611
Shell Canada Ltée c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 622	599, 611
Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada	[1949] S.C.R. 187	578
Simmons c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	[2002] A.C.F. n° 1155 (QL), 2002 CFPI 866	723
Simmons v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(2002), 221 F.T.R. 303, 2002 FCT 866	723
Singh c. Canada (Procureur général)	[2000] 3 C.F. 185	499
Singh v. Canada (Attorney General)	[2000] 3 F.C. 185	499
Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1994] 1 C.F. 433	145
Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1994] 1 F.C. 433	145
Snow v. Kashyap	(1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182	68
Société St-Jean-Baptiste de Montréal v. Hervieux-Payette	[2002] R.J.Q. 1669	143
Sous-ministre du Revenu c. Rainville	[1980] 1 R.C.S. 35	573
Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.	[2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78	413
St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen	(1887), 13 S.C.R. 577	277
Stewart v. Canada	[2002] 2 S.C.R. 645, 2002 SCC 46	599
Structal (1982) inc. v. Fernand Gilbert ltée	[1998] R.J.Q. 2686	573
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536	612
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	423
Surrendra Overseas Ltd. v. Government of Sri Lanka	[1977] 2 All E.R. 481	76
T		
Tennant c. M.R.N.	[1996] 1 R.C.S. 305	599
Tennant v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 305	599
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immi- gration)	[1991] 2 R.C.S. 22	680
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission)	[1991] 2 S.C.R. 22	680
The "August Leonhardt"	[1985] 2 Lloyd's L.R. 28	81
The "Indian Grace"	[1998] 1 Lloyd's L.R. 1	81
The "Vistafjord"	[1988] 2 Lloyd's L.R. 343	81
Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario	[2000] O.J. No. 2398 (QL)	200
Tousignant v. The Queen	(1960), 130 C.C.C. 285	388, 395
Trépanier v. Plamondon	[1985] C.A. 242	578

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Trib. corr. Auxerre, February 24, 1953	Rev. gén. ass. terr. 1953.190	593
Troop v. Gibson	[1986] 1 E.G.L.R. 1	82
U		
Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia	[2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40	487
United States of America v. Dynar	[1997] 2 S.C.R. 462	447
V		
Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	300, 493
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	300, 493
Vancouver City Savings Credit Union v. Norenger Development (Canada) Inc.	[2002] B.C.J. No. 1417 (QL), 2002 BCSC 934	85
Vancouver Sun (Re)	[2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43	199
W		
W. T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners	[1981] 1 All E.R. 865	615
Waschkowski v. Hopkinson Estate	(2000), 47 O.R. (3d) 370	71
Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada	[2003] 2 F.C. 25, 2002 FCA 291	632
Wells c. Terre-Neuve	[1999] 3 R.C.S. 199	495
Wells v. Newfoundland	[1999] 3 S.C.R. 199	495
Wewaykum Indian Band v. Canada	[2003] 2 S.C.R. 259, 2003 SCC 45	97
Wheaton v. Palmer	(2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 304	77
Williams v. Canada	[1992] 1 S.C.R. 877	680
Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] A.C.F. n° 24 (QL)	723
Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] A.C.F. n° 980 (QL), 2002 CFPI 625	723
Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(1998), 141 F.T.R. 62	723
Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(2002), 220 F.T.R. 137, 2002 FCT 625	723
W		
Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Ligne N.V.	[2003] 1 S.C.R. 450, 2003 SCC 27	414

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Act respecting industrial accidents and occupational diseases</i> , R.S.Q., c. A-3.001		<i>Constitution Act, 1982</i>	
s. 316	564	preamble	473
<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	
s. 54	564	s. 7(3.76)	100
B			
<i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-3		s. 7(3.77)	100
s. 97(3)	564	s. 253	3
ss. 136 to 147	564	s. 254	3
C			
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 254(2)	205
s. 1	3, 473	s. 318(1)	100
s. 2(b)	188	s. 319	100
s. 7	519	s. 464	432
s. 10	3	s. 464(a)	100
s. 11(d)	473	s. 487.3	188
s. 11(g)	473	<i>Crown Lands Act</i> , R.S.N.S. 1989, c. 114	
s. 24(2)	3	s. 29	220
<i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64		<i>Crown Lands and Forests Act</i> , S.N.B. 1980, c. C-38.1	
art. 3135	401	s. 67(1)(c)	220
art. 3139	401	E	
art. 3148, para. 2	401	<i>Employment Insurance Act</i> , S.C. 1996, c. 23	
<i>Constitution Act, 1867</i>		s. 22	669
preamble	473	s. 23	669
s. 91(2A)	669	F	
s. 91(21)	564	<i>Federal Court Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-7	
s. 92	473	s. 18.1(4)	100
s. 92(13)	669	H	
s. 92(16)	669	<i>Highway Traffic Act</i> , S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60	
ss. 96-100	473	s. 76.1(1)	3
I			
		<i>Immigration Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-2	
		s. 19(1)(a)	706
		s. 19(1)(j)	100
		s. 27(1)	100

	PAGE		PAGE
		P	
<i>Immigration and Refugee Protection Act</i> , S.C. 2001, c. 27		<i>Provincial Offences Act</i> , R.S.O. 1990, c. P.33	188
s. 38(1)	706		
s. 64(1)	539		
s. 196	539		
		S	
<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)		<i>Survival of Actions Act</i> , R.S.N.L. 1990, c. S-32	
s. 18(13)	643	s. 2	53
s. 96	643	s. 5	53
s. 245	601, 643	s. 8(1)	53
L			
<i>Limitations Act</i> , S.N.L. 1995, c. L-16.1		T	
s. 5	53	<i>Taxation Act</i> , R.S.Q., c. I-3	
s. 16	53	s. 128	598
		s. 160	598
		<i>Tobacco Damages and Health Care Costs</i> <i>Recovery Act</i> , S.B.C. 2000, c. 30	473

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		art. 92	473
art. 1	3, 473	art. 92(13)	669
art. 2b)	188	art. 92(16)	669
art. 7	519	art. 96 à 100	473
art. 10	3	<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	
art. 11d)	473	préambule	473
art. 11g)	473	<i>Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985,</i>	
art. 24(2)	3	ch. 1 (5 ^e suppl.)	
<i>Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64</i>		art. 18(13)	643
art. 3135	401	art. 96	643
art. 3139	401	art. 245	601, 643
art. 3148, al. 2	401	<i>Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996,</i>	
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46</i>		ch. 23	
art. 7(3.76)	100	art. 22	669
art. 7(3.77)	100	art. 23	669
art. 253	3	<i>Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2</i>	
art. 254	3	art. 19(1a)	706
art. 254(2)	205	art. 19(1j)	100
art. 318(1)	100	art. 27	100
art. 319	100	<i>Loi sur l'immigration et la protection des</i>	
art. 464	432	<i>réfugiés, L.C. 2001, ch. 27</i>	
art. 464a)	100	art. 38(1)	706
art. 487.3	188	art. 64(1)	539
<i>Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3,</i>		art. 196	539
C.P.L.M. ch. H60		<i>Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985,</i>	
art. 76.1(1)	3	ch. F-7	
<i>Crown Lands Act, R.S.N.S. 1989, ch. 114</i>		art. 18.1(4)	100
art. 29	220	<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C.</i>	
L			
<i>Limitations Act, S.N.L. 1995, ch. L-16.1</i>		1985, ch. B-3	
art. 5	53	art. 97(3)	564
art. 16	53	art. 136 à 147	564
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		<i>Loi sur les accidents du travail et les maladies</i>	
préambule	473	<i>professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001</i>	
art. 91(2A)	669	art. 316	564
art. 91(21)	564	<i>Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3</i>	
		art. 128	598
		art. 160	598

	PAGE		PAGE
<i>Loi sur les infractions provinciales</i> , L.R.O. 1990, ch. P.33	188	S	
<i>Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction</i> , L.R.Q., ch. R-20 art. 54	564	<i>Survival of Actions Act</i> , R.S.N.L. 1990, ch. S-32 art. 2	53
		art. 5	53
		art. 8(1)	53
<i>Loi sur les terres et forêts de la Couronne</i> , L.N.-B. 1980, ch. C-38.1 art. 67(1)c)	220	T	
		<i>Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act</i> , S.B.C. 2000, ch. 30	473

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Alexander, Larry, and Kimberly D. Kessler. “Mens Rea and Inchoate Crimes” (1997), 87 <i>J. Crim. L. & Criminology</i> 1138.	444
Ashworth, Andrew. <i>Principles of Criminal Law</i> , 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.	465
Bachand, Frédéric. « L’efficacité en droit québécois d’une convention d’arbitrage ou d’élection de for invoquée à l’encontre d’un appel en garantie » (2004), 83 <i>R. du B. can.</i> 515.	424
Bassiouni, M. Cherif. <i>Crimes Against Humanity in International Criminal Law</i> , 2nd rev. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999.	153
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	576
Bélanger, André. <i>Essai d’une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois</i> . Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2004.	582
Bélanger, André. « L’application en droit civil québécois de l’inapplicable <i>equitable set-off</i> de <i>common law</i> » (1999), 78 <i>R. du B. can.</i> 486.	593
Bergeron, Jean-Guy. <i>Les contrats d’assurance (terrestre) — lignes et entre-lignes</i> , t. 1. Sherbrooke : Éditions SEM, 1989.	578
Bertrand, Charles-Auguste. « Effets des subrogations et des transports aux assureurs » (1953), 13 <i>R. du B.</i> 285.	578
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 8th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004, “inchoate crime”.	456
Borrows, John. “Creating an Indigenous Legal Community” (2005), 50 <i>McGill L.J.</i> 153.	272
Bower, George Spencer. <i>The Law Relating to Estoppel by Representation</i> , 4th ed. by P. Feltham, D. Hochberg and T. Leech. London: LexisNexis UK, 2004.	58
British Columbia. <i>Debates of the Legislative Assembly</i> , vol. 20, No. 6, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, p. 16314.	485
Brun, Henri, et Guy Tremblay. <i>Droit constitutionnel</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.	692
Campeau, Georges. <i>De l’assurance-chômage à l’assurance-emploi : L’histoire du régime canadien et de son détournement</i> . Montréal : Boréal, 2001.	696
Campeau, Georges. <i>From UI to EI: Waging War on the Welfare State</i> . Translated by Richard Howard. Vancouver: UBC Press, 2005.	696
Canada. Archives publiques. <i>Documents relatifs à l’histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791, choisis et édités avec notes par Adam Shortt et Arthur G. Doughty</i> , 2 ^e éd. rév. par le Bureau de publication des documents historiques, Première partie. Ottawa : Imprimeur du Roi, 1921.	259

Canada. Canadian Archives. <i>Documents Relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791, Selected and Edited with Notes by Adam Shortt and Arthur G. Doughty</i> , 2nd and rev. ed. by the Historical Documents Publication Board, Part I. Ottawa: King's Printer, 1918.	259
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, <i>Témoignages</i> , 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., séance n° 22, 8 mai 2001 (en ligne).	547
Canada. Chambre des communes. Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration</i> , fascicule n° 9, 3 décembre 1970, p. 9 : 29.	683
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration</i> , fascicule n° 11, 5 avril 1977, p. 11A : 105, 11A : 106, 11A : 107.	727, 743
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration</i> , fascicule n° 42, 28 juin 1977, p. 42 : 76.	728, 743
Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. <i>Égalité pour tous</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1985.	686
Canada. Comité d'enquête relatif à la <i>Loi sur l'assurance-chômage</i> . <i>Rapport du Comité d'enquête relatif à la Loi sur l'assurance-chômage</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1962.	681
Canada. Commission d'enquête sur l'assurance-chômage. <i>Rapport de la Commission d'enquête sur l'assurance-chômage</i> . Ottawa : La Commission, 1986.	701
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 45. <i>La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives</i> . Ottawa : La Commission, 1985.	456
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Rapport sur les infractions sexuelles</i> . Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1978.	384
Canada. Commission of Inquiry on Unemployment Insurance. <i>Report of Commission of Inquiry on Unemployment Insurance</i> . Ottawa: The Commission, 1986.	701
Canada. Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada</i> . Ottawa : La Commission, 1970.	685
Canada. Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces. <i>Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces</i> , vol. II. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1940.	698
Canada. Committee of Inquiry into the <i>Unemployment Insurance Act</i> . <i>Report of the Committee of Inquiry into the Unemployment Insurance Act</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1962.	681
Canada. Department of Finance. <i>Explanatory Notes to Legislation Relating to Income Tax</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1988.	612
Canada. Department of Labour. <i>Unemployment insurance in the 70's</i> . Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1970.	682
Canada. Department of Manpower and Immigration. <i>White Paper on Immigration</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1966.	726
Canada. Emploi et Immigration Canada. <i>L'Assurance-chômage dans les années 1980</i> . Ottawa : Emploi et Immigration Canada, 1981.	685
Canada. Employment and Immigration Canada. <i>Unemployment Insurance in the 1980s</i> . Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1981.	685

Canada. Health and Welfare. Medical Services Branch. <i>Medical Officer's Handbook: Immigration Medical Service</i> , Section III, "Assessing System and Method". Ottawa: Health and Welfare Canada, 1992 (loose-leaf amended October 1995).	742
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration</i> , Issue No. 11, April 5, 1977, pp. 11A:42, 11A:43.	727, 743
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration</i> , Issue No. 42, June 28, 1977, p. 42:76.	728, 743
Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration, <i>Evidence</i> , 1 st Sess., 37th Parl., Meeting No. 22, May 8, 2001 (online).	547
Canada. House of Commons. Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration</i> , Issue No. 9, December 3, 1970, p. 9 : 28.	683
Canada. House of Commons. Sub-committee on Equality Rights. <i>Equality for All</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1985.	686
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Sexual Offences</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1978.	384
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 45. <i>Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences</i> . Ottawa: The Commission, 1985.	443
Canada. Ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration. <i>Livre blanc sur l'immigration</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.	726
Canada. Ministère des Finances. <i>Notes explicatives sur le projet de loi concernant l'impôt sur le revenu</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1988.	612
Canada. Ministère du Travail. <i>L'assurance-chômage au cours des années 70</i> . Ottawa : Emploi et Immigration Canada, 1970.	682
Canada. <i>Report of the Study for Updating the Unemployment Insurance Programme</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1968.	682
Canada. Royal Commission on Dominion-Provincial Relations. <i>Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations</i> , vol. II. Ottawa: Queen's Printer, 1940.	685
Canada. Royal Commission on the Status of Women in Canada. <i>Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada</i> . Ottawa: The Commission, 1970.	698
Canada. Santé et Bien-être social. Direction générale des services médicaux. <i>Guide du médecin : Service médical de l'immigration</i> , Section III, « Système et méthode d'évaluation ». Ottawa : Santé et Bien-être social Canada, 1992 (feuilles mobiles).	742
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2004, "counsel", "incite", "procure", "solicit".	456
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2004, "forthwith".	210
Carbonneau, Thomas E. <i>The Law and Practice of Arbitration</i> . Huntington, N.Y.: Juris Publishing, 2004.	424
<i>Chitty on Contracts</i> , vol. 1, 29th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.	80
Ciotola, Pierre. <i>Droit des sûretés</i> , 3 ^e éd. Montréal : Éditions Thémis, 1999.	576
Colombie-Britannique. <i>Debates of the Legislative Assembly</i> , vol. 20, n ^o 6, 4 ^e sess., 36 ^e lég., 7 juin 2000, p. 16314.	485

	PAGE
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.	465
<i>Concise Oxford English Dictionary</i> , 11th ed. New York: Oxford University Press, 2004, “grant”.	548
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 1999.	423, 550
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	423, 550
Dawson, T. Brettel. “Estoppel and obligation: the modern role of estoppel by convention” (1989), 9 <i>L.S.</i> 16.	79
Deslauriers, Jacques. <i>Précis de droit des sûretés</i> . Montréal : Wilson et Lafleur, 1990.	576
Dressler, Joshua. <i>Understanding Criminal Law</i> , 3rd ed. New York: Lexis, 2001.	465
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	545, 737
<i>Droit civil québécois</i> , t. 6. Comité de rédaction, Denys-Claude Lamontagne et autres. Montréal : Dacfo, 1993 (feuilles mobiles mises à jour mai 2003).	576
Duboc, Guy. <i>La compensation et les droits des tiers</i> . Paris : L.G.D.J., 1989.	582
Duff, David G. “Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada: <i>OSFC Holdings Ltd. v. The Queen</i> ” (2003), 57 <i>I.B.F.D. Bulletin</i> 278.	615
Edinger, Elizabeth. “Retrospectivity in Law” (1995), 29 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 5.	502
Elliot, Robin. “References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada’s Constitution” (2001), 80 <i>Can. Bar Rev.</i> 67.	497
Emanuelli, Claude. <i>Droit international privé québécois</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 2001.	414
Ewaschuk, E. G. <i>Criminal Pleadings & Practice in Canada</i> , vol. 1, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated May 2005).	396
Frémont, Jacques. « Assurance-chômage, maternité et adoption : les récentes modifications et leur validité » (1982-83), 17 <i>R.J.T.</i> 497.	685
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Contract in Canada</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.	58
Friedland, Martin Lawrence, and Kent Roach. <i>Criminal Law and Procedure: Cases and Materials</i> , 8th ed. Toronto: Emond Montgomery, 1997.	444
Glenn, H. Patrick. « Droit international privé », dans <i>La réforme du Code civil</i> , t. 3, <i>Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires</i> . Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l’Université Laval, 1993, 669.	417
Gloin, Peter J. “Included Offences” (1961-62), 4 <i>Crim. L.Q.</i> 160.	388
Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. <i>Droit international privé</i> , t. 1, <i>Théorie générale</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	414
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 ^e éd. Paris : Le Robert, 2001 « amener », « conseiller », « inciter ».	442
Guillemard, Sylvette. « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen », <i>E.J.C.L.</i> , vol. 8.2, juin 2004, http://www.ejcl.org/82/art82-1.html	415
Hepburn, Samantha. “Feudal Tenure and Native Title: Revising an Enduring Fiction” (2005), 27 <i>Sydney L. Rev.</i> 49.	272

Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2003, release 1).	501
Hogg, Peter W., and Cara F. Zwiabel. "The Rule of Law in the Supreme Court of Canada" (2005), 55 <i>U.T.L.J.</i> 715.	498
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002.	622
Ingram, Martin. <i>Church Courts, Sex and Marriage in England, 1570-1640</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 1990.	382
Issalys, Pierre, and Gaylord Watkins. <i>Unemployment Insurance Benefits: A Study of Administrative Procedure in the Unemployment Insurance Commission</i> . Study prepared for the Law Reform Commission of Canada. Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1977.	685
Issalys, Pierre, et Gaylord Watkins. <i>Les prestations d'assurance-chômage : une étude de la procédure administrative à la Commission d'assurance-chômage</i> . Étude effectuée pour la Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa : Commission de réforme du droit du Canada, 1977.	685
Jodlowski, Jerzy. « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », <i>R.C.A.D.I.</i> 1974 (III), vol. 143, 475.	415
Kelley, Ninette, and Michael Trebilcock. <i>The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1998.	726
LaFave, Wayne R. <i>Substantive Criminal Law</i> , 2nd ed., vol. 2. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2003.	465
Ledoux, Simon. <i>L'influence du droit constitutionnel dans l'émergence et l'évolution du droit aux prestations de maternité, d'adoption et parentales au sein de la Loi sur l'assurance-chômage</i> . Montréal : Faculté des études supérieures, Université de Montréal, octobre 1991.	695
Lemieux, Marc. « La compensation dans un contexte de proposition et de faillite » (1999), 59 <i>R. du B.</i> 321.	593
Lluelles, Didier. <i>Précis des assurances terrestres</i> , 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 1999.	578
McNeil, Kent. <i>Common Law Aboriginal Title</i> . Oxford: Clarendon Press, 1989.	242
<i>Merriam-Webster's Collegiate Dictionary</i> , 10th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1994, "unemployment insurance".	697
Mestre, Jacques. <i>La subrogation personnelle</i> . Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.	577
Mettraux, Guénaél. « Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda » (2002), 43 <i>Harv. Int'l L.J.</i> 237.	158
Mew, Graeme. <i>The Law of Limitations</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.	66
Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. <i>Note explicative du Secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international</i> , Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I.	423
Newman, Warren J. "The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation" (2005), 16 <i>N.J.C.L.</i> 175.	499
<i>Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « chômage », « chôme », « chômeur ».	697
<i>Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « immédiatement ».	210

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. <i>Théorie des obligations</i> , 4 ^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001.	576
Prujiner, Alain. « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », <i>Rev. arb.</i> 1987.425.	423
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice</i> , t. II, <i>Le Code civil du Québec : Un mouvement de société</i> . Québec : Publications du Québec, 1993.	415
Roach, Kent. <i>Criminal Law</i> , 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2004.	465
Salhany, Roger E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.	396
Salhany, Roger E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated May 2005).	388
Smith, John. <i>Smith & Hogan Criminal Law</i> , 9th ed. London: Butterworths, 1999.	465
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.	445, 465
Sullivan, R. E. "Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces" (1985), <i>7 Sup. Ct. L. Rev.</i> 511. ...	488
Talpis, J. A., and J.-G. Castel. "Interpreting the rules of private international law", in <i>Reform of the Civil Code</i> , vol. 5 B, <i>Private International Law</i> . Translated by Susan Altschul. Text written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montreal: Barreau du Québec, 1993.	413
Talpis, J. A., et J.-G. Castel. « Le Code Civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans <i>La réforme du Code civil</i> , t. 3, <i>Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires</i> . Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 801.	413
Talpis, J. A., with the collaboration of Shelley L. Kath. <i>If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas? Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation</i> . Montréal: Thémis, 2001.	418
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations : actes et responsabilités</i> , 6 ^e éd. Montréal : Wilson et Lafleur, 1997. ...	577
<i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 13. Par Hervé Roch et Rodolphe Paré. Montréal : Wilson et Lafleur, 1952.	576
United Nations. Commission on International Trade Law. <i>Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration</i> , U.N. Doc. A/40/17 (1985), Annex I.	423
van den Berg, Albert Jan. "Court Decisions on the New York Convention 1958" (1996), <i>21 Y.B. Comm. Arb.</i> 394.	425
van den Berg, Albert Jan. <i>The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation</i> . The Hague: T.M.C. Asser Institute, 1981.	424
Wilken, Sean. <i>Wilken and Villiers: The Law of Waiver, Variation and Estoppel</i> , 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.	80
Williams, Glanville. "Included Offences" (1991), <i>55 J. Crim. L.</i> 234.	380
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens, 1983.	465
Wood, Roderick J. "Turning Lead into Gold: The Uncertain Alchemy of 'All Obligations' Clauses" (2003), <i>41 Alta. L. Rev.</i> 801.	589

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Canada Trustco Mortgage
Company** *Respondent*

**INDEXED AS: CANADA TRUSTCO MORTGAGE CO. v.
CANADA**

Neutral citation: 2005 SCC 54.

File No.: 30290.

2005: March 8; 2005: October 19.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Income tax — Tax avoidance — Interpretation and application of general anti-avoidance rule — Mortgage company claiming substantial capital cost allowance following sale-leaseback transactions involving trailers — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefit — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 245.

CTMC carries on business as a mortgage lender, and as part of its business operations, it obtains large revenues from leased assets. CTMC purchased a number of trailers which it then circuitously leased back to the vendor in order to offset revenue from its leased assets by claiming a substantial capital cost allowance (“CCA”) on the trailers for the 1997 taxation year. This arrangement allowed CTMC to defer paying taxes on the amount of profits reduced by the CCA deductions, which would be subject to recapture into income when the trailers were disposed of at a future date. The Minister of National Revenue reassessed CTMC and disallowed the CCA claim. On appeal, the Tax Court of Canada set aside the Minister’s decision. The court found that the transaction fell within the spirit and purpose of the CCA provisions of the *Income Tax Act*, and concluded that the general anti-avoidance rule (“GAAR”) in s. 245 of the Act did not apply to deny the tax benefit. The Federal Court of Appeal affirmed the Tax Court’s decision.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Hypothèques Trustco
Canada** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : HYPOTHÈQUES TRUSTCO CANADA c.
CANADA**

Référence neutre : 2005 CSC 54.

N° du greffe : 30290.

2005 : 8 mars; 2005 : 19 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Interpretation et application de la règle générale anti-évitement — Entreprise de crédit hypothécaire demandant une importante déduction pour amortissement à la suite d’opérations de cession-bail portant sur des remorques — La règle générale anti-évitement permet-elle de supprimer l’avantage fiscal? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 245.

HTC est une entreprise de crédit hypothécaire qui, dans le cadre de ses activités commerciales, tire d’importants revenus de biens loués. HTC a acheté un certain nombre de remorques qu’elle a ensuite louées, de façon indirecte, au vendeur afin de compenser ses revenus de location en demandant, pour les remorques, une importante déduction pour amortissement (« DPA ») pour l’année d’imposition 1997. Ce mécanisme a permis à HTC de reporter le paiement d’impôt sur le montant des profits réduit par les DPA qui pourrait être récupéré dans le revenu lors de la disposition ultérieure des remorques. Le ministre du Revenu national a fait parvenir à HTC une nouvelle cotisation et a rejeté la demande de DPA. En appel, la Cour canadienne de l’impôt (« Cour de l’impôt ») a annulé la décision du ministre. La cour a estimé que l’opération était conforme à l’esprit et à l’objet des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* relatives aux DPA, et a conclu que la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») énoncée à l’art. 245 de la Loi ne permettait pas de supprimer l’avantage fiscal. La Cour d’appel fédérale a confirmé la décision de la Cour de l’impôt.

Held: The appeal should be dismissed.

The application of the GAAR involves three steps. It must be determined: (1) whether there is a tax benefit arising from a transaction or series of transactions within the meaning of s. 245(1) and (2) of the *Income Tax Act*; (2) whether the transaction is an avoidance transaction under s. 245(3), in the sense of not being “arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit”; and (3) whether there was abusive tax avoidance under s. 245(4), in the sense that it cannot be reasonably concluded that a tax benefit would be consistent with the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer. The burden is on the taxpayer to refute points (1) and (2), and on the Minister to establish point (3). Since the Crown has agreed with the Tax Court’s finding that there was a tax benefit and an avoidance transaction, the only issue in this case is whether there was abusive tax avoidance under s. 245(4). [17] [66-67]

Section 245(4) imposes a two-part inquiry. First, the courts must conduct a unified textual, contextual and purposive analysis of the provisions giving rise to the tax benefit in order to determine why they were put in place and why the benefit was conferred. The goal is to arrive at a purposive interpretation that is harmonious with the provisions of the Act that confer the tax benefit, read in the context of the whole Act. Second, the court must examine the factual context of the case in order to determine whether the avoidance transaction defeated or frustrated the object, spirit or purpose of the provisions in issue. Whether the transactions were motivated by any economic, commercial, family or other non-tax purpose may form part of the factual context that the courts may consider in the analysis of abusive tax avoidance allegations under s. 245(4). However, any finding in this respect would form only one part of the underlying facts of a case, and would be insufficient by itself to establish abusive tax avoidance. The central issue is the proper interpretation of the relevant provisions in light of their context and purpose. Abusive tax avoidance may be found where the relationships and transactions as expressed in the relevant documentation lack a proper basis relative to the object, spirit or purpose of the provisions that are purported to confer the tax benefit, or where they are wholly dissimilar to the relationships or transactions contemplated by the provisions. In the end, if the existence of abusive tax avoidance is unclear, the benefit of the doubt goes to the taxpayer. [55] [58] [66]

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L’application de la RGAÉ comporte trois étapes. Il faut déterminer (1) s’il existe un avantage fiscal découlant d’une opération ou d’une série d’opérations au sens des par. 245(1) et (2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, (2) si l’opération constitue une opération d’évitement visée par le par. 245(3), en ce sens qu’elle n’a pas été « principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable », et (3) s’il y a eu un évitement fiscal abusif visé par le par. 245(4), en ce sens qu’il n’est pas raisonnable de conclure qu’un avantage fiscal serait conforme à l’objet ou à l’esprit des dispositions invoquées par le contribuable. Il incombe au contribuable de démontrer l’inexistence des deux premières conditions, et au ministre d’établir l’existence de la troisième condition. Étant donné que la Couronne a accepté la conclusion de la Cour de l’impôt selon laquelle il y avait avantage fiscal et opération d’évitement, la seule question qui se pose en l’espèce est de savoir s’il y a eu évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). [17] [66-67]

Le paragraphe 245(4) prescrit un examen en deux étapes. Premièrement, les tribunaux doivent effectuer une analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions qui génèrent l’avantage fiscal afin de déterminer pourquoi elles ont été édictées et pourquoi l’avantage a été conféré. Le but est d’en arriver à une interprétation téléologique qui s’harmonise avec les dispositions de la Loi conférant l’avantage fiscal, lorsque ces dispositions sont lues dans le contexte de l’ensemble de la Loi. Deuxièmement, les tribunaux doivent examiner le contexte factuel de l’affaire pour déterminer si l’opération d’évitement contrecarrait l’objet ou l’esprit des dispositions en cause. La question de savoir si les opérations obéissaient à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d’autres motivations non fiscales peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d’évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4). Cependant, toute conclusion à cet égard ne constituerait qu’un élément des faits qui sous-tendent l’affaire et serait insuffisante en soi pour établir l’existence d’un évitement fiscal abusif. La question centrale est celle de l’interprétation que les dispositions pertinentes doivent recevoir à la lumière de leur contexte et de leur objet. On peut conclure à l’existence d’un évitement fiscal abusif si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à l’objet ou à l’esprit des dispositions censées conférer l’avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions. En définitive, s’il n’est pas certain qu’il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable. [55] [58] [66]

Once the provisions of the *Income Tax Act* are properly interpreted, it is a question of fact for the Tax Court judge whether the Minister, in denying the tax benefit, has established abusive tax avoidance under s. 245(4). Provided the Tax Court judge has proceeded on a proper construction of the provisions of the Act and on findings supported by the evidence, appellate tribunals should not interfere, absent a palpable and overriding error. [46]

Here, the Tax Court judge's decision must be upheld. His conclusions were based on a correct view of the law and were grounded in the evidence. The transaction at issue was not so dissimilar from an ordinary sale-leaseback as to take it outside the object, spirit or purpose of the relevant CCA provisions of the Act. The purpose of the CCA provisions of the Act, as applied to sale-leaseback transactions, was, as found by the Tax Court judge, to permit the deduction of a CCA based on the cost of the assets acquired. This purpose emerges clearly from the scheme of the Act's CCA provisions as a whole. The Minister's suggestion that the usual result of the CCA provisions of the Act should be overridden by s. 245(4) in the absence of real financial risk or "economic cost" in the transaction must be rejected. This suggestion distorts the purpose of the CCA provisions by reducing them to apply only when sums of money are at economic risk. The applicable CCA provisions of the Act do not refer to economic risk. They refer only to "cost" and in view of the text and context of the CCA provisions, they use "cost" in the well-established sense of the amount paid to acquire the assets. Where Parliament has wanted to introduce economic risk into the meaning of cost related to CCA provisions, it has done so expressly. [74-75] [78] [80]

Cases Cited

Not followed: *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288, 2001 FCA 260; **referred to:** *Mathew v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 643, 2005 SCC 55; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Craven v. White*, [1989] A.C. 398; *W. T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 1 All E.R. 865; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, [2003] 2 F.C. 25, 2002 FCA 291.

Une fois que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont interprétées correctement, la question de fait à laquelle doit répondre le juge de la Cour de l'impôt est de savoir si, en supprimant l'avantage fiscal, le ministre a établi l'existence d'un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). Pourvu que le juge de la Cour de l'impôt se soit fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la Loi et sur des conclusions étayées par la preuve, les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir en l'absence d'erreur manifeste et dominante. [46]

En l'espèce, la décision du juge de la Cour de l'impôt doit être maintenue. Ses conclusions reposaient sur une bonne conception du droit applicable et sur la preuve. L'opération en cause ne différait pas d'une cession-bail ordinaire au point de s'écarter de l'objet et de l'esprit des dispositions de la Loi qui s'appliquent en matière de DPA. L'objet des dispositions de la Loi relatives aux DPA, en ce qui concerne les opérations de cession-bail, était, comme l'a conclu le juge de la Cour de l'impôt, de permettre une DPA fondée sur le coût des biens acquis. Cet objet ressort clairement de l'économie des dispositions de la Loi relatives aux DPA considérées dans leur ensemble. Il faut rejeter l'idée du ministre selon laquelle le résultat habituel des dispositions de la Loi relatives aux DPA devrait être écarté par le par. 245(4) dans le cas où l'opération ne comporte aucun risque financier ou « coût économique » véritable. Cette idée fausse l'objet des dispositions relatives aux DPA en limitant l'application de ces dispositions aux cas où des sommes d'argent sont exposées à un risque économique. Les dispositions de la Loi qui s'appliquent en matière de DPA ne parlent pas de risque économique. Elles ne mentionnent que le « coût » et, compte tenu du texte et du contexte des dispositions relatives aux DPA, elles emploient le mot « coût » dans le sens bien établi de somme payée pour acquérir les biens. Dans les cas où le législateur a voulu introduire la notion de risque économique dans le sens du coût visé par les dispositions relatives aux DPA, il l'a fait expressément. [74-75] [78] [80]

Jurisprudence

Arrêt non suivi : *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288, 2001 CAF 260; **arrêts mentionnés :** *Mathew c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 643, 2005 CSC 55; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Craven c. White*, [1989] A.C. 398; *W. T. Ramsay Ltd. c. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 1 All E.R. 865; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, [2003] 2 C.F. 25, 2002 CAF 291.

Statutes and Regulations Cited

Budget Implementation Act, 2004, No. 2, S.C. 2005, c. 19, s. 52.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 13(7.1), (7.2), 20(1)(a), 245(1) to (5), 248(10).

Authors Cited

Canada. Department of Finance. *Explanatory Notes to Legislation Relating to Income Tax*. Ottawa: Queen's Printer, 1988.
 Duff, David G. "Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada: *OSFC Holdings Ltd. v. The Queen*" (2003), 57 I.B.F.D. Bulletin 278.
 Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Rothstein, Evans and Pelletier J.J.A.) [2004] 2 C.T.C. 276, 2004 D.T.C. 6119, [2004] F.C.J. No. 249 (QL), 2004 FCA 67, affirming a decision of Miller J.T.C.C., [2003] 4 C.T.C. 2009, 2003 D.T.C. 587, [2003] T.C.J. No. 271 (QL), 2003 TCC 215. Appeal dismissed.

Graham Garton, Q.C., Anne-Marie Lévesque and Alexandra K. Brown, for the appellant.

Al Meghji, Monica Biringer and Gerald Grenon, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. —

1. Introduction

¹ This appeal and its companion case, *Mathew v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 643, 2005 SCC 55 (hereinafter "*Kaulius*"), raise the issue of the interplay between the general anti-avoidance rule ("GAAR") and the application of more specific provisions of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). The Act continues to permit legitimate tax minimization; traditionally, this has involved determining whether the taxpayer brought itself within the wording of the specific provisions relied on for

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 13(7.1), (7.2), 20(1)a), 245(1) à (5), 248(10).
Loi n^o 2 d'exécution du budget de 2004, L.C. 2005, ch. 19, art. 52.

Doctrine citée

Canada. Ministère des Finances. *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l'impôt sur le revenu*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1988.
 Duff, David G. « Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada : *OSFC Holdings Ltd. v. The Queen* » (2003), 57 I.B.F.D. Bulletin 278.
 Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Rothstein, Evans et Pelletier), [2004] 2 C.T.C. 276, 2004 D.T.C. 6119, [2004] A.C.F. n^o 249 (QL), 2004 CAF 67, confirmant une décision du juge Miller, [2003] 4 C.T.C. 2009, 2003 D.T.C. 587, [2003] A.C.I. n^o 271 (QL), 2003 CCI 215. Pourvoi rejeté.

Graham Garton, c.r., Anne-Marie Lévesque et Alexandra K. Brown, pour l'appelante.

Al Meghji, Monica Biringer et Gerald Grenon, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR —

1. Introduction

Le présent pourvoi et le pourvoi connexe *Mathew c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 643, 2005 CSC 55 (ci-après « *Kaulius* »), soulèvent la question de l'interaction entre la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») et l'application de dispositions plus précises de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.). La Loi permet toujours la réduction maximale légitime de l'impôt, ce qui oblige habituellement à déterminer si le contribuable s'est conformé au libellé

the tax benefit. Onto this scheme, the GAAR has superimposed a prohibition on abusive tax avoidance, with the effect that the literal application of provisions of the Act may be seen as abusive in light of their context and purpose. The task in this appeal is to unite these two approaches in a framework that reflects the intention of Parliament in enacting the GAAR and achieves consistent, predictable and fair results.

2. Facts

The respondent, Canada Trustco Mortgage Company ("CTMC"), carries on business as a mortgage lender. As part of its business operations, CTMC enjoyed large revenues from leased assets. In 1996 it purchased a number of trailers which it then circuitously leased back to the vendor, in order to offset revenue from its leased assets by claiming considerable capital cost allowance ("CCA") on the trailers in the amount of \$31,196,700 against \$51,787,114 for the 1997 taxation year. The essence of the transaction is explained in the memorandum of Michael Lough, CTMC's officer in charge of the recommendation to proceed: "The transaction provides very attractive returns by generating CCA deductions which can be used to shelter other taxable lease income generated by Canada Trust." This arrangement allowed CTMC to defer paying taxes on the amount of profits reduced by the CCA deductions which would be subject to recapture into income when the trailers were disposed of at a future date and presumably in excess of the amount claimed as CCA.

The details of the transaction are complex and described in greater detail in the Appendix. Briefly stated, on December 17, 1996, CTMC, with the use of its own money and a loan of approximately \$100 million from the Royal Bank of Canada, purchased trailers from Transamerica Leasing Inc. ("TLI") at fair market value of \$120 million. CTMC leased the trailers to Maple Assets Investments Limited ("MAIL") who in turn sub-leased them to TLI, the original owner. TLI then prepaid all amounts due to MAIL under the

des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal. À cette formule, la RGAÉ a superposé une interdiction d'évitement fiscal abusif, de sorte que l'application littérale de certaines dispositions de la Loi peut être perçue comme étant abusive à la lumière de leur contexte et de leur objet. Il s'agit, en l'espèce, de réunir ces deux approches dans un cadre qui reflète l'intention qu'avait le législateur en édictant la RGAÉ et qui donne des résultats uniformes, prévisibles et équitables.

2. Faits

L'intimée, Hypothèques Trustco Canada (« HTC »), est une entreprise de crédit hypothécaire. Dans le cadre de ses activités commerciales, HTC a tiré d'importants revenus de biens loués. En 1996, elle a acheté un certain nombre de remorques qu'elle a ensuite louées, de façon indirecte, au vendeur afin de compenser ses revenus de location en demandant, pour les remorques, une importante déduction pour amortissement (« DPA ») de 31 196 700 \$ applicable à une somme de 51 787 114 \$ pour l'année d'imposition 1997. L'essence de l'opération est ainsi expliquée dans la note de service de Michael Lough, le cadre de HTC chargé de mettre en œuvre la recommandation : [TRADUCTION] « L'opération offre un taux de rendement très intéressant grâce à des DPA qui peuvent servir d'abri à d'autres revenus de location imposables de Canada Trust. » Ce mécanisme a permis à HTC de reporter le paiement d'impôt sur le montant des profits réduit par les DPA qui pourrait être récupéré dans le revenu lors de la disposition ultérieure des remorques et qui excéderait probablement le montant réclamé à titre de DPA.

Les détails de l'opération sont complexes et font l'objet d'un exposé plus complet à l'annexe. En résumé, le 17 décembre 1996, HTC a utilisé ses propres fonds et a emprunté environ 100 millions de dollars à la Banque Royale du Canada pour acheter des remorques de Transamerica Leasing Inc. (« TLI ») à leur juste valeur marchande de 120 millions de dollars. HTC a loué les remorques à Maple Assets Investments Limited (« MAIL ») qui, à son tour, les a sous-louées à TLI, le propriétaire initial. TLI a ensuite payé d'avance

2

3

sublease. MAIL placed on deposit an amount equal to the loan for purposes of making the lease payments and a bond was pledged as security to guarantee a purchase option payment to CTMC at the end of the lease. These transactions allowed CTMC to substantially minimize its financial risk. They were also accompanied by financial arrangements with various other parties, not relevant to this appeal.

toutes les sommes dues à MAIL au titre du sous-bail. MAIL a déposé une somme équivalente au prêt en vue d'effectuer les paiements au titre du bail, et une obligation a été donnée en garantie du paiement d'une option d'achat à HTC à la fin du bail. Ces opérations, qui permettaient à HTC de diminuer sensiblement son risque financier, étaient également assorties d'accords financiers conclus avec plusieurs autres parties, qui ne sont pas pertinents en l'espèce.

4 On October 18, 2002, the Minister of National Revenue reassessed CTMC on its 1997 taxation year and denied the CCA claim of \$31,196,700 on the basis that CTMC had not acquired title to the trailers and, in the alternative, that the GAAR applied to deny the deduction. CTMC appealed to the Tax Court of Canada.

Le 18 octobre 2002, le ministre du Revenu national a fait parvenir à HTC une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1997 et a rejeté la demande de DPA de 31 196 700 \$ pour le motif que HTC n'avait pas acquis le titre de propriété des remorques et, subsidiairement, que la RGAÉ permettait de refuser la déduction. HTC a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt (« Cour de l'impôt »).

5 The Crown abandoned the argument that CTMC had failed to obtain title to the trailers and the appeal before the Tax Court proceeded solely on the issue of whether the GAAR applied to deny the deduction. A similar reassessment with respect to CTMC's 1996 taxation year was statute-barred. The Tax Court found in favour of CTMC, as did the Federal Court of Appeal. For the reasons that follow, we would dismiss the Crown's appeal.

La Couronne a abandonné l'argument voulant que HTC n'ait pas acquis le titre de propriété des remorques, et l'appel devant la Cour de l'impôt n'a porté que sur la question de savoir si la RGAÉ permettait de refuser la déduction. Une nouvelle cotisation semblable, établie à l'égard de HTC pour l'année d'imposition 1996, était prescrite. La Cour de l'impôt a donné raison à HTC, comme l'a fait la Cour d'appel fédérale. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi de la Couronne.

3. Legislative Provisions

3. Dispositions législatives

6 This appeal and its companion case *Kaulius* were brought and argued under s. 245 of the *Income Tax Act*. The relevant provisions of the Act, as they applied to the parties, read in part:

Le présent pourvoi et le pourvoi connexe *Kaulius* sont fondés sur l'art. 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les dispositions pertinentes de la Loi, telles qu'elles s'appliquaient aux parties, prévoient notamment ce qui suit :

245. (1) [Definitions] In this section,

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act;

245. (1) [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« avantage fiscal » Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi ou augmentation d'un

“transaction” includes an arrangement or event.

(2) [General anti-avoidance provision] Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(3) [Avoidance transaction] An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

(4) [Where s. (2) does not apply] For greater certainty, subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of this Act or an abuse having regard to the provisions of this Act, other than this section, read as a whole.

(5) [Determination of tax consequences] Without restricting the generality of subsection (2),

(a) any deduction in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi.

« opération » Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.

(2) [Disposition générale anti-évitement] En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

(3) [Opération d'évitement] L'opération d'évitement s'entend :

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) [Non-application du par. (2)] Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble — compte non tenu du présent article — n'est pas visée par le paragraphe (2).

(5) [Attributs fiscaux à déterminer] Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2), dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :

a) toute déduction dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

b) tout ou partie de cette déduction ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction.

248. . . .

(10) [Series of transactions] For the purposes of this Act, where there is a reference to a series of transactions or events, the series shall be deemed to include any related transactions or events completed in contemplation of the series.

7 A recent amendment to s. 245 (*Budget Implementation Act, 2004, No. 2*, S.C. 2005, c. 19, s. 52) has no application to the judgments under appeal. Although this amendment was enacted to apply retroactively, it cannot apply at this stage of appellate review, after the parties argued their cases and the Tax Court judge rendered his decision on the basis of the GAAR as it read prior to the amendment. Furthermore, even if this amendment were to apply, it would not warrant a different approach to the issues on appeal. In our view, this amendment to s. 245 serves *inter alia* to make it clear that the GAAR applies to tax benefits conferred by Regulations enacted under the *Income Tax Act*. The Tax Court judge in the instant case proceeded on this assumption, which was not challenged by the parties in submissions before us.

4. Judicial Decisions

4.1 *Tax Court of Canada*, [2003] 4 C.T.C. 2009, 2003 TCC 215

8 The Tax Court judge found an avoidance transaction giving rise to a tax benefit under s. 245(1) and (3) of the Act. He inquired into the purpose of the CCA provisions of the *Income Tax Act* as applied to sale-leaseback arrangements, in order to determine if the transaction was abusive under s. 245(4) of the Act. He held that the purpose of the

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte.

248. . . .

(10) [Série d'opérations] Pour l'application de la présente loi, la mention d'une série d'opérations ou d'événements vaut mention des opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série.

Une modification récemment apportée à l'art. 245 (*Loi n° 2 d'exécution du budget de 2004*, L.C. 2005, ch. 19, art. 52) ne s'applique pas aux jugements visés par le présent pourvoi. Bien qu'elle ait été édictée de manière à s'appliquer rétroactivement, cette modification ne saurait s'appliquer à ce stade-ci de l'examen en appel, après que les parties ont présenté leur argumentation et que le juge de la Cour de l'impôt a rendu sa décision fondée sur la RGAÉ telle qu'elle était libellée avant la modification. En outre, même si elle devait s'appliquer, la modification ne justifierait pas une approche différente à l'égard des questions soulevées dans le présent pourvoi. À notre avis, cette modification de l'art. 245 a notamment pour effet d'indiquer clairement que la RGAÉ s'applique aux avantages fiscaux découlant du règlement pris en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En l'espèce, le juge de la Cour de l'impôt s'est fondé sur cette supposition, que les parties ne contestent pas dans l'argumentation qu'elles nous ont présentée.

4. Décisions judiciaires

4.1 *Cour canadienne de l'impôt*, [2003] A.C.I. n° 271 (QL), 2003 CCI 215

Le juge de la Cour de l'impôt a conclu à l'existence d'une opération d'évitement générant un avantage fiscal au sens des par. 245(1) et (3) de la Loi. Pour décider si l'opération était abusive au sens du par. 245(4) de la Loi, il a examiné l'objet des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatives aux DPA, telles qu'elles s'appliquent aux

CCA provisions permitted the deduction of CCA based on the “cost” of the trailers, as defined by the transactions documents. He went on to conduct a detailed analysis of the legal transactions. He found that CTMC had acquired title and became the legal owner of the trailers, and declined to recharacterize the legal nature of the transaction. The transactions in issue, in his view, amounted to an ordinary sale-leaseback. The Tax Court judge found that the transaction fell within the spirit and purpose of the CCA provisions of the Act, and concluded that the GAAR did not apply to disallow the tax benefit.

4.2 *Federal Court of Appeal*, [2004] 2 C.T.C. 276, 2004 FCA 67

The Federal Court of Appeal unanimously dismissed the appeal, relying on the reasons in *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288, 2001 FCA 260 (“*OSFC*”), in which the court had set out a two-stage analysis for abuse under the GAAR, focussed first on interpretation of the specific provisions at issue, second on the overarching policy of the *Income Tax Act*. Evans J.A., for the court, held that the Tax Court judge had not erred in concluding that, for the purposes of s. 245(4) of the Act, the transactions at issue did not constitute a misuse of a provision of the Act or an abuse of the CCA scheme as a whole. He noted that counsel for the appellant did not seek to recharacterize the transactions and did not allege that they were a sham, but argued instead that the policy underlying s. 20(1)(a) and the CCA provisions as a whole was “to permit taxpayers to claim CCA in respect of the ‘real’ or ‘economic’ cost that they incurred in acquiring an asset, and not the ‘legal’ cost, that is, on the facts of this case, the purchase price paid by the taxpayer” (para. 2). Going on to consider policy, Evans J.A. found that there was no clear and unambiguous policy underlying s. 20(1)(a) or the CCA scheme read as a whole that rendered the transaction a misuse or abuse of those provisions.

mécanismes de cession-bail. Il a estimé que l’objet des dispositions relatives aux DPA permettait une DPA fondée sur le « coût » des remorques défini dans les documents relatifs aux opérations. Il a ensuite effectué une analyse détaillée des opérations juridiques. Il a conclu que HTC avait acquis le titre de propriété et était devenue légalement propriétaire des remorques, et il a refusé de requalifier la nature juridique de l’opération. Selon lui, les opérations en question constituaient une cession-bail ordinaire. Le juge de la Cour de l’impôt a estimé que l’opération était conforme à l’esprit et à l’objet des dispositions de la Loi relatives aux DPA, et a conclu que la RGAÉ ne permettait pas de supprimer l’avantage fiscal.

4.2 *Cour d’appel fédérale*, [2004] A.C.F. n° 249 (QL), 2004 CAF 67

La Cour d’appel fédérale a rejeté, à l’unanimité, l’appel en se fondant sur l’arrêt *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288, 2001 CAF 260 (« *OSFC* »), où la cour avait établi, à l’égard de l’abus visé par la RGAÉ, une méthode d’analyse en deux étapes axée d’abord sur l’interprétation des dispositions en cause et ensuite sur la politique globale de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Le juge Evans a conclu, au nom de la cour, que le juge de la Cour de l’impôt n’avait pas commis d’erreur en décidant que, pour les besoins du par. 245(4) de la Loi, les opérations en question ne constituaient ni un abus dans l’application d’une disposition de la Loi ni un abus des dispositions en matière de DPA dans leur ensemble. Il a souligné que l’avocate de l’appelante ne cherchait pas à faire requalifier les opérations et n’alléguait pas que celles-ci constituaient un stratagème, mais qu’elle affirmait plutôt que la politique sous-jacente de l’al. 20(1)(a) et des dispositions en matière de DPA dans leur ensemble était « de permettre au contribuable de réclamer une DPA pour le coût “réel” ou “économique” assumé lors de l’acquisition d’un élément d’actif, et non le coût “sur papier”, c’est-à-dire en l’espèce le prix payé par le contribuable » (par. 2). À ce propos, le juge Evans a ensuite conclu que l’al. 20(1)(a) ou les dispositions en matière de DPA dans leur ensemble n’étaient fondés sur aucune politique claire et non équivoque qui faisait en sorte que l’opération constituait un abus dans l’application de ces dispositions.

5. Analysis5.1 *General Principles of Interpretation*

10 It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

11 As a result of the Duke of Westminster principle (*Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)) that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable, Canadian tax legislation received a strict interpretation in an era of more literal statutory interpretation than the present. There is no doubt today that all statutes, including the *Income Tax Act*, must be interpreted in a textual, contextual and purposive way. However, the particularity and detail of many tax provisions have often led to an emphasis on textual interpretation. Where Parliament has specified precisely what conditions must be satisfied to achieve a particular result, it is reasonable to assume that Parliament intended that taxpayers would rely on such provisions to achieve the result they prescribe.

12 The provisions of the *Income Tax Act* must be interpreted in order to achieve consistency,

5. Analyse5.1 *Principes généraux d'interprétation*

Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux.

En raison du principe du duc de Westminster (*Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)), selon lequel le contribuable a le droit d'organiser ses affaires de façon à réduire au maximum l'impôt qu'il doit payer, le droit fiscal canadien a reçu une interprétation stricte à une époque où l'interprétation littérale des lois était plus courante qu'aujourd'hui. De nos jours, il ne fait aucun doute que toutes les lois, y compris la *Loi de l'impôt sur le revenu*, doivent être interprétées de manière textuelle, contextuelle et téléologique. Cependant, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre l'accent sur l'interprétation textuelle. Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu'il a voulu que le contribuable s'appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu'elles prescrivent.

Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent être interprétées de manière à

predictability and fairness so that taxpayers may manage their affairs intelligently. As stated at para. 45 of *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622:

[A]bsent a specific provision to the contrary, it is not the courts' role to prevent taxpayers from relying on the sophisticated structure of their transactions, arranged in such a way that the particular provisions of the Act are met, on the basis that it would be inequitable to those taxpayers who have not chosen to structure their transactions that way. [Emphasis added.]

See also 65302 *British Columbia*, at para. 51, per Iacobucci J. citing P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2nd ed. 1997), at pp. 475-76:

It would introduce intolerable uncertainty into the Income Tax Act if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court's view of the object and purpose of the provision.

The *Income Tax Act* remains an instrument dominated by explicit provisions dictating specific consequences, inviting a largely textual interpretation. Onto this compendium of detailed stipulations, Parliament has grafted quite a different sort of provision, the GAAR. This is a broadly drafted provision, intended to negate arrangements that would be permissible under a literal interpretation of other provisions of the *Income Tax Act*, on the basis that they amount to abusive tax avoidance. To the extent that the GAAR constitutes a "provision to the contrary" as discussed in *Shell* (at para. 45), the Duke of Westminster principle and the emphasis on textual interpretation may be attenuated. Ultimately, as affirmed in *Shell*, "[t]he courts' role is to interpret and apply the Act as it was adopted by Parliament" (para. 45). The court must to the extent possible contemporaneously give effect to both the GAAR and the other provisions of the *Income Tax Act* relevant to a particular transaction.

assurer l'uniformité, la prévisibilité et l'équité requises pour que les contribuables puissent organiser intelligemment leurs affaires. Comme l'affirme la Cour, au par. 45 de l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622 :

[E]n l'absence d'une disposition expresse contraire, il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher les contribuables de recourir, dans le cadre de leurs opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution. [Nous soulignons.]

Voir également l'arrêt 65302 *British Columbia*, par. 51, où le juge Iacobucci cite P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2^e éd. 1997), p. 475-476 :

[TRADUCTION] La Loi de l'impôt sur le revenu serait empreinte d'une incertitude intolérable si le libellé clair d'une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions qui n'y sont pas exprimées, provenant de la conception qu'un tribunal a de l'objet de la disposition.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* demeure un instrument dominé par des dispositions explicites qui prescrivent des conséquences particulières et commandent une interprétation largement textuelle. À cet ensemble de dispositions détaillées, le législateur a greffé une disposition d'un genre bien différent, la RGAÉ, qui est une disposition générale destinée à invalider, pour le motif qu'ils constituent de l'évitement fiscal abusif, des mécanismes qui seraient acceptables selon une interprétation littérale d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Comme l'indique l'arrêt *Shell* (par. 45), dans la mesure où la RGAÉ constitue une « disposition [. . .] contraire », le principe du duc de Westminster et l'accent mis sur l'interprétation textuelle peuvent être atténués. En définitive, comme le précise l'arrêt *Shell*, « [i]l incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la Loi telle qu'elle a été adoptée par le Parlement » (par. 45). Les tribunaux doivent, dans la mesure du possible, donner effet simultanément à la RGAÉ et aux autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* applicables à une opération donnée.

5.2 Interpretation of the GAAR

14 The GAAR was enacted in 1988, principally in response to *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, which rejected a literal approach to interpreting the Act. At the same time, the Court rejected the business purpose test, which would have restricted tax reduction to transactions with a real business purpose. Instead of the business purpose test, the Court proposed guidelines to limit unacceptable tax avoidance arrangements. Parliament deemed the decision in *Stuart* an inadequate response to the problem and enacted the GAAR.

15 The *Explanatory Notes to Legislation Relating to Income Tax* issued by the Honourable Michael H. Wilson, Minister of Finance (June 1988) (“Explanatory Notes”) are an aid to interpretation. The Explanatory Notes state at the outset that they “are intended for information purposes only and should not be construed as an official interpretation of the provisions they describe”. They state the purpose of the GAAR at p. 461:

New section 245 of the Act is a general anti-avoidance rule which is intended to prevent abusive tax avoidance transactions or arrangements but at the same time is not intended to interfere with legitimate commercial and family transactions. Consequently, the new rule seeks to distinguish between legitimate tax planning and abusive tax avoidance and to establish a reasonable balance between the protection of the tax base and the need for certainty for taxpayers in planning their affairs.

16 The GAAR draws a line between legitimate tax minimization and abusive tax avoidance. The line is far from bright. The GAAR’s purpose is to deny the tax benefits of certain arrangements that comply with a literal interpretation of the provisions of the Act, but amount to an abuse of the provisions of the Act. But precisely what constitutes abusive tax avoidance remains the subject of debate. Hence these appeals.

17 The application of the GAAR involves three steps. The first step is to determine whether

5.2 Interprétation de la RGAÉ

La RGAÉ a été édictée en 1988, principalement pour donner suite à l’arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, où la Cour a rejeté une méthode d’interprétation littérale de la Loi et, en même temps, le critère de l’objet commercial, qui aurait limité la réduction d’impôt aux opérations ayant un objet commercial véritable. La Cour a proposé de remplacer le critère de l’objet commercial par des lignes directrices destinées à limiter les mécanismes d’évitement fiscal inacceptables. Jugeant que l’arrêt *Stuart* ne réglait pas adéquatement le problème, le législateur a édicté la RGAÉ.

Les *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l’impôt sur le revenu* publiées par l’honorable Michael H. Wilson, ministre des Finances (juin 1988) (« notes explicatives ») sont un outil d’interprétation. Elles précisent, d’entrée de jeu, qu’elles « n’ont qu’un but d’information et ne doivent pas être prises comme une interprétation officielle des dispositions qu’elles décrivent ». À la page 492, elles définissent ainsi l’objet de la RGAÉ :

Le nouvel article 245 de la Loi établit une règle générale anti-évitement qui vise à prévenir les opérations ou mécanismes abusifs d’évitement fiscal, sans gêner pour autant les opérations commerciales et familiales légitimes. En conséquence, la nouvelle règle vise à distinguer la planification fiscale légitime et l’évitement abusif de l’impôt, de manière à établir un équilibre convenable entre la protection de l’assiette fiscale et le besoin de certitude des contribuables pour la planification de leurs activités.

La RGAÉ trace une ligne de démarcation entre la réduction maximale légitime de l’impôt et l’évitement fiscal abusif. Cette ligne est loin d’être nette. La RGAÉ a pour objet de supprimer les avantages fiscaux de certains mécanismes qui sont conformes à une interprétation littérale des dispositions de la Loi, mais qui constituent un abus dans l’application de ces dispositions. Cependant, la question de savoir en quoi consiste exactement un évitement fiscal abusif fait toujours l’objet d’un débat, d’où les présents pourvois.

L’application de la RGAÉ comporte trois étapes. La première étape consiste à déterminer s’il existe

there is a “tax benefit” arising from a “transaction” under s. 245(1) and (2). The second step is to determine whether the transaction is an avoidance transaction under s. 245(3), in the sense of not being “arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit”. The third step is to determine whether the avoidance transaction is abusive under s. 245(4). All three requirements must be fulfilled before the GAAR can be applied to deny a tax benefit.

5.3 Tax Benefit

The first step in applying the GAAR is to determine whether there is a tax benefit arising from a transaction or series of transactions of which the transaction is part.

“Tax benefit” is defined in s. 245(1) as “a reduction, avoidance or deferral of tax” or “an increase in a refund of tax or other amount” paid under the Act. Whether a tax benefit exists is a factual determination, initially by the Minister and on review by the courts, usually the Tax Court. The magnitude of the tax benefit is not relevant at this stage of the analysis.

If a deduction against taxable income is claimed, the existence of a tax benefit is clear, since a deduction results in a reduction of tax. In some other instances, it may be that the existence of a tax benefit can only be established by comparison with an alternative arrangement. For example, characterization of an amount as an annuity rather than as a wage, or as a capital gain rather than as business income, will result in differential tax treatment. In such cases, the existence of a tax benefit might only be established upon a comparison between alternative arrangements. In all cases, it must be determined whether the taxpayer reduced, avoided or deferred tax payable under the Act.

un « avantage fiscal » découlant d’une « opération » au sens des par. 245(1) et (2). La deuxième étape consiste à déterminer si l’opération constitue une opération d’évitement visée par le par. 245(3), en ce sens qu’elle n’a pas été « principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable ». La troisième étape consiste à déterminer si l’opération d’évitement est abusive au sens du par. 245(4). Les trois conditions doivent être remplies pour que la RGAÉ permette de supprimer un avantage fiscal.

5.3 Avantage fiscal

La première étape de l’application de la RGAÉ consiste à déterminer si un avantage fiscal découle d’une opération ou d’une série d’opérations dont l’opération en question fait partie.

Le paragraphe 245(1) définit l’« avantage fiscal » comme étant une « [r]éduction, [un] évitement ou [un] report d’impôt » ou une « augmentation d’un remboursement d’impôt ou d’un autre montant » visé par la Loi. La question de savoir s’il existe un avantage fiscal est une question de fait qui est d’abord tranchée par le ministre, et ensuite par les tribunaux, habituellement la Cour de l’impôt, dans le cadre d’un contrôle. L’ampleur de l’avantage fiscal n’est pas pertinente à cette étape de l’analyse.

Dans les cas où une déduction est demandée à l’égard d’un revenu imposable, il est évident qu’il existe un avantage fiscal étant donné qu’une déduction entraîne une réduction d’impôt. Dans d’autres cas, il se peut que l’existence d’un avantage fiscal ne puisse être établie qu’au moyen d’une comparaison avec un autre mécanisme. Par exemple, la qualification d’un montant comme étant une rente plutôt qu’un salaire, ou comme étant un gain en capital plutôt qu’un revenu d’entreprise, donne lieu à un traitement fiscal différent. Dans ces cas, l’existence d’un avantage fiscal ne pourrait être établie qu’au moyen d’une comparaison entre différents mécanismes. Dans tous les cas, il faut déterminer si le contribuable a réduit, évité ou reporté un montant d’impôt payable en vertu de la Loi.

18

19

20

5.4 Avoidance Transaction

21 The second requirement for application of the GAAR is that the transaction giving rise to the tax benefit be an avoidance transaction within s. 245(3). The function of this requirement is to remove from the ambit of the GAAR transactions or series of transactions that may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for a non-tax purpose. The majority of tax benefits claimed by taxpayers on their annual returns will be immune from the GAAR as a result of s. 245(3). The GAAR was enacted as a provision of last resort in order to address abusive tax avoidance, it was not intended to introduce uncertainty in tax planning.

22 A “transaction” is defined under s. 245(1) to include an arrangement or event. Section 245(3) specifically defines “avoidance transaction” as a transaction that results in a tax benefit, either by itself or as part of a series of transactions, “unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit”. These two underlined expressions warrant further discussion.

5.4.1 Series of Transactions

23 Section 245(2) reads:

(2) [General anti-avoidance provision] Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

24 Section 245(3) reads in part:

(3) [Avoidance transaction] An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit . . . ; or

5.4 Opération d'évitement

La deuxième condition d'application de la RGAÉ est que l'opération qui génère l'avantage fiscal soit une opération d'évitement au sens du par. 245(3). Cette condition sert à soustraire à l'application de la RGAÉ les opérations ou séries d'opérations qui peuvent raisonnablement être considérées comme ayant été principalement effectuées pour un objet non fiscal. La plupart des avantages fiscaux demandés par les contribuables dans leurs déclarations annuelles échappent à l'application de la RGAÉ en raison du par. 245(3). La RGAÉ, qui représente une mesure de dernier recours destinée à prévenir l'évitement fiscal abusif, ne devait pas créer de l'incertitude en matière de planification fiscale.

Selon le par. 245(1), sont assimilés à une « opération » une convention, un mécanisme ou un événement. Le paragraphe 245(3) définit expressément l'« opération d'évitement » comme étant une opération, ou une opération faisant partie d'une série d'opérations, dont découle un avantage fiscal, « sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable ». Les deux expressions soulignées méritent qu'on s'y attarde davantage.

5.4.1 Série d'opérations

Le paragraphe 245(2) se lit comme suit :

(2) [Disposition générale anti-évitement] En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

Le paragraphe 245(3) prévoit notamment ceci :

(3) [Opération d'évitement] L'opération d'évitement s'entend :

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal . . .

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit . . .

The meaning of the expression “series of transactions” under s. 245(2) and (3) is not clear on its face. We agree with the majority of the Federal Court of Appeal in *OSFC* and endorse the test for a series of transactions as adopted by the House of Lords that a series of transactions involves a number of transactions that are “pre-ordained in order to produce a given result” with “no practical likelihood that the pre-planned events would not take place in the order ordained”: *Craven v. White*, [1989] A.C. 398, at p. 514, *per* Lord Oliver; see also *W. T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 1 All E.R. 865.

Section 248(10) extends the meaning of “series of transactions” to include “related transactions or events completed in contemplation of the series”. The Federal Court of Appeal held, at para. 36 of *OSFC*, that this occurs where the parties to the transaction “knew of the . . . series, such that it could be said that they took it into account when deciding to complete the transaction”. We would elaborate that “in contemplation” is read not in the sense of actual knowledge but in the broader sense of “because of” or “in relation to” the series. The phrase can be applied to events either before or after the basic avoidance transaction found under s. 245(3). As has been noted:

It is highly unlikely that Parliament could have intended to include in the statutory definition of “series of transactions” related transactions completed in contemplation of a subsequent series of transactions, but not related transactions in the contemplation of which taxpayers completed a prior series of transactions.

(D. G. Duff, “Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada: *OSFC Holdings Ltd. v. The Queen*” (2003), 57 I.B.F.D. Bulletin 278, at p. 287)

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal . . .

Le sens de l'expression « série d'opérations » utilisée aux par. 245(2) et (3) n'est pas clair à première vue. Nous partageons l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *OSFC* et retenons le critère adopté à cet égard par la Chambre des lords, selon lequel une série d'opérations comprend un certain nombre d'opérations [TRADUCTION] « déterminée[s] d'avance de manière à produire un résultat donné [alors qu'] il n'existait aucune probabilité pratique que les événements planifiés d'avance ne se produiraient pas dans l'ordre envisagé » : *Craven c. White*, [1989] A.C. 398, p. 514, lord Oliver; voir également *W. T. Ramsay Ltd. c. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 1 All E.R. 865.

Le paragraphe 248(10) élargit le sens de l'expression « série d'opérations » de manière à inclure les « opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série ». La Cour d'appel fédérale a conclu, au par. 36 de l'arrêt *OSFC*, que c'est le cas lorsque les parties à l'opération « étaient au courant de la série [. . .], de façon qu'on puisse dire qu'elles en avaient tenu compte lorsqu'elles ont décidé de terminer l'opération ». Nous tenons à ajouter que les mots « en vue de réaliser » sont employés non pas dans le sens d'une connaissance véritable, mais dans le sens plus général de « en raison de » ou « relativement à » la série. Ces mots peuvent s'appliquer à des événements survenus soit avant soit après l'opération d'évitement de base visée par le par. 245(3). Comme nous l'avons vu :

[TRADUCTION] Il est très peu probable que le législateur ait voulu inclure, dans la définition légale de l'expression « série d'opérations », les opérations liées terminées en vue de réaliser une série d'opérations subséquente, mais non les opérations liées en vue desquelles le contribuable a terminé une série d'opérations préalable.

(D. G. Duff, « Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada : *OSFC Holdings Ltd. v. The Queen* » (2003), 57 I.B.F.D. Bulletin 278, p. 287)

25

26

5.4.2 Primarily for *Bona Fide* Purposes

27 According to s. 245(3), the GAAR does not apply to a transaction that “may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit”. If there are both tax and non-tax purposes to a transaction, it must be determined whether it was reasonable to conclude that the non-tax purpose was primary. If so, the GAAR cannot be applied to deny the tax benefit.

28 While the inquiry proceeds on the premise that both tax and non-tax purposes can be identified, these can be intertwined in the particular circumstances of the transaction at issue. It is not helpful to speak of the threshold imposed by s. 245(3) as high or low. The words of the section simply contemplate an objective assessment of the relative importance of the driving forces of the transaction.

29 Again, this is a factual inquiry. The taxpayer cannot avoid the application of the GAAR by merely stating that the transaction was undertaken or arranged primarily for a non-tax purpose. The Tax Court judge must weigh the evidence to determine whether it is reasonable to conclude that the transaction was not undertaken or arranged primarily for a non-tax purpose. The determination invokes reasonableness, suggesting that the possibility of different interpretations of the events must be objectively considered.

30 The courts must examine the relationships between the parties and the actual transactions that were executed between them. The facts of the transactions are central to determining whether there was an avoidance transaction. It is useful to consider what will not suffice to establish an avoidance transaction under s. 245(3). The Explanatory Notes state, at p. 464:

Subsection 245(3) does not permit the “recharacterization” of a transaction for the purposes of determining

5.4.2 Principalement effectuée pour des objets véritables

Selon le par. 245(3), la RGAÉ ne s'applique pas à une opération « dont [. . .] il est raisonnable de considérer [qu'elle] est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable ». Dans le cas où une opération a à la fois un objet fiscal et un objet non fiscal, il faut décider s'il était raisonnable de conclure que l'objet non fiscal était le principal objet. Dans l'affirmative, la RGAÉ ne permet pas de supprimer l'avantage fiscal.

Bien que l'examen parte du principe que les objets fiscal et non fiscal sont identifiables, il se peut que ces objets soient inextricablement liés dans le cas d'une opération particulière. Il n'est pas utile de qualifier d'exigeant ou de peu exigeant le critère préliminaire prescrit par le par. 245(3). Le libellé de la disposition prévoit simplement une évaluation objective de l'importance relative des motivations auxquelles obéissait l'opération.

Là encore, l'examen porte sur les faits. Le contribuable ne peut se soustraire à l'application de la RGAÉ en déclarant simplement que l'opération a été principalement effectuée pour un objet non fiscal. Le juge de la Cour de l'impôt doit soupeser la preuve pour décider s'il est raisonnable de conclure que l'opération n'a pas été principalement effectuée pour un objet non fiscal. Cette décision fait appel au caractère raisonnable, ce qui indique qu'il faut envisager objectivement la possibilité que les événements se prêtent à diverses interprétations.

Les tribunaux doivent examiner les rapports entre les parties et les opérations véritablement intervenues entre elles. Les faits des opérations sont cruciaux pour décider s'il y a eu opération d'évitement. Il est utile de se demander ce qui n'est pas suffisant pour établir l'existence d'une opération d'évitement au sens du par. 245(3). Les notes explicatives précisent ceci, à la p. 495 :

Le paragraphe 245(3) ne permet pas de « requalifier » une opération afin de déterminer s'il s'agit ou non d'une

whether or not it is an avoidance transaction. In other words, it does not permit a transaction to be considered to be an avoidance transaction because some alternative transaction that might have achieved an equivalent result would have resulted in higher taxes.

According to the Explanatory Notes, Parliament recognized the Duke of Westminster principle “that tax planning — arranging one’s affairs so as to attract the least amount of tax — is a legitimate and accepted part of Canadian tax law” (p. 464). Despite Parliament’s intention to address abusive tax avoidance by enacting the GAAR, Parliament nonetheless intended to preserve predictability, certainty and fairness in Canadian tax law. Parliament intends taxpayers to take full advantage of the provisions of the *Income Tax Act* that confer tax benefits. Indeed, achieving the various policies that the *Income Tax Act* seeks to promote is dependent on taxpayers doing so.

Section 245(3) merely removes from the ambit of the GAAR transactions that may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for a non-tax purpose. Parliament did not intend s. 245(3) to operate simply as a business purpose test, which would have considered transactions that lacked an independent *bona fide* business purpose to be invalid.

The expression “non-tax purpose” has a broader scope than the expression “business purpose”. For example, transactions that may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for family or investment purposes would be immune from the GAAR under s. 245(3). Section 245(3) does not purport to protect only transactions that have a real business purpose. Parliament wanted many schemes that do not have any business purpose to endure. Registered Retirement Savings Plans (RRSPs) are one example. Parliament recognized that many provisions of the Act confer legitimate tax benefits notwithstanding the lack of a real business purpose. This is apparent from the general language used throughout s. 245, as opposed to language which would have adopted

opération d’évitement. Autrement dit, il ne permet pas de considérer une opération comme une opération d’évitement parce qu’une autre opération, qui aurait pu permettre d’obtenir un résultat équivalent, se serait traduite par des impôts plus élevés.

D’après les notes explicatives, le législateur a reconnu le principe du duc de Westminster selon lequel « la planification fiscale — c’est-à-dire le fait d’organiser ses affaires de manière à payer le moins possible d’impôts — est une dimension légitime et admise du droit fiscal canadien » (p. 495). Bien qu’il ait eu l’intention de prévenir l’évitement fiscal abusif en édictant la RGAÉ, le législateur a néanmoins voulu maintenir la prévisibilité, la certitude et l’équité en droit fiscal canadien. Il veut que les contribuables profitent pleinement des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui confèrent des avantages fiscaux. En fait, il s’agit là de la condition de réussite des différentes politiques que la *Loi de l’impôt sur le revenu* cherche à promouvoir.

Le paragraphe 245(3) ne fait que soustraire à l’application de la RGAÉ les opérations dont il est raisonnable de considérer qu’elles ont été principalement effectuées pour un objet non fiscal. Le législateur n’a pas voulu que le par. 245(3) serve simplement de critère d’objet commercial en vertu duquel les opérations dépourvues de véritable objet commercial indépendant seraient jugées invalides.

L’expression « objet non fiscal » a une portée plus large que l’expression « objet commercial ». Par exemple, les opérations dont il est raisonnable de considérer qu’elles ont été principalement effectuées à des fins familiales ou à des fins de placement échapperaient à l’application de la RGAÉ selon le par. 245(3). Le paragraphe 245(3) n’est pas censé protéger uniquement les opérations qui ont un objet commercial véritable. Le législateur voulait que de nombreux régimes dépourvus d’objet commercial subsistent. Les régimes enregistrés d’épargne-retraite (« REER ») en sont un exemple. Le législateur a reconnu que de nombreuses dispositions de la Loi confèrent des avantages fiscaux légitimes malgré l’absence d’objet commercial véritable. C’est ce qui ressort du libellé général de

31

32

33

a broad anti-avoidance test subject to exemptions for specific schemes like RRSP transactions.

l'art. 245, par opposition à celui dans lesquels aurait été rédigé un critère général anti-évitement assorti d'exceptions applicables à des régimes particuliers, telles les opérations de REER.

34 If at least one transaction in a series of transactions is an "avoidance transaction", then the tax benefit that results from the series may be denied under the GAAR. This is apparent from the wording of s. 245(3). Conversely, if each transaction in a series was carried out primarily for *bona fide* non-tax purposes, the GAAR cannot be applied to deny a tax benefit.

Si au moins une opération qui fait partie d'une série d'opérations constitue une « opération d'évitement », la RGAÉ permet alors de supprimer l'avantage fiscal qui découle de la série. C'est ce qui ressort du libellé du par. 245(3). À l'inverse, si chaque opération de la série a été principalement effectuée pour de véritables objets non fiscaux, la RGAÉ ne permet pas de supprimer un avantage fiscal.

35 Even if an avoidance transaction is established under the s. 245(3) inquiry, the GAAR will not apply to deny the tax benefit if it may be reasonable to consider that it did not result from abusive tax avoidance under s. 245(4), as discussed more fully below.

Comme nous le verrons en détail plus loin, même si l'examen fondé sur le par. 245(3) permet de constater l'existence d'une opération d'évitement, la RGAÉ ne permet pas de supprimer l'avantage fiscal dont il est raisonnable de considérer qu'il ne découle pas d'un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4).

5.5 *Abusive Tax Avoidance*

5.5 *Évitement fiscal abusif*

36 The third requirement for application of the GAAR is that the avoidance transaction giving rise to a tax benefit be abusive. The mere existence of an avoidance transaction is not enough to permit the GAAR to be applied. The transaction must also be shown to be *abusive* under s. 245(4).

La troisième condition d'application de la RGAÉ est que l'opération d'évitement qui génère un avantage fiscal soit abusive. L'existence d'une opération d'évitement ne justifie pas à elle seule l'application de la RGAÉ. Il faut également démontrer que l'opération est *abusive* au sens du par. 245(4).

37 It is this requirement that has given rise to the most difficulty in the interpretation and application of the GAAR. A number of features have provoked judicial debate. The section is cast in terms of a double negative, stating that the GAAR does "not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse . . . or an abuse". It is tempered by the word "reasonably", suggesting some ministerial and judicial leeway in determining abuse. It does not precisely define abuse or misuse. To further complicate matters, the English and French versions of s. 245(4) differ. Overarching these particular difficulties is the central issue of the relationship between the GAAR and more specific provisions of the Act.

C'est cette condition qui soulève le plus de difficultés en matière d'interprétation et d'application de la RGAÉ. Un certain nombre de caractéristiques ont suscité un débat judiciaire. Cette disposition rédigée sous forme de double négation prévoit que « l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus [. . .] n'est pas visée » par la RGAÉ. Elle est atténuée par l'emploi du mot « raisonnable » qui indique que le ministre ou le tribunal dispose d'une certaine latitude pour décider s'il y a abus. Elle ne donne pas une définition précise de l'abus. Pour compliquer davantage les choses, les versions française et anglaise du par. 245(4) sont différentes. Au cœur de ces difficultés se trouve la question du lien entre la RGAÉ et certaines dispositions plus précises de la Loi.

5.5.1 “Misuse and Abuse”: Two Different Concepts?

We turn first to the debate about “misuse” and “abuse” which has arisen from the different English and French versions of s. 245(4). This arises from the apparently disjunctive version of the subsection in English (“misuse of the provisions of this Act” or “abuse having regard to the provisions of this Act . . . read as a whole”) and the non-disjunctive French version (“*d’abus dans l’application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble*”). This discrepancy led the majority of the Federal Court of Appeal to conclude in *OSFC* that s. 245(4) mandates two different inquiries. The first was whether there was a misuse of the particular provisions of the Act that were relied upon to achieve the tax benefit. The second was whether there was an abuse of any policy of the Act read as a whole. The term “policy” was used to refer collectively to purpose, object, spirit, scheme or policy (*OSFC*, at para. 66).

With respect, we cannot agree with this interpretation of s. 245(4). Parliament could not have intended this two-step approach, which on its face raises the impossible question of how one can abuse the Act as a whole without misusing any of its provisions. We agree with the Tax Court judge, in the present case, at para. 90, that “[i]n effect, the analysis of the misuse of the provisions and the analysis of the abuse having regard to the provisions of the *Act* read as a whole are inseparable.” As discussed more fully below, the interpretation of specific provisions of the Act cannot be separated from contextual considerations arising from other provisions. The various provisions of the *Income Tax Act* must be interpreted in their contextual framework, so that the Act functions as a coherent whole, with respect to the particular statutory scheme engaged by the transactions.

5.5.1 « Misuse » et « abuse » : deux notions différentes?

Examinons d’abord le débat concernant les mots « *misuse* » et « *abuse* » qui émane de la différence entre les versions française et anglaise du par. 245(4). Ce débat résulte de la version anglaise apparemment disjonctive du paragraphe (« *misuse of the provisions of this Act* » ou « *abuse having regard to the provisions of this Act* [. . .] *read as a whole* ») et de sa version française non disjonctive (« *d’abus dans l’application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble* »). Cette disparité a amené les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale à conclure, dans l’arrêt *OSFC*, que le par. 245(4) obligeait à se poser deux questions différentes. Premièrement, il fallait se demander s’il y a eu abus dans l’application des dispositions de la Loi invoquées pour obtenir l’avantage fiscal. Deuxièmement, il fallait se demander s’il y a eu abus de quelque politique générale de la Loi lue dans son ensemble. Le mot « *politique générale* » était employé pour désigner collectivement l’objet, l’esprit, l’économie ou le principe (*OSFC*, par. 66).

En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à cette interprétation du par. 245(4). Le législateur ne peut avoir voulu cette approche en deux étapes qui, à première vue, soulève la question invraisemblable de savoir comment on peut abuser de l’application de la Loi dans son ensemble sans abuser de l’application de l’une ou l’autre de ses dispositions. Nous partageons l’opinion que le juge de la Cour de l’impôt a exprimée, en l’espèce, au par. 90 de ses motifs, selon laquelle « [e]ffectivement, l’analyse de la possibilité d’abus dans l’application des dispositions précises et l’analyse de la possibilité d’abus dans l’application des dispositions de la *Loi* lues dans leur ensemble sont indissociables. » Comme nous le verrons en détail plus loin, l’interprétation de certaines dispositions de la Loi ne peut être dissociée des considérations contextuelles découlant d’autres dispositions. Les diverses dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* doivent être interprétées dans leur cadre contextuel, de manière à ce que la Loi forme un tout cohérent, eu égard au régime législatif particulier que les opérations font intervenir.

38

39

40 There is but one principle of interpretation: to determine the intent of the legislator having regard to the text, its context, and other indicators of legislative purpose. The policy analysis proposed as a second step by the Federal Court of Appeal in *OSFC* is properly incorporated into a unified, textual, contextual, and purposive approach to interpreting the specific provisions that give rise to the tax benefit.

41 The courts cannot search for an overriding policy of the Act that is not based on a unified, textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions in issue. First, such a search is incompatible with the roles of reviewing judges. The *Income Tax Act* is a compendium of highly detailed and often complex provisions. To send the courts on the search for some overarching policy and then to use such a policy to override the wording of the provisions of the *Income Tax Act* would inappropriately place the formulation of taxation policy in the hands of the judiciary, requiring judges to perform a task to which they are unaccustomed and for which they are not equipped. Did Parliament intend judges to formulate taxation policies that are not grounded in the provisions of the Act and to apply them to override the specific provisions of the Act? Notwithstanding the interpretative challenges that the GAAR presents, we cannot find a basis for concluding that such a marked departure from judicial and interpretative norms was Parliament's intent.

42 Second, to search for an overriding policy of the *Income Tax Act* that is not anchored in a textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions that are relied upon for the tax benefit would run counter to the overall policy of Parliament that tax law be certain, predictable and fair, so that taxpayers can intelligently order their affairs. Although Parliament's general purpose in enacting the GAAR was to preserve legitimate tax minimization schemes while prohibiting abusive tax avoidance, Parliament must also be taken to seek consistency, predictability and fairness in

Il n'y a qu'un seul principe d'interprétation : il faut dégager l'intention du législateur en tenant compte du libellé de la disposition, de son contexte et d'autres indices de l'objectif législatif. L'analyse de la politique générale, en tant que deuxième étape proposée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *OSFC*, est incorporée, à juste titre, à une méthode d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions particulières qui génèrent l'avantage fiscal.

Les tribunaux ne peuvent chercher une politique prépondérante de la Loi qui n'est pas fondée sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions en cause. Premièrement, une telle recherche est incompatible avec le rôle du juge qui effectue un contrôle. La *Loi de l'impôt sur le revenu* est un recueil de dispositions très détaillées et souvent complexes. Demander aux tribunaux de chercher une politique globale quelconque pour ensuite se servir de cette politique pour passer outre au libellé des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* reviendrait à confier indûment à l'appareil judiciaire l'établissement de politiques fiscales, et à demander aux juges d'accomplir une tâche à laquelle ils ne sont pas habitués et qu'ils ne sont pas en mesure d'accomplir. Le législateur a-t-il voulu que les juges établissent des politiques fiscales non fondées sur les dispositions de la Loi et qu'ils s'en servent pour passer outre aux dispositions précises de la Loi? Malgré les problèmes d'interprétation que pose la RGAÉ, nous ne voyons aucune raison de conclure que le législateur a voulu s'écarter à ce point des normes de justice et d'interprétation.

Deuxièmement, la recherche d'une politique prépondérante de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui n'est pas fondée sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal irait à l'encontre de la politique globale du législateur voulant que le droit fiscal soit certain, prévisible et équitable afin que le contribuable puisse organiser intelligemment ses affaires. Bien qu'en édicant la RGAÉ, le législateur ait eu pour objectif général de maintenir les mécanismes de réduction maximale légitime de l'impôt, tout en interdisant

tax law. These three latter purposes would be frustrated if the Minister and/or the courts overrode the provisions of the *Income Tax Act* without any basis in a textual, contextual and purposive interpretation of those provisions.

For these reasons we conclude, as did the Tax Court judge, that the determinations of “misuse” and “abuse” under s. 245(4) are not separate inquiries. Section 245(4) requires a single, unified approach to the textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions of the *Income Tax Act* that are relied upon by the taxpayer in order to determine whether there was abusive tax avoidance.

5.5.2 Abusive Tax Avoidance: A Unified Interpretative Approach

The heart of the analysis under s. 245(4) lies in a contextual and purposive interpretation of the provisions of the Act that are relied on by the taxpayer, and the application of the properly interpreted provisions to the facts of a given case. The first task is to interpret the provisions giving rise to the tax benefit to determine their object, spirit and purpose. The next task is to determine whether the transaction falls within or frustrates that purpose. The overall inquiry thus involves a mixed question of fact and law. The textual, contextual and purposive interpretation of specific provisions of the *Income Tax Act* is essentially a question of law but the application of these provisions to the facts of a case is necessarily fact-intensive.

This analysis will lead to a finding of abusive tax avoidance when a taxpayer relies on specific provisions of the *Income Tax Act* in order to achieve an outcome that those provisions seek to prevent. As well, abusive tax avoidance will occur when a transaction defeats the underlying rationale of the provisions that are relied upon. An abuse may also

l'évitement fiscal abusif, il faut également considérer qu'il recherche l'uniformité, la prévisibilité et l'équité en matière de droit fiscal. Ces trois derniers objectifs seraient contrecarrés si le ministre et les tribunaux, ou l'un ou l'autre de ceux-ci, passaient outre aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sans se fonder sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de ces dispositions.

Pour ces motifs, nous concluons, à l'instar du juge de la Cour de l'impôt, que les décisions relatives aux mots « *misuse* » et « *abuse* » utilisés dans la version anglaise du par. 245(4) ne commandent pas des examens différents. Le paragraphe 245(4) exige que, pour décider s'il y a eu évitement fiscal abusif, l'on applique une seule méthode unifiée d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* invoquées par le contribuable.

5.5.2 Évitement fiscal abusif : une méthode d'interprétation unifiée

L'interprétation contextuelle et téléologique des dispositions de la Loi invoquées par le contribuable et l'application des dispositions interprétées correctement aux faits d'une affaire donnée sont au cœur de l'analyse fondée sur le par. 245(4). Il faut d'abord interpréter les dispositions générant l'avantage fiscal pour en déterminer l'objet et l'esprit. Il faut ensuite déterminer si l'opération est conforme à cet objet ou si elle le contrecarre. L'analyse globale porte donc sur une question mixte de fait et de droit. L'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentiellement une question de droit, mais l'application de ces dispositions aux faits d'une affaire dépend nécessairement des faits.

Cette analyse aboutit à une conclusion d'évitement fiscal abusif dans le cas où le contribuable se fonde sur des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour obtenir un résultat que ces dispositions visent à empêcher. Ainsi, il y a évitement fiscal abusif lorsqu'une opération va à l'encontre de la raison d'être des dispositions

43

44

45

result from an arrangement that circumvents the application of certain provisions, such as specific anti-avoidance rules, in a manner that frustrates or defeats the object, spirit or purpose of those provisions. By contrast, abuse is not established where it is reasonable to conclude that an avoidance transaction under s. 245(3) was within the object, spirit or purpose of the provisions that confer the tax benefit.

46 Once the provisions of the *Income Tax Act* are properly interpreted, it is a question of fact for the Tax Court judge whether the Minister, in denying the tax benefit, has established abusive tax avoidance under s. 245(4). Provided the Tax Court judge has proceeded on a proper construction of the provisions of the Act and on findings supported by the evidence, appellate tribunals should not interfere, absent a palpable and overriding error.

47 The first part of the inquiry under s. 245(4) requires the court to look beyond the mere text of the provisions and undertake a contextual and purposive approach to interpretation in order to find meaning that harmonizes the wording, object, spirit and purpose of the provisions of the *Income Tax Act*. There is nothing novel in this. Even where the meaning of particular provisions may not appear to be ambiguous at first glance, statutory context and purpose may reveal or resolve latent ambiguities. "After all, language can never be interpreted independently of its context, and legislative purpose is part of the context. It would seem to follow that consideration of legislative purpose may not only resolve patent ambiguity, but may, on occasion, reveal ambiguity in apparently plain language." See P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (4th ed. 2002), at p. 563. In order to reveal and resolve any latent ambiguities in the meaning of provisions of the *Income Tax Act*, the courts must undertake a unified textual, contextual and purposive approach to statutory interpretation.

invoquées. Un mécanisme qui contourne l'application de certaines dispositions, comme des règles anti-évitement particulières, d'une manière contraire à l'objet ou à l'esprit de ces dispositions peut également donner lieu à un abus. Par contre, l'existence d'un abus n'est pas établie lorsqu'il est raisonnable de conclure qu'une opération d'évitement au sens du par. 245(3) était conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions conférant l'avantage fiscal.

Une fois que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont interprétées correctement, la question de fait à laquelle doit répondre le juge de la Cour de l'impôt est de savoir si, en supprimant l'avantage fiscal, le ministre a établi l'existence d'un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). Pourvu que le juge de la Cour de l'impôt se soit fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la Loi et sur des conclusions étayées par la preuve, les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

La première partie de l'examen fondé sur le par. 245(4) exige que le tribunal aille au-delà du simple texte des dispositions et adopte une méthode d'interprétation contextuelle et téléologique en vue de dégager un sens qui s'harmonise avec le libellé, l'objet et l'esprit des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cela n'a rien de nouveau. Même lorsque le sens de certaines dispositions peut paraître non ambigu à première vue, le contexte et l'objet de la loi peuvent révéler ou dissiper des ambiguïtés latentes. [TRADUCTION] « Après tout, le libellé ne peut jamais être interprété indépendamment de son contexte, et l'objectif législatif fait partie de ce contexte. Il semblerait alors que la prise en compte de l'objectif législatif permette non seulement de dissiper les ambiguïtés manifestes, mais aussi de relever, à l'occasion, des ambiguïtés dans un libellé apparemment clair. » Voir P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (4^e éd. 2002), p. 563. Pour relever et dissiper toute ambiguïté latente du sens des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les tribunaux doivent adopter une méthode d'interprétation législative textuelle, contextuelle et téléologique unifiée.

As previously stated, the predominant issue in this and its companion appeal is what constitutes abusive tax avoidance. The Explanatory Notes state in part, at pp. 464-65:

Subsection 245(4) recognizes that the provisions of the Act are intended to apply to transactions with real economic substance, not to transactions intended to exploit, misuse or frustrate the Act to avoid tax. It also recognizes, however, that a number of provisions of the Act either contemplate or encourage transactions that may seem to be primarily tax-motivated. . . . It is not intended that section 245 will apply to deny the tax benefits that result from these transactions as long as they are carried out within the object and spirit of the provisions of the Act read as a whole. Nor is it intended that tax incentives expressly provided for in the legislation would be neutralized by this section.

Where a taxpayer carries out transactions primarily in order to obtain, through the application of specific provisions of the Act, a tax benefit that is not intended by such provisions and by the Act read as a whole, section 245 should apply. This would be the case even though the strict words of the relevant specific provisions may support the tax result sought by the taxpayer. Thus, where applicable, section 245 will override other provisions of the Act since, otherwise, its object and purpose would be defeated.

. . . Thus, in reading the Act as a whole, specific provisions will be read in the context of and in harmony with the other provisions of the Act in order to achieve a result which is consistent with the general scheme of the Act.

Therefore, the application of new subsection 245 must be determined by reference to the facts in a particular case in the context of the scheme of the Act. . . . This can be discerned from a review of the scheme of the Act, its relevant provisions and permissible extrinsic aids.

In all cases where the applicability of s. 245(4) is at issue, the central question is, having regard to the text, context and purpose of the provisions on which the taxpayer relies, whether the transaction frustrates or defeats the object, spirit or purpose of those provisions. The following points are noteworthy:

Comme nous l'avons vu, le présent pourvoi et le pourvoi connexe portent principalement sur la question de savoir en quoi consiste un évitement fiscal abusif. Les notes explicatives indiquent notamment ce qui suit, p. 496-497 :

Le paragraphe 245(4) tient compte du fait que les dispositions de la Loi visent les opérations ayant une raison d'être économique et non les opérations qui visent à exploiter, à détourner ou à frustrer les dispositions de la Loi, afin d'échapper à l'impôt. Il tient aussi compte, cependant, du fait que nombre de dispositions de la Loi envisagent ou favorisent des opérations qui peuvent sembler obéir principalement à des motivations fiscales. [. . .] On ne compte pas appliquer l'article 245 de manière à refuser les avantages fiscaux découlant de ces opérations dans la mesure où elles sont effectuées conformément à l'objet et à l'esprit des dispositions de la Loi lue dans son ensemble. Cet article n'a pas pour but non plus de neutraliser les avantages fiscaux expressément prévus par la Loi.

Lorsqu'un contribuable effectue des opérations principalement afin d'obtenir, par le jeu de dispositions précises de la Loi, un avantage fiscal qui n'est prévu ni par ses dispositions, ni par la Loi lue dans son ensemble, l'article 245 devrait s'appliquer. Il en serait ainsi même si les dispositions précises considérées, prises au pied de la lettre, justifiaient le résultat fiscal que cherche à obtenir le contribuable. Par conséquent, dans les cas où cela est applicable, l'article 245 primera les autres dispositions de la Loi puisque autrement l'objet et l'esprit de cette dernière seraient battus en brèche.

. . . En conséquence, dans l'interprétation de la Loi dans son ensemble, les dispositions particulières seront lues dans le contexte des autres dispositions de la Loi et en harmonie avec celles-ci de manière à obtenir un résultat conforme à l'agencement général de la Loi.

Par conséquent, l'application du nouvel article 245 doit être déterminée à la lumière des faits de l'espèce dans le contexte de l'agencement de la Loi. [. . .] Cette constatation se dégage d'un examen de l'agencement de la Loi, des dispositions pertinentes et des aides extrinsèques admissibles.

Dans tous les cas où l'applicabilité du par. 245(4) est en cause, la question centrale est de savoir si, compte tenu du texte, du contexte et de l'objet des dispositions invoquées par le contribuable, l'opération contrecarre l'objet ou l'esprit de ces dispositions. Les points suivants sont dignes de mention :

(1) While the Explanatory Notes use the phrase “exploit, misuse or frustrate”, we understand these three terms to be synonymous, with their sense most adequately captured by the word “frustrate”.

(2) The Explanatory Notes elaborate that the GAAR is intended to apply where under a literal interpretation of the provisions of the *Income Tax Act*, the object and purpose of those provisions would be defeated.

(3) The Explanatory Notes specify that the application of the GAAR must be determined by reference to the facts of a particular case in the context of the scheme of the *Income Tax Act*.

(4) The Explanatory Notes also elaborate that the provisions of the *Income Tax Act* are intended to apply to transactions with real economic substance.

(1) Bien que les notes explicatives emploient les mots « exploiter, [. . .] détourner ou [. . .] frustrer », il semble que ces trois termes soient synonymes et que le mot « frustrer » au sens de « contrecarrer » permet le mieux d’en saisir le sens.

(2) Les notes explicatives indiquent que la RGAÉ est censée s’appliquer lorsque, selon une interprétation littérale des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, l’objet et l’esprit de ces dernières seraient contrecarrés.

(3) Les notes explicatives précisent que la RGAÉ doit être appliquée à la lumière des faits de l’affaire en cause dans le contexte de l’agencement de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

(4) Les notes explicatives indiquent également que les dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* visent les opérations ayant une raison d’être économique.

50 As previously discussed, Parliament sought to address abusive tax avoidance while preserving consistency, predictability and fairness in tax law and the GAAR can only be applied to deny a tax benefit when the abusive nature of the transaction is clear.

51 The interpretation of the provisions giving rise to the tax benefit must, in the words of s. 245(4) of the Act, have regard to the Act “read as a whole”. This means that the specific provisions at issue must be interpreted in their legislative context, together with other related and relevant provisions, in light of the purposes that are promoted by those provisions and their statutory schemes. In this respect, it should not be forgotten that the GAAR itself is part of the Act.

52 In general, Parliament confers tax benefits under the *Income Tax Act* to promote purposes related to specific activities. For example, tax benefits associated with business losses, CCA and RRSPs, are conferred for reasons intrinsic to the activities

Comme nous l’avons vu, le législateur cherchait à prévenir l’évitement fiscal abusif tout en maintenant l’uniformité, la prévisibilité et l’équité en matière de droit fiscal, et la RGAÉ ne permet de supprimer un avantage fiscal que dans les cas où l’opération en cause est manifestement abusive.

Aux termes du par. 245(4) de la Loi, l’interprétation des dispositions générant l’avantage fiscal doit se faire compte tenu de la Loi « lue dans son ensemble ». Cela signifie que les dispositions en cause doivent être interprétées dans leur contexte législatif, conjointement avec les autres dispositions connexes pertinentes, à la lumière des objectifs dont ces dispositions et le régime législatif qu’elles établissent favorisent la réalisation. À cet égard, il ne faut pas oublier que la RGAÉ fait elle-même partie de la Loi.

En général, les avantages fiscaux que le législateur confère dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* ont pour objet de favoriser la réalisation d’objectifs liés à des activités précises. Par exemple, les avantages fiscaux liés aux pertes d’entreprise, aux DPA

involved. Unless the Minister can establish that the avoidance transaction frustrates or defeats the purpose for which the tax benefit was intended to be conferred, it is not abusive.

Care must be taken in assessing the purposes for which the provisions at issue confer a tax benefit. "The [*Income Tax Act*] is a complex statute through which Parliament seeks to balance a myriad of principles" (*Shell*, at para. 43). The conferring of particular tax benefits can serve a variety of independent and interlocking purposes. These range from imposing fair business accounting principles and promoting particular kinds of commercial activity, to providing family and social benefits.

In interpreting the provisions of the *Income Tax Act*, the statutory language must be respected and should be interpreted according to its well-established legal meaning. In some cases, a contextual and purposive interpretation may add nuance to the well-established legal meaning of the statutory language. Section 245(4) does not rewrite the provisions of the *Income Tax Act*; it only requires that a tax benefit be consistent with the object, spirit and purpose of the provisions that are relied upon.

In summary, s. 245(4) imposes a two-part inquiry. The first step is to determine the object, spirit or purpose of the provisions of the *Income Tax Act* that are relied on for the tax benefit, having regard to the scheme of the Act, the relevant provisions and permissible extrinsic aids. The second step is to examine the factual context of a case in order to determine whether the avoidance transaction defeated or frustrated the object, spirit or purpose of the provisions in issue.

The Explanatory Notes elaborate that the provisions of the *Income Tax Act* are intended to apply to transactions with real economic substance. Although the expression "economic substance" may be open to different interpretations,

et aux REER sont conférés pour des raisons indissociables des activités en cause. À moins que le ministre ne puisse établir qu'elle contrecarre l'objet pour lequel l'avantage fiscal est censé avoir été conféré, l'opération d'évitement n'est pas abusive.

Il faut agir avec prudence en appréciant les objets pour lesquels les dispositions en cause confèrent un avantage fiscal. « La [*Loi de l'impôt sur le revenu*] est un texte législatif complexe au moyen duquel le législateur tente d'établir un équilibre entre d'innombrables principes » (*Shell*, par. 43). L'attribution d'avantages fiscaux particuliers peut viser toute une gamme d'objectifs indépendants et interdépendants, qui vont de l'établissement de principes de comptabilité d'entreprise équitables et de la promotion de certains types d'activités commerciales au versement d'allocations familiales et de prestations sociales.

Dans l'interprétation des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut respecter le libellé de la loi et lui donner son sens juridique bien établi. Dans certains cas, une interprétation contextuelle et téléologique peut nuancer le sens juridique bien établi de ce libellé. Le paragraphe 245(4) ne réécrit pas les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; il exige seulement que l'avantage fiscal soit conforme à l'objet et à l'esprit des dispositions invoquées.

En résumé, le par. 245(4) prescrit un examen en deux étapes. La première étape consiste à déterminer l'objet ou l'esprit des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui sont invoquées pour obtenir l'avantage fiscal, eu égard à l'économie de la Loi, aux dispositions pertinentes et aux moyens extrinsèques admissibles. La deuxième étape consiste à examiner le contexte factuel de l'affaire pour déterminer si l'opération d'évitement contrecarrait l'objet ou l'esprit des dispositions en cause.

Selon les notes explicatives, les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visent les opérations ayant une raison d'être économique. Bien que l'expression « raison d'être économique » puisse se prêter à différentes interprétations, cet énoncé

53

54

55

56

this statement recognizes that the provisions of the Act were intended to apply to transactions that were executed within the object, spirit and purpose of the provisions that are relied upon for the tax benefit. The courts should not turn a blind eye to the underlying facts of a case, and become fixated on compliance with the literal meaning of the wording of the provisions of the *Income Tax Act*. Rather, the courts should in all cases interpret the provisions in their proper context in light of the purposes they intend to promote.

reconnaît que les dispositions de la Loi visaient les opérations conformes à l'objet et à l'esprit des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal. Les tribunaux ne doivent pas fermer les yeux sur les faits qui sous-tendent une affaire et devenir obsédés par le respect du sens littéral du libellé des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Au contraire, ils doivent dans tous les cas interpréter les dispositions dans le contexte qui leur est propre et en tenant compte des objectifs dont elles sont censées favoriser la réalisation.

57

Courts have to be careful not to conclude too hastily that simply because a non-tax purpose is not evident, the avoidance transaction is the result of abusive tax avoidance. Although the Explanatory Notes make reference to the expression "economic substance", s. 245(4) does not consider a transaction to result in abusive tax avoidance merely because an economic or commercial purpose is not evident. As previously stated, the GAAR was not intended to outlaw all tax benefits; Parliament intended for many to endure. The central inquiry is focussed on whether the transaction was consistent with the purpose of the provisions of the *Income Tax Act* that are relied upon by the taxpayer, when those provisions are properly interpreted in light of their context. Abusive tax avoidance will be established if the transactions frustrate or defeat those purposes.

Les tribunaux doivent se garder de conclure trop hâtivement que l'opération d'évitement résulte d'un évitement fiscal abusif du seul fait que l'objet non fiscal n'est pas manifeste. Même si les notes explicatives emploient l'expression « raison d'être économique », le par. 245(4) ne considère pas qu'une opération donne lieu à un évitement fiscal abusif du seul fait que l'objet économique ou commercial n'est pas manifeste. Comme nous l'avons vu, la RGAÉ n'était pas censée bannir tous les avantages fiscaux; le législateur voulait que beaucoup d'entre eux subsistent. La question centrale est de savoir si l'opération était conforme à l'objet des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui sont invoquées par le contribuable, lorsque ces dispositions sont interprétées correctement à la lumière de leur contexte. Il y a évitement fiscal abusif si les opérations contrecarrent ces objets.

58

Whether the transactions were motivated by any economic, commercial, family or other non-tax purpose may form part of the factual context that the courts may consider in the analysis of abusive tax avoidance allegations under s. 245(4). However, any finding in this respect would form only one part of the underlying facts of a case, and would be insufficient by itself to establish abusive tax avoidance. The central issue is the proper interpretation of the relevant provisions in light of their context and purpose. When properly interpreted, the statutory provisions at issue in a given case may dictate that a particular tax benefit may apply only to transactions with a certain economic, commercial, family or other non-tax purpose. The absence of such considerations may then become a relevant factor towards the inference that the

La question de savoir si les opérations obéissaient à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d'autres motivations non fiscales peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d'évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4). Cependant, toute conclusion à cet égard ne constituerait qu'un élément des faits qui sous-tendent l'affaire et serait insuffisante en soi pour établir l'existence d'un évitement fiscal abusif. La question centrale est celle de l'interprétation que les dispositions pertinentes doivent recevoir à la lumière de leur contexte et de leur objet. Il se peut que, lorsqu'elles sont interprétées correctement, les dispositions législatives en cause dans une affaire donnée exigent qu'un avantage fiscal particulier ne puisse s'appliquer qu'aux opérations

transactions abused the provisions at issue, but there is no golden rule in this respect.

Similarly, courts have on occasion discussed transactions in terms of their “lack of substance” or requiring “recharacterization”. However, such terms have no meaning in isolation from the proper interpretation of specific provisions of the *Income Tax Act*. The analysis under s. 245(4) requires a close examination of the facts in order to determine whether allowing a tax benefit would be within the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer, when those provisions are interpreted textually, contextually and purposively. Only after first, properly construing the provisions to determine their scope and second, examining all of the relevant facts, can a proper conclusion regarding abusive tax avoidance under s. 245(4) be reached.

A transaction may be considered to be “artificial” or to “lack substance” *with respect to specific provisions* of the *Income Tax Act*, if allowing a tax benefit would not be consistent with the object, spirit or purpose of those provisions. We should reject any analysis under s. 245(4) that depends entirely on “substance” viewed in isolation from the proper interpretation of specific provisions of the *Income Tax Act* or the relevant factual context of a case. However, abusive tax avoidance may be found where the relationships and transactions as expressed in the relevant documentation lack a proper basis relative to the object, spirit or purpose of the provisions that are purported to confer the tax benefit, or where they are wholly dissimilar to the relationships or transactions that are contemplated by the provisions.

A proper approach to the wording of the provisions of the *Income Tax Act* together with the

ayant un certain objet économique, commercial, familial ou un autre objet non fiscal. L'absence de telles considérations peut alors devenir un facteur pertinent pour inférer que les opérations constituaient un abus dans l'application des dispositions en cause, mais il n'existe aucune règle d'or à ce sujet.

De même, les tribunaux ont parfois analysé des opérations sous l'angle de leur « manque de raison d'être » ou de la nécessité de les « requalifier ». Ces termes n'ont toutefois aucun sens en dehors de l'interprétation correcte des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'analyse fondée sur le par. 245(4) oblige à examiner attentivement les faits pour décider si l'attribution d'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable, selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de ces dispositions. Ce n'est qu'après avoir d'abord interprété correctement les dispositions en cause pour en déterminer la portée, puis examiné tous les facteurs pertinents, que l'on peut tirer une conclusion appropriée quant à l'existence d'un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4).

Une opération peut être considérée comme étant « artificielle » ou comme « dénuée de raison d'être » *en ce qui concerne des dispositions particulières* de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans les cas où l'attribution d'un avantage fiscal ne serait pas conforme à l'objet ou à l'esprit de ces dispositions. Nous devons rejeter toute analyse fondée sur le par. 245(4) qui tient entièrement à la « raison d'être » considérée indépendamment de l'interprétation correcte des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou du contexte factuel pertinent d'une affaire. Toutefois, on peut conclure à l'existence d'un évitement fiscal abusif si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à l'objet ou à l'esprit des dispositions censées conférer l'avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions.

Une interprétation correcte du libellé des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ainsi que

59

60

61

relevant factual context of a given case achieve balance between the need to address abusive tax avoidance while preserving certainty, predictability and fairness in tax law so that taxpayers may manage their affairs accordingly. Parliament intends taxpayers to take full advantage of the provisions of the Act that confer tax benefits. Parliament did not intend the GAAR to undermine this basic tenet of tax law.

le contexte factuel pertinent d'une affaire donnée permettent d'établir un équilibre entre la nécessité de prévenir l'évitement fiscal abusif et celle de maintenir la certitude, la prévisibilité et l'équité en droit fiscal afin que les contribuables puissent organiser leurs affaires en conséquence. Le législateur souhaite que les contribuables profitent pleinement des dispositions de la Loi qui confèrent des avantages fiscaux. Il n'a pas voulu que la RGAÉ mine ce précepte fondamental du droit fiscal.

62

The GAAR may be applied to deny a tax benefit only after it is determined that it was not reasonable to consider the tax benefit to be within the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer. The negative language in which s. 245(4) is cast indicates that the starting point for the analysis is the assumption that a tax benefit that would be conferred by the plain words of the Act is not abusive. This means that a finding of abuse is only warranted where the opposite conclusion — that the avoidance transaction was consistent with the object, spirit or purpose of the provisions of the Act that are relied on by the taxpayer — cannot be reasonably entertained. In other words, the abusive nature of the transaction must be clear. The GAAR will not apply to deny a tax benefit where it may reasonably be considered that the transactions were carried out in a manner consistent with the object, spirit or purpose of the provisions of the Act, as interpreted textually, contextually and purposively.

La RGAÉ ne permet de supprimer un avantage fiscal que si l'on décide qu'il n'était pas raisonnable de considérer que l'avantage fiscal était conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable. La formulation négative du par. 245(4) indique que l'analyse part du principe qu'un avantage fiscal qui serait conféré par le texte même de la Loi n'est pas abusif. Cela signifie qu'une conclusion d'abus n'est justifiée que lorsqu'il n'est pas raisonnable de conclure le contraire, c'est-à-dire que l'opération d'évitement était conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions de la Loi invoquées par le contribuable. Autrement dit, l'opération doit être manifestement abusive. La RGAÉ ne permet pas de supprimer un avantage fiscal s'il est raisonnable de considérer que les opérations étaient conformes à l'objet ou à l'esprit des dispositions de la Loi, selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de ces dispositions.

5.6 *Burden of Proof*

5.6 *Fardeau de la preuve*

63

The determination of the existence of a tax benefit and an avoidance transaction under s. 245(1), (2) and (3) involves factual decisions. As such, the burden of proof is the same as in any tax proceeding where the taxpayer disputes the Minister's assessment and its underlying assumptions of facts. The initial obligation is on the taxpayer to "refute" or challenge the Minister's factual assumptions by contesting the existence of a tax benefit or by showing that a *bona fide* non-tax purpose primarily drove the transaction: see *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, at para. 92. It is not unfair to impose this burden, as the taxpayer

La détermination de l'existence d'un avantage fiscal et d'une opération d'évitement au sens des par. 245(1), (2) et (3) commande des décisions relatives aux faits. Voilà pourquoi le fardeau de la preuve est le même que dans n'importe quelle instance fiscale où le contribuable conteste la cotisation établie par le ministre et les présomptions de fait qui la sous-tendent. Au départ, il incombe au contribuable de « réfuter » ou de mettre en doute les présomptions de fait du ministre, en contestant l'existence d'un avantage fiscal ou en démontrant que l'opération visait principalement un objet non fiscal véritable : voir l'arrêt *Hickman Motors Ltd.*

would presumably have knowledge of the factual background of the transaction.

By contrast, the inquiry into abusive tax avoidance under s. 245(4) involves a textual, contextual and purposive analysis of the provisions on which the tax benefit is based. We see no reason to maintain the distinction between a theoretical and practical perspective on the burden of proof, adopted by the majority of the Federal Court of Appeal in *OSFC*. The Federal Court of Appeal held that there is no burden on either party at the stage of interpreting the provisions at issue, since this is a question of law, which is ultimately for the court to decide. It went on to state at para. 68 that “from a practical perspective, . . . [t]he Minister should set out the policy with reference to the provisions of the Act or extrinsic aids upon which he relies”.

For practical purposes, the last statement is the important one. The taxpayer, once he or she has shown compliance with the wording of a provision, should not be required to disprove that he or she has thereby violated the object, spirit or purpose of the provision. It is for the Minister who seeks to rely on the GAAR to identify the object, spirit or purpose of the provisions that are claimed to have been frustrated or defeated, when the provisions of the Act are interpreted in a textual, contextual and purposive manner. The Minister is in a better position than the taxpayer to make submissions on legislative intent with a view to interpreting the provisions harmoniously within the broader statutory scheme that is relevant to the transaction at issue.

5.7 Summary

The approach to s. 245 of the *Income Tax Act* may be summarized as follows.

1. Three requirements must be established to permit application of the GAAR:

c. Canada, [1997] 2 R.C.S. 336, par. 92. Il n'est pas inéquitable d'imposer un tel fardeau, puisque le contribuable connaîtrait vraisemblablement le contexte factuel de l'opération.

Par contre, pour décider s'il y a évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4), il faut effectuer une analyse textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal. Nous ne voyons aucune raison de maintenir la distinction entre la conception théorique et la conception pratique du fardeau de la preuve que les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont établie dans l'arrêt *OSFC*. La Cour d'appel fédérale a statué qu'aucun fardeau ne pèse sur l'une ou l'autre des parties à l'étape de l'interprétation des dispositions en cause, puisqu'il s'agit là d'une question de droit qu'il incombe en fin de compte à la cour de trancher. Elle a ajouté, au par. 68, que « dans une perspective pratique, le ministre doit [. . .] énoncer la politique générale en mentionnant les dispositions de la Loi ou les moyens extrinsèques sur lesquels il s'appuie ».

En pratique, c'est le dernier énoncé qui est important. Une fois qu'il a démontré qu'il respecte le libellé d'une disposition, le contribuable ne devrait pas avoir à prouver qu'il n'a pas, de ce fait, contrevenu à l'objet ou à l'esprit de la disposition. Il appartient au ministre qui tente d'invoquer la RGAE de décrire l'objet ou l'esprit des dispositions qui auraient été contournées, selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions de la Loi. Le ministre est mieux placé que le contribuable pour présenter des observations sur l'intention du législateur dans le but d'interpréter les dispositions de façon harmonieuse avec le régime législatif général qui s'applique à l'opération en cause.

5.7 Résumé

L'approche relative à l'art. 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut se résumer ainsi.

1. Trois conditions sont nécessaires pour que la RGAE s'applique :

64

65

66

- | | |
|---|--|
| <p>(1) A tax benefit resulting from a transaction or part of a series of transactions (s. 245(1) and (2));</p> <p>(2) that the transaction is an <i>avoidance transaction</i> in the sense that it cannot be said to have been reasonably undertaken or arranged primarily for a <i>bona fide</i> purpose other than to obtain a tax benefit; and</p> <p>(3) that there was <i>abusive tax avoidance</i> in the sense that it cannot be reasonably concluded that a tax benefit would be consistent with the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer.</p> | <p>(1) il doit exister un <i>avantage fiscal découlant d'une opération</i> ou d'une série d'opérations dont l'opération fait partie (par. 245(1) et (2));</p> <p>(2) l'opération doit être une <i>opération d'évitement</i> en ce sens qu'il n'est pas raisonnable d'affirmer qu'elle est principalement effectuée pour un objet véritable — l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;</p> <p>(3) il doit y avoir eu <i>évitement fiscal abusif</i> en ce sens qu'il n'est pas raisonnable de conclure qu'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable.</p> |
| <p>2. The burden is on the taxpayer to refute (1) and (2), and on the Minister to establish (3).</p> | <p>2. Il incombe au contribuable de démontrer l'inexistence des deux premières conditions, et au ministre d'établir l'existence de la troisième condition.</p> |
| <p>3. If the existence of abusive tax avoidance is unclear, the benefit of the doubt goes to the taxpayer.</p> | <p>3. S'il n'est pas certain qu'il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable.</p> |
| <p>4. The courts proceed by conducting a unified textual, contextual and purposive analysis of the provisions giving rise to the tax benefit in order to determine why they were put in place and why the benefit was conferred. The goal is to arrive at a purposive interpretation that is harmonious with the provisions of the Act that confer the tax benefit, read in the context of the whole Act.</p> | <p>4. Les tribunaux doivent effectuer une analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions qui génèrent l'avantage fiscal afin de déterminer pourquoi elles ont été édictées et pourquoi l'avantage a été conféré. Le but est d'en arriver à une interprétation téléologique qui s'harmonise avec les dispositions de la Loi conférant l'avantage fiscal, lorsque ces dispositions sont lues dans le contexte de l'ensemble de la Loi.</p> |
| <p>5. Whether the transactions were motivated by any economic, commercial, family or other non-tax purpose may form part of the factual context that the courts may consider in the analysis of abusive tax avoidance allegations under s. 245(4). However, any finding in this respect would form only one part of the underlying facts of a case, and would be insufficient by itself to establish abusive tax avoidance. The central issue is the proper interpretation of the</p> | <p>5. La question de savoir si les opérations obéissaient à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d'autres motivations non fiscales peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d'évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4). Cependant, toute conclusion à cet égard ne constituerait qu'un élément des faits qui sous-tendent l'affaire et serait insuffisante en soi pour établir l'existence d'un évitement fiscal abusif.</p> |

relevant provisions in light of their context and purpose.

6. Abusive tax avoidance may be found where the relationships and transactions as expressed in the relevant documentation lack a proper basis relative to the object, spirit or purpose of the provisions that are purported to confer the tax benefit, or where they are wholly dissimilar to the relationships or transactions that are contemplated by the provisions.
7. Where the Tax Court judge has proceeded on a proper construction of the provisions of the *Income Tax Act* and on findings supported by the evidence, appellate tribunals should not interfere, absent a palpable and overriding error.
6. Application to the Facts of This Case

The appellant Crown agreed with the finding of the Tax Court judge that there was a tax benefit and an avoidance transaction. Therefore, the only issue is whether there was abusive tax avoidance under s. 245(4).

The respondent purchased and leased trailers in order to generate CCA deductions, which were then used to shelter other taxable lease income generated by CTMC. It is common ground that on their face, the CCA provisions permit the deductions claimed. It is also common ground that a standard sale-leaseback transaction, involving qualifying assets, where the vendor is also the lessee, is consistent with the object, spirit or purpose of the CCA provisions. However, the appellant submits that the manner in which the respondent structured and financed the purchase, lease and sublease of the trailers contravened the object, spirit or purpose of the CCA regime and resulted in abusive tax avoidance under s. 245(4) of the *Income Tax Act*.

As discussed above, the practical burden of showing that there was abusive tax avoidance lies

La question centrale est celle de l'interprétation que les dispositions pertinentes doivent recevoir à la lumière de leur contexte et de leur objet.

6. On peut conclure à l'existence d'un évitement fiscal abusif si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à l'objet ou à l'esprit des dispositions censées conférer l'avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions.
7. Si le juge de la Cour de l'impôt s'est fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et sur des conclusions étayées par la preuve, les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir en l'absence d'erreur manifeste et dominante.
6. Application aux faits de la présente affaire

La Couronne appelante a accepté la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle il y avait avantage fiscal et opération d'évitement. La seule question qui se pose est donc de savoir s'il y a eu évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4).

L'intimée a acheté et loué des remorques afin de générer des DPA qui ont ensuite servi d'abri à d'autres revenus de location imposables de HTC. Nul ne conteste que les dispositions relatives aux DPA permettent, à première vue, les déductions demandées. Personne ne conteste non plus que l'opération de cession-bail courante, qui porte sur des biens admissibles et dans laquelle le vendeur est aussi locataire, est conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions relatives aux DPA. L'appelante prétend toutefois que la façon dont l'intimée a structuré et financé l'achat, la location et la sous-location des remorques contrevenait à l'objet ou à l'esprit du régime de DPA et a donné lieu à un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Comme nous l'avons vu, il appartient, en pratique, au ministre de démontrer l'existence d'un

67

68

69

on the Minister. The abuse of the Act must be clear, with the result that doubts must be resolved in favour of the taxpayer. The analysis focusses on the purpose of the particular provisions that on their face give rise to the benefit, and on whether the transaction frustrates or defeats the object, spirit or purpose of those provisions.

70

The appellant submits that the object and spirit of the CCA provisions are “to provide for the recognition of money spent to acquire qualifying assets to the extent that they are consumed in the income-earning process”, relying on the reasons of Noël J.A. in *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, [2003] 2 F.C. 25, 2002 FCA 291, at para. 44. The appellant submits that the transaction involved no real risk and that CTMC thus did not actually spend \$120 million to purchase the trailers from TLI. In the appellant's view, CTMC created a “cost for CCA purposes that is an illusion” without incurring any “real” expense. This, the appellant argues, contravenes the object and spirit of the CCA provisions and constitutes abusive tax avoidance within s. 245(4) of the Act. The appellant summarizes its main submission as follows:

In this case, the pre-ordained series of transactions misuses and abuses the CCA regime because it manufactures a cost for CCA purposes that does not represent the real economic cost to CTMC of the trailers. CTMC borrowed \$97.4 million from the Royal Bank, but . . . the loan was effectively repaid in its entirety on the day it was made. The assignment by CTMC to the Bank of MAIL's rent payments under the lease continued the circular flow of money . . . There was no risk at all that the rent payments would not be made. Even the \$5.9 million that CTMC apparently paid in fees was fully covered as it, along with the rest of CTMC's contribution of \$24.9 million in funding, will be reimbursed when the \$19 million bond pledged to CTMC matures in December 2005 at \$33.5 million.

CTMC incurred no real economic cost, and thus was not entitled to any “recognition for money spent to

éviterement fiscal abusif. L'abus dans l'application de la Loi doit être manifeste, de sorte qu'il faut laisser le bénéficiaire du doute au contribuable. L'analyse doit porter sur l'objet des dispositions particulières qui, à première vue, génèrent l'avantage fiscal, et sur la question de savoir si l'opération contrecarre l'objet ou l'esprit de ces dispositions.

S'appuyant sur les motifs du juge Noël dans l'arrêt *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, [2003] 2 C.F. 25, 2002 CAF 291, par. 44, l'appelante prétend que l'objet et l'esprit des dispositions relatives aux DPA sont « de tenir compte de l'argent qui a été dépensé pour acquérir des biens admissibles dans la mesure où ils sont utilisés en vue de gagner un revenu ». L'appelante fait valoir que l'opération ne comportait aucun risque réel, et que HTC n'a donc pas vraiment dépensé 120 millions de dollars pour acheter les remorques de TLI. Selon l'appelante, HTC a créé [TRADUCTION] « de toutes pièces un coût aux fins d'obtention d'une DPA » sans engager une « véritable » dépense, ce qui, affirme-t-elle, va à l'encontre de l'objet et de l'esprit des dispositions relatives aux DPA et constitue un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4) de la Loi. L'appelante résume ainsi son principal argument :

[TRADUCTION] En l'espèce, la série d'opérations prédéterminées entraîne un abus dans l'application du régime de DPA parce qu'elle crée un coût aux fins d'obtention d'une DPA, qui ne représente pas le coût économique véritable des remorques pour HTC. HTC a emprunté 97,4 millions de dollars de la Banque Royale, mais [. . .] le prêt a, en fait, été entièrement remboursé le jour même où il a été consenti. La cession à la Banque par HTC des paiements de loyer de MAIL aux termes du bail a assuré la continuation du flux circulaire d'argent [. . .] Il n'y avait aucun risque que les paiements de loyer ne soient pas effectués. Même les honoraires de 5,9 millions de dollars que HTC a apparemment acquittés étaient entièrement couverts, étant donné qu'ils seront remboursés, en même temps que le reste de la contribution de 24,9 millions de dollars que HTC a versée au titre du financement, lorsque l'obligation de 19 millions de dollars donnée en garantie à HTC viendra à échéance en décembre 2005 et vaudra alors 33,5 millions de dollars.

Il n'y a pas eu de coût économique véritable pour HTC, qui n'avait donc pas droit à ce qu'il soit « [tenu]

acquire qualifying assets”. [Emphasis added; paras. 80-81.]

The respondent takes a different view of the purpose of the CCA provisions and the transaction. It relies on the Tax Court judge’s conclusion that the transaction was a profitable commercial investment and fully consistent with the object and spirit of the Act. The respondent submits that its deductions were permitted under the “Leasing Property Rules” and the “Specified Leasing Property Rules” of the Act. It argues that the specific rules enacted by Parliament to address CCA on leased assets are plainly a vital part of the statutory scheme, and that the GAAR cannot be utilized to change the scope of those rules. The respondent submits that it is the policy of the Act that “cost” means the price that the taxpayer gave up in order to get the asset, except in specific and precisely prescribed circumstances not here applicable. The respondent argues that the GAAR cannot be used to override Parliament’s explicit policy decision to limit the scope of the rules.

The respondent argues that the transaction was consistent with the object and spirit of the legislation. The Act’s inclusion of specific provisions that take “cost” to mean the amount “at risk” in limited circumstances illustrates the general policy of the Act that the term “cost” outside of those specific provisions means cost as understood at law, namely the amount paid. A cost is not reduced to reflect a mitigation of economic risk. In the result, the respondent argues that on the facts of this case “it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse . . . or an abuse . . .” under s. 245(4).

We are of the view that the appellant’s arguments do not reflect a proper interpretation of the GAAR and that the respondent’s position should prevail. We are led to this conclusion by a textual,

compte de l’argent qui a été dépensé pour acquérir des biens admissibles ». [Nous soulignons; par. 80-81.]

L’intimée perçoit différemment l’objet des dispositions relatives aux DPA et l’opération. Elle invoque la conclusion du juge de la Cour de l’impôt selon laquelle l’opération représentait un placement commercial rentable et était parfaitement conforme à l’objet et à l’esprit de la Loi. L’intimée fait valoir que ses déductions étaient permises en vertu des règles relatives aux biens donnés en location à bail et des règles relatives aux biens de location déterminés édictées en vertu de la Loi. Selon elle, les règles particulières que le législateur a édictées relativement aux DPA pour des biens loués constituent manifestement une partie essentielle du régime législatif, et la RGAÉ ne peut servir à modifier la portée de ces règles. L’intimée soutient que la politique générale de la Loi veut que le mot « coût » s’entende du prix que le contribuable a payé pour se procurer le bien, sauf dans des circonstances particulières et bien déterminées qui n’existent pas en l’espèce. L’intimée affirme que la RGAÉ ne permet pas de passer outre à une décision de politique générale explicite du législateur de limiter la portée de ces règles.

L’intimée fait valoir que l’opération était conforme à l’objet et à l’esprit de la mesure législative. L’insertion dans la Loi de dispositions particulières voulant que le « coût » désigne la somme « exposée à un risque » dans certains cas précis illustre bien la politique générale de la Loi selon laquelle, en dehors des cas visés par ces dispositions particulières, le « coût » s’entend du coût au sens légal, à savoir la somme payée. Un coût ne se réduit pas pour refléter l’atténuation d’un risque économique. En définitive, l’intimée prétend que, selon les faits de la présente affaire, « il est raisonnable de considérer [que l’opération] n’entraîne pas, directement ou indirectement, d’abus » au sens du par. 245(4).

Nous sommes d’avis que l’argumentation de l’appelante ne reflète pas une interprétation correcte de la RGAÉ et que le point de vue de l’intimée doit l’emporter. C’est une interprétation

71

72

73

contextual and purposive interpretation of the relevant provisions of the *Income Tax Act*.

74

Textually, the CCA provisions use “cost” in the well-established sense of the amount paid to acquire the assets. Contextually, other provisions of the Act support this interpretation. Finally, the purpose of the CCA provisions of the Act, as applied to sale-leaseback transactions, was, as found by the Tax Court judge, to permit deduction of CCA based on the cost of the assets acquired. This purpose emerges clearly from the scheme of the CCA provisions within the Act as a whole. The appellant’s argument was not that the purpose of these provisions was unclear, but rather that the GAAR ought to override their accepted purpose and effect, for reasons external to the provisions themselves.

75

The appellant suggests that the usual result of the CCA provisions of the Act should be overridden in the absence of real financial risk or “economic cost” in the transaction. However, this suggestion distorts the purpose of the CCA provisions by reducing them to apply only when sums of money are at economic risk. The applicable CCA provisions of the Act do not refer to economic risk. They refer only to “cost”. Where Parliament wanted to introduce economic risk into the meaning of cost related to CCA provisions, it did so expressly, as, for instance, in s. 13(7.1) and (7.2) of the Act, which makes adjustments to the cost of depreciable property when a taxpayer receives government assistance. “Cost” in the context of CCA is a well-understood legal concept. It has been carefully defined by the Act and the jurisprudence. Like the Tax Court judge, we see nothing in the GAAR or the object of the CCA provisions that permits us to rewrite them to interpret “cost” to mean “amount economically at risk” in the applicable provisions. To do so would be to invite inconsistent results. The result would vary with the degree of risk in each case. This would offend the goal of the Act to provide sufficient certainty and predictability to permit taxpayers to intelligently order their affairs.

textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions pertinentes de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui nous mène à cette conclusion.

Sur le plan textuel, les dispositions relatives aux DPA emploient le mot « coût » dans le sens bien établi de somme payée pour acquérir les biens. Sur le plan contextuel, d’autres dispositions de la Loi appuient cette interprétation. Enfin, l’objet des dispositions de la Loi relatives aux DPA, en ce qui concerne les opérations de cession-bail, était, comme l’a conclu le juge de la Cour de l’impôt, de permettre une DPA fondée sur le coût des biens acquis. Cet objet ressort clairement de l’économie des dispositions de la Loi relatives aux DPA considérées dans leur ensemble. L’appelante prétendait non pas que l’objet de ces dispositions était ambigu, mais plutôt que la RGAÉ devait l’emporter sur leur objet et leur effet reconnus, et ce, pour des raisons n’ayant rien à voir avec les dispositions elles-mêmes.

L’appelante indique que le résultat habituel des dispositions de la Loi relatives aux DPA devrait être écarté dans le cas où l’opération ne comporte aucun risque financier ou « coût économique » véritable. Cependant, cette idée fausse l’objet des dispositions relatives aux DPA en limitant l’application de ces dispositions aux cas où des sommes d’argent sont exposées à un risque économique. Les dispositions de la Loi qui s’appliquent en matière de DPA ne parlent pas de risque économique. Elles ne mentionnent que le « coût ». Dans les cas où le législateur a voulu introduire la notion de risque économique dans le sens du coût visé par les dispositions relatives aux DPA, il l’a fait expressément comme, par exemple, aux par. 13(7.1) et (7.2) de la Loi, qui permettent d’ajuster le coût d’un bien amortissable lorsque le contribuable reçoit une aide gouvernementale. Dans le contexte de la DPA, le « coût » est une notion juridique bien comprise. Cette notion a été bien définie par la Loi et la jurisprudence. À l’instar du juge de la Cour de l’impôt, nous ne voyons rien dans la RGAÉ ou dans l’objet des dispositions relatives aux DPA qui nous permette de les récrire de manière à pouvoir interpréter le mot « coût » comme signifiant « somme exposée à un risque économique » dans

For all these reasons, we agree with the Tax Court judge's conclusion that the "cost" was \$120 million, not zero as argued by the appellant.

The appellant's submissions on this point amount to a narrow consideration of the "economic substance" of the transaction, viewed in isolation from a textual, contextual and purposive interpretation of the CCA provisions. It did not focus on the purpose of the CCA provisions read in the context of the Act as a whole, to determine whether the tax benefit fell outside the object, spirit or purpose of the relevant provisions. Instead, it simply argued that since there was (as it alleged) no "real economic cost", the GAAR must apply. As discussed earlier, the application of the GAAR is a complex matter of statutory interpretation in which the object, spirit and purpose of the provisions giving rise to the tax benefit are assessed in light of the requirements and wording of the GAAR. While the "economic substance" of the transaction may be relevant at various stages of the analysis, this expression has little meaning in isolation from the proper interpretation of specific provisions of the Act. Any "economic substance" must be considered in relation to the proper interpretation of the specific provisions that are relied upon for the tax benefit.

The appellant originally suggested that the GAAR should be used to override the usual effect of the CCA provisions for a second reason — namely that the relationships and transactions that are expressed in the documents are abusive of the provisions of the *Income Tax Act* and should be set aside. It properly abandoned this argument and the submission that the transaction was a sham before the Federal Court of Appeal. Here the documents detailing the transaction left no uncertainty as to

les dispositions applicables. Agir ainsi pourrait mener à des résultats contradictoires. Les résultats varieraient selon le degré de risque couru dans chaque cas. Cela irait à l'encontre de l'objectif de la Loi qui est d'assurer assez de certitude et de prévisibilité pour que les contribuables puissent organiser intelligemment leurs affaires. Pour tous ces motifs, nous souscrivons à la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle le « coût » était de 120 millions de dollars, et non nul comme l'a allégué l'appelante.

Les observations de l'appelante sur ce point correspondent à un examen étroit de la « raison d'être économique » de l'opération, considérée indépendamment d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions relatives aux DPA. Elle ne s'est pas concentrée sur l'objet des dispositions relatives aux DPA lues dans le contexte de la Loi dans son ensemble, pour déterminer si l'avantage fiscal s'écartait de l'objet ou de l'esprit des dispositions pertinentes. Elle s'est plutôt contentée d'affirmer que, puisqu'il n'y avait (selon elle) aucun « coût économique véritable », la RGAÉ devait s'appliquer. Comme nous l'avons vu, l'application de la RGAÉ est une question complexe d'interprétation législative qui oblige à évaluer l'objet et l'esprit des dispositions générant l'avantage fiscal à la lumière des exigences et du texte de la RGAÉ. Bien que la « raison d'être économique » de l'opération puisse être pertinente à diverses étapes de l'analyse, cette expression a peu de sens en dehors de l'interprétation correcte des dispositions particulières de la Loi. L'examen de la « raison d'être économique » doit tenir compte de l'interprétation correcte des dispositions particulières invoquées pour obtenir l'avantage fiscal.

L'appelante a d'abord laissé entendre que la RGAÉ doit être utilisée pour annuler l'effet habituel des dispositions relatives aux DPA pour une deuxième raison — à savoir que les rapports et les opérations décrits dans la documentation constituent un abus dans l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et doivent être écartés. En Cour d'appel fédérale, elle a, à juste titre, abandonné cet argument et celui voulant que l'opération ait constitué un stratagème. En

the relationships between the parties. CTMC paid \$120 million to TLI for the equipment, partly with borrowed funds and partly with its own money. Having become the owner of the equipment, it leased it to MAIL. MAIL then subleased it back to the vendor, TLI. The relationships between the parties as expressed in the relevant documentation were not superfluous elements; they were the very essence of the transaction.

l'espèce, les documents décrivant l'opération ne laissent planer aucun doute quant aux rapports entre les parties; HTC a versé à TLI la somme de 120 millions de dollars pour l'équipement, en utilisant des fonds empruntés et ses propres fonds. Après être devenue propriétaire de l'équipement, elle l'a loué à MAIL, qui l'a ensuite sous-loué au vendeur, TLI. Les rapports entre les parties décrits dans la documentation pertinente n'étaient pas des éléments superflus; ils constituaient l'essence même de l'opération.

78

As the Tax Court judge concluded, under the CCA scheme, “[l]eases of such [exempt] properties will continue to be viewed as acceptable means of providing lower cost financing” (para. 67). TLI’s use of the money ultimately reduced the risk, but a company in the financing business is expected to do what it can to reduce risk. Therefore, the way the borrowed money was used provided no grounds for concluding that there was abusive tax avoidance. The Tax Court judge, after considering all the circumstances, found that the transaction was not so dissimilar from an ordinary sale-leaseback to take it outside the object, spirit or purpose of the relevant CCA provisions of the Act and Regulations.

Comme l’a conclu le juge de la Cour de l’impôt, suivant le régime de DPA, « [l]a location de ces biens [exclus] continuera d’être perçue comme un moyen acceptable de financement » (par. 67). L’usage qu’a fait TLI de l’argent a, en fin de compte, réduit le risque, mais une société exerçant des activités de financement est censée faire son possible pour réduire les risques. Par conséquent, la façon dont l’argent emprunté a été utilisé ne justifiait pas de conclure qu’il y a eu évitement fiscal abusif. Après avoir examiné tous les faits, le juge de la Cour de l’impôt a estimé que l’opération ne différait pas d’une cession-bail ordinaire au point de s’écarter de l’objet et de l’esprit des dispositions de la Loi et du Règlement qui s’appliquent en matière de DPA.

79

In determining the result in this appeal, the Tax Court judge’s conclusions on matters of fact should not be displaced provided that they are based on the correct legal analysis and find support in the evidence.

Pour trancher le présent pourvoi, il n’y a pas lieu d’écarter les conclusions que le juge de la Cour de l’impôt a tirées sur des questions de fait, pourvu qu’elles soient fondées sur une bonne analyse juridique et étayées par la preuve.

80

The Tax Court judge’s analysis on the issue of abuse under s. 245(4) is largely consistent with the approach to the application of the GAAR we have adopted. He rejected the two-stage overriding-policy approach to abuse and misuse. He went on to inquire into the policy or purpose underlying the CCA treatment in sale-leaseback arrangements. Construing the CCA provisions as a whole, he rejected the submission that “cost” in the relevant provisions of the Act should be reread as “money at risk”, and he also rejected the argument that the “economic substance” of the transaction determined that there was abusive tax avoidance.

L’analyse du juge de la Cour de l’impôt portant sur la question d’un abus au sens du par. 245(4) est largement compatible avec l’approche que nous avons adoptée relativement à l’application de la RGAÉ. Il a rejeté le recours à une approche en deux étapes fondée sur une politique prépondérante pour déterminer l’existence d’un abus. Il s’est ensuite demandé quelle politique ou objet sous-tend le traitement des DPA dans les mécanismes de cession-bail. Interprétant les dispositions relatives aux DPA dans leur ensemble, il a rejeté l’argument voulant que le mot « coût » utilisé dans les dispositions pertinentes de la Loi doive être

He conducted a detailed analysis of the transactions to determine whether they fell within the object, spirit or purpose of the CCA provisions. In the end, he concluded that a tax benefit was consistent with the object, spirit and purpose of the CCA provisions and held that the GAAR could not apply to disallow the tax benefit. These conclusions were based on a correct view of the law and were grounded in the evidence. They should be confirmed.

7. Conclusion

We would dismiss the appeal with costs.

APPENDIX

I. The following parties weave through the multiple transactions at one point or another:

Canada Trustco Mortgage Company (“CTMC” or “Purchaser” or “Lessor” or “Borrower”), respondent, was a large diversified financial institution carrying on business in Canada.

Royal Bank of Canada (Canadian branch) (“RBC” or “Lender”).

Transamerica Leasing Inc. (“TLI” or “Vendor” or “Sublessee”), a corporation in the United States.

Maple Assets Investments Limited (“MAIL” or “Lessee” or “Sublessor”), a limited liability company incorporated under the laws of England.

Maple Assets Charitable Trust (“MACT” or “Trust”), constituted by an instrument of trust dated December 17, 1996, owns 100 percent of the shares in MAIL.

réinterprété de manière à signifier « somme exposée à un risque », et il a également rejeté l’argument selon lequel la « raison d’être économique » de l’opération démontrait qu’il y avait eu évitement fiscal abusif. Il s’est livré à une analyse détaillée des opérations pour déterminer si elles étaient conformes à l’objet ou à l’esprit des dispositions relatives aux DPA. En définitive, il a conclu qu’un avantage fiscal était conforme à l’objet et à l’esprit de ces dispositions, et que la RGAÉ ne permettait pas de supprimer cet avantage fiscal. Ces conclusions reposaient sur une bonne conception du droit applicable et sur la preuve. Il y a lieu de les confirmer.

7. Conclusion

Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

ANNEXE

I. Les parties suivantes sont intervenues à un moment ou à un autre dans les multiples opérations :

L’intimée Hypothèques Trustco Canada (« HTC », « l’acheteur », « le bailleur » ou « l’emprunteur ») était une grande institution financière diversifiée exploitée au Canada.

La Banque Royale du Canada (succursale canadienne) (« BRC » ou « prêteur »).

Transamerica Leasing Inc. (« TLI », « le vendeur » ou « le sous-preneur »), société située aux États-Unis.

Maple Assets Investments Limited (« MAIL », « le preneur à bail » ou « le sous-bailleur »), société à responsabilité limitée constituée en personne morale sous le régime des lois de l’Angleterre.

Maple Assets Charitable Trust (« MACT » ou « la fiducie »), constituée par instrument de fiducie en date du 17 décembre 1996, est propriétaire de la totalité des actions de MAIL.

Royal Bank of Canada Trust Company (Jersey) Limited (“RBC Jersey” or “Trustee”) is the trustee of MACT and is a wholly owned subsidiary of RBC, incorporated in Jersey.

Royal Bank of Canada Trust Corporation Limited (“RBCTC” or “Manager”), a company incorporated in England, undertook to manage and fulfil the affairs and obligations of MAIL under the relevant transactions and to provide the directors and officers of MAIL.

Transamerica Finance Corporation (“TFC” or “Guarantor”), the parent corporation of TLI, who guaranteed to MAIL the performance of all TLI’s obligations under the sublease agreement and to CTMC all TLI’s obligations under the “Equipment Purchase Agreement”.

Macquarie Corporate Finance (USA) Inc. (“Lease Arranger”).

- II. CTMC held as part of its ongoing business a portfolio of loans and leases to generally larger corporations and government agencies. CTMC testified that it was looking for a leasing arrangement in the range of \$100 million. It specified the type of equipment (long-term assets that were easy to value, such as tractors or trailers), the duration of the lease and the strength of the proposed lessee. The structure of the leasing arrangement was left to the Lease Arranger. The trailers remained in the possession of TLI and CTMC continued to own the trailers, to lease them out, and to earn income from them. CTMC previously entered into similar arrangements to the one implemented in this case. The Lease Arranger arranged the TLI deal which was approved by CTMC’s Board of Directors. The key transactions proceeded as follows:

Royal Bank of Canada Trust Company (Jersey) Limited (« RBC Jersey » ou « le fiduciaire ») est le fiduciaire de MACT et une filiale en propriété exclusive de BRC, constituée en personne morale sous le régime des lois du Jersey.

Royal Bank of Canada Trust Corporation Limited (« RBCTC » ou « le gestionnaire »), société constituée en personne morale en Angleterre, s’est engagée à gérer les affaires et les obligations de MAIL et à s’en occuper dans le cadre des opérations pertinentes, ainsi qu’à attribuer les postes de direction et de cadre de MAIL.

Transamerica Finance Corporation (« TFC » ou « le garant »), la société-mère de TLI, qui a garanti à MAIL l’exécution de toutes les obligations de TLI aux termes du sous-bail, et à HTC l’exécution de toutes les obligations de TLI aux termes de la « convention d’achat d’équipement ».

Macquarie Corporate Finance (USA) Inc. (« l’arrangeur de baux »).

- II. HTC gérât, dans le cadre de ses activités courantes, un portefeuille de prêts et de baux consentis, en général, à des grandes sociétés et à des organismes gouvernementaux. HTC a témoigné qu’elle cherchait à conclure une convention de bail de l’ordre de 100 millions de dollars. Elle a précisé le type d’équipement (des biens durables faciles à évaluer comme des tracteurs ou des remorques), la durée du bail et la capacité financière du preneur proposé. La planification de la convention de bail a été confiée à l’arrangeur de baux. Les remorques sont demeurées en la possession de TLI et HTC en a conservé la propriété et a continué à les louer et à en tirer des revenus. HTC avait déjà conclu des conventions similaires à celle intervenue en l’espèce. L’arrangeur de baux a mis au point le marché avec TLI, lequel a été approuvé par le conseil d’administration de HTC. Les principales opérations se sont déroulées de la façon suivante :

The Purchase and Sale of the Trailers

- III. On December 17, 1996, CTMC and TLI entered into an agreement for the purchase and sale of trailers at a fair market value of \$120 million. TLI agreed to sell and CTMC agreed to purchase the trailers absolutely and ownership in the trailers passed from TLI to CTMC.
- IV. On December 17, 1996, for administrative convenience, CTMC appointed TLI as trustee and agent of CTMC to hold in TLI's name, the certificate of title, certificate of ownership, registration and like documentation in respect of the trailers.

Lease of the Trailers to MAIL and the Option to Purchase

- V. The terms of the Lease between CTMC and MAIL included the following:
1. the term was for an initial period ending December 1, 2014;
 2. the rent payments under the Lease were based upon an effective interest rate of 8.5 percent;
 3. MAIL, as lessee, was required to make semi-annual payments to CTMC; and
 4. MAIL was provided with an option to purchase the trailers, \$84 million being the First Option Value on December 1, 2005 and another option exercisable at the fair market value on December 1, 2014.

Sublease of the Trailers to TLI

- VI. Most of the terms of the Sublease to TLI are similar to those in the Lease to MAIL.

L'achat et la vente des remorques

- III. Le 17 décembre 1996, HTC et TLI ont conclu une convention d'achat de remorques à leur juste valeur marchande de 120 millions de dollars. TLI a convenu de vendre les remorques que HTC a convenu d'acheter inconditionnellement, et le droit de propriété des remorques est passé de TLI à HTC.
- IV. Le 17 décembre 1996, pour des raisons purement administratives, HTC a désigné TLI comme fiduciaire et mandataire qui détiendra, au nom de TLI, le certificat de titre, le certificat de propriété, l'enregistrement et autres documents semblables concernant les remorques.

Location des remorques à MAIL et option d'achat

- V. Les modalités du bail intervenu entre HTC et MAIL étaient notamment les suivantes :
1. la période initiale visée par le bail prenait fin le 1^{er} décembre 2014;
 2. les paiements de loyer aux termes du bail étaient assujettis à un taux d'intérêt effectif de 8,5 pour 100;
 3. MAIL, en tant que preneur à bail, devait effectuer des paiements semestriels à HTC;
 4. MAIL disposait d'une option d'achat des remorques, qui pouvait être exercée la première fois le 1^{er} décembre 2005, en contrepartie d'une somme de 84 millions de dollars, et la deuxième fois le 1^{er} décembre 2014, en contrepartie d'une somme égale à la juste valeur marchande.

Sous-location des remorques à TLI

- VI. La plupart des modalités du sous-bail consenti à TLI sont similaires à celles du

The Sublease provided TLI with purchase options similar to those provided to MAIL.

bail consenti à MAIL. Le sous-bail consenti à TLI comportait des options d'achat similaires à celles accordées à MAIL.

Security for the Sublease

Garantie relative au sous-bail

VII. On December 17, 1996, pursuant to the terms of the Sublease, TLI prepaid all amounts due to MAIL under the Sublease (approximately \$120 million). As a result of the prepayment, TLI had no ongoing Sublease payment obligations and there was no credit risk to MAIL under the terms of the Sublease. TLI maintained certain obligations with respect to indemnities and early termination. TLI retained a net present value benefit of 3.35 percent of the cost of the trailers being the difference between the payment TLI received from CTMC for the sale of the trailers and the prepayment of rent TLI paid to MAIL.

VII. Le 17 décembre 1996, conformément aux modalités du sous-bail, TLI a payé d'avance toutes les sommes dues à MAIL au titre du sous-bail (environ 120 millions de dollars). À la suite de ce paiement anticipé, TLI n'avait plus d'obligation de paiement aux termes du sous-bail et MAIL n'était plus exposée à un risque de crédit aux termes du sous-bail. TLI conservait certaines obligations en matière d'indemnités et de résiliation anticipée. TLI conservait un bénéfice lié à la valeur actualisée nette de 3,35 pour 100 du coût des remorques, qui correspondait à la différence entre le paiement que TLI avait reçu de HTC pour la vente des remorques et le paiement de loyer anticipé que TLI avait effectué à MAIL.

Security for the Lease

Garantie relative au bail

VIII. On December 17, 1996, MAIL applied the prepayment it received from TLI as follows:

VIII. Le 17 décembre 1996, MAIL a utilisé ainsi le paiement anticipé qu'elle avait reçu de TLI :

1. MAIL placed on deposit with the RBC an amount equal to the Loan (approximately \$100 million); and
2. MAIL paid the balance of the prepayment (approximately \$20 million) to RBC Jersey on the condition that RBC Jersey use these funds to purchase a Government of Ontario Bond ("Bond"), maturing on December 1, 2005.

1. MAIL a déposé à la BRC une somme égale au prêt (environ 100 millions de dollars);
2. MAIL a versé le solde du paiement anticipé (environ 20 millions de dollars) à RBC Jersey à la condition que RBC Jersey utilise ces fonds pour acheter une obligation du gouvernement de l'Ontario (« obligation »), dont la date d'échéance est le 1^{er} décembre 2005.

IX. On December 17, 1996, the Bond was pledged to CTMC as security for MAIL's obligation to pay the Purchase Option Payments or the Termination Values under the Lease. The risk of the inability of MAIL to pay the First Option Value was removed

IX. Le 17 décembre 1996, l'obligation a été donnée en gage à HTC pour garantir que MAIL effectuera les versements liés à l'option d'achat ou aux valeurs exigibles à la date de résiliation du bail. Le risque que MAIL soit incapable de payer la valeur de

by the acquisition of the Bond and the provision to CTMC of a security interest in the Bond.

Security for the Loan

- X. On December 17, 1996, CTMC assigned to RBC the rent payments owed to CTMC from MAIL under the Lease. CTMC also provided MAIL with an irrevocable instruction to pay the assigned rent payments to RBC such that RBC would apply the rent payments directly to the installment payments due by CTMC to RBC under the terms of the Loan Agreement. RBC's recourse under the Loan was limited to the rent payments assigned to it by CTMC.
- XI. The rent payments under the Lease and a portion of the First Option Value would be applied to pay off the RBC loan and the remainder of the purchase option price would be covered by the Bond.

The Effect of Non-Recourse Debt on Regulatory Capital Requirements

- XII. The use of non-recourse debt to finance the purchase of the trailers significantly improved CTMC's management of regulatory capital requirements.

Guarantees

- XIII. On December 18, 1996, TFC, the parent corporation of TLI, unconditionally and irrevocably guaranteed to MAIL and to CTMC the performance of TLI's obligations under the relevant transactions.

Reversibility of the Transactions

- XIV. The transactions in issue could be unwound if there were adverse changes affecting CTMC.

Return on Investment

- XV. CTMC would realize a before-tax return of approximately \$8.5 million from the transactions.

la première option a été écarté par l'acquisition de l'obligation et par l'attribution à HTC d'une sûreté réelle à l'égard de l'obligation.

Garantie relative au prêt

- X. Le 17 décembre 1996, HTC a cédé à BRC les paiements de loyer que MAIL lui devait aux termes du bail. HTC a également donné à MAIL l'ordre irrévocable d'effectuer les paiements de loyer cédés à la BRC afin que cette dernière puisse les affecter directement au remboursement du prêt qu'elle avait consenti à HTC. Le recours dont disposait la BRC aux termes du prêt se limitait aux paiements de loyer que HTC lui avait cédés.
- XI. Les paiements de loyer au titre du bail et une partie du premier prix d'option d'achat seraient affectés au remboursement du prêt de la BRC, et le reste du prix de l'option d'achat serait garanti par l'obligation.

Incidence d'une créance garantie uniquement par sûreté réelle sur les besoins de liquidités réglementaires

- XII. Le recours à une créance garantie uniquement par sûreté réelle pour financer l'achat des remorques a contribué à améliorer sensiblement la gestion par HTC de ses besoins de liquidités réglementaires.

Garanties

- XIII. Le 18 décembre 1996, TFC, la société-mère de TLI, a garanti inconditionnellement et irrévocablement à MAIL et à HTC l'exécution des obligations que TLI a contractées au titre des opérations pertinentes.

Possibilité d'annuler les opérations

- XIV. Les opérations en cause pouvaient être annulées en cas de changements négatifs dans la situation de HTC.

Rendement du capital investi

- XV. Ces opérations rapporteraient à HTC la somme d'environ 8,5 millions de dollars avant impôt.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

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

*Procureur de l'appelante : Sous-procureur
général du Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin &
Harcourt, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Osler, Hoskin &
Harcourt, Toronto.*

Eugene Kaulius, Steven M. Cook, Charles E. Bell, Craig C. Sturrock, Amalio De Cotiis, John N. Gregory, 347059 B.C. Ltd., Frank Mayer, John R. Owen, Verlaan Investments Inc., William John Millar, NSFC Holdings Ltd., TFTI Holdings Limited, Douglas H. Mathew, Ian H. Pitfield, Estate of the late Lorne A. Green and Innocenzo De Cotiis *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: MATHEW v. CANADA

Neutral citation: 2005 SCC 55.

File No.: 30067.

2005: March 8; 2005: October 19.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Tax avoidance — Interpretation and application of general anti-avoidance rule — Company transferring unrealized losses to arm's length taxpayers through series of transactions involving partnerships — Taxpayers deducting those losses against their own income — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefit — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.), ss. 18(13), 96(1), 245(4).

STC carried on a business which included the lending of money on the security of mortgages on real property. STC became insolvent and a liquidator was appointed. At that time, STC owned a portfolio of 17 non-performing loans with 9 underlying real estate properties having a fair market value of approximately \$33 million. The cost to STC of these "Portfolio Assets" was approximately \$85 million. Since STC was being liquidated, it could not use the approximately \$52 million in unrealized losses from the Portfolio Assets. The liquidator devised and oversaw the execution of a series of transactions to realize maximum returns on the disposal of

Eugene Kaulius, Steven M. Cook, Charles E. Bell, Craig C. Sturrock, Amalio De Cotiis, John N. Gregory, 347059 B.C. Ltd., Frank Mayer, John R. Owen, Verlaan Investments Inc., William John Millar, NSFC Holdings Ltd., TFTI Holdings Limited, Douglas H. Mathew, Ian H. Pitfield, la succession de feu Lorne A. Green et Innocenzo De Cotiis *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MATHEW c. CANADA

Référence neutre : 2005 CSC 55.

N° du greffe : 30067.

2005 : 8 mars; 2005 : 19 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Interprétation et application de la règle générale anti-évitement — Compagnie transférant des pertes non réalisées à des contribuables sans lien de dépendance au moyen d'une série d'opérations mettant en cause des sociétés de personnes — Contribuables déduisant ces pertes de leur propre revenu — La règle générale anti-évitement permet-elle de supprimer l'avantage fiscal? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 18(13), 96(1), 245(4).

La CST exploitait une entreprise consistant notamment à accorder des prêts garantis par des hypothèques sur des biens immeubles. Elle est devenue insolvable et un liquidateur a été nommé. À cette époque, la CST possédait un portefeuille de 17 prêts improductifs liés à 9 biens immobiliers sous-jacents ayant une juste valeur marchande d'environ 33 millions de dollars. Le coût d'acquisition de ces « actifs au portefeuille » pour la CST était d'environ 85 millions de dollars. Parce qu'elle était en liquidation, la CST ne pouvait pas utiliser les pertes non réalisées des actifs au portefeuille, qui s'élevaient à environ 52 millions de dollars. Le liquidateur a mis

the Portfolio Assets. The overall arrangement involved three stages. At the first stage, STC transferred a portfolio of mortgages with unrealized losses to a non-arm's length partnership, Partnership A, thereby acquiring a 99 percent interest in it. At the second stage, STC relied on s. 18(13) of the *Income Tax Act* to transfer the unrealized losses to Partnership A and then sold its 99 percent interest in it to an arm's length party. At the third stage, Partnership B was formed to acquire the 99 percent interest in Partnership A. The appellant taxpayers joined Partnership B and claimed their proportionate shares of the losses from the eventual sale or write-down of the mortgaged properties. Relying on a combination of s. 18(13) and the partnership provisions of the Act, they deducted over \$10 million of STC's losses against their own incomes. The Minister of National Revenue reassessed the taxpayers, applied the general anti-avoidance rule ("GAAR") of the *Income Tax Act* and disallowed the deduction. Both the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal upheld the Minister's decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Three requirements must be met to permit application of the GAAR. The first two requirements, that there be a tax benefit and an avoidance transaction, were conceded. The only issue in this case is whether the transactions result in abusive tax avoidance under s. 245(4) of the *Income Tax Act*. [31-32] [35]

In light of the principles set out in the companion case *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54, the Minister properly disallowed the taxpayers' deductions under the GAAR. To allow the taxpayers to claim the losses in this case would defeat the purposes of s. 18(13) and the partnership provisions. Interpreted textually, contextually and purposively, s. 18(13) and s. 96 of the *Income Tax Act* do not permit arm's length parties to purchase the tax losses preserved by s. 18(13) and claim them as their own. The purpose of s. 18(13) is to transfer a loss to a non-arm's length party in order to prevent a taxpayer who carries on a business of lending money from realizing a superficial loss. The purpose of the broad treatment of loss sharing between partners is to promote an organizational structure that allows partners to carry on a business in common, in a non-arm's length

au point et supervisé une série d'opérations destinées à obtenir la meilleure réalisation possible de la disposition des actifs au portefeuille. Le tout s'est déroulé en trois étapes. À la première étape, la CST a cédé un portefeuille hypothécaire comportant des pertes non réalisées à la société A avec laquelle elle avait un lien de dépendance, acquérant ainsi une participation de 99 pour 100 dans celle-ci. À la deuxième étape, la CST s'est fondée sur le par. 18(13) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour transférer les pertes non réalisées à la société A, puis a vendu sa participation de 99 pour 100 dans celle-ci à une partie avec laquelle elle n'avait aucun lien de dépendance. À la troisième étape, la société B a été formée en vue d'acquies la participation de 99 pour 100 dans la société A. Les contribuables appelants se sont joints à la société B et ont demandé la déduction au prorata de leurs parts des pertes résultant de la vente ou de la réduction de valeur des biens hypothéqués qui s'est ensuivie. Invoquant l'effet combiné du par. 18(13) et des dispositions relatives aux sociétés de personnes contenues dans la Loi, ils ont déduit de leurs propres revenus plus de 10 millions de dollars des pertes de la CST. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour les contribuables, a appliqué la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et a refusé la déduction. La Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale ont toutes les deux confirmé la décision du ministre.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Trois conditions sont nécessaires pour que la RGAÉ s'applique. Il a été admis que les deux premières conditions, celles qu'il y ait un avantage fiscal et une opération d'évitement, étaient remplies. La seule question qui se pose en l'espèce est de savoir si ces opérations donnent lieu à un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. [31-32] [35]

Compte tenu des principes énoncés dans le pourvoi connexe *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, le ministre a eu raison de refuser les déductions des contribuables en application de la RGAÉ. Permettre aux contribuables de demander la déduction des pertes en l'espèce contrecarrerait les objets du par. 18(13) et des dispositions relatives aux sociétés de personnes. Lorsqu'ils sont interprétés de manière textuelle, contextuelle et téléologique, le par. 18(13) et l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permettent pas aux parties sans lien de dépendance d'acheter les pertes fiscales maintenues par le par. 18(13) et d'en demander la déduction comme s'il s'agissait de leurs propres pertes. Le paragraphe 18(13) a pour objet de transférer une perte à une partie avec lien de dépendance, afin d'empêcher le contribuable qui exploite une entreprise de prêt d'argent de réaliser une perte apparente. Le traitement général du

relationship. Section 18(13) preserves and transfers a loss under the assumption that it will be realized by a taxpayer who does not deal at arm's length with the transferor. Parliament could not have intended that the combined effect of the partnership rules and s. 18(13) would preserve and transfer a loss to be realized by a taxpayer who deals at arm's length with the transferor. To use, as here, these provisions to preserve and sell an unrealized loss to an arm's length party results in abusive tax avoidance under s. 245(4). [58]

Cases Cited

Followed: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54; **not followed:** *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288, 2001 FCA 260.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(13), 96, 245(1) to (4), 248(10).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Linden, Rothstein and Sexton J.J.A.), [2004] 1 C.T.C. 115, 311 N.R. 172 (*sub nom. Kaulius v. Minister of National Revenue*), 2003 D.T.C. 5644 (*sub nom. Kaulius v. The Queen*), [2003] F.C.J. No. 1470 (QL), 2003 FCA 371, affirming a decision of Dussault J.T.C.C., [2003] 1 C.T.C. 2045, 2002 D.T.C. 1637, [2002] T.C.J. No. 222 (QL). Appeal dismissed.

Kim Hansen, for the appellants.

Graham Garton, Q.C., Anne-Marie Lévesque and Alexandra K. Brown, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. —

1. Introduction

This appeal, like its companion case *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54 (“*Canada Trustco*”) (released

partage de pertes entre associés a pour objet de favoriser la mise en place d'une structure organisationnelle permettant à ces derniers d'exploiter ensemble une entreprise dans le cadre de rapports avec lien de dépendance. Le paragraphe 18(13) permet le maintien et le transfert d'une perte en tenant pour acquis qu'elle sera réalisée par un contribuable ayant un lien de dépendance avec l'auteur du transfert. Le législateur ne peut pas avoir voulu que les règles relatives aux sociétés de personnes et le par. 18(13) aient pour effet combiné de maintenir et de transférer une perte devant être réalisée par un contribuable n'ayant aucun lien de dépendance avec l'auteur du transfert. Utiliser, comme on l'a fait en l'espèce, ces dispositions pour maintenir et vendre une perte non réalisée à une partie sans lien de dépendance donne lieu à un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). [58]

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54; **arrêt non suivi:** *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288, 2001 CAF 260.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 18(13), 96, 245(1) à (4), 248(10).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Linden, Rothstein et Sexton), [2004] 1 C.T.C. 115, 311 N.R. 172 (*sub nom. Kaulius c. Minister of National Revenue*), 2003 D.T.C. 5644 (*sub nom. Kaulius c. The Queen*), [2003] A.C.F. n^o 1470 (QL), 2003 CAF 371, confirmant une décision du juge Dussault, [2003] 1 C.T.C. 2045, 2002 D.T.C. 1637, [2002] A.C.I. n^o 222 (QL). Pourvoi rejeté.

Kim Hansen, pour les appellants.

Graham Garton, c.r., Anne-Marie Lévesque et Alexandra K. Brown, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR —

1. Introduction

Le présent pourvoi, comme le pourvoi connexe *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54 (« *Trustco Canada* »)

concurrently), raises the issue of the interplay between the general anti-avoidance rule (“GAAR”) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), and specific provisions of the Act conferring tax benefits.

2

As discussed more fully in *Canada Trustco*, a tax benefit may be denied under the GAAR if allowing the tax benefit would frustrate or defeat the object, spirit or purpose of the provisions that are relied upon for the tax benefit. The central issue in this appeal is the proper interpretation of s. 18(13) and the provision that allows for loss sharing among partners under s. 96(1). For the reasons that follow, the appeal is dismissed with costs.

2. Facts

3

As a result of a series of transactions, the appellants lowered their incomes by deducting losses from the sale of mortgaged properties originally belonging to Standard Trust Company (“STC”). The overall arrangement involved three stages. At the first stage, STC transferred a portfolio of mortgages with unrealized losses to a non-arm’s length partnership, Partnership A, thereby acquiring a 99 percent interest in it. At the second stage, STC relied on s. 18(13) to transfer the unrealized losses to Partnership A and then sold its 99 percent interest in it to an arm’s length party. At the third stage, Partnership B was formed to acquire the 99 percent interest in Partnership A. The appellants joined Partnership B and were thus able to claim their proportionate shares of the losses from the eventual sale or write-down of the mortgaged properties. In this way, STC’s losses were transferred through s. 18(13) and the partnership vehicle to arm’s length taxpayers who offset them against their own incomes, while STC recovered a portion of the losses associated with the defaulted mortgages.

(dont les motifs sont déposés simultanément), souève la question de l’interaction entre la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), et certaines dispositions de cette loi qui confèrent des avantages fiscaux.

Comme nous l’avons vu plus en détail dans l’arrêt *Trustco Canada*, la RGAÉ permet de supprimer un avantage fiscal dans le cas où l’attribution de cet avantage contrecarrerait l’objet ou l’esprit des dispositions invoquées pour l’obtenir. La question de l’interprétation correcte du par. 18(13) et de la disposition qui permet le partage de pertes entre associés au sens du par. 96(1) est au cœur du présent pourvoi. Pour les motifs qui suivent, le pourvoi est rejeté avec dépens.

2. Faits

Une série d’opérations a permis aux appelants de diminuer leurs revenus en déduisant les pertes résultant de la vente de biens hypothéqués ayant initialement appartenu à la Compagnie Standard Trust (« CST »). Le tout s’est déroulé en trois étapes. À la première étape, la CST a cédé un portefeuille hypothécaire comportant des pertes non réalisées à la société A avec laquelle elle avait un lien de dépendance, acquérant ainsi une participation de 99 pour 100 dans celle-ci. À la deuxième étape, la CST s’est fondée sur le par. 18(13) pour transférer les pertes non réalisées à la société A, puis a vendu sa participation de 99 pour 100 dans celle-ci à une partie avec laquelle elle n’avait aucun lien de dépendance. À la troisième étape, la société B a été formée en vue d’acquérir la participation de 99 pour 100 dans la société A. Les appelants se sont joints à la société B et ont pu ainsi demander la déduction au prorata de leurs parts des pertes résultant de la vente ou de la réduction de valeur des biens hypothéqués qui s’est ensuivie. C’est ainsi que les pertes de la CST ont été cédées, par le mécanisme du par. 18(13) et d’une société de personnes, à des contribuables sans lien de dépendance qui les ont appliquées à leurs propres revenus, alors que la CST a recouvré une partie des pertes liées aux hypothèques non remboursées.

STC carried on a business which included the lending of money on the security of mortgages on real property. By May 1991, STC was insolvent and Ernst & Young was appointed as its liquidator. At that time, STC owned a portfolio of 17 non-performing loans with 9 underlying real estate properties having a fair market value of approximately \$33 million, the "Portfolio Assets". The cost to STC of the Portfolio Assets was approximately \$85 million. Since STC was being liquidated, it could not use the approximately \$52 million in unrealized losses from the Portfolio Assets.

The liquidator devised and oversaw the execution of a series of transactions to realize maximum returns on the disposal of the Portfolio Assets. The transactions are described in greater detail in a statement of admitted facts, which is reproduced at para. 5 of the decision of the Tax Court of Canada ([2003] 1 C.T.C. 2045). In sum, the appellants who are partners in a relatively passive partnership that dealt with STC at arm's length deducted over \$10 million of STC's losses against their own incomes.

On October 21, 1992, STC incorporated a wholly owned subsidiary, 1004568 (the "subsidiary"). On October 23, 1992, STC and its subsidiary entered into a partnership agreement to create the STIL II Partnership ("Partnership A"). On that date, STC contributed the Portfolio Assets as capital for a 99 percent interest in Partnership A and the subsidiary borrowed \$417,318 from STC to make its capital contribution for a 1 percent interest. At its inception, Partnership A did not deal with STC at arm's length.

Section 18(13) of the *Income Tax Act* prohibits a taxpayer whose ordinary business includes the lending of money from deducting a loss on the disposition of a mortgage if at the end of a specified period, the mortgage is owned by a partnership that does not deal at arm's length with the transferor. Under such circumstances, the loss

La CST exploitait une entreprise consistant notamment à accorder des prêts garantis par des hypothèques sur des biens immeubles. En mai 1991, la CST était insolvable et Ernst & Young a été nommée comme liquidateur. À cette époque, la CST possédait un portefeuille de 17 prêts improductifs liés à 9 biens immobiliers sous-jacents ayant une juste valeur marchande d'environ 33 millions de dollars (les « actifs au portefeuille »). Le coût d'acquisition des actifs au portefeuille pour la CST était d'environ 85 millions de dollars. Parce qu'elle était en liquidation, la CST ne pouvait pas utiliser les pertes non réalisées des actifs au portefeuille, qui s'élevaient à environ 52 millions de dollars.

Le liquidateur a mis au point et supervisé une série d'opérations destinées à obtenir la meilleure réalisation possible de la disposition des actifs au portefeuille. Ces opérations sont décrites en détail dans l'exposé des faits admis reproduit au par. 5 de la décision de la Cour canadienne de l'impôt ([2002] A.C.I. n° 222 (QL)). Somme toute, les appelants, qui sont les associés d'une société de personnes relativement peu active n'ayant aucun lien de dépendance avec la CST, ont déduit de leurs propres revenus plus de 10 millions de dollars de pertes de la CST.

Le 21 octobre 1992, la CST a constitué sa filiale en propriété exclusive 1004568 (la « filiale »). Le 23 octobre 1992, la CST et sa filiale ont conclu un contrat de société en vue de former la société de personnes STIL II (« société A »). À cette date, la CST a cédé, à titre d'apport de capital, les actifs au portefeuille en échange d'une participation de 99 pour 100 dans la société A, et la filiale a emprunté à la CST la somme de 417 318 \$ destinée à servir d'apport de capital en échange d'une participation de 1 pour 100. Lors de sa formation, la société A avait un lien de dépendance avec la CST.

Le paragraphe 18(13) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdit au contribuable dont l'entreprise habituelle consiste en partie à prêter de l'argent de déduire un montant au titre de la perte subie lors de la disposition d'une hypothèque si, à la fin d'une période donnée, cette hypothèque appartient à une société ayant un lien de dépendance avec le cédant.

4

5

6

7

is added to the cost of the mortgage to the partnership.

Dans ces circonstances, la perte est ajoutée dans le calcul du coût de l'hypothèque pour la société en question.

8 STC relied on s. 18(13) to transfer the Portfolio Assets into Partnership A at their historical cost of \$85 million. From the outset, it was STC's goal to use this transaction to preserve the unrealized losses of the Portfolio Assets of \$52 million and to transfer them into Partnership A so that STC could eventually sell its 99 percent interest in Partnership A to an arm's length party.

La CST s'est fondée sur le par. 18(13) pour céder les actifs au portefeuille à la société A à leur coût d'origine de 85 millions de dollars. Dès le départ, la CST voulait se servir de cette opération pour maintenir les pertes non réalisées des actifs au portefeuille, qui s'élevaient à 52 millions de dollars, et les céder à la société A afin de pouvoir éventuellement vendre sa participation de 99 pour 100 dans cette société à une partie n'ayant aucun lien de dépendance avec elle.

9 The partnership rules under s. 96 of the Act provide that a partnership's income or losses flow through to its partners at the end of the taxation year. Partners are entitled to claim their proportionate shares of partnership losses, provided they are partners at the end of the taxation year, regardless of when they joined the partnership.

Les règles relatives aux sociétés de personnes édictées à l'art. 96 de la Loi prévoient que le revenu ou les pertes d'une société sont transmis à ses associés à la fin de l'année d'imposition. Pourvu qu'ils soient encore des associés à la fin de l'année d'imposition, les associés ont le droit de demander la déduction au prorata de leurs parts des pertes de la société, peu importe le moment où ils se sont joints à celle-ci.

10 It was STC's plan to sell its 99 percent interest in Partnership A to an arm's length party so that Partnership A would dispose of the Portfolio Assets and realize losses of up to \$52 million, and the new partner would rely on s. 96 of the Act to claim 99 percent of the losses. Between August 1992 and January 1993, STC contacted 38 prospective purchasers for its 99 percent interest in Partnership A.

La CST projetait de vendre sa participation de 99 pour 100 dans la société A à une partie n'ayant aucun lien de dépendance avec elle, afin que la société A puisse disposer des actifs au portefeuille et réaliser des pertes pouvant atteindre 52 millions de dollars, et que le nouvel associé puisse se fonder sur l'art. 96 de la Loi pour demander la déduction de 99 pour 100 des pertes. Entre août 1992 et janvier 1993, la CST a communiqué avec 38 acheteurs potentiels de sa participation de 99 pour 100 dans la société A.

11 In January 1993, STC began negotiations with OSFC Holdings Ltd. ("OSFC"), an arm's length corporation. On May 31, 1993, STC and OSFC agreed on the purchase and sale of the 99 percent interest in Partnership A. One of the terms of the purchase agreement was that OSFC would pay to STC an adjustable "Additional Payment" of up to \$5 million if Partnership A realized losses from the disposition of the Portfolio Assets for income tax purposes. The result of this term was to convert STC's \$52 million in

En janvier 1993, la CST a entrepris des négociations avec OSFC Holdings Ltd. (« OSFC »), une société avec laquelle elle n'avait aucun lien de dépendance. Le 31 mai 1993, la CST a convenu de vendre, et OSFC d'acheter, la participation de 99 pour 100 dans la société A. L'une des clauses du contrat d'achat obligeait OSFC à faire à la CST un « versement supplémentaire » d'un montant maximal de 5 millions de dollars si, sur le plan fiscal, la société A réalisait des pertes découlant de la disposition des actifs au portefeuille. Cette

unrealized losses into up to \$5 million in cash for STC.

OSFC had planned from the outset to syndicate its interest in Partnership A. Before describing the remaining transactions, it is useful to describe the 4 corporate and 13 individual appellants.

TFTI Holdings Ltd. ("TFTI") and NSFC Holdings Ltd. ("NSFC"), are controlled by Peter Thomas, who also controlled OSFC. Mr. Thomas, who is not a party to this appeal, is very experienced in real estate, having founded the Century 21 real estate firm in Canada.

Mr. Kaulius is a chartered accountant by training and was, from 1992 until 1998, president of OSFC, NSFC and TFTI.

Verlaan Investments Inc. and 347059 B.C. Ltd. are real estate development companies.

Messrs. Amalio and Innocenzo De Cotiis are brothers who are heavily involved in the real estate business.

Mr. Mayer is an investment analyst who has been specializing in real estate for over 28 years.

Mr. Gregory, Mr. Cook, and the seven remaining appellants were all lawyers with the firm of Thorsteinssons. Mr. Gregory testified that he was fairly experienced in the real estate business and Mr. Cook testified that he was familiar with real estate through his training.

On July 5, 1993, OSFC and TFTI formed the SRMP Realty & Mortgage Partnership ("Partnership B"), to acquire and manage OSFC's 99 percent interest in Partnership A. The capital of Partnership B was divided into 35 class A units and 15 class B units. The class B units were allocated as follows:

clause devait permettre à la CST de convertir des pertes non réalisées de 52 millions de dollars en une somme d'argent pouvant atteindre 5 millions de dollars.

OSFC avait, dès le départ, prévu de céder à un consortium sa participation dans la société A. Avant de passer à la description des autres opérations, il est utile de présenter les 4 personnes morales et 13 personnes physiques appelantes.

TFTI Holdings Ltd. (« TFTI ») et NSFC Holdings Ltd. (« NSFC ») sont contrôlées par Peter Thomas, qui contrôlait également OSFC. M. Thomas, qui n'est pas partie au présent pourvoi, possède une grande expérience dans l'immobilier puisqu'il a fondé la société immobilière Century 21 au Canada.

M. Kaulius a une formation de comptable agréé et a été, de 1992 jusqu'en 1998, le président des sociétés OSFC, NSFC et TFTI.

Verlaan Investments Inc. et 347059 B.C. Ltd. sont des sociétés de promotion immobilière.

Les frères Amalio et Innocenzo De Cotiis exercent de nombreuses activités dans le secteur de l'immobilier.

M. Mayer est un analyste en placements qui se spécialise dans le domaine de l'immobilier depuis plus de 28 ans.

M. Gregory, M. Cook et les sept autres appelants étaient tous des avocats du cabinet Thorsteinssons. M. Gregory a témoigné qu'il avait une bonne expérience de l'immobilier, et M. Cook a témoigné qu'il connaissait bien ce domaine en raison de sa formation.

Le 5 juillet 1993, OSFC et TFTI ont formé la SRMP Realty & Mortgage Partnership (« société B ») en vue d'acquérir et de gérer la participation de 99 pour 100 d'OSFC dans la société A. Les capitaux propres de la société B se composaient de 35 unités de catégorie A et de 15 unités de catégorie B. Les unités de catégorie B étaient réparties ainsi :

12

13

14

15

16

17

18

19

<u>Class B unitholder</u>	<u>No. of class B units</u>	<u>Détenteur d'unités de catégorie B</u>	<u>Nombre d'unités de catégorie B</u>
OSFC	12.0	OSFC	12
TFTI	2.0	TFTI	2
NSFC	0.5	NSFC	0,5
Eugene Kaulius	0.5	Eugene Kaulius	0,5

20 TFTI, NSFC and Eugene Kaulius were issued their class B units for \$1 per class B unit. OSFC was issued 12 class B units as part of its consideration for transferring its 99 percent interest in Partnership A to Partnership B. OSFC was managing partner for Partnership B and was authorized to raise capital for Partnership B in order to purchase OSFC's 99 percent interest in Partnership A by offering and selling class A units. OSFC approached a number of potential investors to participate as partners in Partnership B, including the appellants.

Les unités de catégorie B ont été émises à TFTI, à NSFC et à Eugene Kaulius en contrepartie de 1 \$ par unité. OSFC a reçu 12 unités de catégorie B en contrepartie de la cession à la société B de sa participation de 99 pour 100 dans la société A. OSFC était l'associée directrice générale de la société B et était autorisée à mobiliser des capitaux pour celle-ci dans le but d'acheter la participation de 99 pour 100 d'OSFC dans la société A en offrant et en vendant des unités de catégorie A. OSFC a invité un certain nombre d'investisseurs potentiels, dont les appelants, à devenir associés de la société B.

21 On July 7, 1993, OSFC sold its 99 percent interest in Partnership A to Partnership B for cash, 12 class B units in Partnership B, and other consideration. Partnership B also assumed the obligation to pay the "Additional Payment" for realized losses to STC.

Le 7 juillet 1993, OSFC a vendu à la société B sa participation de 99 pour 100 dans la société A moyennant une somme en espèces, 12 unités de catégorie B de la société B, et d'autres contreparties. La société B a également assumé l'obligation de faire à la CST un « versement supplémentaire » pour des pertes réalisées.

22 On or about July 9, 1993, the class A unit holders described in Appendix A (see para. 5 of the Tax Court decision) subscribed for the stated number of class A units, for \$110,000 per class A unit plus additional subscription proceeds to Partnership B to fund their proportionate shares of the "Additional Payment".

Le 9 juillet 1993 ou vers cette date, les détenteurs d'unités de catégorie A dont les noms figurent à l'annexe A (voir par. 5 de la décision de la Cour de l'impôt) se sont engagés à acheter le nombre indiqué d'unités de catégorie A au prix de 110 000 \$ par unité, et à payer à la société B un produit de souscription supplémentaire pour financer au prorata leurs parts du « versement supplémentaire ».

23 The appellants are class A and class B unit holders in Partnership B and their shares are set out in the following table:

Les appelants détiennent des unités de catégories A et B de la société B, et leurs parts sont exposées dans le tableau ci-dessous :

	Contribution	Closing Balance		Apport	Solde de clôture
Class A			Catégorie A		
TFTI	\$ 110,000	-\$ 937,689	TFTI	110 000 \$	-937 689 \$
NSFC	\$ 110,000	-\$ 937,689	NSFC	110 000 \$	-937 689 \$
A. De Cotiis	\$ 36,667	-\$ 312,528	A. De Cotiis	36 667 \$	-312 528 \$
I. De Cotiis	\$ 36,667	-\$ 312,528	I. De Cotiis	36 667 \$	-312 528 \$
F. B. Mayer 347059 B.C. Ltd. and Verlaan Investments Inc.	\$ 330,000	-\$ 2,813,068	F. B. Mayer 347059 B.C. Ltd. et Verlaan Investments Inc.	330 000 \$	-2 813 068 \$
C. E. Beil	\$ 88,000	-\$ 750,152	C. E. Beil	88 000 \$	-750 152 \$
S. M. Cook	\$ 77,000	-\$ 656,383	S. M. Cook	77 000 \$	-656 383 \$
L. A. Green	\$ 44,000	-\$ 375,076	L. A. Green	44 000 \$	-375 076 \$
J. N. Gregory	\$ 55,000	-\$ 468,845	J. N. Gregory	55 000 \$	-468 845 \$
D. H. Mathew	\$ 44,000	-\$ 375,076	D. H. Mathew	44 000 \$	-375 076 \$
W. J. Millar	\$ 55,000	-\$ 468,845	W. J. Millar	55 000 \$	-468 845 \$
J. R. Owen	\$ 44,000	-\$ 375,076	J. R. Owen	44 000 \$	-375 076 \$
I. H. Pitfield	\$ 55,000	-\$ 468,845	I. H. Pitfield	55 000 \$	-468 845 \$
C. C. Sturrock	\$ 88,000	-\$ 750,152	C. C. Sturrock	88 000 \$	-750 152 \$
Total Class A	\$ 1,503,334	-\$ 12,815,020	Total — catégorie A	1 503 334	\$ -12 815 020
Class B			Catégorie B		
TFTI	\$ 2	-\$ 2,095,377	TFTI	2 \$	-2 095 377 \$
NSFC	\$ 1	-\$ 523,844	NSFC	1 \$	-523 844 \$
Kaulius	\$ 1	-\$ 523,844	Kaulius	1 \$	-523 844 \$
Total Class B	\$ 4	-\$ 3,143,065	Total — catégorie B	4	\$ -3 143 065
Total Class A and B	\$ 1,503,338	-\$ 15,958,085	Total — catégories A et B	1 503 338	\$ -15 958 085

During the relevant period, neither Partnerships A nor B ever acquired or sold any property other than the Portfolio Assets.

By September 30, 1993, as a result of the sale of some of the Portfolio Assets and the write-down of the remaining assets to fair market value,

Durant la période pertinente, ni la société A ni la société B n'a jamais acheté ou vendu des biens autres que les actifs au portefeuille.

Dès le 30 septembre 1993, à la suite de la vente de certains actifs au portefeuille et de la réduction de la valeur des autres actifs à leur juste valeur

Partnership A realized losses in excess of \$52 million. Partnership A allocated 99 percent of its losses to Partnership B which then allocated these losses to its partners, including the appellants.

marchande, la société A a réalisé des pertes de plus de 52 millions de dollars. La société A a attribué 99 pour 100 de ses pertes à la société B, qui a ensuite réparti ces pertes parmi ses associés, dont les appelants.

26 The appellants together deducted over \$10 million of the Partnership B losses against their own incomes in 1993 or 1994. Some of the appellants, in addition to reducing their taxable incomes for the relevant year to NIL, also computed non-capital losses to be carried forward or back.

Les appelants ont déduit ensemble, de leurs propres revenus pour l'année 1993 ou 1994, plus de 10 millions de dollars des pertes de la société B. Certains d'entre eux, en plus de réduire à néant leur revenu imposable pour l'année en question, ont également calculé des pertes autres que des pertes en capital qui feraient l'objet d'un report prospectif ou rétrospectif.

27 The Minister of National Revenue reassessed the appellants, applied the GAAR, and disallowed the deduction of their share of the Partnership B losses.

Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour les appelants, a appliqué la RGAÉ et a refusé la déduction de leur part des pertes de la société B.

3. Legislative Provisions

3. Dispositions législatives

28 *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

18. . . .

(13) [Superficial loss] Subject to subsection 138(5.2) and notwithstanding any other provision of this Act, where a taxpayer

(a) who was a resident of Canada at any time in a taxation year and whose ordinary business during that year included the lending of money, or

(b) who at any time in the year carried on a business of lending money in Canada

has sustained a loss on a disposition of property used or held in that business that is a share, or a loan, bond, debenture, mortgage, note, agreement of sale or any other indebtedness, other than a property that is a capital property of the taxpayer, no amount shall be deducted in computing the income of the taxpayer from that business for the year in respect of the loss where

(c) during the period commencing 30 days before and ending 30 days after the disposition, the taxpayer or a person or partnership that does not deal at arm's length with the taxpayer acquired or agreed to acquire the same or identical property (in this subsection referred to as the "substituted property"), and

18. . . .

(13) [Perte superficielle] Sous réserve du paragraphe 138(5.2) et malgré les autres dispositions de la présente loi, dans le cas où un contribuable — qui, à un moment donné d'une année d'imposition, réside au Canada et dont l'activité d'entreprise habituelle au cours de cette année consiste en partie à prêter de l'argent ou qui, à un moment donné de l'année, exploite une entreprise de prêt d'argent au Canada — subit une perte lors de la disposition d'un bien utilisé ou détenu dans le cadre de l'entreprise et qui est une action, ou un prêt, une obligation, un billet, une hypothèque, une convention de vente ou une autre créance mais qui n'est pas une immobilisation du contribuable, aucun montant n'est déductible au titre de la perte dans le calcul de son revenu provenant de cette entreprise pour l'année si :

a) d'une part, au cours de la période commençant 30 jours avant et se terminant 30 jours après la disposition, le contribuable ou une personne ou société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance acquiert ou convient d'acquérir le même bien ou un bien identique — appelés « bien de remplacement » au présent paragraphe;

b) d'autre part, à la fin de cette période, le contribuable ou la personne ou société de personnes, selon le

(d) at the end of the period described in paragraph (c), the taxpayer, person or partnership, as the case may be, owned or had a right to acquire the substituted property,

and any such loss shall be added in computing the cost to the taxpayer, person or partnership, as the case may be, of the substituted property.

96. (1) [General Rules] Where a taxpayer is a member of a partnership, the taxpayer's income, non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss and farm loss, if any, for a taxation year, or the taxpayer's taxable income earned in Canada for a taxation year, as the case may be, shall be computed as if

(g) the amount, if any, by which

(i) the loss of the partnership for a taxation year from any source or sources in a particular place,

exceeds

(ii) in the case of a specified member (within the meaning of the definition "specified member" in subsection 248(1) if that definition were read without reference to paragraph (b) thereof) of the partnership in the year, the amount, if any, deducted by the partnership by virtue of section 37 in calculating its income for the taxation year from that source or sources in the particular place, as the case may be, and

(iii) in any other case, nil

were the loss of the taxpayer from that source or from sources in that particular place, as the case may be, for the taxation year of the taxpayer in which the partnership's taxation year ends, to the extent of the taxpayer's share thereof.

245. (1) [Definitions] In this section,

"tax benefit" means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act;

cas, est propriétaire du bien de remplacement ou a le droit de l'acquérir.

Cette perte doit être ajoutée dans le calcul du coût du bien de remplacement pour le contribuable ou pour la personne ou société de personnes, selon le cas.

96. (1) [Règles générales] Lorsqu'un contribuable est un associé d'une société de personnes, son revenu, le montant de sa perte autre qu'une perte en capital, de sa perte en capital nette, de sa perte agricole restreinte et de sa perte agricole, pour une année d'imposition, ou son revenu imposable gagné au Canada pour une année d'imposition, selon le cas, est calculé comme si :

g) la perte du contribuable — à concurrence de la part dont il est tenu — résultant d'une source ou de sources situées dans un endroit donné, pour l'année d'imposition du contribuable au cours de laquelle l'année d'imposition de la société de personnes se termine, équivalait à l'excédent éventuel :

(i) de la perte de la société de personnes, pour une année d'imposition, résultant de cette source ou de ces sources,

sur :

(ii) dans le cas d'un associé déterminé (au sens de la définition d'« associé déterminé » figurant au paragraphe 248(1), mais compte non tenu de l'alinéa b) de celle-ci) de la société de personnes au cours de l'année, le montant déduit par la société de personnes en application de l'article 37 dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition provenant de cette source ou de ces sources,

(iii) dans les autres cas, zéro.

245. (1) [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« avantage fiscal » Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi ou augmentation d'un

“transaction” includes an arrangement or event.

(2) [General anti-avoidance provision] Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(3) [Avoidance transaction] An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

(4) [Where s. 2 does not apply] For greater certainty, subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of this Act or an abuse having regard to the provisions of this Act, other than this section, read as a whole.

4. Judicial Decisions

4.1 *Tax Court of Canada*, [2003] 1 C.T.C. 2045

29

The appeal before the Tax Court of Canada proceeded solely on the issue of whether the GAAR could be applied to deny the tax benefit. The Tax Court judge found (at para. 233) that the transactions at issue were “basically the same” as those that were considered in *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288, 2001 FCA

remboursement d’impôt ou d’un autre montant visé par la présente loi.

« opération » Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.

(2) [Disposition générale anti-évitement] En cas d’opération d’évitement, les attributs fiscaux d’une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d’une série d’opérations dont cette opération fait partie.

(3) [Opération d’évitement] L’opération d’évitement s’entend :

a) soit de l’opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s’il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l’opération qui fait partie d’une série d’opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s’il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) [Non-application du par. 2] Il est entendu que l’opération dont il est raisonnable de considérer qu’elle n’entraîne pas, directement ou indirectement, d’abus dans l’application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble — compte non tenu du présent article — n’est pas visée par le paragraphe (2).

4. Décisions judiciaires

4.1 *Cour canadienne de l’impôt*, [2002] A.C.I. n° 222 (QL)

L’appel devant la Cour canadienne de l’impôt (« Cour de l’impôt ») a porté uniquement sur la question de savoir si la RGAÉ permettait de supprimer l’avantage fiscal. Le juge de la Cour de l’impôt a conclu (au par. 233) que les opérations en cause étaient « essentiellement [. . .] les mêmes » que celles examinées dans l’affaire *OSFC Holdings*

260 (“*OSFC*”). The Tax Court judge followed the decision of the majority in *OSFC* and dismissed the appeal.

4.2 *Federal Court of Appeal*, [2004] 1 C.T.C. 115, 2003 FCA 371

The Federal Court of Appeal agreed that the facts in this case were essentially the same as those in *OSFC*; it followed the decision of the majority in *OSFC* and dismissed the appeal. In *OSFC*, the Federal Court of Appeal applied a two-step approach to the GAAR: it held at the first step that s. 18(13) and s. 96 allowed the appellants to claim the losses at issue, but held at the second step that the appellants should be denied those losses because allowing the tax benefit would contravene the overriding policy of the *Income Tax Act* against the trading of losses between taxpayers.

5. Analysis

5.1 *The Interpretation and Application of the GAAR*

Our conclusions on the interpretation and application of the GAAR are summarized at para. 66 of the *Canada Trustco* appeal, released concurrently.

1. Three requirements must be established to permit application of the GAAR:
 - (1) A tax benefit resulting from a transaction or part of a series of transactions (s. 245(1) and (2));
 - (2) that the transaction is an *avoidance transaction* in the sense that it cannot be said to have been reasonably undertaken or arranged primarily for a *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit; and
 - (3) that there was *abusive tax avoidance* in the sense that it cannot be reasonably concluded that a tax benefit would be consistent with the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer.

Ltd. c. Canada, [2002] 2 C.F. 288, 2001 CAF 260 (« *OSFC* »). Il a suivi la décision majoritaire dans l'affaire *OSFC* et a rejeté l'appel.

4.2 *Cour d'appel fédérale*, [2003] A.C.F. n° 1470 (QL), 2003 CAF 371

La Cour d'appel fédérale a convenu que les faits du présent pourvoi étaient essentiellement les mêmes que ceux en cause dans l'affaire *OSFC*; elle a suivi la décision majoritaire dans l'affaire *OSFC* et a rejeté l'appel. Dans l'arrêt *OSFC*, la Cour d'appel fédérale a utilisé une méthode en deux étapes pour appliquer la RGAÉ : elle a estimé, à la première étape, que le par. 18(13) et l'art. 96 permettaient aux appelants de demander la déduction des pertes en question, mais a conclu, à la deuxième étape, que la déduction de ces pertes devait leur être refusée parce que l'attribution de l'avantage fiscal irait à l'encontre de la politique prépondérante de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui interdit l'échange de pertes entre contribuables.

5. Analyse

5.1 *L'interprétation et l'application de la RGAÉ*

Nos conclusions concernant l'interprétation et l'application de la RGAÉ sont résumées au par. 66 de l'arrêt *Trustco Canada*, dont les motifs sont déposés simultanément.

1. Trois conditions sont nécessaires pour que la RGAÉ s'applique :
 - (1) il doit exister un *avantage fiscal découlant d'une opération* ou d'une série d'opérations dont l'opération fait partie (par. 245(1) et (2));
 - (2) l'opération doit être une *opération d'évitement* en ce sens qu'il n'est pas raisonnable d'affirmer qu'elle est principalement effectuée pour un objet véritable — l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;
 - (3) il doit y avoir eu *évitement fiscal abusif* en ce sens qu'il n'est pas raisonnable de conclure qu'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable.

30

31

- | | |
|--|--|
| <p>2. The burden is on the taxpayer to refute (1) and (2), and on the Minister to establish (3).</p> <p>3. If the existence of abusive tax avoidance is unclear, the benefit of the doubt goes to the taxpayer.</p> <p>4. The courts proceed by conducting a unified textual, contextual and purposive analysis of the provisions giving rise to the tax benefit in order to determine why they were put in place and why the benefit was conferred. The goal is to arrive at a purposive interpretation that is harmonious with the provisions of the Act that confer the tax benefit, read in the context of the whole Act.</p> <p>5. Whether the transactions were motivated by any economic, commercial, family or other non-tax purpose may form part of the factual context that the courts may consider in the analysis of abusive tax avoidance allegations under s. 245(4). However, any finding in this respect would form only one part of the underlying facts of a case, and would be insufficient by itself to establish abusive tax avoidance. The central issue is the proper interpretation of the relevant provisions in light of their context and purpose.</p> <p>6. Abusive tax avoidance may be found where the relationships and transactions as expressed in the relevant documentation lack a proper basis relative to the object, spirit or purpose of the provisions that are purported to confer the tax benefit, or where they are wholly dissimilar to the relationships or transactions that are contemplated by the provisions.</p> <p>7. Where the Tax Court judge has proceeded on a proper construction of the provisions of the <i>Income Tax Act</i> and on findings supported by the evidence, appellate tribunals should not interfere, absent a palpable and overriding error.</p> | <p>2. Il incombe au contribuable de démontrer l'inexistence des deux premières conditions, et au ministre d'établir l'existence de la troisième condition.</p> <p>3. S'il n'est pas certain qu'il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable.</p> <p>4. Les tribunaux doivent effectuer une analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions qui génèrent l'avantage fiscal afin de déterminer pourquoi elles ont été édictées et pourquoi l'avantage a été conféré. Le but est d'en arriver à une interprétation téléologique qui s'harmonise avec les dispositions de la Loi conférant l'avantage fiscal, lorsque ces dispositions sont lues dans le contexte de l'ensemble de la Loi.</p> <p>5. La question de savoir si les opérations obéissent à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d'autres motivations non fiscales peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d'évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4). Cependant, toute conclusion à cet égard ne constituerait qu'un élément des faits qui sous-tendent l'affaire et serait insuffisante en soi pour établir l'existence d'un évitement fiscal abusif. La question centrale est celle de l'interprétation que les dispositions pertinentes doivent recevoir à la lumière de leur contexte et de leur objet.</p> <p>6. On peut conclure à l'existence d'un évitement fiscal abusif si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à l'objet ou à l'esprit des dispositions censées conférer l'avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions.</p> <p>7. Si le juge de la Cour de l'impôt s'est fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> et sur des conclusions étayées par la preuve, les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir en l'absence d'erreur manifeste et dominante.</p> |
|--|--|

(Emphasis in original.)

(En italique dans l'original.)

As in the *Canada Trustco* appeal, the first two requirements, that there be a tax benefit and an avoidance transaction, were conceded. The tax

Comme dans le pourvoi *Trustco Canada*, il a été admis que les deux premières conditions, celles qu'il y ait un avantage fiscal et une opération

benefits are the losses, in excess of \$10 million, that were deducted by the appellants, who are unitholders in Partnership B (the “tax benefit”).

A “series of transactions” is explained at paras. 25 and 26 of *Canada Trustco*. The GAAR may apply to a tax benefit that is the result of a “series of transactions” which includes events “completed in contemplation of the series” (s. 248(10) of the *Income Tax Act*). In the instant appeal, the series of transactions includes all the transactions, as described earlier, from the transfer of losses by STC into Partnership A to the losses claimed by the unitholders in Partnership B. The Tax Court judge found that the primary purpose of each transaction in the series was to obtain a tax benefit.

5.2 *The Issue*

As stated, the primary purpose of each transaction in the series was to transfer STC’s losses into Partnership A so that Partnership A could serve as a vehicle to sell the losses to arm’s length taxpayers. Ultimately, the appellants, who dealt with STC at arm’s length, purchased the tax losses through the use of Partnership B. The appellants deducted those losses against other income and some also computed non-capital losses to be carried forward or back. In return they provided funds which found their way back to STC, which thus recovered a portion of its loss on the non-performing mortgages. The appellants relied on a combination of s. 18(13) and the partnership provisions of the *Income Tax Act* to claim the losses. This was essentially a series of transactions aimed at transferring unrealized losses from one arm’s length taxpayer to another. The tax consequences of the transactions are the issue, not the status of the partnerships.

d’évitement, étaient remplies. Les avantages fiscaux tiennent aux pertes de plus de 10 millions de dollars qui ont été déduites par les appelants, qui sont détenteurs d’unités de la société B (l’« avantage fiscal »).

Le sens de l’expression « série d’opérations » est expliqué aux par. 25-26 de l’arrêt *Trustco Canada*. La RGAÉ peut s’appliquer à un avantage fiscal qui découle d’une « série d’opérations », incluant des événements « terminés en vue de réaliser la série » (par. 248(10) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*). Dans le présent pourvoi, la série d’opérations s’entend de toutes les opérations décrites plus haut, qui vont du transfert des pertes de la CST à la société A à la déduction de ces pertes par les détenteurs d’unités de la société B. Le juge de la Cour de l’impôt a conclu que chaque opération de la série avait principalement pour objet l’obtention d’un avantage fiscal.

5.2 *La question en litige*

Comme nous l’avons vu, l’objet principal de chaque opération de la série était de transférer les pertes de la CST à la société A pour qu’elle puisse servir à vendre ces pertes à des contribuables sans lien de dépendance. En définitive, les appelants, qui n’avaient aucun lien de dépendance avec la CST, ont acheté les pertes fiscales par l’intermédiaire de la société B. Ils ont déduit ces pertes d’autres revenus, et certains d’entre eux ont également calculé des pertes autres que des pertes en capital qui feraient l’objet d’un report prospectif ou rétrospectif. En contrepartie, ces derniers ont fourni des fonds qui ont été retournés à la CST, qui a ainsi recouvré une partie de ses pertes liées aux hypothèques improductives. Les appelants ont invoqué l’effet combiné du par. 18(13) et des dispositions relatives aux sociétés de personnes contenues dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* pour demander la déduction des pertes en question. Il s’agissait essentiellement d’une série d’opérations visant le transfert de pertes non réalisées d’un contribuable sans lien de dépendance à un autre. Le différend porte sur les conséquences fiscales des opérations et non sur la situation des sociétés de personnes.

33

34

35 The question is whether these transactions, which it is agreed are avoidance transactions giving rise to a tax benefit, result in abusive tax avoidance within s. 245(4). More specifically, in the context of this series of transactions, would allowing the appellants to deduct these losses frustrate the object, spirit or purpose of s. 18(13) and the partnership provisions of the Act? As stated at para. 44 of *Canada Trustco*, “[t]he heart of the analysis . . . lies in a contextual and purposive interpretation of the provisions of the Act that are relied on by the taxpayer, and the application of the properly interpreted provisions to the facts.”

36 Section 18(13) will apply to a partnership if the following conditions are met: (1) a taxpayer in the money-lending business disposes of a mortgage (or similar non-capital property); (2) a partnership owns or has a right to acquire the property at the end of the prescribed period; and (3) the partnership does not deal at arm’s length with the taxpayer.

37 When s. 18(13) applies, it produces two tax consequences. First, the transferor cannot deduct the loss from the disposition. Second, the loss is added to the cost of the property to the transferee.

38 The effect of the first result is to prevent the transferor from claiming the loss that would ordinarily result from the transfer. This result is not at issue in this case, since STC did not claim the losses on this transaction. The second result, however, is at issue.

39 The appellants, who ultimately claimed the losses, seek to rely in part on the loss-preservation aspect of s. 18(13). They argue that all the conditions under s. 18(13) were met and that in particular, since Partnership A did not deal at arm’s length with STC at the end of the period prescribed, the unrealized losses were properly transferred to

La question est de savoir si ces opérations, qui, convient-on, constituent des opérations d’évitement générant un avantage fiscal, donnent lieu à un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). Plus précisément, dans le contexte de cette série d’opérations, permettre aux appelants de déduire ces pertes contrecarrerait-il l’objet ou l’esprit du par. 18(13) et des dispositions relatives aux sociétés de personnes contenues dans la Loi? Comme l’indique le par. 44 de l’arrêt *Trustco Canada*, « [l]’interprétation contextuelle et téléologique des dispositions de la Loi invoquées par le contribuable et l’application des dispositions interprétées correctement aux faits [. . .] sont au cœur de l’analyse. »

Le paragraphe 18(13) s’applique à une société de personnes si les conditions suivantes sont remplies : (1) un contribuable qui exploite une entreprise de prêt d’argent dispose d’une hypothèque (ou d’un bien semblable autre qu’une immobilisation); (2) une société de personnes est propriétaire de ce bien ou a le droit de l’acquérir à la fin de la période prescrite; (3) la société de personnes a un lien de dépendance avec le contribuable.

Dans les cas où il s’applique, le par. 18(13) engendre deux conséquences fiscales. Premièrement, l’auteur du transfert ne peut déduire la perte résultant de la disposition du bien. Deuxièmement, la perte est ajoutée au coût du bien pour le bénéficiaire du transfert.

La première conséquence a pour effet d’empêcher l’auteur du transfert de demander la déduction de la perte qui résulterait normalement du transfert. Cette conséquence n’est pas en cause en l’espèce, étant donné que la CST n’a pas demandé la déduction des pertes résultant de cette opération. Toutefois, la deuxième conséquence est en cause.

Les appelants, qui ont, en fin de compte, demandé la déduction des pertes, tentent de s’appuyer en partie sur l’aspect « maintien des pertes » du par. 18(13). Ils font valoir que toutes les conditions prescrites par le par. 18(13) ont été remplies et notamment que, puisque la société A avait un lien de dépendance avec la CST à la fin de la période

Partnership A. Further, once the losses were preserved for the benefit of Partnership A under s. 18(13), they were entitled to claim losses in proportion to their interest in Partnership B, under the partnership provisions. The Minister, on the other hand, argues that the series of transactions results in abusive tax avoidance and should be precluded under the GAAR.

5.3 *Interpretation of Section 18(13) and Section 96(1) of the Income Tax Act*

5.3.1 The Proper Interpretive Approach

To resolve the dispute arising from the combined operation of s. 18(13) and s. 96 of the *Income Tax Act*, it is necessary to determine Parliament's intention in enacting these provisions by interpreting them purposively, in light of their context.

The majority of the Federal Court of Appeal in the related case of *OSFC* interpreted s. 18(13) and s. 96 of the Act in a literal manner at the first stage of its two-part test. It concluded that since s. 18(13) does not on its face restrict the losses once they are transferred, the losses may be subsequently transferred to an arm's length taxpayer. Similarly, it reasoned that the partnership rules in s. 96 of the Act would allow the appellants to claim the losses on the basis that they provide for a distribution of income and losses from the partnership to the partners at the end of the partnership's fiscal year, without any further restriction. The Federal Court of Appeal then went on to disallow the benefits under the GAAR at the second stage of its analysis, where it considered the policy of the Act as a whole.

In effect, the majority conducted a narrow textual analysis of the specific provisions at issue, s. 18(13) and s. 96 (stage 1), and supplemented this by a broad purposive analysis having regard to

prescrite, les pertes non réalisées lui ont été transférées à bon droit. De plus, une fois que les pertes non réalisées étaient maintenues au profit de la société A en application du par. 18(13), ils avaient, en vertu des dispositions relatives aux sociétés de personnes, le droit de demander la déduction au prorata de leur participation dans la société B. Le ministre soutient, pour sa part, que la série d'opérations donne lieu à un évitement fiscal abusif et qu'elle devrait être interdite en vertu de la RGAÉ.

5.3 *Interprétation des par. 18(13) et 96(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu*

5.3.1 La méthode d'interprétation appropriée

Pour résoudre le litige découlant de l'effet combiné du par. 18(13) et de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut déterminer l'intention qu'avait le législateur au moment où il a adopté ces dispositions en leur donnant une interprétation téléologique à la lumière de leur contexte.

Dans l'affaire connexe *OSFC*, à la première étape de l'analyse en deux étapes qu'ils ont effectuée, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont interprété de manière littérale le par. 18(13) et l'art. 96 de la Loi. Ils ont conclu que, puisque le par. 18(13) ne restreint pas, à première vue, l'utilisation des pertes une fois qu'elles sont transférées, celles-ci peuvent ultérieurement être transférées à un contribuable sans lien de dépendance. De même, ils ont estimé que les règles relatives aux sociétés de personnes édictées à l'art. 96 de la Loi permettraient aux appelants de demander la déduction des pertes du fait qu'elles prescrivent la distribution du revenu et des pertes de la société aux associés à la clôture de son exercice, et ce, sans aucune autre réserve. Ensuite, à la deuxième étape de son analyse, lorsqu'elle a examiné la politique générale de la Loi dans son ensemble, la Cour d'appel fédérale a supprimé les avantages en application de la RGAÉ.

En fait, les juges majoritaires ont procédé à une analyse textuelle restrictive des dispositions en cause, à savoir le par. 18(13) et l'art. 96 (étape 1), qu'ils ont complétée par une analyse

40

41

42

what it considered to be a policy of the Act as a whole (stage 2). While it reached the correct result, we reject its two-stage method in favour of a unified textual, contextual and purposive approach to interpretation. There is an abiding principle of interpretation: to determine the intention of the legislator by considering the text, context and purpose of the provisions at issue. This applies to the *Income Tax Act* and the GAAR as much as to any other legislation.

téléologique approfondie de ce qu'ils considéraient comme une politique générale de la Loi dans son ensemble (étape 2). Bien qu'ils soient parvenus au bon résultat, nous préférons une méthode d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée à la méthode en deux étapes qu'ils ont appliquée. Il existe un principe d'interprétation constant : il faut dégager l'intention du législateur en tenant compte du libellé, du contexte et de l'objet des dispositions en cause. Ce principe s'applique autant à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et à la RGAÉ qu'à toute autre mesure législative.

43

We add this. While it is useful to consider the three elements of statutory interpretation separately to ensure each has received its due, they inevitably intertwine. For example, statutory context involves consideration of the purposes and policy of the provisions examined. And while factors indicating legislative purpose are usefully examined individually, legislative purpose is at the same time the ultimate issue — what the legislator intended.

Nous tenons à ajouter que, bien qu'il soit utile d'examiner séparément les trois éléments d'interprétation législative de manière à ce que chacun reçoive l'attention qu'il mérite, force est de constater que ces éléments sont inextricablement liés. Par exemple, en analysant le contexte législatif, il faut tenir compte des objets et de la politique générale des dispositions examinées. Et bien qu'il soit utile d'examiner individuellement les facteurs indiquant un objectif législatif, cet objectif législatif représente en même temps la question à laquelle il faut répondre en définitive, à savoir ce qu'a voulu le législateur.

5.3.2 The Text of the Provisions

5.3.2 Le texte des dispositions

44

As outlined above, the appellants submit that they are entitled to deduct the losses because of the wording of s. 18(13) and s. 96. It is clear that the preservation of the loss under s. 18(13) is for the benefit of a person or partnership who does not deal at arm's length with the transferor. Since the words of s. 18(13) do not expressly restrict the ability to claim the loss to the immediate non-arm's length transferee, the appellants argue that they may use the partnership provisions to claim it. The Minister, on the other hand, argues that the section addresses a non-arm's length relationship and an arm's length taxpayer cannot use the partnership provisions to claim the loss preserved by that section.

Comme nous l'avons déjà indiqué, les appelants soutiennent que le libellé du par. 18(13) et de l'art. 96 leur permet de déduire les pertes en question. Il est évident que le maintien de la perte visé au par. 18(13) est au profit d'une personne ou d'une société de personnes ayant un lien de dépendance avec l'auteur du transfert. Étant donné que le libellé du par. 18(13) ne réserve pas expressément la capacité de demander la déduction de la perte au bénéficiaire immédiat du transfert ayant un lien de dépendance, les appelants prétendent qu'ils peuvent se servir des dispositions relatives aux sociétés de personnes pour demander cette déduction. Le ministre, quant à lui, fait valoir que la disposition vise des rapports avec lien de dépendance et qu'un contribuable sans lien de dépendance ne peut se servir des dispositions relatives aux sociétés de personnes pour demander la déduction de la perte maintenue par cette disposition.

On their face, the partnership provisions found in s. 96 of the Act impose no restrictions on loss sharing between partners, except for foreign partnerships under s. 96(8). Accumulated losses are available to all partners, provided they entered the partnership before the end of the taxation year. It is agreed that the appellants claimed losses in proportion to their interests in Partnership B. Nevertheless, a question arises as to whether these provisions can apply in conjunction with s. 18(13) to allow the appellants to claim losses that originated with the original transferor, STC.

The requirement that a partnership “not deal at arm’s length with the taxpayer” under s. 18(13) and the partnership rules must be purposively construed in relation to each other and in the context of other provisions of the *Income Tax Act* that address the transfer of losses. The task is to determine, in light of the series of transactions, whether to allow the appellants to claim the losses would frustrate or defeat the object, spirit or purpose of the treatment of losses under s. 18(13) and the partnership rules, notwithstanding that the tax benefit might arise from the application of a literal interpretation of these provisions.

5.3.3 The Context of the Provisions

The basic rules of statutory interpretation require that the larger legislative context be considered in determining the meaning of statutory provisions. This is confirmed by s. 245(4), which requires that the question of abusive tax avoidance be determined having regard to the provisions of the Act, read as a whole.

The question is whether other provisions of the *Income Tax Act* shed light on whether Parliament intended s. 18(13) and s. 96 to be used to preserve an unrealized loss for future sale to an arm’s length party. The government argues that other provisions of the Act show that the transfer of losses to arm’s length parties is generally against the policy of the

À première vue, les dispositions relatives aux sociétés de personnes édictées à l’art. 96 de la Loi n’imposent aucune restriction au partage de pertes entre associés, sauf en ce qui concerne les sociétés de personnes étrangères visées au par. 96(8). Tous les associés qui se sont joints à la société avant la fin de l’année d’imposition peuvent utiliser les pertes accumulées. Il est admis que les appelants ont demandé la déduction des pertes au prorata de leur participation dans la société B. Il faut néanmoins se demander si ces dispositions peuvent s’appliquer conjointement avec le par. 18(13) de manière à permettre aux appelants de demander la déduction de pertes qui provenaient de la CST, l’auteur initial du transfert.

L’exigence du par. 18(13) que la société de personnes ait un lien de dépendance avec le contribuable et les règles relatives aux sociétés de personnes doivent être interprétées de manière téléologique, l’une par rapport à l’autre et dans le contexte des autres dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui traitent du transfert de pertes. Il s’agit de déterminer, à la lumière de la série d’opérations, si permettre aux appelants de demander la déduction des pertes contrecarrerait l’objet ou l’esprit du traitement des pertes visé au par. 18(13) et les règles relatives aux sociétés de personnes, peu importe que l’avantage fiscal puisse découler d’une interprétation littérale de ces dispositions.

5.3.3 Le contexte des dispositions

Selon les règles fondamentales d’interprétation législative, il faut tenir compte du contexte législatif général pour déterminer le sens des dispositions législatives, ce que confirme le par. 245(4), qui exige que la question de l’évitement fiscal abusif soit tranchée à la lumière des dispositions de la Loi lue dans son ensemble.

La question est de savoir si les autres dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* aident à déterminer si le législateur a voulu que le par. 18(13) et l’art. 96 servent à maintenir une perte non réalisée en vue de sa vente future à une partie sans lien de dépendance. Le gouvernement fait valoir que les autres dispositions de la Loi démontrent

45

46

47

48

Act. It is allowed only exceptionally in specific circumstances for specific purposes. The appellants counter that where Parliament wished to prevent the transfer of losses to arm's length parties, it did so explicitly, and that the absence of explicit prohibitions in s. 18(13) and s. 96 permits the inference that Parliament intended to allow such transfers.

que le transfert de pertes à des parties sans lien de dépendance va généralement à l'encontre de la politique générale de la Loi. Ce transfert n'est permis qu'exceptionnellement dans des circonstances particulières et à des fins précises. Les appelants prétendent au contraire que, lorsque le législateur a voulu empêcher le transfert de pertes à des parties sans lien de dépendance, il l'a fait expressément, et que l'absence d'interdictions expresses, au par. 18(13) et à l'art. 96, permet d'inférer que le législateur entendait permettre ces transferts.

49 The Federal Court of Appeal considered other provisions of the *Income Tax Act* that address the transfer or sharing of losses between taxpayers. It properly concluded that the general policy of the *Income Tax Act* is to prohibit the transfer of losses between taxpayers, subject to specific exceptions. It also correctly concluded that under such exceptions, Parliament intended to promote a particular purpose concerning a distinct relationship between the transferor and the transferee under specifically described circumstances. However, we note that it cannot be automatically inferred from the general policy against the transfer of losses between taxpayers that s. 18(13) must be read as preventing the appellants from claiming the losses in this case. This policy is but one consideration to be taken into account in determining Parliament's intent with respect to s. 18(13) and s. 96.

La Cour d'appel fédérale a examiné les autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui traitent du transfert ou du partage de pertes entre contribuables. Elle a conclu, à juste titre, que la *Loi de l'impôt sur le revenu* a comme politique générale d'interdire le transfert de pertes entre contribuables, sous réserve d'exceptions précises. Elle a également eu raison de conclure qu'en établissant ces exceptions le législateur a voulu favoriser la réalisation d'un objectif particulier à l'égard de certains rapports qui existent entre l'auteur et le bénéficiaire du transfert dans des circonstances précises. Toutefois, nous soulignons qu'on ne saurait automatiquement inférer de la politique générale d'interdiction du transfert de pertes entre contribuables qu'il faut considérer que le par. 18(13) empêche les appelants de demander la déduction des pertes en l'espèce. Cette politique n'est qu'un seul des facteurs à considérer pour déterminer l'intention du législateur en ce qui concerne le par. 18(13) et l'art. 96.

50 In summary, the legislative context surrounding s. 18(13) and s. 96 of the *Income Tax Act*, while perhaps not in itself conclusive, suggests that Parliament would not likely have intended arm's length parties to be able to buy losses generated by s. 18(13) transfers.

En résumé, bien qu'il ne soit peut-être pas déterminant en soi, le contexte législatif du par. 18(13) et de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* indique qu'il est peu probable que le législateur ait voulu que les parties sans lien de dépendance puissent acheter les pertes découlant de transferts visés par le par. 18(13).

5.3.4 The Purpose of Section 18(13) and Section 96 of the *Income Tax Act* and Parliament's Intent

5.3.4 L'objet du par. 18(13) et de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et l'intention du législateur

51 The partnership rules under s. 96 are predicated on the requirement that partners in a

Les règles relatives aux sociétés de personnes édictées à l'art. 96 reposent sur l'exigence que les

partnership pursue a common interest in the business activities of the partnership, in a non-arm's length relationship. Although, on its face, s. 96(1) imposes no restriction on the flow of losses to its partners, except for the treatment of foreign partnerships under s. 96(8), it is implicit that the rules are applied when partners in a partnership carry on a business in common, in a non-arm's length relationship.

The purpose for the broad treatment of loss sharing between partners is to promote an organizational structure that allows partners to carry on a business in common, in a non-arm's length relationship.

The purpose of s. 18(13) in particular is to prevent a taxpayer who is in the business of lending money from claiming a loss upon the superficial disposition of a mortgage or similar non-capital property. This purpose is achieved by confining the loss that would ordinarily be claimed by the transferor to a non-arm's length transferee. Where s. 18(13) does not apply, only the transferor may claim the loss on the disposition, which would be consistent with the general policy of the Act against the transfer of losses.

Under s. 18(13), the loss is generally under the control of the transferor or traceable to the business of the transferor and *is preserved because of its special relationship with the transferee partnership*. The section in effect denies the loss to the transferor because it originated and remains in the transferor's control before and after the transfer. To allow a new arm's length partner to buy into the transferee partnership and thus to benefit from the loss would violate the fundamental premise underlying s. 18(13) that the loss is preserved because it essentially remains in the transferor's control. It would contradict the main purpose of s. 18(13) and the premise on which it operates. Section 18(13) allows the preservation and transfer

associés d'une société de personnes aient un intérêt commun dans les activités commerciales de la société, et ce, dans le cadre de rapports avec lien de dépendance. Bien qu'à première vue le par. 96(1) n'apporte aucune restriction à la transmission des pertes aux associés, sauf en ce qui concerne le traitement des sociétés de personnes étrangères visées au par. 96(8), il est implicite que les règles s'appliquent dans le cas où les associés d'une société de personnes exploitent ensemble une entreprise dans le cadre de rapports avec lien de dépendance.

Le traitement général du partage de pertes entre associés a pour objet de favoriser la mise en place d'une structure organisationnelle permettant à ces derniers d'exploiter ensemble une entreprise dans le cadre de rapports avec lien de dépendance.

Le paragraphe 18(13) a notamment pour objet d'empêcher le contribuable qui exploite une entreprise de prêt d'argent de demander la déduction d'une perte résultant de la disposition apparente d'une hypothèque ou d'un bien semblable autre qu'une immobilisation. Le fait de réserver au bénéficiaire d'un transfert avec lien de dépendance la perte dont la déduction serait normalement demandée par l'auteur du transfert permet de réaliser cet objectif. Dans les cas où le par. 18(13) ne s'applique pas, seul l'auteur du transfert peut demander la déduction de la perte résultant de la disposition, ce qui serait conforme à la politique générale de la Loi qui interdit le transfert de pertes.

Sous le régime du par. 18(13), la perte relève habituellement de l'auteur du transfert ou trouve son origine dans l'entreprise de ce dernier et *est maintenue en raison des rapports particuliers qu'il a avec la société bénéficiaire du transfert*. En fait, cette disposition empêche l'auteur du transfert de demander la déduction de la perte parce qu'il est à l'origine de la perte et que celle-ci continue de relever de lui avant et après le transfert. Permettre à un nouvel associé sans lien de dépendance de prendre une participation dans la société bénéficiaire du transfert et de profiter ainsi de la perte irait à l'encontre du principe fondamental qui sous-tend le par. 18(13) et qui veut que la perte soit maintenue parce qu'elle continue, pour l'essentiel,

52

53

54

of a loss because of the non-arm's length relationship between transferor and transferee. Absent that relationship, there is no reason for the provision to apply.

5.3.5 Conclusion on Interpretation of Section 18(13) and Section 96 of the Act

55 These observations suggest that the combined effect of s. 18(13) and the partnership provisions do not allow taxpayers to preserve and transfer unrealized losses to arm's length parties. Section 18(13) relies on the premise that the partners in the transferee partnership pursue a business activity in common other than to transfer the loss and that the partnership and the transferor deal in a non-arm's length relationship with respect to the property.

5.4 *Application*

56 This brings us to the ultimate question of whether the only reasonable conclusion is that the series of transactions on which the appellants rely for the tax benefits they claim results in abusive tax avoidance when s. 18(13) and s. 96(1) are interpreted purposively, in the context of the Act as a whole.

57 As stated at para. 59 of *Canada Trustco*, a determination of whether there was abusive tax avoidance under s. 245(4) requires a close examination of the facts in order to determine whether allowing a tax benefit would be within the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer. Although no single factual element is in itself determinative of whether there was abusive tax avoidance, the GAAR may be applied to deny a tax benefit "where the relationships and transactions as expressed in the relevant documentation lack a proper basis relative to the object, spirit

de relever de l'auteur du transfert. Cela irait à l'encontre de l'objet principal du par. 18(13) et du principe qui le sous-tend. Le paragraphe 18(13) permet de maintenir et de transférer une perte à cause des rapports avec lien de dépendance qui existent entre l'auteur et le bénéficiaire du transfert. En l'absence de ces rapports, il n'y a aucune raison d'appliquer la disposition.

5.3.5 Conclusion sur l'interprétation du par. 18(13) et de l'art. 96 de la Loi

Ces observations indiquent que le par. 18(13) et les dispositions relatives aux sociétés de personnes n'ont pas pour effet combiné de permettre aux contribuables de maintenir des pertes non réalisées et de les transférer à des parties sans lien de dépendance. Le paragraphe 18(13) part du principe que les associés de la société bénéficiaire du transfert exercent ensemble une activité commerciale autre qu'une activité visant le transfert de la perte et qu'il existe un lien de dépendance entre la société et l'auteur du transfert en ce qui concerne le bien en question.

5.4 *Application*

Cela nous amène à la question fondamentale de savoir si la seule conclusion raisonnable possible est que la série d'opérations sur laquelle les appellants se fondent pour obtenir les avantages fiscaux en cause donne lieu à un évitement fiscal abusif lorsque les par. 18(13) et 96(1) sont interprétés de manière téléologique dans le contexte de l'ensemble de la Loi.

Comme l'indique le par. 59 de l'arrêt *Trustco Canada*, pour savoir s'il y a eu évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4), il faut examiner attentivement les faits pour décider si l'attribution d'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable. Bien qu'aucun élément factuel ne soit déterminant en soi quant à la question de savoir s'il y a eu évitement fiscal abusif, la RGAÉ permet de supprimer un avantage fiscal « si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à

or purpose of the provisions that are purported to confer the tax benefit, or where they are wholly dissimilar to the relationships or transactions that are contemplated by the provisions” (*Canada Trustco*, at para. 60).

We are of the view that to allow the appellants to claim the losses in the present appeal would defeat the purposes of s. 18(13) and the partnership provisions, and that the Minister properly denied the appellants the losses under the GAAR. Interpreted textually, contextually and purposively, s. 18(13) and s. 96 do not permit arm’s length parties to purchase the tax losses preserved by s. 18(13) and claim them as their own. The purpose of s. 18(13) is to transfer a loss to a non-arm’s length party in order to prevent a taxpayer who carries on a business of lending money from realizing a superficial loss. The purpose for the broad treatment of loss sharing between partners is to promote an organizational structure that allows partners to carry on a business in common, in a non-arm’s length relationship. Section 18(13) preserves and transfers a loss under the assumption that it will be realized by a taxpayer who does not deal at arm’s length with the transferor. Parliament could not have intended that the combined effect of the partnership rules and s. 18(13) would preserve and transfer a loss to be realized by a taxpayer who deals at arm’s length with the transferor. To use these provisions to preserve and sell an unrealized loss to an arm’s length party results in abusive tax avoidance under s. 245(4). Such transactions do not fall within the spirit and purpose of s. 18(13) and s. 96, properly construed.

The appellants’ submission that nothing in s. 18(13) limits subsequent dispositions of the property to arm’s length parties depends on a literal interpretation of the section and fails to address the main inquiry under the GAAR, which rests on

l’objet ou à l’esprit des dispositions censées conférer l’avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions » (*Trustco Canada*, par. 60).

Nous sommes d’avis que permettre aux appelants de demander la déduction des pertes en l’espèce contrecarrerait les objets du par. 18(13) et des dispositions relatives aux sociétés de personnes, et que le ministre a eu raison de leur refuser cette déduction en application de la RGAÉ. Lorsqu’ils sont interprétés de manière textuelle, contextuelle et téléologique, le par. 18(13) et l’art. 96 ne permettent pas aux parties sans lien de dépendance d’acheter les pertes fiscales maintenues par le par. 18(13) et d’en demander la déduction comme s’il s’agissait de leurs propres pertes. Le paragraphe 18(13) a pour objet de transférer une perte à une partie avec lien de dépendance, afin d’empêcher le contribuable qui exploite une entreprise de prêt d’argent de réaliser une perte apparente. Le traitement général du partage de pertes entre associés a pour objet de favoriser la mise en place d’une structure organisationnelle permettant à ces derniers d’exploiter ensemble une entreprise dans le cadre de rapports avec lien de dépendance. Le paragraphe 18(13) permet le maintien et le transfert d’une perte en tenant pour acquis qu’elle sera réalisée par un contribuable ayant un lien de dépendance avec l’auteur du transfert. Le législateur ne peut pas avoir voulu que les règles relatives aux sociétés de personnes et le par. 18(13) aient pour effet combiné de maintenir et de transférer une perte devant être réalisée par un contribuable n’ayant aucun lien de dépendance avec l’auteur du transfert. Utiliser ces dispositions pour maintenir et vendre une perte non réalisée à une partie sans lien de dépendance donne lieu à un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). De telles opérations ne sont pas conformes à l’esprit et à l’objet du par. 18(13) et de l’art. 96 interprétés correctement.

L’argument des appelants selon lequel rien dans le par. 18(13) ne limite les dispositions ultérieures du bien à des parties sans lien de dépendance repose sur une interprétation littérale de la disposition et passe outre au principal examen qui doit

a contextual and purposive interpretation of the provisions at issue. As discussed above, the text of the provision is open to a competing interpretation offered by the Minister and does not itself resolve the dispute. To do so, we must refer to the purposive construction of the provisions. The interplay of s. 18(13) and s. 96 requires us to look at the entire factual context of the series of transactions to determine whether it frustrates the object and spirit of these provisions.

être effectué en vertu de la RGAÉ, lequel repose sur une interprétation contextuelle et téléologique des dispositions en cause. Comme nous l'avons vu plus haut, le texte de la disposition se prête à une interprétation différente proposée par le ministre et ne règle pas en soi le différend. Pour ce faire, nous devons recourir à une interprétation téléologique des dispositions. L'interaction du par. 18(13) et de l'art. 96 nous oblige à examiner tout le contexte factuel de la série d'opérations pour déterminer si elle contrecarre l'objet et l'esprit de ces dispositions.

60

The backdrop to the impugned transactions was the failure of STC, leaving non-performing mortgages in its wake. STC transferred \$52 million in unrealized losses to Partnership A in a notionally non-arm's length transaction. Partnership A was to serve as a holding tank for the unrealized losses and STC planned from the outset to sell its interest in Partnership A after the application of s. 18(13) so that the losses preserved in Partnership A could be transferred to arm's length parties through a substitution of partners in Partnership A. The subsequent transactions involving Partnership B were executed "in contemplation of" the transactions between STC and Partnership A.

Les opérations contestées avaient pour toile de fond la faillite de la CST, qui a laissé dans son sillage des hypothèques improductives. La CST a transféré des pertes non réalisées de 52 millions de dollars à la société A, en principe dans le cadre d'une opération avec lien de dépendance. La société A devait servir à maintenir des pertes non réalisées, et la CST avait, dès le départ, prévu de vendre sa participation dans la société A après l'application du par. 18(13) de manière à ce que les pertes maintenues dans la société A puissent être transférées à des parties sans lien de dépendance au moyen d'un remplacement d'associés de la société A. Les opérations ultérieures mettant en cause la société B ont été effectuées « en vue » des opérations entre la CST et la société A.

61

By these subsequent transactions, the losses preserved in Partnership A were transferred to Partnership B which sold units to the appellants, who dealt with STC at arm's length. The new partnership, Partnership B, was relatively passive. From its inception, the purpose of Partnership B was simply to realize and allocate the tax losses, without any other significant partnership activity. Nor are these conclusions negated by the fact that (1) the underlying properties to the mortgages were appraised and sold or written off, (2) the appellants paid substantial amounts in order to acquire their interests in Partnership B, or (3) the appellants sought to minimize their exposure to risk, should the tax losses not be accepted by the authorities.

Par ces opérations ultérieures, les pertes maintenues dans la société A ont été transférées à la société B qui a vendu des unités aux appelants qui n'avaient aucun lien de dépendance avec la CST. La nouvelle société, la société B, était relativement peu active. Dès sa formation, la société B avait pour seul objectif de réaliser et de répartir les pertes fiscales sans se livrer à aucune autre activité importante. Ces conclusions ne sont pas non plus contredites par le fait (1) que les biens sous-jacents des hypothèques ont été évalués et vendus ou radiés, (2) que les appelants ont versé des sommes importantes pour acquérir leurs participations dans la société B, ou (3) que les appelants ont tenté de réduire au minimum le risque auquel ils pourraient être exposés en cas de refus des pertes fiscales par les autorités.

The abusive nature of the transactions is confirmed by the vacuity and artificiality of the non-arm's length aspect of the initial relationship between Partnership A and STC. A purposive interpretation of the interplay between s. 18(13) and s. 96(1) indicates that they allow the preservation and sharing of losses on the basis of shared control of the assets in a common business activity. In this case, the absence of such a basis leads to an inference of abuse. Neither Partnership A nor Partnership B ever dealt with real property, apart from STC's original mortgage portfolio. Nor was STC ever in a partnership relation with either OSFC or any of the appellants, having sold its entire interest to OSFC. The only reasonable conclusion is that the series of transactions frustrated Parliament's purpose of confining the transfer of losses such as these to a non-arm's length partnership.

As discussed in the companion case of *Canada Trustco*, where the Tax Court judge has applied the law correctly and made findings and inferences supported by the evidence, an appellate court should not interfere. Here the Tax Court judge, Dussault J.T.C.C., was obliged to apply the two-step approach mandated by the Federal Court of Appeal in *OSFC*. He was also obliged, at the first step, to accept the majority's conclusion that the avoidance transactions at issue did not violate the spirit and purpose of s. 18(13). However, he went on to state at para. 304 that he preferred the minority view in *OSFC* that Parliament could not have intended for s. 18(13) to permit the transfer of losses between arm's length taxpayers. In the result, had it been open to him, he would have applied the GAAR to disallow the losses on the basis of his interpretation of s. 18(13). We agree with these conclusions and endorse them.

6. Conclusion

We would dismiss the appeal with costs.

Le caractère abusif des opérations est confirmé par la vacuité et la facticité de l'aspect « avec lien de dépendance » des rapports initiaux entre la société A et la CST. Une interprétation téléologique de l'interaction entre les par. 18(13) et 96(1) indique qu'ils autorisent le maintien et le partage de pertes sur le fondement d'un contrôle partagé des actifs dans le cadre d'une activité commerciale commune. En l'espèce, l'absence d'un tel fondement mène à une inférence d'abus. Ni la société A ni la société B ne s'est jamais occupée de biens immobiliers, mis à part le portefeuille hypothécaire initial de la CST. La CST, qui a vendu toute sa participation à OSFC, n'a jamais été associée à celle-ci ou avec l'un ou l'autre des appelants. La seule conclusion raisonnable est que la série d'opérations contrecarrait l'objectif du législateur qui est de réserver le transfert de ce type de pertes aux sociétés ayant un lien de dépendance.

Comme nous l'avons vu dans l'affaire connexe *Trustco Canada*, une cour d'appel doit s'abstenir d'intervenir dans le cas où le juge de la Cour de l'impôt a bien appliqué le droit et a tiré des conclusions et fait des inférences étayées par la preuve. En l'espèce, le juge Dussault de la Cour de l'impôt était tenu d'appliquer la méthode en deux étapes prescrite par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *OSFC*. Il était également tenu, à la première étape, de souscrire à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle les opérations d'évitement en cause ne contrevenaient ni à l'esprit ni à l'objet du par. 18(13). Il a toutefois ajouté, au par. 304, qu'il préférerait l'opinion dissidente exprimée dans l'arrêt *OSFC*, selon laquelle le législateur ne peut pas avoir voulu que le par. 18(13) permette le transfert de pertes entre des contribuables sans lien de dépendance. En définitive, s'il lui avait été loisible de le faire, il aurait appliqué la RGAÉ pour refuser la déduction des pertes en se fondant sur son interprétation du par. 18(13). Nous sommes d'accord avec ces conclusions et nous y souscrivons.

6. Conclusion

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

62

63

64

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitor for the appellants: Kim Hansen, Vancouver.

Procureur des appelants : Kim Hansen, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimée : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of Newfoundland
and Labrador and Canadian Labour
Congress *Interveners*

INDEXED AS: REFERENCE RE *EMPLOYMENT
INSURANCE ACT (CAN.)*, SS. 22 AND 23

Neutral citation: 2005 SCC 56.

File No.: 30187.

2005: January 11; 2005: October 20.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Division of powers — Unemployment insurance — Maternity benefits and parental benefits — Whether provisions of federal employment insurance statute relating to maternity benefits and parental benefits intra vires Parliament — Constitution Act, 1867, ss. 91(2A), 92(13), 92(16) — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 22, 23.

The government of Quebec submitted questions concerning the constitutional validity of ss. 22 and 23 of the *Employment Insurance Act* to the Court of Appeal. In essence, these provisions allow a woman who is not working because she is pregnant, and a person who is absent from the workplace to care for a newborn or an adopted child, to receive employment insurance benefits. The Court of Appeal issued an opinion to the effect that ss. 22 and 23 are unconstitutional because the matters to which they apply are under provincial jurisdiction.

Held: The appeal should be allowed. Sections 22 and 23 of the *Employment Insurance Act* are constitutional.

Procureur général du Canada *Appellant*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général de Terre-Neuve-
et-Labrador et Congrès du travail du
Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : RENOI RELATIF À LA *LOI SUR
L'ASSURANCE-EMPLOI (CAN.)*, ART. 22 ET 23

Référence neutre : 2005 CSC 56.

N° du greffe : 30187.

2005 : 11 janvier; 2005 : 20 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Assurance-chômage — Prestations de maternité et prestations parentales — Les dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-emploi relatives aux prestations de maternité et aux prestations parentales relèvent-elles de la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), 92(13), 92(16) — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 22, 23.

Le gouvernement du Québec a soumis à la Cour d'appel des questions concernant la constitutionnalité des art. 22 et 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi*. En substance, ces dispositions permettent à une femme qui ne travaille pas en raison de sa grossesse et à une personne qui s'absente de son travail pour prendre soin d'un nouveau-né ou d'un enfant placé chez elle en vue de son adoption de recevoir des prestations d'assurance-emploi. La Cour d'appel a émis l'opinion que les art. 22 et 23 sont inconstitutionnels parce que les matières touchées par ces dispositions relèvent de la compétence provinciale.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les articles 22 et 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi* sont constitutionnels.

It was open to Parliament to enact ss. 22 and 23 based on the jurisdiction assigned to it by s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867* in relation to unemployment insurance. The provision of income replacement benefits during maternity leave and parental leave does not trench on the provincial jurisdiction over property and civil rights and may validly be included in the *Employment Insurance Act*. [3] [77]

The context in which the provision relating to maternity benefits was enacted, and its language and effect show that the pith and substance of the benefits is the replacement of the employment income of insured women whose earnings are interrupted when they are pregnant. As can be seen from the context in which the first unemployment insurance legislation was enacted, Parliament's intention was to curb the problem of unemployment. Although many workers, including pregnant women, were originally excluded, special benefits were instituted, after women had entered the labour market in large numbers, to compensate for the interruption of their earnings that resulted from pregnancy. It is quite clear from the text of the provision that benefits are paid to a woman who loses her employment income because of her pregnancy if she held insurable employment during the period required by the Act. Also, the primary effect of the measure is to replace, in part, employment income. Although the secondary effect is to enable women to prepare for childbirth, to recover physiologically and to have a period of time to take care of their families, this secondary effect does not divert the measure from its purpose or its primary effect; rather, it is a natural consequence of them. The right to take time off work is not granted in the *Employment Insurance Act*; it derives from other legislation, or from an agreement between the employer and employee. Support for families and the ability to care for children are only one of the effects of the measure, and are not its pith and substance. [26] [29] [33-35]

The provision relating to maternity benefits represents a valid exercise of the federal jurisdiction over unemployment insurance. In a case such as this, where a specific power (unemployment insurance) has been detached from a more general provincial power (property and civil rights), the specific power cannot be evaluated in relation to the general power, because any evolution would then be regarded as an encroachment. Rather, it is necessary to consider the essential elements of the power and to ascertain whether the impugned measure is consistent with the natural evolution of that power. In the instant case, the pith and substance of the maternity benefits is consistent with the essence of the

Le Parlement pouvait adopter les art. 22 et 23 en se fondant sur la compétence que lui confère le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière d'assurance-chômage. Les prestations de remplacement du revenu pendant le congé de maternité et le congé parental n'empiètent pas sur la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils et peuvent valablement être intégrées à la *Loi sur l'assurance-emploi*. [3] [77]

Le contexte de la disposition relative aux prestations de maternité, son texte et son effet révèlent que le caractère véritable des prestations est le remplacement du revenu d'emploi des femmes assurées qui subissent une interruption de gains à l'occasion d'une grossesse. Le contexte d'adoption de la première loi sur l'assurance-chômage indique que le Parlement cherchait à enrayer le problème du chômage. Bien qu'initialement de nombreux travailleurs aient été exclus, notamment les femmes enceintes, des prestations spéciales ont été prévues après l'arrivée massive des femmes sur le marché du travail pour pourvoir à l'interruption de gains qu'elles subissaient en raison de leur grossesse. Il ressort aussi clairement du texte de la disposition que les prestations sont accordées à une femme privée de revenu d'emploi en raison de sa grossesse lorsqu'elle a exercé un emploi assurable pendant la période prescrite par la loi. Également, l'effet primaire de la mesure est de remplacer partiellement le revenu d'emploi. Même si l'effet secondaire est de permettre aux femmes de se préparer à l'accouchement, de se rétablir physiologiquement et de bénéficier d'une période leur permettant de prendre soin de leur famille, cet effet secondaire ne détourne pas la mesure de son objet ou de son effet primaire. Il en est plutôt la conséquence naturelle. Le droit de s'absenter du travail n'est pas accordé par la *Loi sur l'assurance-emploi*. Il découle d'autres mesures législatives ou d'une entente entre l'employeur et l'employée. Le soutien des familles et le fait de prendre soin des enfants ne sont qu'un des effets de la mesure, ils n'en constituent pas le caractère véritable. [26] [29] [33-35]

La disposition relative aux prestations de maternité constitue un exercice valable de la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage. Dans un cas où, comme en l'espèce, la compétence particulière (assurance-chômage) a été détachée d'une compétence provinciale plus générale (propriété et droits civils), il n'est pas possible d'évaluer la compétence particulière en fonction de la compétence générale, puisque toute évolution serait vue comme un empiètement. Il faut plutôt se reporter aux éléments essentiels du pouvoir conféré et vérifier si la mesure contestée s'insère dans son évolution naturelle. Dans la présente affaire, le caractère véritable des prestations de maternité

federal jurisdiction over unemployment insurance, namely the establishment of a public insurance program that is based on the concept of social risk and the purpose of which is to preserve workers' economic security and ensure their re-entry into the labour market by paying income replacement benefits in the event of an interruption of employment. The decision to offer women the possibility of receiving income replacement benefits when they are off work due to pregnancy is therefore a social policy decision that is not incompatible with the concept of risk in the realm of insurance. Furthermore, to limit a public unemployment insurance plan, from a constitutional perspective, to cases in which contributors are actively seeking employment or are available for employment would amount to denying its social function. The social nature of unemployment insurance requires that Parliament be able to adapt the plan to the new realities of the workplace. An interruption of employment due to maternity can no longer be regarded as a matter of individual responsibility. Women's connection to the labour market is well established, and their inclusion in the expression "unemployed persons" is as natural an extension as the extension involving other classes of insured persons who lose their employment income. [37] [39] [48] [56] [66] [68]

Finally, parental benefits, like maternity benefits, are in pith and substance a mechanism for providing replacement income when an interruption of employment occurs as a result of the birth or arrival of a child. It can be concluded from their pith and substance that Parliament may rely on the jurisdiction assigned to it under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*. The inclusion of this type of benefits in the unemployment insurance plan is an extension of the plan that is made necessary by the equality rights of adoptive parents and natural parents. [73] [75]

Cases Cited

Referred to: *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, [2005] 1 S.C.R. 292, 2005 SCC 20; *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 2 S.C.R. 996; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Attorney-General*

s'inscrit dans l'essence de la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage, qui est de mettre en place un programme public d'assurance fondé sur la notion de risque social visant à préserver la sécurité économique des travailleurs et le rattachement au marché du travail par le versement des indemnités de remplacement du revenu en cas d'interruption d'emploi. La décision d'offrir aux femmes la possibilité de bénéficier d'un revenu de remplacement lorsqu'elles s'absentent en raison de leur grossesse relève d'une décision de politique sociale qui n'est pas incompatible avec la notion de risque en matière d'assurance. De plus, ce serait nier la fonction sociale d'un régime public d'assurance-chômage que de le limiter constitutionnellement aux cas où les cotisants recherchent activement un emploi ou sont disponibles à cette fin. Le caractère social de l'assurance-chômage dicte que le Parlement puisse adapter le régime aux nouvelles réalités du travail. L'interruption d'emploi due à la maternité ne peut plus être considérée comme une responsabilité individuelle. Le lien des femmes avec le marché de l'emploi est établi et leur intégration sous le vocable de chômeuses est une extension aussi naturelle que celle touchant d'autres catégories d'assurés qui perdent leur revenu d'emploi. [37] [39] [48] [56] [66] [68]

Enfin, les prestations parentales, tout comme les prestations de maternité, ont comme caractère véritable de pourvoir au remplacement du revenu à l'occasion d'une interruption d'emploi due à la naissance ou à l'arrivée d'un enfant. Ce caractère véritable permet de conclure que le Parlement peut se fonder sur la compétence qui lui est conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'inclusion de ce type de prestations dans le régime d'assurance-chômage constitue une extension nécessaire du régime, ce qui permet de respecter les droits à l'égalité des parents adoptifs et des parents naturels. [73] [75]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, 2005 CSC 20; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*,

for *Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427, aff'd *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Attorney General of Canada v. Silk*, [1983] 1 S.C.R. 335; *Dick v. Deputy Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 243; *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, ss. 81.4, 81.10.
Act to amend the Unemployment Insurance Act and the Employment and Immigration Department and Commission Act, S.C. 1990, c. 40, s. 14.
Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971 (No. 3), S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5.
Civil Code of Lower Canada, arts. 176, 177.
Constitution Act, 1867, ss. 91(2A), 92(13), (16).
Court of Appeal Reference Act, R.S.Q., c. R-23, s. 1.
Employment and Social Insurance Act, S.C. 1935, c. 38.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 22, 23.
National Employment Commission Act, 1936, S.C. 1936, c. 7, preamble.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 36.
Unemployment Insurance Act, 1940, S.C. 1940, c. 44, First Schedule, Part II.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 30(1).
Unemployment Insurance Commission Regulations, 1949, SOR/49-524, s. 5A [ad. SOR/50-515, Schedule A, s. II].

Authors Cited

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
 Campeau, Georges. *From UI to EI: Waging War on the Welfare State*. Translated by Richard Howard. Vancouver: UBC Press, 2005.
 Canada. Commission of Inquiry on Unemployment Insurance. *Report of Commission of Inquiry on*

[1977] 2 R.C.S. 996; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427, conf. par *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Procureur général du Canada c. Silk*, [1983] 1 R.C.S. 335; *Dick c. Sous-procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 243; *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 176, 177.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), 92(13), (16).
Loi de 1940 sur l'assurance-chômage, S.C. 1940, ch. 44, première annexe, partie II.
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 30(1).
Loi modifiant la Loi sur l'assurance-chômage et la Loi sur le ministère et sur la Commission de l'emploi et de l'immigration, L.C. 1990, ch. 40, art. 14.
Loi n° 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5.
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 22, 23.
Loi sur la Commission nationale de placement, 1936, S.C. 1936, ch. 7, préambule.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 36.
Loi sur le placement et les assurances sociales, S.C. 1935, ch. 38.
Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 81.4, 81.10.
Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., ch. R-23, art. 1.
Règlements de la Commission d'assurance-chômage, 1949, DORS/49-524, art. 5A [aj. DORS/50-515, annexe A, art. II].

Doctrine citée

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
 Campeau, Georges. *De l'assurance-chômage à l'assurance-emploi : L'histoire du régime canadien et de son détournement*. Montréal : Boréal, 2001.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration.

- Unemployment Insurance*. Ottawa: The Commission, 1986.
- Canada. Committee of Inquiry into the *Unemployment Insurance Act*. *Report of the Committee of Inquiry into the Unemployment Insurance Act*. Ottawa: Queen's Printer, 1962.
- Canada. Department of Labour. *Unemployment insurance in the 70's*. Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1970.
- Canada. Employment and Immigration Canada. *Unemployment Insurance in the 1980s*. Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1981.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 9, December 3, 1970, p. 9 : 28.
- Canada. House of Commons. Sub-committee on Equality Rights. *Equality for All*. Ottawa: Queen's Printer, 1985.
- Canada. *Report of the Study for Updating the Unemployment Insurance Programme*. Ottawa: Queen's Printer, 1968.
- Canada. Royal Commission on Dominion-Provincial Relations. *Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*, vol. II. Ottawa: Queen's Printer, 1940.
- Canada. Royal Commission on the Status of Women in Canada. *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*. Ottawa: The Commission, 1970.
- Frémont, Jacques. "Assurance-chômage, maternité et adoption: les récentes modifications et leur validité" (1982-83), 17 *R.J.T.* 497.
- Issalys, Pierre, et Gaylord Watkins. *Unemployment Insurance Benefits: A Study of Administrative Procedure in the Unemployment Insurance Commission*. Study prepared for the Law Reform Commission of Canada. Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1977.
- Ledoux, Simon. *L'influence du droit constitutionnel dans l'émergence et l'évolution du droit aux prestations de maternité, d'adoption et parentales au sein de la Loi sur l'assurance-chômage*. Montréal: Faculté des études supérieures, Université de Montréal, octobre 1991.
- Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1994, "unemployment insurance".
- Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2003, "chômage", "chômé", "chômeur".
- Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, fascicule n° 9, 3 décembre 1970, p. 9 : 29.
- Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Égalité pour tous*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1985.
- Canada. Comité d'enquête relatif à la *Loi sur l'assurance-chômage*. *Rapport du Comité d'enquête relatif à la Loi sur l'assurance-chômage*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1962.
- Canada. Commission d'enquête sur l'assurance-chômage. *Rapport de la Commission d'enquête sur l'assurance-chômage*. Ottawa: La Commission, 1986.
- Canada. Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*. Ottawa: La Commission, 1970.
- Canada. Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces. *Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces*, vol. II. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1940.
- Canada. Emploi et Immigration Canada. *L'Assurance-chômage dans les années 1980*. Ottawa: Emploi et Immigration Canada, 1981.
- Canada. Ministère du Travail. *L'assurance-chômage au cours des années 70*. Ottawa: Emploi et Immigration Canada, 1970.
- Canada. *Report of the Study for Updating the Unemployment Insurance Programme*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1968.
- Frémont, Jacques. « Assurance-chômage, maternité et adoption : les récentes modifications et leur validité » (1982-83), 17 *R.J.T.* 497.
- Issalys, Pierre, et Gaylord Watkins. *Les prestations d'assurance-chômage: une étude de la procédure administrative à la Commission d'assurance-chômage*. Étude effectuée pour la Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1977.
- Ledoux, Simon. *L'influence du droit constitutionnel dans l'émergence et l'évolution du droit aux prestations de maternité, d'adoption et parentales au sein de la Loi sur l'assurance-chômage*. Montréal: Faculté des études supérieures, Université de Montréal, octobre 1991.
- Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1994, « unemployment insurance ».
- Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2003, « chômage », « chômé », « chômeur ».

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Pelletier and Morin JJ.A.), [2004] R.J.Q. 399, 245 D.L.R. (4th) 515, 31 C.C.E.L. (3d) 167, [2004] CLLC ¶240-004, [2004] Q.J. No. 277 (QL), on a reference re the constitutionality of ss. 22 and 23 of the *Employment Insurance Act*. Appeal allowed.

Claude Joyal and René Leblanc, for the appellant.

Dominique Rousseau and Pierre Christian Labeau, for the respondent.

Written submissions only by *Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Written submissions only by *Barbara Barrowman*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Steven M. Barrett and Charlene Wiseman, for the intervener the Canadian Labour Congress.

English version of the judgment of the Court delivered by

1 DESCHAMPS J. — Does Parliament have the constitutional authority to grant maternity benefits and parental benefits to individuals who take time off work to give birth to or care for a child?

2 In response to an application by the government of Quebec for an opinion under the *Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q., c. R-23, s. 1, the Court of Appeal found ss. 22 and 23 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“EIA”), which provide for the payment of benefits during maternity leave and parental leave, to be unconstitutional. (These provisions are reproduced in the Appendix.) In the opinion of the Court of Appeal, the matters to which those provisions apply are under provincial jurisdiction.

3 The Attorney General of Canada appealed to this Court pursuant to s. 36 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. For the reasons set out below, I am of the opinion that it was open to

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Beauregard, Pelletier et Morin), [2004] R.J.Q. 399, 245 D.L.R. (4th) 515, 31 C.C.E.L. (3d) 167, [2004] CLLC ¶240-004, [2004] J.Q. n° 277 (QL), relativement à un renvoi sur la constitutionnalité des art. 22 et 23 de la *Loi sur l’assurance-emploi*. Pourvoi accueilli.

Claude Joyal et René Leblanc, pour l’appelant.

Dominique Rousseau et Pierre Christian Labeau, pour l’intimé.

Argumentation écrite seulement par *Gaétan Migneault*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Argumentation écrite seulement par *Barbara Barrowman*, pour l’intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Steven M. Barrett et Charlene Wiseman, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Le Parlement a-t-il l’autorité constitutionnelle d’accorder des prestations de maternité et des prestations parentales aux personnes qui interrompent leur emploi pour donner naissance ou prendre soin d’un enfant?

À la suite d’une demande d’opinion formulée par le gouvernement du Québec en vertu de la *Loi sur les renvois à la Cour d’appel*, L.R.Q., ch. R-23, art. 1, la Cour d’appel a conclu à l’inconstitutionnalité des art. 22 et 23 de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« LAE »), qui prévoient le paiement de prestations pendant un congé de maternité et un congé parental. (Ces dispositions sont reproduites en annexe.) Selon la Cour d’appel, les matières touchées par ces dispositions relèvent de la compétence provinciale.

Le procureur général du Canada se pourvoit devant la Cour en vertu de l’art. 36 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le Parlement

Parliament to enact ss. 22 and 23 EIA based on the jurisdiction assigned to it by s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867* in relation to unemployment insurance.

1. Constitutional Questions and Positions of the Parties

The Chief Justice stated the constitutional questions in the same way as did the Government of Quebec in its order in council No. 244-2002, by which it sought the reference:

1. Does s. 22 of the *Employment Insurance Act* encroach upon provincial legislative competence and, more particularly, provincial legislative competence over property and civil rights and matters of a merely local or private nature under ss. 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*?
2. Does s. 23 of the *Employment Insurance Act* encroach upon provincial legislative competence and, more particularly, provincial legislative competence over property and civil rights and matters of a merely local or private nature under ss. 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*?
3. Is s. 22 of the *Employment Insurance Act ultra vires* the Parliament of Canada and, more particularly, does it exceed the Parliament of Canada's legislative competence over unemployment insurance under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?
4. Is s. 23 of the *Employment Insurance Act ultra vires* the Parliament of Canada and, more particularly, does it exceed the Parliament of Canada's legislative competence over unemployment insurance under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?

The text of the impugned provisions is appended to these reasons. In essence, the provisions allow a woman who is not working because she is pregnant, and a person who is absent from the workplace to care for a newborn or an adopted child, to receive employment insurance benefits.

The Attorney General of Quebec argues that [TRANSLATION] "the purpose of [maternity benefits and parental] benefits is to support families and to help parents care for their child when the

pouvait adopter les art. 22 et 23 LAE en se fondant sur la compétence que lui confère le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière d'assurance-chômage.

1. Les questions constitutionnelles et les positions des parties

La Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles de la même manière que l'a fait le gouvernement du Québec dans son décret n° 244-2002 demandant le renvoi :

1. L'article 22 de la *Loi sur l'assurance-emploi* empiète-t-il sur la compétence des provinces, plus particulièrement la compétence relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. L'article 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi* empiète-t-il sur la compétence des provinces, plus particulièrement la compétence relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
3. L'article 22 de la *Loi sur l'assurance-emploi* excède-t-il la compétence du Parlement du Canada, plus particulièrement la compétence relative à l'assurance-chômage en vertu du paragraphe 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
4. L'article 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi* excède-t-il la compétence du Parlement du Canada, plus particulièrement la compétence relative à l'assurance-chômage en vertu du paragraphe 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Le texte des dispositions contestées est reproduit en annexe. En substance, ces dispositions permettent à une femme qui ne travaille pas en raison de sa grossesse et à une personne qui s'absente de son travail pour prendre soin d'un nouveau-né ou d'un enfant placé chez elle en vue de son adoption de recevoir des prestations d'assurance-emploi.

Le procureur général du Québec plaide que « l'objet des prestations de maternité et des prestations parentales consiste à soutenir les familles [et] à aider les parents à prendre soin de leur enfant

4

5

6

child is born or adopted, in a context in which both the labour market and the social realities that stem from it are in a state of flux” (respondent’s factum, at para. 20). From this perspective, the benefits in issue are, in pith and substance, a social security and assistance measure that trenches on the province’s jurisdiction over property and civil rights or over matters of a purely local nature under s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. In the submission of the Attorney General of Quebec, the purpose of the benefits is different from the purpose of the EIA, which is to establish a plan for insurance against the risk of unemployment.

à la naissance ou lors de l’adoption et ce, dans le contexte de l’évolution du marché du travail et des réalités sociales qui en découlent » (mémoire de l’intimé, par. 20). Selon cette conception, le caractère véritable des prestations contestées est celui d’une mesure d’aide et de sécurité sociale qui empiète sur la compétence en matière de propriété et de droits civils ou en matière purement locale attribuée aux provinces par les par. 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon le procureur général du Québec, l’objet des prestations est distinct de celui de la LAE, qui est d’instaurer un régime d’assurance contre le risque de chômage.

7

The Attorney General of Canada submits that [TRANSLATION] “the essential characteristic of . . . [maternity benefits and parental] benefits is that they provide temporary income for pregnant women or parents who have paid premiums and held insurable employment for the required number of hours and have lost their employment income because of a pregnancy or in order to care for a child” (appellant’s factum, at para. 32). In the submission of the Attorney General of Canada, neither the purpose nor the effect of the provisions is to create a plan for maternity leave or parental leave.

Le procureur général du Canada, quant à lui, affirme que « la caractéristique essentielle [des] prestations [de maternité et des prestations parentales] est d’assurer un revenu temporaire aux femmes enceintes ou aux parents qui ont payé des cotisations et occupé un emploi assurable pendant le nombre d’heures requis et qui perdent leur revenu d’emploi en raison d’une grossesse ou pour prodiguer des soins à un enfant » (mémoire de l’appelant, par. 32). Selon le procureur général du Canada, les dispositions n’ont ni pour objet ni pour effet de créer un régime de congé de maternité ou de congé parental.

2. Analysis

2. Analyse

2.1 *Principles of Interpretation*

2.1 *Principes d’interprétation*

8

It is rare that all the subjects dealt with in a statute fall entirely under a single head of power. As a result, disputes relating to the division of powers arise frequently. Because a decision regarding the scope of the powers assigned by the *Constitution Act, 1867* has undeniable social and political consequences, the Court approaches the task assigned to it by the law with considerable circumspection. The Court has developed an analytical framework to guide it in making its decision. It must first seek to determine the pith and substance, or dominant characteristic, of the statute or provision and then identify the head of power to which that characteristic is most closely related: *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, [2005] 1 S.C.R. 292, 2005 SCC 20; *Reference re*

Rares sont les cas où toutes les matières dont traite une loi relèvent entièrement d’une seule rubrique de compétence. Fréquentes sont donc les contestations portant sur le partage des pouvoirs. Comme la décision sur la portée des pouvoirs attribués par la *Loi constitutionnelle de 1867* emporte des conséquences sociales et politiques indiscutables, c’est avec une grande prudence que la Cour se plie à l’exercice que la loi lui impose. Pour la guider dans sa décision, la Cour a élaboré une grille d’analyse. Le tribunal recherche d’abord le caractère véritable ou la caractéristique dominante de la loi ou de la disposition et détermine ensuite à quelle rubrique de compétence cette caractéristique se rapporte le plus : *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S.

Same-Sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31. Since each level of government may legislate in relation to the matters within its jurisdiction, it did not take the Privy Council long to recognize that the classes set out in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* are not watertight compartments, and to set forth the “double aspect” doctrine: *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at p. 130, and *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.), at pp. 107-8 and 116-17. The power of one level of government to legislate in relation to one aspect of a matter takes nothing away from the power of the other level to control another aspect within its own jurisdiction. If, however, the statute or provision intrudes into a field of jurisdiction that does not belong to the authority that enacted it, the court must determine whether it is nonetheless valid because it is part of a valid legislative scheme and is sufficiently integrated into that scheme: *Kitkatla*, at para. 58; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

At the first stage of the analysis, in order to identify the head of power, the Court takes a progressive approach to ensure that Confederation can be adapted to new social realities. The Court has on numerous occasions cited the “living tree” metaphor, and we need not revisit it here: *Reference re Same-Sex Marriage*, at para. 29. While the debates or correspondence relating to the constitutional amendment are relevant to the analysis as regards the context, they are not conclusive as to the precise scope of the legislative competence. They reflect, to a large extent, the society of the day, whereas the competence is essentially dynamic: *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 2 S.C.R. 996, at p. 1006. In giving them predominant weight, the Quebec Court of Appeal adopted an original intent approach to interpreting the Constitution rather than the

292, 2005 CSC 20; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31. Comme chaque ordre de gouvernement peut légiférer sur les matières qui relèvent de sa compétence, très tôt le Conseil privé a reconnu que les catégories énoncées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne constituent pas des compartiments étanches et a énoncé la théorie du double aspect : *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), p. 130, et *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.), p. 107-108 et 116-117. Le pouvoir d'un ordre de gouvernement de légiférer sur un aspect d'une matière n'enlève rien au pouvoir de l'autre ordre de régir un autre aspect qui relève de la compétence de cet autre ordre. Si, cependant, la loi ou la disposition empiète sur un champ de compétence ne relevant pas de l'autorité qui a légiféré, le tribunal vérifie si elle est tout de même valide parce qu'elle fait partie d'un régime législatif valide et y est suffisamment intégrée : *Kitkatla*, par. 58; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

À la première étape de l'analyse, pour déterminer la rubrique de compétence, la Cour adopte une approche évolutive de façon à ce que le pacte confédératif puisse répondre aux réalités nouvelles. La Cour a d'ailleurs employé à de nombreuses reprises la métaphore de l'arbre vivant et il n'y a pas lieu d'y revenir à nouveau : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, par. 29. Les débats ou les échanges de correspondance entourant la modification constitutionnelle sont pertinents pour l'analyse quant au contexte, mais ils ne peuvent dicter l'étendue exacte de la compétence législative. En effet, ils reflètent en grande partie la société de l'époque, alors que la compétence est, elle, essentiellement dynamique : *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 2 R.C.S. 996, p. 1006. En leur accordant une importance primordiale, la Cour d'appel

progressive approach the Court has taken for a number of years.

10 A progressive interpretation cannot, however, be used to justify Parliament in encroaching on a field of provincial jurisdiction. To derive the evolution of constitutional powers from the structure of Canada is delicate, as what that structure is will often depend on a given court's view of what federalism is. What are regarded as the characteristic features of federalism may vary from one judge to another, and will be based on political rather than legal notions. The task of maintaining the balance between federal and provincial powers falls primarily to governments. If an issue comes before a court, the court must refer to the framers' description of the power in order to identify its essential components, and must be guided by the way in which courts have interpreted the power in the past. In this area, the meaning of the words used may be adapted to modern-day realities, in a manner consistent with the separation of powers of the executive, legislative and judicial branches.

11 Some heads that set forth narrow powers leave little room for interpretation. Other, broader, heads result in legislation that can have several aspects.

12 In the instant case, the Attorney General of Quebec does not dispute that the EIA considered as a whole, or more specifically the regular benefits, come within Parliament's jurisdiction over unemployment insurance (s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*). The only issue is the constitutionality of maternity benefits and parental benefits.

13 Although four separate constitutional questions were stated, a single approach will apply to the entire analysis. It is therefore important to begin by determining what the pith and substance or dominant characteristic of the impugned provisions is before identifying the head of power to which the matter relates.

du Québec a adopté une approche originaliste à l'égard de l'interprétation de la Constitution, plutôt que l'approche évolutive à laquelle la Cour a adhéré depuis nombre d'années.

Le recours à une interprétation évolutive ne peut cependant pas justifier un empiétement par le Parlement sur un champ de compétence provinciale. Il est délicat de fixer les limites à l'évolution de la compétence constitutionnelle en se fondant sur la structure du Canada. Cette notion fait souvent appel à la conception qu'un tribunal donné peut se faire du fédéralisme. Les repères du fédéralisme peuvent varier d'un juge à l'autre et reposent sur des notions politiques plutôt que juridiques. Le maintien de l'équilibre entre les pouvoirs fédéral et provinciaux relève avant tout des gouvernements. Si le débat est judiciairisé, les tribunaux doivent se reporter à la description de la compétence faite par les constituants pour en dégager les composantes essentielles, en étant guidés par l'interprétation jurisprudentielle. En ce domaine, le sens des mots utilisés peut être adapté à la réalité moderne dans le respect de la séparation des pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires.

Certaines rubriques énonçant des compétences étroites prêtent peu à interprétation. D'autres, plus larges, donnent lieu à des mesures législatives qui sont susceptibles de comporter plusieurs aspects.

En l'occurrence, le procureur général du Québec ne conteste pas que la LAE, prise dans son ensemble, ou plus spécifiquement, que les prestations régulières relèvent de la compétence du Parlement en matière d'assurance-chômage (par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Seule est en cause la constitutionnalité des prestations de maternité et des prestations parentales.

Quatre questions constitutionnelles distinctes ont été formulées, mais une seule démarche dicte toute l'analyse. Il importe donc de dégager d'abord le caractère véritable ou la caractéristique dominante des dispositions contestées avant de déterminer à quel chef de compétence la matière se rapporte.

The earliest parental benefits resulted from an extension of the maternity benefits that had been adopted more than ten years earlier. I must begin with an analysis of maternity benefits. The determination of the pith and substance of maternity benefits will necessarily have an impact on the determination of the pith and substance of parental benefits.

2.2 *Pith and Substance of Maternity Benefits*

The pith and substance or essential characteristic of a provision may be revealed by the provision's purpose or effects: *Kitkatla*, at para. 53. The purpose of a provision is the goal pursued by Parliament in enacting it. To consider the effect of a provision is to examine its practical or legal consequences: *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.). These two tests for determining pith and substance, namely purpose and effect, will be examined in turn.

2.2.1 Purpose of Maternity Benefits

The purpose of a provision may be identified from its context or be set out in the enactment itself. To identify the purpose, it is often helpful to identify the problem Parliament was seeking to remedy. The context in which a statute is enacted thus often provides information that is relevant to the review of the provision. I will begin the analysis with the *Unemployment Insurance Act, 1940*, S.C. 1940, c. 44 ("UIA, 1940"), which did not provide for maternity benefits, before examining the context in which maternity benefits were introduced, and then the text of the impugned provision.

2.2.1.1 *Context in Which the UIA, 1940 Was Enacted*

In the late 1930s, Parliament considered unemployment to be the most urgent national problem: *National Employment Commission Act, 1936*, S.C. 1936, c. 7, preamble, and *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 534. From this

Les premières prestations parentales résultent d'un élargissement des prestations de maternité adoptées plus de dix ans auparavant. Il convient d'analyser d'abord les prestations de maternité, car leur caractère véritable influera nécessairement sur celui des prestations parentales.

2.2 *Caractère véritable des prestations de maternité*

Le caractère véritable ou la caractéristique essentielle d'une disposition peut ressortir de l'examen de son objet ou de ses effets : *Kitkatla*, par. 53. L'objet d'une disposition est le but poursuivi par le législateur lors de son adoption. L'étude de l'effet d'une disposition consiste à examiner ses conséquences pratiques ou juridiques : *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.). Ces deux critères de détermination, l'objet et l'effet, seront analysés tour à tour.

2.2.1 Objet des prestations de maternité

L'objet d'une disposition peut se dégager de son contexte ou être exprimé dans le texte même. Pour le déterminer, il est souvent utile de cerner le problème que le législateur cherchait à corriger. Le contexte de l'adoption d'une loi apporte donc souvent des informations pertinentes pour l'étude du texte. Je commencerai l'analyse avec la *Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1940, ch. 44 (« LAC de 1940 »), qui ne prévoyait pas de prestations de maternité, pour ensuite examiner le contexte de l'introduction des prestations de maternité puis le texte de la disposition contestée.

2.2.1.1 *Le contexte de l'adoption de la Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*

À la fin des années 30, le Parlement considère que le problème national le plus urgent est le chômage : *Loi sur la Commission nationale de placement, 1936*, S.C. 1936, ch. 7, préambule, et *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S.

14

15

16

17

perspective, it enacted the first unemployment insurance legislation: *Employment and Social Insurance Act*, S.C. 1935, c. 38. However, that Act was declared to be unconstitutional because it related to a matter within the competence of the provinces: *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427, aff'd *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (P.C.). In 1940, an amendment to the *Constitution Act, 1867* gave Parliament jurisdiction over unemployment insurance. The UIA, 1940 was then enacted. It essentially restated the provisions of the *Employment and Social Insurance Act* that had been declared unconstitutional a few years earlier. It provided for the payment of benefits to unemployed persons who were capable of and available for work, but unable to find employment.

513, p. 534. Dans cet esprit, le Parlement adopte la première loi sur l'assurance-chômage : *Loi sur le placement et les assurances sociales*, S.C. 1935, ch. 38. Cette loi est cependant déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle relève de la compétence des provinces : *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427, conf. par *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (C.P.). En 1940, une modification à la *Loi constitutionnelle de 1867* confère compétence au Parlement en matière d'assurance-chômage. La LAC de 1940 est alors adoptée. Elle reprend en substance les dispositions de la *Loi sur le placement et les assurances sociales* déclarée inconstitutionnelle quelques années plus tôt. Elle prévoit le versement de prestations aux chômeurs aptes au travail et disponibles pour travailler, mais incapables de trouver un emploi.

18

Over the years, numerous amendments were made to the original Act, generally to expand qualifying conditions, increase benefits and eliminate inequities, but the Court found in 1988 that the basic thrust had remained constant: *Hills*, at p. 535. The amendments were designed. In *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, at p. 10, Wilson J. said that the overall purpose of the Act was to make benefits available to the unemployed. In *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 41, La Forest J., quoting the words of Lacombe J., who was on the panel of the Federal Court of Appeal in that case, described the purpose of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, which seems no different from the purpose of the current Act, as follows:

... to create a social insurance plan to compensate unemployed workers for loss of income from their employment and to provide them with economic and social security for a time, thus assisting them in returning to the labour market.

In *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, Gonthier J. added that the purpose behind unemployment insurance benefits

looks to the past, present and future. Benefits are contingent on qualifying employment in the past. They are

Au fil des ans, de nombreuses modifications sont apportées à la loi originale, généralement pour assouplir les conditions d'admissibilité, pour augmenter les prestations et pour éliminer les injustices, mais en 1988, la Cour juge que l'objectif premier demeure inchangé : *Hills*, p. 535. Dans *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, p. 10, la juge Wilson dit que le but général de la loi est de procurer des prestations aux chômeurs. Dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 41, le juge La Forest, citant les propos du juge Lacombe, qui siégeait alors à la Cour d'appel fédérale dans cette affaire, décrivait ainsi l'objectif de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, qui ne semble pas différer de celui de la loi actuelle :

... d'établir un régime d'assurance sociale aux fins d'indemniser les chômeurs pour la perte de revenus provenant de leur emploi et d'assurer leur sécurité économique et sociale pendant un certain temps et les aider ainsi à retourner sur le marché du travail.

Dans l'arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, le juge Gonthier ajoutait que l'objet des prestations d'assurance-chômage était

orienté vers le passé, le présent et l'avenir. L'admissibilité aux prestations dépend de l'exercice, dans le passé,

meant to provide income and security for the present, in lieu of the employment income which has been lost. However, the benefits also look to the future, enabling the recipient to find a new job without hardship and with a sense of security. [p. 895]

The first express provisions regarding women attest to the social mores of the day: women were expected to be supported by their husbands, and to stop working after they were married. A regulatory provision disqualified women for a period of two years after they were married, unless they met a long series of conditions: *Unemployment Insurance Commission Regulations, 1949*, SOR/49-524, s. 5A (ad. SOR/50-515, Schedule A, s. II). It is worth noting that in 1950, women in Quebec could neither contract (art. 177 of the *Civil Code of Lower Canada*) nor appear in judicial proceedings (art. 176) without their husbands' consent or assistance. Very little value was placed in women's work. In a report recommending that the eligibility criteria for pregnant women and mothers of young children be made more restrictive, the following statement was made:

By reason of the ability of some married women who are not the sole support of their household to work in industry or not work, as they choose, they have an unique ability to move into and out of the labour force at will.

(Report of the Committee of Inquiry into the Unemployment Insurance Act (November 1962) (Gill Report), at p. 133)

While working was not exactly regarded as a whim for a woman whose husband was working, it was considered to be optional and unusual at the time. From this perspective, it is easy to understand why women's claims for benefits were looked on as suspect.

2.2.1.2 *Context in Which Maternity Benefits Were Adopted*

By the 1960s, profound changes were under way that would have a dramatic impact on Canadian society. Technological developments, the

d'un emploi donnant droit aux prestations. Ces prestations visent à fournir un revenu et une sécurité pour le présent, en remplacement du revenu d'emploi perdu. Cependant, les prestations sont également orientées vers l'avenir en ce qu'elles permettent au bénéficiaire de trouver un nouvel emploi, sans souffrir de privations et tout en éprouvant un sentiment de sécurité. [p. 895]

Les premières dispositions explicites à l'égard des femmes témoignent des mœurs de l'époque : on s'attendait à ce que les femmes soient entretenues par leur mari et qu'elles arrêtent de travailler après leur mariage. Un règlement les excluait pour une période de deux ans suivant leur mariage à moins qu'elles ne remplissent toute une série de conditions : *Règlements de la Commission d'assurance-chômage, 1949*, DORS/49-524, art. 5A (aj. DORS/50-515, annexe A, art. II). Il n'est pas inutile de rappeler qu'en 1950, la femme ne pouvait, au Québec, ni contracter (art. 177 du *Code civil du Bas Canada*) ni ester en justice (art. 176) sans le consentement ou l'assistance de son mari. Leur travail était loin d'être valorisé. Dans un rapport recommandant le resserrement des critères d'admissibilité des femmes enceintes ou ayant des enfants en bas âge, on lit :

Étant donné le choix qu'ont certaines femmes mariées, qui ne sont pas l'unique soutien de famille, de travailler dans l'industrie ou de s'en abstenir, il leur est particulièrement facile de se joindre à la population active ou d'en sortir à leur gré.

(Rapport du Comité d'enquête relatif à la Loi sur l'assurance-chômage (novembre 1962) (Rapport Gill), p. 140)

Sans être tout à fait considéré comme un caprice, le travail, pour une femme dont le mari travaille, est alors perçu comme optionnel et inusité. Dans ce contexte, il est aisé de comprendre que les demandes de prestations des femmes aient paru suspectes.

2.2.1.2 *Contexte d'adoption des prestations de maternité*

Dans les années 60, des changements profonds sont en cours. Ils bouleversent la société canadienne. Les développements technologiques,

increasing incidence of part-time work and the entry of women into the labour market in large numbers prompted public discussion about the new challenges that were now an inherent part of the labour market. Despite this evolution of the labour market, some categories of employment, such as hospital workers, teachers and federal and provincial public servants, were excluded from the plan. Economic insecurity was no longer the exclusive preserve of the most impoverished members of society. On the question of how women were treated, the *Report of the Study for Updating the Unemployment Insurance Programme* (1968) (Cousineau Report), which was published only six years after the Gill Report, observed (at p. 28):

The Labour Force Participation Rate of married women between 20 and 65 grew from 22.5% in 1961 to 30.5% in 1967. This is due to a number of factors which we cannot explore here but the consequence of such an increased labour force participation of the females is to render the procedures discriminating against women in the operations of the present system, most objectionable. It has been possible up to now to postulate a tenuous attachment to the labour force on the part of married women and their lower "registered" unemployment rate would seem to support the view that married women exit from labour force activities in some substantial proportion when they become unemployed. However, there are reasons to believe that "women become more firmly attached to the labour force". Consequently, there will be a need to adapt the unemployment compensation system to deal with it.

21

The government came to understand that a number of provisions had become anachronistic. The UIA, 1940 was completely revised. In the White Paper entitled *Unemployment Insurance in the 70's* (1970), at pp. 19 and 22, the proposed maternity benefits were described as follows:

Under the existing legislation, an insured person is entitled to benefits (1) if he has experienced an interruption of earnings and is therefore unemployed, (2) if he is capable and available for work, and (3) if he is unable to find suitable employment.

The proposed plan retains the three main conditions for eligibility listed above. However, it expands

l'augmentation de l'incidence du travail à temps partiel et l'arrivée massive des femmes sur le marché du travail provoquent une réflexion sur les nouveaux défis inhérents au marché du travail. Malgré cette évolution du marché du travail, certaines catégories d'emplois, par exemple employés d'hôpitaux, enseignants, fonctionnaires fédéraux et provinciaux, sont exclues du régime. L'insécurité économique n'est plus l'apanage des plus pauvres. Quant au traitement réservé aux femmes, le *Report of the Study for Updating the Unemployment Insurance Programme* (1968) (Rapport Cousineau), publié seulement six ans après le Rapport Gill, note d'ailleurs (p. 28) :

[TRADUCTION] Le taux de participation à la main-d'œuvre des femmes mariées âgées de 20 à 65 ans est passé de 22,5 % en 1961 à 30,5 % en 1967. Cet accroissement est dû à un certain nombre de facteurs que nous ne pouvons aborder dans le présent rapport, mais il a pour effet de rendre tout à fait contestables les mesures discriminatoires envers les femmes prises dans le cadre du régime actuel. Jusqu'à ce jour, on a pu postuler l'existence d'un lien ténu entre les femmes mariées et le marché du travail, et leur faible taux de chômage « officiel » confirmerait qu'elles quittent la population active dans une grande proportion lorsqu'elles se retrouvent sans emploi. Cependant, des motifs portent à croire que « les femmes s'intègrent plus durablement à la population active ». Il faudra donc adapter le régime d'indemnisation des chômeurs en fonction de cette nouvelle réalité.

Le gouvernement prend conscience du caractère anachronique de plusieurs dispositions. La LAC de 1940 est complètement revue. Dans le livre blanc *L'assurance-chômage au cours des années 70* (1970), p. 19 et 22, les prestations de maternité projetées sont décrites :

En vertu de la législation actuelle, un assuré a le droit de toucher des prestations (1) s'il est privé de ses gains parce qu'il est en chômage (2) s'il est capable de travailler et disponible pour travailler et (3) s'il ne peut trouver un emploi approprié.

Le régime proposé retient les trois principales conditions énoncées pour l'ouverture du droit aux prestations.

interruption of earnings to include maternity, retirement and sickness. . . .

The new special benefits remove the anomalies from the present Act concerning these three groups and provide them with benefits based on a realistic appraisal of what their particular interruption of earnings means in the context of the work force of today.

The report of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration, which was tabled after the White Paper was considered, also contains comments regarding the purpose of the new maternity and sickness benefits (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 9, December 3, 1970, at p. 9 : 28):

These additional benefits represent an adjustment in the economic security system to recognize the contingencies generated by a world in which women are a large portion of the labour force and in which a major segment of the population has no protection against interruption of earnings due to sickness.

As is apparent from this brief historical overview, the fact that women were initially discriminated against can be attributed primarily to the fact that they were not regarded as full participants in the labour market. The entry of large numbers of women into the labour market led to an awareness of their role and of the very real loss of income they suffered when their work was interrupted as a result of pregnancy. This is the context in which maternity benefits were adopted: *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48 ("UIA, 1971"), s. 30(1).

The purpose of the extension was to give women who had contributed to the plan the right to receive income replacement benefits. The new benefits were intended to provide pregnant women with economic and social security on a temporary basis while at the same time helping them to return to the labour market. In addition to the purely economic income replacement aspect, maternity

Toutefois, il donne plus d'ampleur à la notion de « privation des gains » en prévoyant le versement de prestations de maternité, de maladie et de retraite . . .

L'établissement des prestations spéciales supprime les anomalies auxquelles la Loi actuelle donne lieu relativement à ces trois catégories de personnes et permet de leur offrir une aide pécuniaire établie d'après ce que signifie effectivement la « privation des gains » dans le monde du travail d'aujourd'hui.

Le rapport du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration déposé après l'étude du livre blanc contient aussi des commentaires sur l'objet des nouvelles prestations de maternité et de maladie (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, fascicule n° 9, 3 décembre 1970, p. 9 : 29) :

Une telle mesure aidera à corriger le système de sécurité économique et à remédier aux contingences d'un monde où la population active comprend un grand nombre de femmes, et où une proportion importante de citoyens ne jouit d'aucune protection contre l'interruption des gains résultant de la maladie.

Il ressort de ce bref survol historique que, si les femmes ont initialement fait l'objet d'un traitement discriminatoire, cela est principalement attribuable au fait qu'elles n'étaient pas considérées comme faisant partie intégrante du marché du travail. Leur arrivée massive a provoqué une prise de conscience de leur rôle et du caractère réel de la perte de revenus subie pendant l'interruption de travail due à la grossesse. C'est dans ce contexte que les prestations de maternité ont été adoptées : *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48 (« LAC de 1971 »), par. 30(1).

L'élargissement a pour but de reconnaître aux femmes qui ont contribué au régime le droit de recevoir des prestations de remplacement du revenu. Les nouvelles prestations visent à assurer la sécurité économique et sociale des femmes enceintes de manière temporaire tout en les aidant à retourner sur le marché du travail. En plus de l'aspect purement économique relié au

22

23

24

benefits, like regular benefits, would ensure continued employability and reintegration into the labour market.

2.2.1.3 *Text of the Provision*

25 The text of the provision may sometimes include a clear statement of Parliament's purpose. In the case at bar, the provision, stripped of its technical aspects, reads as follows:

(1) [B]enefits are payable to a . . . claimant [who has 600 or more hours of insurable employment in her qualifying period and] who proves her pregnancy [even if she cannot prove that she was capable of or available for work].

. . .

(3) Where . . . any allowances, money or other benefits are payable to the claimant for that pregnancy under a provincial law, the benefits payable to the claimant under this Act shall be reduced or eliminated as prescribed.

26 It can be seen from the text that benefits are paid to a woman who loses her employment income because of her pregnancy if she held insurable employment during the period required by the EIA. The primary purpose is to provide women in this position with income replacement benefits.

2.2.2 Effect of the Provision

27 A measure may have effects that go beyond the initial aim. Those effects can be used to assess its constitutional validity. For instance, in *Saumur*, legislation relating to the administration of streets was held to be unconstitutional because its preponderant effect showed that it was operating as a censorship mechanism. Thus, the effect of the law cannot be disregarded.

28 In the instant case, the effect of the provision is to enable insured pregnant women to have access to financial resources at a time when they are not receiving their employment income.

remplacement du revenu, les prestations de maternité, tout comme les prestations régulières, assurent le maintien de l'employabilité et le rattachement au marché du travail.

2.2.1.3 *Texte de la disposition*

Le texte de la disposition peut parfois énoncer clairement l'objet recherché par le législateur. En l'espèce, dépouillée de ses aspects techniques, la disposition est ainsi libellée :

(1) [D]es prestations sont payables à la prestataire [qui a exercé un emploi assurable pendant au moins six cents heures au cours de sa période de référence et] qui fait la preuve de sa grossesse [même si elle ne peut démontrer qu'elle était capable de travailler ou disponible à cette fin].

. . .

(3) Lorsque [. . .] des allocations, prestations ou autres sommes lui sont payables pour cette grossesse en vertu d'une loi provinciale, les prestations qui lui sont payables en vertu de la présente loi sont réduites ou supprimées tel qu'il est prévu par règlement.

Il ressort du texte que les prestations sont accordées à une femme privée de revenu d'emploi en raison de sa grossesse lorsqu'elle a exercé un emploi assurable pendant la période prescrite par la LAE. Le but primaire est de permettre à ces femmes de toucher une prestation de remplacement du revenu.

2.2.2 Effet de la disposition

Une mesure peut entraîner des effets qui débordent le but initial. Ces effets peuvent servir à mesurer sa validité constitutionnelle. Ainsi, dans *Saumur*, une mesure législative sur le contrôle des rues a été déclarée inconstitutionnelle parce que, d'après son effet prédominant, elle était utilisée comme moyen de censure. L'effet de la loi ne peut donc pas être ignoré.

En l'occurrence, l'effet de la disposition est de permettre aux femmes enceintes assurées de bénéficier de ressources pécuniaires à un moment où elles sont privées de leur revenu d'emploi.

However, these resources also make it possible for them to take time off work for physiological reasons associated with their pregnancies, and to take care of their families for longer periods than if they were compelled to return to work early because they were impecunious. The primary effect is therefore to replace, in part, these women's employment income, but the secondary effect is to enable them to prepare for childbirth, to recover physiologically and to have a period of time to take care of their families.

The broadening of maternity benefits put the emphasis on the function of replacing income so that women could care for their children. When the UIA, 1971 was enacted, s. 30(1) provided for the payment of benefits during a 15-week period straddling the delivery date. The fact that benefits would be paid only for the weeks on either side of that date suggests a connection between the benefits and the physical limitations associated with pregnancy. There are a number of sources in which it is argued that at the time when maternity benefits were introduced, the principal justification for the recommendations in favour of adopting such a plan was the mother's physical inability to work during the period before and after the birth of the child: J. Frémont, "Assurance-chômage, maternité et adoption: les récentes modifications et leur validité" (1982-83), 17 *R.J.T.* 497, at p. 503; P. Issalys and G. Watkins, *Unemployment Insurance Benefits: A Study of Administrative Procedure in the Unemployment Insurance Commission* (1977), at p. 11; Employment and Immigration Canada, *Unemployment Insurance in the 1980s* (1981), at p. 67; Canada, *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada* (1970), at p. 84. In *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, at p. 190, Ritchie J. quoted the following comment by Collier J., who was sitting as an Umpire:

I do not know the purpose of the legislators in injecting s. 46 into the 1971 legislation. It was suggested that, pre-1971, there was an assumption that women eight weeks before giving birth and for six weeks after, were, generally speaking, not capable of nor available for work

Cependant, grâce à ces ressources, elles peuvent aussi s'absenter de leur travail pour des motifs physiologiques liés à la grossesse et pour prendre soin de leur famille pour une période plus longue que si elles étaient astreintes à un retour précoce, en raison de leur indigence. L'effet primaire est donc de remplacer partiellement le revenu d'emploi, mais l'effet secondaire est de permettre aux femmes de se préparer à l'accouchement, de se rétablir physiologiquement et de bénéficier d'une période pour prendre soin de leur famille.

L'élargissement des prestations de maternité a mis l'accent sur la fonction de remplacement du revenu pour prendre soin des enfants. En effet, lors de l'adoption de la LAC de 1971, le par. 30(1) prévoyait le versement de prestations pendant les 15 semaines entourant l'accouchement. Le fait que les prestations n'aient été versées que pendant les semaines entourant l'accouchement laisse croire qu'elles étaient reliées aux limitations physiques dues à la grossesse. Plusieurs sources soutiennent qu'au moment de l'introduction des prestations de maternité, la justification principale des recommandations en faveur d'un tel régime était l'incapacité physique de la mère de travailler durant la période entourant la naissance de l'enfant : J. Frémont, « Assurance-chômage, maternité et adoption : les récentes modifications et leur validité » (1982-83), 17 *R.J.T.* 497, p. 503; P. Issalys et G. Watkins, *Les prestations d'assurance-chômage : une étude de la procédure administrative à la Commission d'assurance-chômage* (1977), p. 12; Emploi et Immigration Canada, *L'assurance-chômage dans les années 1980* (1981), p. 73; Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada* (1970), p. 95. Dans l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, p. 190, le juge Ritchie cite les propos du juge Collier en sa qualité de juge-arbitre :

Je ne sais ce qui a motivé les législateurs à inclure l'article 46 dans la loi de 1971. Il a été avancé qu'avant 1971, on prenait pour acquis qu'au cours de la période de huit semaines avant l'accouchement et de six semaines après, les femmes n'étaient en général pas capables de travailler ni disponibles à cette fin

31 However, a look at how these benefits have been used over the years reveals that the weeks women chose to be absent were based on the childcare function rather than on a real inability to work caused by physical incapacity: report of the Parliamentary Committee on Equality Rights, *Equality for All* (1985) (Boyer Report), ch. 2, at p. 10. In fact, there are few people who would still venture to say that, other than in exceptional cases, women are incapable of working as a result of being pregnant, although it is recognized that they are physically unable to work during a brief period before and after the delivery date.

32 The flexibility introduced into the rules, which allow women to choose the weeks when they receive benefits, shows that the function of replacing income during the period when mothers are caring for their children has become more important than it was when the original provisions were enacted. It would not be possible to observe this accentuated secondary effect, however, if women were not entitled to receive income replacement benefits in the first place. The secondary effect is therefore not unrelated to the purpose of the provision and does not pervert the intention behind it.

33 Parliament's intention is to replace interrupted earnings, and that is the primary effect of the measure. The fact that the primary effect corresponds to the actual purpose is neither conclusive nor unusual. If the effect were not consistent with the purpose, the legislation would be problematic. An analysis of the effect becomes informative if the secondary effects show that the legislation has been diverted from its stated goal. That is not the case here. While women can receive income replacement benefits, they may do so only when they are absent from work due to pregnancy. The right to take time off work is not granted in the EIA; it derives from other legislation, or from an agreement between the employer and employee. The secondary effect therefore does not divert the measure from its purpose or its primary effect; rather, it is a natural consequence of them.

Or, l'étude de l'utilisation, au cours des ans, de ces prestations indique que c'était la fonction garde et soin des enfants, plutôt que l'inaptitude réelle causée par une incapacité physique, qui dictait le choix des semaines d'absence : rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité, *Égalité pour tous* (1985) (Rapport Boyer), ch. 2, p. 10. D'ailleurs, peu de personnes osent encore dire que, sauf exception, la grossesse rend les femmes incapables de travailler. Toutefois, leur incapacité physique pour une brève période entourant l'accouchement est reconnue.

L'assouplissement des règles qui permettent aux femmes de choisir les semaines pendant lesquelles elles reçoivent des prestations montre que la fonction de remplacement du revenu pendant que les mères prennent soin de leurs enfants revêt une plus grande importance que lors de l'adoption des premières dispositions. Cet effet secondaire amplifié ne pourrait cependant être observé si la femme n'était pas admissible, en premier lieu, aux prestations de remplacement du revenu. L'effet secondaire n'est donc pas étranger au but de la mesure et n'en pervertit pas l'objet.

Le législateur cherche à remplacer le revenu interrompu et c'est là l'effet premier de la mesure. Que l'effet primaire corresponde au but recherché n'est ni déterminant ni inusité. Si l'effet ne rejoignait pas le but recherché, la législation serait problématique. L'analyse de l'effet devient révélatrice lorsqu'il ressort des effets secondaires que la loi est détournée de son but avoué. Tel n'est pas le cas en l'occurrence. Les femmes peuvent bénéficier de prestations de remplacement de leur revenu, mais seulement lorsqu'elles s'absentent de leur travail en raison de leur grossesse. Le droit de s'absenter n'est pas accordé par la LAE. Il découle d'autres mesures législatives ou d'une entente entre l'employeur et l'employée. L'effet secondaire ne détourne donc pas la mesure de son objet ou de son effet primaire, il en est plutôt la conséquence naturelle.

2.2.3 Conclusion Regarding the Provision's Pith and Substance

As can be seen from the context in which the first unemployment insurance legislation was enacted, Parliament's intention was to curb the problem of unemployment. Benefit amounts were not very high, and many workers, including pregnant women, were excluded. After women entered the labour market in large numbers, special benefits were instituted to compensate for the interruption of their earnings that resulted from pregnancy. The context in which the provision was enacted, and its language and effect, bring to light the pith and substance, or essential characteristic, of the benefits: they replace the employment income of insured women whose earnings are interrupted when they are pregnant.

The argument of the Attorney General of Quebec, that the purpose of maternity benefits is to support families and to enable women to care for their children at the time of birth, cannot be accepted. No period of leave is granted by the EIA. Maternity leave is governed by other legislation or by arrangements between employers and employees. Although support for families and the ability to care for children may be one of the effects of the measure, that is not its pith and substance. The fundamental objective of the maternity benefits plan is to protect the workers' incomes from the time when they lose or cease to hold their employment to the time when they return to the labour market.

2.3 *Identification of the Head of Power*

Once the pith and substance of a provision has been determined, the head of power to which the pith and substance relates must be identified. The Attorney General of Quebec contends that the provision falls within Quebec's jurisdiction over social matters, because of its connection with property and civil rights and matters of a merely local or private nature (ss. 92 (13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*). The Attorney

2.2.3 Conclusion sur le caractère véritable de la disposition

Le contexte d'adoption de la première loi sur l'assurance-chômage permet de voir que le Parlement cherchait à enrayer le problème du chômage. Les prestations étaient peu élevées et de nombreux travailleurs étaient exclus, notamment les femmes enceintes. Après l'arrivée massive de celles-ci sur le marché du travail, des prestations spéciales ont été prévues pour pourvoir à l'interruption de gains qu'elles subissaient en raison de leur grossesse. Le contexte de la disposition, son texte et son effet mettent en lumière le caractère véritable, la caractéristique essentielle des prestations : elles remplacent le revenu d'emploi des femmes assurées qui subissent une interruption de gains à l'occasion d'une grossesse.

L'argument du procureur général du Québec selon lequel les prestations de maternité ont comme objet de soutenir les familles et de permettre aux femmes de prendre soin de leur enfant lors de la naissance ne peut être retenu. Aucun congé n'est accordé par la LAE. Les congés de maternité sont régis par d'autres lois ou par des arrangements entre employeurs et employés. Si le soutien des familles et le fait de prendre soin des enfants sont un des effets de la mesure, ils n'en constituent pas le caractère véritable. L'objectif fondamental du régime des prestations de maternité est de protéger le revenu des travailleuses entre le moment où elles perdent leur emploi ou cessent de l'occuper et celui où elles retournent sur le marché du travail.

2.3 *Détermination de la rubrique de compétence*

Une fois le caractère véritable d'une disposition défini, il faut déterminer la rubrique de compétence à laquelle il se rapporte. Le procureur général du Québec prétend que la disposition relève de sa compétence en matière sociale en raison de son lien avec la propriété et les droits civils et les matières purement locales ou privées (par. 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Le procureur général du Canada invoque sa

34

35

36

General of Canada relies on Parliament's jurisdiction over unemployment insurance. In order to understand the context in which the question arises, it will be helpful to review how Parliament came to be given jurisdiction in relation to unemployment insurance. Although the context is not conclusive, this review will assist in identifying the essential elements that may or must be adapted to contemporary needs. I will then analyse the objections raised by the Attorney General of Quebec, who contends that the provisions are inconsistent with the concepts of insurance and unemployment.

2.3.1 Background

37

When the Privy Council declared the *Employment and Social Insurance Act* to be unconstitutional, there was no doubt that, *prima facie*, measures relating to insurance, and in particular measures relating to contracts of employment, were in relation to property and civil rights and were within the exclusive competence of the provincial legislatures:

There can be no doubt that, *prima facie*, provisions as to insurance of this kind, especially where they affect the contract of employment, fall within the class of property and civil rights in the Province, and would be within the exclusive competence of the Provincial Legislature. . . .

. . . .

In the present case, their Lordships agree with the majority of the Supreme Court in holding that in pith and substance this Act is an insurance Act affecting the civil rights of employers and employed in each Province, and as such is invalid.

(*Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, at pp. 365 and 367)

Because the UIA, 1940 essentially reiterated the provisions of the *Employment and Social Insurance Act*, it cannot be denied that it affected contracts of employment or insurance relating to those contracts. This means that when the Constitution was amended, a portion of the jurisdiction over property and civil rights was detached so that the

compétence en matière d'assurance-chômage. Pour situer la question dans son contexte, il est pertinent de rappeler comment le Parlement en est venu à se faire octroyer compétence en matière d'assurance-chômage. Même si le contexte n'est pas déterminant, ce rappel aidera à dégager les éléments essentiels qui peuvent ou doivent être adaptés aux besoins contemporains. J'analyserai ensuite les objections du procureur général du Québec, qui soutient que les dispositions sont contraires aux notions d'assurance et de chômage.

2.3.1 Mise en contexte

Pour le Conseil privé, lors de la déclaration d'inconstitutionnalité de la *Loi sur le placement et les assurances sociales*, il n'y avait aucun doute qu'à première vue, les mesures concernant l'assurance, particulièrement celles relatives aux contrats de travail, visaient la propriété et les droits civils et étaient du ressort exclusif des législatures provinciales :

[TRADUCTION] Il ne peut y avoir de doute que, de prime abord, les dispositions relatives à une assurance de ce genre, surtout lorsqu'elles visent le contrat de travail, tombent dans la catégorie de la propriété et des droits civils de la province et sont du ressort exclusif de la législation provinciale. . . .

. . . .

Dans le cas actuel, leurs Seigneuries, comme la majorité de la Cour suprême, jugent que, par sa nature même, cette loi est une loi d'assurance qui touche aux droits civils des patrons et employés dans chaque province, et que, à ce titre, elle est invalide.

(*Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, p. 365 et 367)

Comme la LAC de 1940 reprend en substance les dispositions de la *Loi sur le placement et les assurances sociales*, il est indéniable qu'elle touche le contrat de travail ou l'assurance s'y rattachant. C'est dire que, lors de la modification constitutionnelle, on a détaché une partie du champ de la compétence sur la propriété et les droits civils

aspects relating to unemployment insurance could be assigned to Parliament.

There can be no doubt that a public unemployment insurance plan, in addition to the fact that it concerns insurance relating to contracts of employment, is also a social measure. Characterizing it in this way does not mean, however, that it can be associated exclusively with any one head of power. The term "social measure" has a number of aspects that may be associated just as validly with property and civil rights as with unemployment insurance. For instance, no one would deny that employment insurance benefits paid to workers who are laid off as a result of bankruptcy are in the nature of unemployment insurance. The measure, which affects property and civil rights, is undeniably social in nature, but it is also in the nature of unemployment insurance. To begin the analysis by classifying the maternity benefits provision as a social measure and to conclude from this that it is a matter under provincial jurisdiction is tantamount to evading a review of the scope of the constitutional amendment. The question that must be asked in order to determine the head of power to which maternity benefits relate is whether the provision, in pith and substance, falls within the jurisdiction assigned by the constitutional amendment.

The Attorney General of Quebec submits that the jurisdiction over unemployment insurance is limited by the parameters defined in the early legislation. Under those Acts, to be entitled to benefits, insured persons had to have lost their employment involuntarily, and had to be capable of and available for work. In so arguing, the Attorney General of Quebec equates the field of jurisdiction assigned by s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867* to the initial exercise of the federal power. This approach is inappropriate in more than one respect, the most obvious being that the eligibility requirements established in the scheme of the UIA, 1940 may be modified, provided that the scheme still represents a valid exercise of the jurisdiction over unemployment insurance. Thus, no one would think of questioning the right to modify the eligibility requirements to calculate insurable periods in hours rather than weeks. Such a

pour conférer au Parlement les aspects liés à l'assurance-chômage.

Que le régime public d'assurance-chômage concerne non seulement une assurance se rattachant au contrat de travail, mais aussi une mesure sociale ne fait aucun doute. Cette qualification ne permet cependant pas un rattachement exclusif avec une rubrique de compétence. Le vocable « mesure sociale » comporte plusieurs aspects qui peuvent être valablement associés tout aussi bien à la propriété et aux droits civils qu'à l'assurance-chômage. Ainsi, personne ne contestera que les prestations d'assurance-emploi versées aux travailleurs licenciés à la suite d'une faillite relèvent de l'assurance-chômage. La mesure, qui touche à la propriété et aux droits civils, a indéniablement un caractère social, mais elle relève aussi de l'assurance-chômage. Débuter l'analyse en classant la disposition sur les prestations de maternité comme mesure sociale et en conclure qu'il s'agit d'une matière de compétence provinciale équivaut à escamoter l'étude de la portée de la modification constitutionnelle. La question qu'il faut poser pour déterminer à quelle rubrique se rapporte les prestations de maternité est de savoir si le caractère véritable de cette disposition relève de la compétence conférée par la modification constitutionnelle.

Le procureur général du Québec soutient que la compétence en matière d'assurance-chômage est limitée par les paramètres définis lors des premières lois. En vertu de ces lois, pour avoir droit aux prestations, les assurés devaient avoir perdu leur emploi de façon involontaire et ils devaient être aptes au travail et disponibles pour travailler. Par cet argument, le procureur général du Québec assimile le champ de compétence conféré par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à l'exercice initial de la compétence fédérale. Cette approche est inappropriée à plus d'un égard, le plus évident étant que les conditions d'admissibilité établies dans le régime de la LAC de 1940 peuvent être modifiées à condition que le régime constitue toujours un exercice valable de la compétence en matière d'assurance-chômage. Ainsi, nul ne songerait à mettre en doute le droit de modifier les conditions d'admissibilité pour compter le

modification would plainly make the scheme more accessible to part-time workers, but it would in no way change the fundamental nature of unemployment insurance. The question is therefore not the way in which Parliament initially exercised its jurisdiction, but the scope of its jurisdiction over unemployment insurance.

40

While the views of the framers are not conclusive where constitutional interpretation is concerned, the context in which the amendment was made is nonetheless relevant. If the objectives of the framers are taken as a starting point, it will be easier to determine the scope of the jurisdiction that was transferred, and then to determine how it may be adapted to contemporary realities.

2.3.2 Circumstances of the Transfer of Jurisdiction

41

In a letter sent to each of the provincial premiers on November 5, 1937, then Prime Minister W. L. Mackenzie King asked whether their provinces would agree to jurisdiction over unemployment insurance being assigned to Parliament. The letter contains an outline of the justification cited by the federal government at that time:

My dear Premier:

My colleagues and I are convinced that a national system of unemployment insurance would contribute materially to individual security and industrial stability throughout Canada, and would assist in mitigating the distress incident to any recurrence of widespread unemployment.

A strong recommendation with respect to national control of employment offices, based upon a full investigation of the unemployment situation throughout the Dominion, has been submitted to the government by the National Employment Commission. We share the opinion that a national employment service within federal jurisdiction is a necessary complement of any plan of national unemployment insurance.

On May 13, 1940, Quebec agreed to the federal request.

temps assurable en heures plutôt qu'en semaines. Une telle modification rend certes le régime plus accessible aux travailleurs à temps partiel, mais elle ne change en rien le fondement même de l'assurance-chômage. La question porte donc non sur la façon dont le Parlement a exercé initialement sa compétence mais sur l'étendue de la compétence en matière d'assurance-chômage.

Si les vues des constituants ne sont pas déterminantes en matière d'interprétation constitutionnelle, le contexte de la modification est tout de même pertinent. En prenant comme point de départ les objectifs visés par les constituants, il est plus facile de cerner l'étendue de la compétence transférée pour ensuite déterminer comment elle peut être adaptée aux réalités contemporaines.

2.3.2 Circonstances du transfert de compétence

Dans une lettre adressée le 5 novembre 1937 à chacun des premiers ministres provinciaux, le premier ministre fédéral de l'époque, W. L. Mackenzie King, leur demande si leur province consent à ce que la compétence en matière d'assurance-chômage soit confiée au Parlement. Cette lettre contient les jalons de la justification alors invoquée par le gouvernement fédéral :

[TRADUCTION]

Monsieur le Premier ministre,

Mes collègues et moi sommes convaincus qu'un régime national d'assurance-chômage contribuerait sensiblement à la sécurité des citoyens et à la stabilité de l'industrie partout au Canada, et soulagerait la misère résultant de tout nouvel épisode de chômage généralisé.

La Commission nationale de placement a présenté au gouvernement une recommandation ferme concernant la gestion nationale des bureaux d'emploi, fondée sur une analyse complète de la situation du chômage à la grandeur du Dominion. Nous estimons qu'un service national de l'emploi relevant de la compétence fédérale est le complément nécessaire de tout régime national d'assurance-chômage.

Le 13 mai 1940, le Québec acquiesce à la demande fédérale.

The Prime Minister's letter highlights two pieces of information that are relevant to our analysis. First, it had become important not only to curb the destitution caused by unemployment, but also to put an end to unemployment by organizing a return to work. Employment offices were seen as a protective measure that was just as important as the payment of benefits.

In essence, the purpose of the transfer of jurisdiction was to equip Canada with the tools it needed to mitigate the effects of anticipated unemployment by providing certain classes of unemployed persons with benefits and by setting up job search centres. The transfer of jurisdiction was to be a tool for internal organization involving both short-term relief measures, namely benefits, and medium-term measures, namely job placement services for the unemployed.

Parliament continued to exercise its jurisdiction over unemployment insurance for the benefit of Canadians even after the period of unemployment that followed the war. The nature of unemployment has changed as prevailing conditions in Canada, and the needs of Canadians, have changed. Parliament must adapt its actions to new circumstances, in a manner consistent with the limits resulting from the constitutional division of powers. In a case such as this, where a specific power has been detached from a more general power, the specific power cannot be evaluated in relation to the general power, because any evolution would then be regarded as an encroachment. Rather, it is necessary to consider the essential elements of the power and to ascertain whether the impugned measure is consistent with the natural evolution of that power.

2.3.3 Essential Elements of Unemployment Insurance

On the one hand, no constitutional head of power is static. On the other hand, the evolution of society cannot justify changing the nature of a power assigned by the Constitution to either level of government. These two statements are not contradictory. As Professors H. Brun and G. Tremblay write:

La lettre du premier ministre met en lumière deux informations utiles pour l'analyse. D'abord, il devenait important non seulement d'enrayer l'indigence causée par le chômage, mais également de mettre fin au chômage en organisant le retour au travail. Les bureaux de placement étaient vus comme une mesure de protection aussi importante que les prestations.

Dans son essence, la compétence recherchée visait à doter le Canada des outils nécessaires pour pallier les effets du chômage anticipé en fournissant des prestations à certaines catégories de chômeurs et en organisant des centres de recherche d'emploi. Le transfert de compétence se voulait un outil d'organisation interne, faisant appel à des mesures de secours à court terme, soit les prestations, et des mesures à moyen terme, soit le placement des chômeurs.

Le Parlement a continué d'exercer sa compétence en matière d'assurance-chômage au profit des Canadiens même après la période de chômage qui a suivi la guerre. Le chômage évolue avec les conditions qui prévalent au Canada et avec les besoins des Canadiens. L'action du Parlement doit être adaptée aux nouvelles conditions dans le respect des limites imposées par le partage constitutionnel des pouvoirs. Dans un cas où, comme en l'espèce, la compétence particulière a été détachée d'une compétence plus générale, il n'est pas possible d'évaluer la compétence particulière en fonction de la compétence générale, puisque toute évolution serait vue comme un empiétement. Il faut plutôt se reporter aux éléments essentiels du pouvoir conféré et vérifier si la mesure contestée s'insère dans son évolution naturelle.

2.3.3 Éléments essentiels de l'assurance-chômage

D'une part, aucune rubrique constitutionnelle n'est statique. D'autre part, l'évolution de la société ne peut justifier une dénaturation du pouvoir accordé par la Constitution à l'un ou à l'autre ordre de gouvernement. Les deux concepts ne sont pas contradictoires. Comme le signalent les professeurs H. Brun et G. Tremblay :

42

43

44

45

[TRANSLATION] Ultimately, however, there is no inconsistency between dynamic interpretation and adherence to the original intent of the framers: in order for something to evolve, it must have a starting point. See *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at pp. 180-87. To determine the original intent of the framers, it is obviously necessary to start with a generous reading of the words they used, taken in their strictly legal context. That context may also be expanded by having regard to elements “extrinsic” to it that are more historical than legal in nature. [Emphasis added.]

(*Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at pp. 207-8)

En définitive, toutefois, il n’y a pas d’incompatibilité entre l’interprétation dynamique et le respect de l’intention première du constituant : pour évoluer, il faut partir de quelque part. Voir le *Renvoi : circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, 180-187. La recherche de l’intention originaire du constituant doit évidemment se faire d’abord à partir d’une lecture généreuse des termes qu’il a utilisés, pris dans leur contexte proprement juridique. Ce contexte peut aussi être élargi, par la prise en considération d’éléments qui lui sont « extrinsèques », qui ont une portée historique plus que juridique. [Je souligne.]

(*Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), p. 207-208)

46 In constitutional interpretation, the essential elements of a power are determined by adopting a generous reading of the words used, taken in their strictly legal context. The interpretation may also be expanded by having regard to relevant historical elements.

L’interprète constitutionnel détermine les éléments essentiels d’une compétence en donnant une interprétation libérale aux termes utilisés, pris dans leur contexte proprement juridique. Il pourra aussi élargir l’interprétation en tenant compte des éléments historiques pertinents.

47 The jurisdiction over unemployment insurance must be interpreted progressively and generously. It must be considered in the context of a measure that applies throughout Canada and the purpose of which, according to the intention of the framers of the constitutional amendment, is to curb the destitution caused by unemployment and provide a framework for workers’ re-entry into the labour market.

La compétence en matière d’assurance-chômage doit recevoir une interprétation évolutive et généreuse. Elle doit être replacée dans le contexte d’une mesure pan-canadienne destinée, selon le désir des auteurs de la modification constitutionnelle, à enrayer l’indigence causée par le chômage et à encadrer le rattachement des chômeurs au marché du travail.

48 With these principles and objectives in mind, four characteristics that are essential to a public unemployment insurance plan can be identified:

Ayant à l’esprit ces principes et objectifs, il est possible de dégager les quatre caractéristiques essentielles suivantes d’un régime public d’assurance-chômage :

- (1) It is a public insurance program based on the concept of social risk
- (2) the purpose of which is to preserve workers’ economic security and ensure their re-entry into the labour market
- (3) by paying temporary income replacement benefits
- (4) in the event of an interruption of employment.

- (1) Il s’agit d’un programme public d’assurance fondé sur la notion de risque social
- (2) visant à préserver la sécurité économique des travailleurs et le rattachement au marché du travail
- (3) par le versement d’indemnités temporaires de remplacement du revenu
- (4) en cas d’interruption d’emploi.

49 These four characteristics do not take into account the way a plan may have been

Ces quatre caractéristiques ne tiennent pas compte des mesures de mise en œuvre qui

implemented over the years, but allow changes in the labour market to be taken into consideration. Thus, the social risks associated with unemployment may vary from one period to another, and the way that the needs of the plan are calculated may be revised. Social policy choices are part of the exercise of the jurisdiction. They do not define what it is.

Having defined the essential characteristics of a public unemployment insurance plan, I will now address two specific objections raised by the Attorney General of Quebec. He submits, first, that maternity benefits are granted in respect of a voluntary absence from work and cannot be regarded as relating to insurance. He also asserts that the individuals who receive maternity benefits are not unemployed, because they are not available for work.

2.3.4 Maternity Benefits as an Insurance Measure

In *Martin Service Station*, at p. 1004, Beetz J. accepted that Parliament's jurisdiction over unemployment insurance is qualified by an insurance aspect. Citing that principle, the Attorney General of Quebec submits that an interruption of work due to maternity cannot be insured against, because no risk is involved. He defines a risk as [TRANSLATION] "a fortuitous event the materialization [of which cannot] depend exclusively on the will of the parties, and in particular on the will of the insured".

While I do not dispute that this narrow definition of the word "risk" is often used in private insurance plans, I am of the view that it cannot be used to exclude maternity from any unemployment insurance plan.

The Attorney General's argument based on the absence of risk reflects the arguments addressed by this Court in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at pp. 1237-38. In that case, the Court had to decide whether pregnancy could

pourraient être prises au cours des ans, mais permettent de prendre en considération l'évolution du marché de l'emploi. Ainsi, les risques sociaux reliés au chômage peuvent varier d'une époque à une autre et le calcul des besoins du régime peut être modifié. Les choix de politiques sociales relèvent de l'exercice de la compétence. Ils n'en constituent pas les balises.

Ayant défini les caractéristiques essentielles d'un régime public d'assurance-chômage, j'aborderai maintenant deux objections spécifiques soulevées par le procureur général du Québec. Il soutient d'abord que les prestations de maternité sont accordées pour une absence volontaire du travail et ne peuvent être considérées comme relevant de l'assurance. Il fait aussi valoir qu'elles ne sont pas accordées à des personnes qui sont en chômage parce qu'elles ne sont pas disponibles pour travailler.

2.3.4 Les prestations de maternité comme mesure d'assurance

Le juge Beetz, dans *Martin Service Station*, p. 1004, accepte que la compétence du Parlement en matière d'assurance-chômage soit limitée par un aspect d'assurance. Prenant appui sur cet énoncé, le procureur général du Québec soutient que l'interruption de travail en raison de la maternité ne peut correspondre à une assurance parce que la notion de risque en est absente. Il retient comme définition de risque ce qui est « un événement fortuit [dont la] concrétisation ne [peut] dépendre exclusivement de la volonté des parties et spécialement de celle de l'assuré ».

Sans contester que cette définition étroite soit souvent celle qui est donnée au mot « risque » dans les régimes privés d'assurance, je suis d'avis qu'elle ne permet pas d'exclure la maternité de tout régime d'assurance-chômage.

L'argument du procureur général fondé sur l'absence de risque rejoint ceux dont la Cour traite dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, p. 1237-1238. Dans cette affaire, la Cour devait décider si la grossesse pouvait être

50

51

52

53

be covered by an insurance plan even though it did not involve an accident or illness. The employer submitted that it was excluded because it was a voluntary condition. The employer's argument was not accepted. Dickson C.J. wrote the following:

It seems indisputable that in our society pregnancy is a valid health-related reason for being absent from work. It is to state the obvious to say that pregnancy is of fundamental importance in our society. Indeed, its importance makes description difficult. To equate pregnancy with, for instance, a decision to undergo medical treatment for cosmetic surgery — which sort of comparison the respondent's argument implicitly makes — is fallacious. If the medical condition associated with procreation does not provide a legitimate reason for absence from the workplace, it is hard to imagine what would provide such a reason. Viewed in its social context pregnancy provides a perfectly legitimate health-related reason for not working and as such it should be compensated by the Safeway plan. In terms of the economic consequences to the employee resulting from the inability to perform employment duties, pregnancy is no different from any other health-related reason for absence from the workplace. [pp. 1237-38]

couverte par un régime d'assurance même s'il ne s'agit pas d'un accident ou d'une maladie. Selon l'employeur, elle en était écartée parce qu'il s'agit d'un état voulu. Son argument n'a pas été retenu. Le juge en chef Dickson s'exprime ainsi :

Il semble incontestable que dans notre société la grossesse est un motif de santé valable de s'absenter du travail. Il va sans dire que la grossesse a une importance primordiale dans notre société. De fait, son importance en rend la description difficile. Il est fallacieux d'établir un parallèle entre la grossesse et, par exemple, la décision de subir une opération de chirurgie esthétique, comparaison que l'intimée fait pourtant implicitement dans son argumentation. Si l'état de santé lié à la procréation ne constitue pas un motif légitime de s'absenter du travail, il est difficile d'en imaginer un autre. Considérée dans son contexte social, la grossesse constitue un motif de santé parfaitement légitime de ne pas se présenter au travail et, à ce titre, elle devrait donner droit aux prestations prévues par le régime de Safeway. Pour l'employée, les conséquences économiques de l'incapacité d'exécuter les tâches que son travail comporte sont les mêmes que cette incapacité résulte d'une grossesse ou d'un autre motif de santé entraînant l'absence du travail. [p. 1237-1238]

54

In our times, having a child is often the result of a deliberate act decided on by one or both parents. There are many facets to pregnancy, however. Despite all the technological progress that has been made, conception does not result from a mathematical calculation that can be used to determine when or even if it will occur. In addition, the benefit derived from procreation extends beyond the benefit to the parents. Children are one of society's most important assets, and the contribution made by parents cannot be overstated. If pregnancy may be regarded as an insurable risk in private insurance plans, as was held in *Brooks*, then *a fortiori* it may be so regarded in a public plan.

La décision d'avoir un enfant relève souvent à notre époque d'un acte délibéré d'un ou des deux parents. La grossesse revêt cependant des facettes multiples. La conception ne résulte pas d'une opération mathématique permettant d'en assurer le moment ou même le succès, et ce, malgré tous les progrès technologiques. De plus, le bénéfice découlant de la procréation dépasse celui des parents. Les enfants sont l'un des actifs les plus importants de la société et l'apport des parents ne saurait être trop valorisé. Si la grossesse peut être considérée comme un risque assurable dans les régimes privés d'assurance, comme cela a été décidé dans *Brooks*, à plus forte raison peut-il en être ainsi dans un régime public.

55

The approach taken by the Attorney General of Quebec therefore disregards the collective impact of the parents' decision and the social role of a public insurance plan. Apart from the fact that it is perfectly legitimate for a commercial insurer to agree to insure pregnant women against the loss of employment income, it must be acknowledged that the public nature of the unemployment

L'approche du procureur général du Québec fait donc fi de l'impact collectif de la décision des parents et du rôle social de l'assurance publique. Au-delà du fait qu'il est parfaitement légitime pour un assureur commercial d'accepter d'assurer les femmes enceintes contre la perte de revenus d'emploi, il faut constater que la qualité publique du régime d'assurance-chômage justifie plus encore

insurance plan provides even greater justification for the decision to have all contributors assume together the risk of the loss of women's earnings that is associated with maternity. Just as the marginalization of seasonal workers cannot justify excluding them, as was suggested in the Gill Report, at p. 12, protection against the loss of earnings that results from maternity is a social policy decision. Even though some people may see a tenuous connection with the concept of insurable risk in the strict sense, the jurisdiction in relation to unemployment is in the nature of social insurance. This means that the concept of risk may be understood in the social, and not the actuarial, sense. S. Ledoux provides a helpful analysis of the main characteristics of a social insurance plan and the concept of risk that applies to such a plan in *L'influence du droit constitutionnel dans l'émergence et l'évolution du droit aux prestations de maternité, d'adoption et parentales au sein de la Loi sur l'assurance-chômage* (1991), at p. 76:

[TRANSLATION] Social insurance is the application, on a much larger scale, of the principle of pooling that has long been the basis of insurance. Social insurance [is] a special technique of organizing provision collectively by securing contributions from various groups for a need that cannot be left safely to individuals' or families' own resources. [L. C. Marsh, *Report on Social Security for Canada* (1943), at pp. 10 and 15] The primary objective of social insurance is therefore to reduce individuals' economic insecurity by promising them compensation in relation to social risks. [L. Poulin Simon, *Les assurances sociales pour une sécurité du revenu des salariés* (1981), at p. 7] [Emphasis added.]

The decision to offer women the possibility of receiving income replacement benefits when they are off work due to pregnancy is therefore a social policy decision that is not incompatible with the concept of risk in the realm of insurance, and that can moreover be harmoniously incorporated into a public unemployment insurance plan.

2.3.5 Maternity Benefits as an Unemployment Protection Measure

The Attorney General of Quebec also argues that pregnancy cannot be characterized as an

la décision de faire reposer sur la collectivité des cotisants le risque de perte de gains des femmes lié à la maternité. Tout comme la marginalisation des travailleurs saisonniers ne peut justifier leur mise à l'écart comme le suggérait le Rapport Gill, p. 12-13, la protection contre la perte de gains due à la maternité relève d'une décision de politique sociale. Même si certains peuvent voir un rattachement ténu avec la notion de risque assurable, au sens strict de cette notion, la compétence en matière de chômage relève de l'assurance sociale. Par conséquent, la notion de risque peut être comprise au sens social et non actuariel. L'auteur S. Ledoux, dans *L'influence du droit constitutionnel dans l'émergence et l'évolution du droit aux prestations de maternité, d'adoption et parentales au sein de la Loi sur l'assurance-chômage* (1991), p. 76, fait à ce sujet une analyse utile des caractéristiques principales d'un régime d'assurance sociale et de la notion de risque propre à ce type de régime :

L'assurance sociale est l'application, sur un plan beaucoup plus large, du principe de la mise en commun qui depuis longtemps est le fondement de l'assurance. L'assurance sociale [est] une méthode particulière d'organisation de la sécurité sur le plan collectif, en obtenant de divers groupes des contributions pour faire face à un besoin, dont on ne peut sans danger laisser la charge aux ressources des individus ou des familles. [L. C. Marsh, *Rapport sur la sécurité sociale au Canada* (1943), p. 10-11 et 17] L'assurance sociale a donc comme objectif principal de réduire l'insécurité économique des individus en leur promettant une compensation en cas de risques sociaux. [L. Poulin Simon, *Les assurances sociales pour une sécurité du revenu des salariés* (1981), p. 7] [Je souligne.]

La décision d'offrir aux femmes la possibilité de bénéficier d'un revenu de remplacement lorsqu'elles s'absentent en raison de leur grossesse relève donc d'une décision de politique sociale qui n'est pas incompatible avec la notion de risque en matière d'assurance et qui, de plus, s'intègre harmonieusement à un régime public d'assurance-chômage.

2.3.5 Les prestations de maternité comme mesure de protection contre le chômage

Le procureur général du Québec plaide aussi que la grossesse ne peut être qualifiée de situation

unemployment situation because a pregnant woman is not capable of and available for work. This argument cannot be accepted either.

de chômage parce que la femme enceinte n'est pas apte au travail et disponible pour travailler. Cet argument ne peut non plus être retenu.

58 The Depression and war that led to the realization that a national unemployment insurance plan was necessary ended a long time ago, but unemployment itself endures. The nature of unemployment has changed, however. The unemployment that was foreseen in the 1930s was expected to result from the end of war-related production activities. It was conjunctural unemployment. But unemployment can also relate to the period between the time when a person loses one job and the time when he or she is hired for another job, apart from any structural constraint in a particular industry. This situation is described as frictional unemployment: G. Campeau, *From UI to EI: Waging War on the Welfare State* (2005), at p. 32. Although it was of course the conjunctural unemployment associated with the Depression and the war that led to the adoption of unemployment insurance measures, there has never been any doubt that frictional unemployment can also give rise to an entitlement to benefits.

La dépression et la guerre qui ont donné lieu à la prise de conscience de la nécessité d'un régime national d'assurance-chômage sont terminées depuis longtemps, mais le chômage, lui, persiste. Sa nature a cependant évolué. Le chômage anticipé dans les années 30 devait résulter de la fin des activités de production liées à la guerre. Il s'agissait d'un chômage ponctuel. Mais le chômage peut aussi désigner la période écoulée entre la fin d'un emploi et le réengagement dans un autre emploi en dehors de toute contrainte structurelle dans une industrie donnée. On qualifie cette situation de chômage frictionnel : G. Campeau, *De l'assurance-chômage à l'assurance-emploi : L'histoire du régime canadien et de son détournement* (2001), p. 71. Certes, le chômage ponctuel lié à la dépression et à la guerre a provoqué la mise en place de mesures en matière d'assurance-chômage, mais il n'a jamais été mis en doute que le chômage frictionnel pouvait aussi donner droit aux prestations.

59 The labour market also experiences technological unemployment, that is, unemployment brought about by technological change. Whether unemployment is conjunctural, structural, frictional or technological, the interruption of employment will undeniably be regarded as an unemployment situation regardless of the nature of the unemployment.

Le marché du travail connaît aussi le chômage technologique, c'est-à-dire celui provoqué par les changements technologiques. Que le chômage soit ponctuel, structurel, frictionnel, conjoncturel ou technologique, il est incontestable que l'interruption d'emploi sera considérée comme une situation de chômage, et ce, quelle que soit la nature du chômage.

60 The eligibility requirements for benefits under the UIA, 1940 have been expanded to take the new realities into account. Availability for employment does not necessarily mean that there are realistic chances of finding employment. Seasonal unemployment provides a clear illustration of this reality. While the first legislation excluded all employment in agriculture, forestry, fishing and hunting (UIA, 1940, First Schedule, Part II), there can now be no question regarding the public plan's support in relation to these economic activities, which are vital to Canada but

Les conditions d'admissibilité aux prestations prévues par la LAC de 1940 ont été élargies, compte tenu des réalités nouvelles. La disponibilité pour un emploi ne veut pas nécessairement dire qu'il y ait des possibilités réalistes d'en trouver un. Le cas du chômage saisonnier illustre bien cette réalité. Alors que la première loi écartait tout emploi dans l'agriculture, la sylviculture, les pêcheries et la chasse (LAC de 1940, première annexe, partie II), le soutien du régime public ne saurait maintenant être remis en question pour ces activités économiques, vitales pour

are subject to constraints over which employers and employees have no control.

The expressions “unemployed person”, “unemployed” and “unemployment” have a variety of meanings. For example, according to the *Nouveau Petit Robert* (2003), at p. 431, a “*chômeur*” [unemployed person] is a person who is involuntarily deprived of employment; the word “*chômé*” [unemployed] relates to a requirement to stop working; and the word “*chômage*” [unemployment], in its ordinary sense, means an interruption of work resulting from a lack of employment. However, that dictionary also gives a more modern definition, which refers simply to an interruption of work. *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary* (10th ed. 1994), at p. 1290, defines the expression “unemployment insurance” as follows: “social insurance against involuntary unemployment that provides unemployment compensation for a limited period to unemployed workers”.

The ordinary meaning fits easily into the early unemployment insurance legislation. Stable, permanent employment was indeed the rule at that time. However, the eligibility rules in those statutes do not define the limits of Parliament's jurisdiction. Today, interruptions of employment have multiple causes. Lengthy layoffs, when a worker is entitled to be recalled, and temporary or part-time employment are only a few examples of situations indicating a need to reflect on the concept of unemployment. The idea of a “lack of employment” or of a situation being involuntary is not a reliable guide. The modern meaning, which simply requires that there be an interruption of employment, is a better reflection of the contemporary reality of the workplace and more readily incorporates the meaning given to the other words that derive from the same root.

Furthermore, some new kinds of benefits have been considered by the courts, and in each case this Court has interpreted the provisions liberally. For example, a provision that discriminated against fishers was held to be invalid: *Attorney General of Canada v. Silk*, [1983] 1 S.C.R. 335.

le Canada, mais assujetties à des contraintes sur lesquelles employeurs et employés n'ont aucun contrôle.

Les mots « chômeur », « chômé » ou « chômage » ont plusieurs acceptions. Par exemple, selon le *Nouveau Petit Robert* (2003), p. 431, un chômeur est une personne qui se trouve involontairement privée d'emploi; le mot « chômé » renvoie à une obligation de cesser le travail; le mot « chômage », dans son sens courant, signifie une interruption du travail en raison d'un manque d'emploi. Cet ouvrage donne cependant aussi un sens plus moderne qui évoque simplement l'interruption de travail. Le *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary* (10^e éd. 1994), p. 1290, définit ainsi l'expression [TRADUCTION] « assurance-chômage » (*Unemployment Insurance*) : « assurance sociale contre la perte d'emploi involontaire prévoyant le versement de prestations à un travailleur sans emploi pendant une période donnée ».

Le sens courant s'intègre bien au cadre des premières lois sur l'assurance-chômage. Il est vrai qu'à l'époque, la norme était celle de l'emploi stable et permanent. Les règles d'admissibilité de ces lois ne définissent cependant pas les limites de la compétence du Parlement. Les interruptions d'emploi ont maintenant des causes multiples. Les mises à pied prolongées où le travailleur bénéficie d'un droit de rappel et le travail temporaire ou à temps partiel ne sont que quelques exemples de la nécessité d'une réflexion sur la notion de chômage. Les notions de « manque d'emploi » ou de situation involontaire ne constituent pas un guide fiable. Le sens moderne, qui requiert simplement la notion d'interruption d'emploi, correspond mieux à la réalité contemporaine des milieux de travail et englobe plus aisément la signification donnée aux autres mots comportant la même racine.

Certains nouveaux cas de prestations ont d'ailleurs fait l'objet d'examen judiciaire et, dans chaque cas, la Cour leur a donné une portée large. Ainsi, une disposition discriminatoire envers les pêcheurs a été jugée invalide : *Procureur général du Canada c. Silk*, [1983] 1 R.C.S. 335. Dans

61

62

63

In another case, teaching contracts were construed so as not to interfere with an entitlement to maternity benefits: *Dick v. Deputy Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 243.

une autre affaire, les contrats d'enseignement ont été interprétés de façon à ne pas préjudicier aux prestations de maternité : *Dick c. Sous-procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 243.

64 A review of the circumstances surrounding the inclusion of interruptions of employment due to illness offers a helpful parallel. The possibility of making benefits available to contributors who were sick was studied prior to the enactment of the UIA, 1940: *Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1940) (Rowell-Sirois Report), vol. II, at pp. 25, 31 and 40. This suggests at the very least that, despite the fact that the contributor would not be available for work, such benefits did not at the time appear to be antinomic to unemployment insurance. From this perspective, the obligations to seek employment and to be capable of working are regarded as mechanisms for screening applications and providing an incentive to return to the labour market, and not as essential characteristics of the constitutional power.

La revue des circonstances de l'inclusion de l'interruption d'emploi pour cause de maladie offre un parallèle intéressant. Des études ont été menées préalablement à l'adoption de la LAC de 1940 sur la possibilité de faire bénéficier les cotisants malades des prestations : *Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces* (1940) (Rapport Rowell-Sirois), vol. II, p. 25, 31 et 41. Cela indique à tout le moins que, malgré l'indisponibilité du cotisant, ces prestations ne paraissaient pas à l'époque antinomiques avec l'assurance-chômage. Dans cette optique, l'obligation de chercher un emploi et celle d'être apte sont vues comme des mécanismes de filtrage des demandes et d'incitation au retour sur le marché du travail et non comme des caractéristiques essentielles de la compétence constitutionnelle.

65 The requirement that a claimant seek or be available for employment, which is inapplicable in the case of maternity benefits, is sometimes unrealistic. For example, seasonal workers or people working in remote regions will often be unsuccessful if they seek work during their periods of interruption of earnings. The nature of unemployment varies from one period to another, from one region to another and from one group to another, but the reality remains the same. These are workers who are not receiving their employment income.

La condition de recherche d'un emploi ou de disponibilité pour un emploi, écartée dans le cas des prestations de maternité, est d'ailleurs parfois illusoire. Ainsi, pour certains travailleurs saisonniers ou des personnes œuvrant dans des régions éloignées, la recherche pendant leur période d'interruption de gains est souvent infructueuse. La nature du chômage varie selon l'époque, les régions et les groupes visés, mais la réalité demeure la même. Ce sont des travailleurs privés de leurs revenus d'emploi.

66 The extent of the protection required by Canadian society changes with the needs of the labour force. A growing portion of the labour force is made up of women, and women have particular needs that are of concern to society as a whole. An interruption of employment due to maternity can no longer be regarded as a matter of individual responsibility. Women's connection to the labour market is well established, and their inclusion in the expression "unemployed persons" is as natural an extension as the extension involving other classes of insured persons who lose their

L'étendue de la protection requise par la société canadienne change avec les besoins de la population active. Celle-ci est composée d'une part grandissante de femmes et ces dernières ont des besoins particuliers qui concernent toute la société. L'interruption d'emploi due à la maternité ne peut plus être considérée comme une responsabilité individuelle. Le lien des femmes avec le marché de l'emploi est établi et leur intégration sous le vocable de chômeuses est une extension aussi naturelle que celle touchant d'autres catégories d'assurés qui perdent leur revenu d'emploi. Ce serait nier la

employment income. To limit a public unemployment insurance plan, from a constitutional perspective, to cases in which contributors are actively seeking employment or are available for employment would amount to denying its social function. The social nature of unemployment insurance requires that Parliament be able to adapt the plan to the new realities of the workplace. Some eligibility requirements derive from the essence of the unemployment concept, while other requirements are, rather, mechanisms that reflect a social policy choice linked to the implementation of the plan.

2.3.6 Conclusion with Respect to the Identification of the Head of Power

The Attorney General of Quebec submits that the social program under which maternity benefits are paid is, in pith and substance, a measure to assist families. While that is an undeniable effect, it is not the pith and substance of the program. The EIA governs the entitlement to benefits: it entitles pregnant women to receive benefits when they sustain an interruption of earnings. However, not all the various aspects of interruptions of work associated with maternity relate to unemployment insurance. Maternity leave is not governed by the EIA. Parliament does not grant female workers either maternity leave or job security. Because the provinces have a general power in relation to civil rights, it is the provinces that are responsible for establishing most of the rules that are needed to protect the jobs of pregnant women. Those rules are provided for in provincial statutes, and are often incorporated into individual contracts of employment and collective labour agreements. Standards of this nature are provided for in the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, s. 81.4.

In pith and substance, maternity benefits are a mechanism for providing replacement income during an interruption of work. This is consistent with the essence of the federal jurisdiction over unemployment insurance, namely the establishment of a public insurance program the purpose of which is to preserve workers' economic security and ensure their re-entry into the labour market by

fonction sociale d'un régime public d'assurance-chômage que de le limiter constitutionnellement aux cas où les cotisants recherchent activement un emploi ou sont disponibles à cette fin. Le caractère social de l'assurance-chômage dicte que le Parlement puisse adapter le régime aux nouvelles réalités du travail. Certaines conditions d'admissibilité relèvent de l'essence de la notion de chômage alors que d'autres conditions sont plutôt des mécanismes qui reflètent un choix de politique sociale lié à la mise en œuvre du régime.

2.3.6 Conclusion sur la détermination de la rubrique de compétence

Le procureur général du Québec affirme que le caractère véritable du programme social de prestations de maternité est d'aider les familles. Si c'est là un effet indéniable, ce n'est pas le caractère véritable. La LAE régit le droit aux prestations : elle fait bénéficier les femmes enceintes de prestations lorsqu'elles subissent une interruption de revenus. Les différentes facettes des interruptions de travail liées à la maternité ne relèvent cependant pas toutes de l'assurance-chômage. Les congés de maternité ne sont pas régis par la LAE. Le Parlement n'accorde aux travailleuses ni congé de maternité ni sécurité d'emploi. Comme les provinces disposent de la compétence générale en matière de droits civils, c'est à elles que revient la responsabilité d'établir la plupart des balises requises pour la protection de l'emploi des femmes enceintes. Ces règles font l'objet de lois provinciales et sont souvent incorporées dans les contrats individuels et collectifs de travail. De telles normes sont d'ailleurs prévues dans la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 81.4.

Le caractère véritable des prestations de maternité est de pourvoir au remplacement du revenu lors d'une interruption de travail. Il s'inscrit dans l'essence de la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage, qui est de mettre en place un programme public d'assurance visant à préserver la sécurité économique des travailleurs et le rattachement au marché du travail par le

67

68

paying income replacement benefits in the event of an interruption of employment.

2.4 *Are Parental Benefits of the Same Nature as Maternity Benefits?*

versement des indemnités de remplacement du revenu en cas d'interruption d'emploi.

2.4 *Les prestations parentales sont-elles de même nature que les prestations de maternité?*

69 The parental benefits program arose out of a recommendation made by a task force established by the then Minister of Employment and Immigration, and was first implemented in 1984 out of a concern for fairness to adoptive parents (*Unemployment Insurance in the 1980s*, at p. 70; *Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971 (No. 3)*, S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5).

Fruit d'une recommandation d'un groupe de travail formé par le ministre de l'Emploi et de l'Immigration de l'époque, le programme des prestations pour parents a d'abord été mis en œuvre en 1984 dans un souci d'équité envers les parents adoptifs (*L'assurance-chômage dans les années 1980*, p. 77; *Loi n° 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5).

70 The purpose of benefits for adoptive parents is to enable the parents to care for the child who has been placed with them for adoption. Here again, the EIA does not govern parental leave. It merely allows parents who are absent from work for this purpose to receive income replacement benefits.

Les prestations pour parents adoptifs ont comme objet de permettre à ces parents de prendre soin de leur enfant placé chez eux en vue de son adoption. Ici encore, la LAE ne régit pas le congé parental. Il permet seulement aux parents qui s'absentent de leur travail à cette fin de bénéficier de prestations de remplacement de leur revenu.

71 The program was extended to all parents in response to the judgment of the Federal Court in *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515 (T.D.): *Act to amend the Unemployment Insurance Act and the Employment and Immigration Department and Commission Act*, S.C. 1990, c. 40, s. 14. In that decision, Strayer J. described the discrimination faced by natural parents on the birth of their children. While adoptive parents were able to take time off work and receive benefits to care for their children, natural parents were denied that choice. Strayer J. regarded the distinction as unjustified discrimination against natural parents in relation to adoptive parents. The decision was appealed to the Federal Court of Appeal and this Court on other issues, but the finding that the provision was discriminatory was not contested.

Le programme est étendu à tous les parents à la suite du jugement de la Cour fédérale dans l'affaire *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1^{re} inst.) : *Loi modifiant la Loi sur l'assurance-chômage et la Loi sur le ministère et sur la Commission de l'emploi et de l'immigration*, L.C. 1990, ch. 40, art. 14. Le juge Strayer y fait état de la discrimination subie par les parents naturels à la naissance de leur enfant. Alors que les parents adoptifs pouvaient s'absenter de leur travail et bénéficier de prestations pour prendre soin de leur enfant, les parents naturels étaient écartés de ce choix. Le juge Strayer voit dans cette distinction une discrimination injustifiée à l'égard des parents naturels par rapport aux parents adoptifs. L'affaire est portée en appel devant la Cour d'appel fédérale et devant notre Cour sur d'autres points, mais la conclusion concernant le caractère discriminatoire de la disposition n'a pas été contestée.

72 This unjustified distinction had in fact already been noted, specifically in relation to natural fathers, in the Boyer Report, at p. 9, which

Cette distinction injustifiée avait d'ailleurs déjà été notée, plus particulièrement à l'égard des pères naturels, dans le Rapport Boyer, p. 9, qui voyait

considered their exclusion to be the most obvious flaw. The question was also addressed in the *Report of the Commission of Inquiry on Unemployment Insurance* (1986) (Forget Report), at p. 123, in which the exclusion was characterized as "surprising".

I see no reason why parental benefits should be characterized differently from maternity benefits. In both cases, the benefits relate to the function of the reproduction of society. The status of adoptive parent carries with it all the rights and obligations of a natural parent. All parents have equal obligations. At a time when society is stressing the responsibility of both parents, they cannot be treated unequally. Such an approach would be anachronistic. Because of the discrimination that would occur if benefits were not paid to both natural parents and adoptive parents, parental benefits must be permitted. The inclusion of this type of benefits in the unemployment insurance plan is an extension of the plan that is made necessary by the equality rights that are also an integral part of our Constitution.

As in the case of maternity benefits, the right of claimants to take time off work is governed not by the EIA, but by provincial legislation: *Act respecting labour standards*, s. 81.10.

I therefore find that parental benefits, like maternity benefits, are in pith and substance a mechanism for providing replacement income when an interruption of employment occurs as a result of the birth or arrival of a child, and that it can be concluded from their pith and substance that Parliament may rely on the jurisdiction assigned to it under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*.

3. Conclusion

The evolution of the scope of a constitutional head of power cannot result in encroachment on a power assigned to another level of government. A

dans l'exclusion de ceux-ci la lacune la plus évidente. Le *Rapport de la Commission d'enquête sur l'assurance-chômage* (1986) (Rapport Forget), p. 132, a aussi examiné la question et a qualifié cette exclusion d'étonnante.

Je ne vois pas de raison pour laquelle les prestations parentales seraient caractérisées de façon différente des prestations de maternité. Dans les deux cas, elles sont liées à la fonction de reproduction de la société. Le statut de parent adoptif confère tous les droits et obligations du parent naturel. Tous les parents ont des obligations égales. À une époque où la société met l'accent sur la responsabilisation des deux parents, ils ne peuvent être traités de façon inégale. Une telle vision serait anachronique. En raison de la discrimination qui découlerait de l'absence de prestations pour les parents naturels et les parents adoptifs, les prestations parentales doivent être permises. L'inclusion de ce type de prestations dans le régime d'assurance-chômage constitue une extension nécessaire du régime, ce qui permet de respecter les droits à l'égalité, partie intégrante de notre Constitution.

Tout comme pour les prestations de maternité, le droit des prestataires de s'absenter de leur travail n'est pas régi par la LAE, mais par des dispositions provinciales : *Loi sur les normes du travail*, art. 81.10.

J'estime donc que les prestations parentales, tout comme les prestations de maternité, ont comme caractère véritable de pourvoir au remplacement du revenu à l'occasion d'une interruption d'emploi due à la naissance ou à l'arrivée d'un enfant et que ce caractère véritable permet de conclure que le Parlement peut se fonder sur la compétence qui lui est conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

3. Conclusion

L'évolution de la portée d'une rubrique de compétence constitutionnelle ne peut engendrer un empiètement sur un champ conféré à un autre ordre

73

74

75

76

review of the historical and legal contexts makes it possible to identify the essential characteristics onto which new realities can be grafted.

de gouvernement. La prise en considération des contextes historique et juridique permet de dégager les caractéristiques essentielles sur lesquelles peuvent se greffer les réalités nouvelles.

77

The evolution of the role of women in the labour market and of the role of fathers in child care are two social factors that have had an undeniable economic impact on individuals who are active participants in the labour market. A generous interpretation of the provisions of the Constitution permits social change to be taken into account. The provincial legislatures have jurisdiction over social programs, but Parliament also has the power to provide income replacement benefits to parents who must take time off work to give birth to or care for children. The provision of income replacement benefits during maternity leave and parental leave does not trench on the provincial jurisdiction over property and civil rights and may validly be included in the EIA.

L'évolution du rôle des femmes sur le marché du travail et celle du rôle du père dans le soin des enfants sont deux facteurs sociaux qui ont un impact économique indéniable sur les personnes actives sur le marché du travail. L'interprétation généreuse des termes de la Constitution permet de prendre en considération ces changements sociaux. Les législatures provinciales ont compétence pour régir les programmes sociaux, mais le Parlement a aussi compétence pour permettre aux parents qui doivent s'absenter du travail de bénéficier de prestations de remplacement du revenu pour l'accouchement ou le soin des enfants. Les prestations de remplacement du revenu pendant le congé de maternité et le congé parental n'empiètent pas sur la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils et peuvent valablement être intégrées à la LAE.

78

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, with costs, and answer the constitutional questions as follows:

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel, le tout avec dépens, et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

Question 1: Does s. 22 of the *Employment Insurance Act* encroach upon provincial legislative competence and, more particularly, provincial legislative competence over property and civil rights and matters of a merely local or private nature under ss. 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*?

Question 1 : L'article 22 de la *Loi sur l'assurance-emploi* empiète-t-il sur la compétence des provinces, plus particulièrement la compétence relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Answer: No.

Réponse : Non.

Question 2: Does s. 23 of the *Employment Insurance Act* encroach upon provincial legislative competence and, more particularly, provincial legislative competence over property and civil rights and matters of a merely local or private nature under ss. 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*?

Question 2 : L'article 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi* empiète-t-il sur la compétence des provinces, plus particulièrement la compétence relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Answer: No.

Réponse : Non.

Question 3: Is s. 22 of the *Employment Insurance Act ultra vires* the Parliament of Canada and, more particularly, does it exceed the Parliament of Canada's legislative competence over unemployment insurance under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

Question 4: Is s. 23 of the *Employment Insurance Act ultra vires* the Parliament of Canada and, more particularly, does it exceed the Parliament of Canada's legislative competence over unemployment insurance under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

APPENDIX

Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, as it read at the time of the reference:

22. (1) [Pregnancy] Notwithstanding section 18, but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant who proves her pregnancy.

(2) [Weeks for which benefits may be paid] Subject to section 12, benefits are payable to a major attachment claimant under this section for each week of unemployment in the period

(a) that begins the earlier of

- (i) eight weeks before the week in which her confinement is expected, and
- (ii) the week in which her confinement occurs; and

(b) that ends 17 weeks after the later of

- (i) the week in which her confinement is expected, and
- (ii) the week in which her confinement occurs.

(3) [Limitation] When benefits are payable to a claimant for unemployment caused by pregnancy and any allowances, money or other benefits are payable to the claimant for that pregnancy under a provincial law, the benefits payable to the claimant

Question 3 : L'article 22 de la *Loi sur l'assurance-emploi* excède-t-il la compétence du Parlement du Canada, plus particulièrement la compétence relative à l'assurance-chômage en vertu du paragraphe 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

Question 4 : L'article 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi* excède-t-il la compétence du Parlement du Canada, plus particulièrement la compétence relative à l'assurance-chômage en vertu du paragraphe 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

ANNEXE

Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, telle qu'elle se lisait à l'époque du renvoi :

22. (1) [Grossesse] Malgré l'article 18 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à la prestataire de la première catégorie qui fait la preuve de sa grossesse.

(2) [Semaines pour lesquelles des prestations peuvent être payées] Sous réserve de l'article 12, les prestations prévues au présent article sont payables à une prestataire de la première catégorie pour chaque semaine de chômage comprise dans la période qui :

a) commence :

- (i) soit huit semaines avant la semaine présumée de son accouchement,
- (ii) soit, si elle est antérieure, la semaine de son accouchement;

b) se termine dix-sept semaines après :

- (i) soit la semaine présumée de son accouchement,
- (ii) soit, si elle est postérieure, la semaine de son accouchement.

(3) [Restrictions] Lorsque des prestations sont payables à une prestataire en raison de chômage causé par sa grossesse et que des allocations, prestations ou autres sommes lui sont payables pour cette grossesse en vertu d'une loi provinciale, les prestations qui lui sont

under this Act shall be reduced or eliminated as prescribed.

(4) [Application of section 18] For the purposes of section 13, the provisions of section 18 do not apply to the two week period that immediately precedes the period described in subsection (2).

(5) [Earnings deducted] If benefits are payable under this section to a major attachment claimant who receives earnings for a period that falls in a week in the period described in subsection (2), the provisions of subsection 19(2) do not apply and, subject to subsection 19(3), all those earnings shall be deducted from the benefits paid for that week.

(6) [Extension of period] If a child who is born of the claimant's pregnancy is hospitalized, the period during which benefits are payable under subsection (2) shall be extended by the number of weeks during which the child is hospitalized.

(7) [Limitation] The extended period shall end no later than 52 weeks after the week of confinement.

23. (1) [Parental benefits] Notwithstanding section 18, but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant to care for one or more newborn children of the claimant or one or more children placed with the claimant for the purpose of adoption under the laws governing adoption in the province in which the claimant resides.

(2) [Weeks for which benefits may be paid] Subject to section 12, benefits under this section are payable for each week of unemployment in the period

(a) that begins with the week in which the child or children of the claimant are born or the child or children are actually placed with the claimant for the purpose of adoption; and

(b) that ends 52 weeks after the week in which the child or children of the claimant are born or the child or children are actually placed with the claimant for the purpose of adoption.

(3) [Repealed, S.C. 2000, c. 14, s. 4]

(4) [Division of weeks of benefits] If two major attachment claimants are caring for a child referred to in subsection (1), weeks of benefits payable under this section may be divided between the major attachment claimants.

payables en vertu de la présente loi sont réduites ou supprimées tel qu'il est prévu par règlement.

(4) [Application de l'article 18] Pour l'application de l'article 13, l'article 18 ne s'applique pas à la période de deux semaines qui précède la période visée au paragraphe (2).

(5) [Rémunération à déduire] Si des prestations sont payables à une prestataire de la première catégorie en vertu du présent article et que celle-ci reçoit une rémunération pour une période tombant dans une semaine comprise dans la période visée au paragraphe (2), le paragraphe 19(2) ne s'applique pas et, sous réserve du paragraphe 19(3), cette rémunération est déduite des prestations afférentes à cette semaine.

(6) [Prolongation de la période] La période durant laquelle des prestations sont payables en vertu du paragraphe (2) est prolongée du nombre de semaines d'hospitalisation de l'enfant dont la naissance est à l'origine du versement des prestations.

(7) [Restriction] La période prolongée en vertu du paragraphe (6) ne peut excéder les cinquante-deux semaines qui suivent la semaine de l'accouchement.

23. (1) [Prestations parentales] Malgré l'article 18 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à un prestataire de la première catégorie qui veut prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d'un ou plusieurs enfants placés chez lui en vue de leur adoption en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside.

(2) [Semaines pour lesquelles des prestations peuvent être payées] Sous réserve de l'article 12, les prestations visées au présent article sont payables pour chaque semaine de chômage comprise dans la période qui :

a) commence la semaine de la naissance de l'enfant ou des enfants du prestataire ou celle au cours de laquelle le ou les enfants sont réellement placés chez le prestataire en vue de leur adoption;

b) se termine cinquante-deux semaines après la semaine de la naissance de l'enfant ou des enfants du prestataire ou celle au cours de laquelle le ou les enfants sont ainsi placés.

(3) [Abrogé L.C. 2000, ch. 14, art. 4]

(4) [Paiement aux deux prestataires de la première catégorie] Lorsque deux prestataires de la première catégorie prennent soin d'un enfant visé au paragraphe (1), les semaines de prestations payables en vertu du présent article peuvent être partagées entre eux.

(5) [Deferral of waiting period] A major attachment claimant who makes a claim for benefits under this section may have his or her waiting period deferred until he or she makes another claim for benefits in the same benefit period, otherwise than under section 22 or this section, if

(a) the claimant has already made a claim for benefits under section 22 or this section in respect of the same child and has served the waiting period;

(b) another major attachment claimant has made a claim for benefits under section 22 or this section in respect of the same child and that other claimant has served or is serving his or her waiting period;

(c) another major attachment claimant is making a claim for benefits under section 22 or this section in respect of the same child at the same time as the claimant and that other claimant elects to serve the waiting period; or

(d) the claimant or another major attachment claimant meets the prescribed requirements.

Appeal allowed with costs.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

(5) [Report du délai de carence] Le prestataire de la première catégorie qui présente une demande de prestations au titre du présent article peut faire reporter l'obligation de purger son délai de carence à toute autre demande de prestations éventuellement présentée au cours de la même période de prestations et qui ne viserait pas des prestations prévues à l'article 22 ou au présent article si, selon le cas :

a) il a déjà présenté une demande de prestations au titre de l'article 22 ou du présent article relativement au même enfant et a purgé son délai de carence;

b) un autre prestataire de la première catégorie a présenté une demande de prestations au titre de l'article 22 ou du présent article relativement au même enfant et est en train de purger ou a déjà purgé son délai de carence;

c) un autre prestataire de la première catégorie présente une telle demande relativement au même enfant au même moment que lui et choisit de purger son délai de carence;

d) lui-même ou un autre prestataire de la première catégorie répond aux exigences prévues par règlement.

Pourvoi accueilli avec dépens.

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

Procureur de l'intimé : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

David Hilewitz *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

Dirk de Jong *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

Canadian Association for Community Living and Ethno-Racial People with Disabilities Coalition of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: HILEWITZ v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION); DE JONG v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

Neutral citation: 2005 SCC 57.

File Nos.: 30125, 30127.

2005: February 8; 2005: October 21.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Excessive demands on social services — Applicants qualified to be admitted to Canada under “investor” and “self-employed” classes — Applications for admission denied because dependant child’s admission found to be reasonably expected to cause excessive demands on social services — Whether applicants’ financial resources should be considered

David Hilewitz *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration *Intimé*

et

Dirk de Jong *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration *Intimé*

et

Association canadienne pour l’intégration communautaire et Ethno-Racial People with Disabilities Coalition of Ontario *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : HILEWITZ c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION); DE JONG c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION)

Référence neutre : 2005 CSC 57.

N^{os} du greffe : 30125, 30127.

2005 : 8 février; 2005 : 21 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Fardeau excessif pour les services sociaux — Demandeurs admissibles au Canada dans les catégories « investisseur » et « travailleurs autonome » — Rejet des demandes pour le motif que l’admission d’un enfant à charge risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux — Les ressources financières des demandeurs doivent-elles être

when determining if admission of disabled children might reasonably be expected to cause excessive demands on social services — *Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii)*.

H and J both applied for permanent residence in their name and in that of their families', respectively under the "investor" and "self-employed" classes set out in the *Immigration Act*. These categories require that applicants have substantial financial resources to qualify. Both qualified, but were denied admission because the intellectual disability of a dependent child "would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on . . . social services" in Canada (s. 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*). On judicial review, the judge in H's case set aside the visa officer's decision, holding that financial circumstances were relevant in determining whether the admission of H's son to Canada would cause excessive demands on social services. In J's case, a different judge upheld the visa officer's decision, concluding that the willingness of J to pay for private schooling for his daughter was irrelevant in determining medical inadmissibility under s. 19(1)(a)(ii) of the Act. The Federal Court of Appeal restored the visa officer's decision in H's case and dismissed J's appeal. The court held that non-medical factors, such as the availability of family support and the ability and willingness to pay, were not relevant considerations.

Held (LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeals should be allowed. The applications are referred to the Minister of Citizenship and Immigration for reconsideration and redetermination by different visa officers.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Fish, Abella and Charron JJ.: The personal circumstances of the families of disabled dependants are relevant factors in a s. 19(1)(a)(ii) assessment of their anticipated impact on social services. The "investor" and "self-employed" categories under which H and J were qualified for admission to Canada are, to a large extent, concerned with an individual's assets. It seems somewhat incongruous to interpret the *Immigration Act* in such a way that the very assets that qualify these individuals for admission to Canada can simultaneously be ignored in determining the admissibility of their disabled children. Moreover, a review of the more recent legislative history indicates a legislative intention to shift from an approach based on categorical exclusion,

prises en compte pour décider si l'admission d'enfants handicapés risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux? — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)(a)(ii).

H et J ont présenté en leur nom et au nom de leur famille une demande de résidence permanente, respectivement dans la catégorie des « investisseurs » et dans celle des « travailleurs autonomes » établies par la *Loi sur l'immigration*. Les demandeurs appartenant à ces catégories doivent disposer de ressources financières importantes pour être admissibles. H et J étaient tous deux admissibles, mais ils se sont vu refuser l'admission au motif que la déficience intellectuelle d'un enfant à charge « entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux » au Canada (sous-al. 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*). Lors du contrôle judiciaire, le juge a annulé la décision de l'agente des visas dans le cas de H, concluant que la situation financière de celui-ci était un facteur pertinent pour déterminer si l'admission de son fils au Canada entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux. Dans le cas de J, un juge différent a maintenu la décision de l'agent des visas, concluant que la volonté de la famille de J de payer des études à l'école privée pour sa fille n'était pas un élément pertinent pour décider de la non-admissibilité pour raisons médicales au regard du sous-al. 19(1)(a)(ii) de la Loi. La Cour d'appel fédérale a rétabli la décision de l'agente des visas dans le cas de H et rejeté l'appel formé par J. La Cour d'appel a jugé que des critères non médicaux, tels que le soutien familial ainsi que la capacité et la volonté de la famille de payer, n'étaient pas pertinents.

Arrêt (les juges LeBel et Deschamps sont dissidents) : Les pourvois sont accueillis. Les demandes sont renvoyées au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration pour réexamen et nouvelle décision par d'autres agents des visas.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, Fish, Abella et Charron : La situation des familles des personnes à charge handicapées est un critère pertinent pour l'appréciation, en vertu du sous-al. 19(1)(a)(ii), de l'incidence prévue de l'admission de ces personnes sur les services sociaux. La catégorie des « investisseurs » et celle des « travailleurs autonomes » — en vertu desquelles H et J étaient admissibles au Canada — reposent, dans une large mesure, sur les avoirs d'une personne. Il semble quelque peu incongru d'interpréter la *Loi sur l'immigration* de façon telle que les mêmes avoirs qui, d'une part, permettent aux investisseurs et aux travailleurs autonomes de se faire admettre au Canada, puissent, d'autre part, ne pas être pris en considération lorsqu'il s'agit de décider de

such as intellectual disability, to one calling for individualized assessments. [39-40] [53]

Section 19(1)(a)(ii) calls for an assessment of whether an applicant's health would cause, or might reasonably be expected to cause excessive demands on Canada's social services. The term "excessive demands" is inherently evaluative and comparative, and shows that medical officers must assess likely demands on social services, not mere eligibility for them. Since, without consideration of an applicant's ability and intention to pay for social services, it is impossible to determine realistically what "demands" will be made, medical officers must necessarily take into account both medical and non-medical factors. This requires individualized assessments. If medical officers consider the need for potential services based only on the classification of the impairment rather than on its particular manifestation, the assessment becomes generic rather than individual. It is an approach which attaches a cost assessment to the disability rather than to the individual. The clear legislative threshold is reasonable probability, not remote possibility. It should be more likely than not, based on a family's circumstances, that the contingencies will materialize. The same analysis is applicable to the new *Immigration and Refugee Protection Act*. [54-56] [58-59]

Accordingly, H and J's ability and willingness to attenuate the burden on the public purse that would otherwise be created by their intellectually disabled children are relevant factors in determining whether those children would reasonably be expected to cause excessive demands on Canada's social services. Given their financial resources, H and J would likely be required to contribute substantially, if not entirely, to any costs for social services provided by the province of Ontario, where they wish to settle. The fears articulated in the rejections of the applications, such as possible bankruptcy, mobility, school closure or parental death, represent contingencies that could be raised in relation to any applicant. Using such contingencies to negate a family's genuine ability and willingness to absorb some of the burdens created by a child's disabilities anchors an applicant's admissibility to conjecture, not reality. In both cases, the visa officers erred by confirming the medical officers' refusal to account for the potential impact of the families' willingness to assist. Moreover, their

l'admissibilité de leurs enfants handicapés. En outre, l'examen des lois plus récentes indique, chez le législateur, l'intention de passer d'une politique d'exclusion basée sur des catégories, par exemple la déficience intellectuelle, à une politique requérant des évaluations individualisées. [39-40] [53]

Le sous-alinéa 19(1)(a)(ii) exige qu'on détermine si l'état de santé du demandeur entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. Le terme « fardeau excessif » appelle intrinsèquement à l'évaluation et à la comparaison et indique que les médecins agréés doivent déterminer le fardeau probable pour les services sociaux, et non la simple admissibilité à ces services. Étant donné que, si l'on ne considère pas la capacité et la volonté du demandeur d'assumer le coût des services sociaux, il est impossible de déterminer d'une manière réaliste en quoi consistera le « fardeau », les médecins agréés doivent nécessairement tenir compte de critères médicaux et non médicaux. Cela exige des appréciations individualisées. Si le médecin agréé s'interroge sur les services susceptibles d'être requis en se fondant uniquement sur la classification de la maladie ou de l'invalidité, et non sur la façon précise dont elle se manifeste, l'appréciation devient générique plutôt qu'individuelle. L'évaluation des coûts est alors faite en fonction de la déficience plutôt qu'en fonction de l'individu. Le critère législatif est clair et correspond à une probabilité raisonnable, non à une faible possibilité. Il doit être probable, eu égard à la situation financière de la famille, que les éventualités envisagées se réaliseront. La même analyse vaut pour la nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. [54-56] [58-59]

Par conséquent, la capacité et la volonté de H et de J de réduire le fardeau autrement susceptible d'être occasionné pour les fonds publics par la déficience intellectuelle de leurs enfants sont des éléments pertinents pour déterminer si l'admission de ces enfants risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. Vu leurs ressources financières, H et J seraient vraisemblablement appelés à supporter une part substantielle, voire la totalité, des coûts afférents aux services sociaux fournis par la province d'Ontario, où ils souhaitent s'établir. Les craintes exposées dans le rejet des demandes quant à diverses possibilités (faillite, déménagement, fermeture d'école ou décès des parents) sont des éventualités qui pourraient être soulevées à l'égard de tout demandeur. En invoquant de telles éventualités pour nier la capacité et la volonté réelles d'une famille de supporter une partie du fardeau occasionné par la déficience d'un enfant, on se trouve à rattacher l'admissibilité d'un demandeur à des conjectures et non à la réalité. Dans les deux cas, les agents des visas ont

failure to read the families' responses to the "fairness letters" sent to them meant that their decisions were not based on all the relevant available information. [57] [61] [68-70]

Per LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): The wealth of an applicant is not a factor to be considered by medical officers under s. 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*. To adopt an overly expansive view of s. 19(1)(a)(ii) would run counter to the text, history and purpose of the legislation and is inconsistent with the scheme of Part III of the Act, which concerns exclusion from entry into Canada. [76] [85]

A plain reading of the words of the provision suggests that the determination of excessive demands is made by reference to the nature, severity and probable duration of the medical condition itself. Rather than exclude persons on the basis of the condition alone, Parliament intended the medical officer to look at how the condition affects the individual. This does not, however, mean looking at criteria that have nothing to do with the medical condition. If Parliament had wanted to direct medical officers to consider family support or wealth, it had ample opportunity to do so when revising the rules in 1976. The subsequent statute, regulations and internal guidelines all point to the applicant's medical condition alone and not to his or her wealth. Moreover, the fact that Parliament expressly considered whether family support was relevant to excessive demands assessments and chose not to include it in the *Immigration Act* and the regulations strongly suggests that Parliament did not intend wealth to be a relevant factor. Lastly, while many of the predecessors to s. 19(1)(a)(ii) specifically provided that family support and wealth were relevant to the question of admissibility, no such provision is made in s. 19(1)(a)(ii). [90-91] [95-97] [104]

The process established by the regulations and guidelines reflects an attempt to integrate as many objective factors as possible into the assessment in order to ensure that all applicants receive fair and equal treatment. To add to the medical officers' responsibilities

commis une erreur en confirmant le refus des médecins agréés de prendre en considération l'incidence possible de la volonté des familles d'apporter leur soutien. En outre, leurs décisions n'étaient pas fondées sur la totalité de l'information disponible, vu leur refus de lire les réponses des familles aux lettres requises par l'équité qu'on avait fait parvenir à celles-ci. [57] [61] [68-70]

Les juges LeBel et Deschamps (dissidents) : La capacité de payer d'un demandeur n'est pas un facteur qui peut être pris en considération par les médecins agréés pour l'application du sous-al. 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*. Adopter une interprétation exagérément large du sous-al. 19(1)(a)(ii) irait à l'encontre de son libellé, de l'histoire et de l'objectif de la législation et serait incompatible avec l'économie de la partie III de la Loi, qui concerne les personnes non admissibles au Canada. [76] [85]

À la simple lecture de cette disposition, il semble que l'existence d'un fardeau excessif doit être déterminée en fonction de la nature, de la gravité et de la durée probable de la maladie ou de l'invalidité elle-même. L'intention du législateur était que le médecin agréé se demande de quelle manière la maladie ou l'invalidité affecte la personne atteinte, au lieu d'exclure cette dernière du seul fait de cette maladie ou invalidité. Mais cela ne veut pas dire appliquer des critères qui n'ont rien à voir avec l'état de santé de l'intéressé. Si le législateur avait voulu prescrire aux médecins agréés de tenir compte du soutien familial ou de la capacité de payer, il aurait eu amplement l'occasion de le faire lorsqu'il a modifié les règles applicables en 1976. Tant la loi subséquente que les dispositions réglementaires et les directives internes semblent indiquer que seul doit être pris en considération l'état de santé du demandeur, et non sa capacité de payer. Qui plus est, le fait que le législateur se soit expressément demandé si le soutien familial était pertinent pour la détermination du fardeau excessif, et ait décidé de ne pas inclure ce facteur dans la *Loi sur l'immigration* ou les règlements donne fortement à penser qu'il ne voulait pas que la capacité de payer soit considérée comme un facteur pertinent. Enfin, bien que plusieurs des dispositions qui ont précédé le sous-al. 19(1)(a)(ii) aient précisé expressément que le soutien familial et la capacité de payer étaient des facteurs pertinents à l'égard de la question de l'admissibilité, rien de tel n'est prévu au sous-al. 19(1)(a)(ii). [90-91] [95-97] [104]

La procédure établie par le règlement et les directives montre qu'on a voulu inclure dans l'évaluation le plus grand nombre possible d'éléments objectifs afin de garantir que tous les demandeurs soient traités également et équitablement. Si l'on devait ajouter aux

the burden of inquiring into the ability and desire of the applicant's family and community to provide financial and other support would render their task even more difficult. The more a medical officer's analysis is tied to highly subjective non-medical factors, the more likely it is that the medical officer will be drawn into assessments outside his or her area of expertise. Such an approach may produce inconsistent results for similarly situated applicants and thwart efforts to treat all applicants equally, and would result in longer delays. Finally, without the ability to enforce the promise to pay for social services, there is no way to ensure that the family will in fact mitigate the excessive demands placed on public funding. [103] [109] [111-112]

Although it may seem incongruous to admit investors, entrepreneurs and self-employed persons on the basis of their financial means and then ignore those same assets when making a determination of excessive demands, this is what Parliament has done. It has chosen to use criteria for the decision on medical inadmissibility that are distinct from those used for the selection as business or economic applicants. Business or economic applicants are evaluated on the basis of their potential contribution to Canada; however, in order to avoid undermining their potential contribution, these applicants must not fall into an inadmissible class of persons. The applicants can still be admitted on the basis of their wealth, but this is left to the discretion of the Minister who can issue a permit despite the medical inadmissibility. The Minister is in a better position to determine whether the special circumstances of a case warrant a departure from the rules. This also ensures that, because of their potential burden on Canadian health and social services, these exceptional cases are decided by a single authority. [105]

In this case, the medical officers considered all the appropriate factors and correctly concluded on a balance of probabilities that the admission of the applicants would create excessive demands on social services. [120-121]

Cases Cited

By Abella J.

Approved: *Poste v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 140 F.T.R. 126; *Wong v.*

responsabilités des médecins agréés l'obligation de vérifier la capacité et la volonté de la famille et de la communauté du demandeur d'assurer un soutien financier ou autre, on rendrait leur tâche encore plus difficile. Plus l'analyse est liée à des facteurs non médicaux très subjectifs, plus il est probable que les médecins agréés seront amenés à faire des évaluations hors de leur domaine d'expertise. On risque alors d'aboutir à des conclusions différentes à l'égard de demandeurs dont la situation est similaire, ce qui contrecarrerait les efforts faits pour que tous les demandeurs soient traités également, et demanderait davantage de temps. Enfin, sans la possibilité de faire respecter par le recours aux tribunaux la promesse de payer les services sociaux, il n'y a aucun moyen de s'assurer que la famille cherchera effectivement à atténuer tout fardeau excessif pour les finances publiques. [103] [109] [111-112]

Bien qu'il puisse sembler illogique d'admettre des investisseurs, des entrepreneurs et des travailleurs autonomes en fonction de leurs ressources financières mais de ne pas tenir compte de ces mêmes ressources lorsque vient le moment de se prononcer sur le risque que l'intéressé constitue un fardeau excessif, c'est ce que le législateur a fait. Il a décidé d'utiliser des critères distincts pour la décision concernant la non-admissibilité pour raisons médicales et pour la sélection comme gens d'affaires ou immigrants économiques. Ces demandeurs sont évalués en fonction de leur apport potentiel au Canada; toutefois, afin d'éviter que cet apport potentiel ne soit compromis, ces demandeurs ne doivent pas appartenir à l'une des catégories de personnes non admissibles. Ils peuvent néanmoins être admis en raison de leur capacité de payer, mais cette décision relève alors du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre, qui peut délivrer un permis malgré la non-admissibilité pour raisons médicales. Le ministre est mieux placé pour déterminer si les circonstances particulières d'un cas justifient une dérogation aux règles. Cette façon de faire permet également de faire en sorte que, vu le fardeau potentiel qu'ils pourraient entraîner pour les services sociaux et de santé canadiens, ces cas exceptionnels soient tranchés par une seule instance. [105]

En l'espèce, les médecins agréés ont tenu compte de tous les éléments pertinents et ont à juste titre conclu, suivant la prépondérance des probabilités, que l'admission des demandeurs entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux. [120-121]

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts approuvés : *Poste c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1805

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1998), 141 F.T.R. 62; *Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 220 F.T.R. 137, 2002 FCT 625; *Simmons v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 221 F.T.R. 303, 2002 FCT 866; *Karmali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 230 F.T.R. 140, 2003 FCT 358; **referred to:** *Gao v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1993), 14 Admin. L.R. (2d) 233; *Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 301, 2002 FCA 271; *Hiramen v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 65 N.R. 67; *Badwal v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 64 D.L.R. (4th) 561.

By Deschamps J. (dissenting)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139; *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Fei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 F.C. 274.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Emigrants and Quarantine, C.S.C. 1859, c. 40, s. 10(2).
Act respecting Immigration and Immigrants, S.C. 1869, c. 10.
Act to amend the Immigration Act, S.C. 1919, c. 25, s. 3.
Developmental Services Act, R.S.O. 1990, c. D.11.
Immigration Act, R.S.C. 1886, c. 65.
Immigration Act, R.S.C. 1906, c. 93, s. 26.
Immigration Act, R.S.C. 1927, c. 93, s. 3.
Immigration Act, R.S.C. 1952, c. 325.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 3(a), (b), (c), (g), (h), (i), 5(2), 6(2), (4), (5), 9(2), (4), 11(1), 19(1)(a), (b), 27(1)(b), (3), (4), 37(1), 118.
Immigration Act, S.C. 1910, c. 27, s. 3.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(b), (c), (d), 3(2), 38(1).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 34.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 2(1), 4, 5, 6, 6.11 [ad. SOR/93-412, s. 3], 7, 8(1)(b), (c), 8(4), 9(1), 22, 23(1), 23.1 [ad. SOR/93-44, s. 17].

(QL); *Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 24 (QL); *Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] A.C.F. n° 980 (QL), 2002 CFPI 625; *Simmons c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] A.C.F. n° 1155 (QL), 2002 CFPI 866; *Karmali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] A.C.F. n° 507 (QL), 2003 CFPI 358; **arrêts mentionnés :** *Gao c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 114 (QL); *Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 301, 2002 CAF 271; *Hiramen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 74 (QL); *Badwal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] A.C.F. n° 1022 (QL).

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1127 (QL); *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Fei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 C.F. 274.

Lois et règlements cités

Acte concernant les émigrés et la quarantaine, S.R.C. 1859, ch. 40, art. 10(2).
Acte d'immigration, S.R.C. 1886, ch. 65.
Acte relatif à l'immigration et aux immigrants, S.C. 1869, ch. 10.
Loi de l'immigration, S.C. 1910, ch. 27, art. 3.
Loi de l'immigration, S.R.C. 1906, ch. 93, art. 26.
Loi de l'immigration, S.R.C. 1927, ch. 93, art. 3.
Loi modifiant la Loi sur l'immigration, S.C. 1919, ch. 25, art. 3.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 3a), b), c), g), h), i), 5(2), 6(2), (4), (5), 9(2), (4), 11(1), 19(1)a), b), 27(1)b), (3), (4), 37(1), 118.
Loi sur l'immigration, S.R.C. 1952, ch. 325.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)b), c), d), 3(2), 38(1).
Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle, L.R.O. 1990, ch. D.11.
Règlements sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1), 4, 5, 6, 6.11 [aj. DORS/93-412, art. 3], 7, 8(1)b), c), 8(4), 9(1), 22, 23(1), 23.1 [aj. DORS/93-44, art. 17].

R.R.O. 1990, Reg. 272 (*Developmental Services Act*), ss. 15, 16.

Authors Cited

- Canada. Department of Manpower and Immigration. *White Paper on Immigration*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
- Canada. Health and Welfare. Medical Services Branch. *Medical Officer's Handbook: Immigration Medical Service*, Section III, "Assessing System and Method". Ottawa: Health and Welfare Canada, 1992 (loose-leaf amended October 1995).
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 11, April 5, 1977, pp. 11A:42 to 11A:43.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 42, June 28, 1977, p. 42:76.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Kelley, Ninette, and Michael Trebilcock. *The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 1998.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Linden, Evans and Malone J.J.A.), [2004] 1 F.C.R. 696, 234 D.L.R. (4th) 439, 312 N.R. 201, 9 Admin. L.R. (4th) 79, 245 F.T.R. 319, [2003] F.C.J. No. 1677 (QL), 2003 FCA 420, setting aside a decision of Gibson J., [2003] 2 F.C. 3, 221 F.T.R. 213, 26 Imm. L.R. (3d) 23, [2002] F.C.J. No. 1121 (QL), 2002 FCT 844. Appeal allowed, LeBel and Deschamps J.J. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Linden, Evans and Malone J.J.A.) (2003), 315 N.R. 59, 36 Imm. L.R. (3d) 174, 245 F.T.R. 320, [2003] F.C.J. No. 1679 (QL), 2003 FCA 422, affirming a decision of Pinard J. (2002), 224 F.T.R. 151, 26 Imm. L.R. (3d) 42, [2002] F.C.J. No. 1573 (QL), 2002 FCT 1165. Appeal allowed, LeBel and Deschamps J.J. dissenting.

Cecil L. Rotenberg, Q.C., Andrew Z. Wlodyka, Nicholas McHaffie, Howard Greenberg, Inna

Règlements sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 34.

R.R.O. 1990, Règl. 272 (*Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle*), art. 15, 16.

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, fascicule n° 11, 5 avril 1977, p. 11A : 105 à 11A : 107.
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, fascicule n° 42, 28 juin 1977, p. 42 : 76.
- Canada. Ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration. *Livre blanc sur l'immigration*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.
- Canada. Santé et Bien-être social. Direction générale des services médicaux. *Guide du médecin : Service médical de l'immigration*, Section III, « Système et méthode d'évaluation ». Ottawa : Santé et Bien-être social Canada, 1992 (feuilles mobiles).
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Kelley, Ninette, and Michael Trebilcock. *The Making of the Mosaic : A History of Canadian Immigration Policy*. Toronto : University of Toronto Press, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Linden, Evans et Malone), [2004] 1 R.C.F. 696, 234 D.L.R. (4th) 439, 312 N.R. 201, 9 Admin. L.R. (4th) 79, 245 F.T.R. 319, [2003] A.C.F. n° 1677 (QL), 2003 CAF 420, qui a infirmé un jugement du juge Gibson, [2003] 2 C.F. 3, 221 F.T.R. 213, 26 Imm. L.R. (3d) 23, [2002] A.C.F. n° 1121 (QL), 2002 CFPI 844. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Deschamps sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Linden, Evans et Malone) (2003), 315 N.R. 59, 36 Imm. L.R. (3d) 174, 245 F.T.R. 320, [2003] A.C.F. n° 1679 (QL), 2003 CAF 422, qui a confirmé un jugement du juge Pinard (2002), 224 F.T.R. 151, 26 Imm. L.R. (3d) 42, [2002] A.C.F. n° 1573 (QL), 2002 CFPI 1165. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Deschamps sont dissidents.

Cecil L. Rotenberg, c.r., Andrew Z. Wlodyka, Nicholas McHaffie, Howard Greenberg, Inna

Kogan, Rachel Rotenberg and Mario D. Bellissimo,
for the appellants.

Urszula Kaczmarczyk and Michael H. Morris,
for the respondent.

Ena Chadha and Dianne Wintermute, for the
interveners.

The judgment of McLachlin C.J. and Major,
Bastarache, Binnie, Fish, Abella and Charron JJ.
was delivered by

ABELLA J. — These appeals involve the inter-
pretation of a provision of the *Immigration Act*,
R.S.C. 1985, c. I-2, denying admission to persons
who would cause “excessive demands” on Canadian
social services as a result of a health impairment.
David Hilewitz from South Africa and Dirk de
Jong from the Netherlands applied for permanent
residence under the “investor” and “self-employed”
classes set out in the legislation. These categories
require that applicants have substantial financial re-
sources to qualify.

Both Mr. Hilewitz and Mr. de Jong qualified.
Both applicants, however, were denied admission
by the Minister of Citizenship and Immigration be-
cause of the intellectual disability of a dependent
child.

The operative provision at the time the applica-
tions were refused was s. 19(1)(a)(ii) of the 1985
Immigration Act, since repealed and replaced by
a substantially similar provision, s. 38(1)(c) of the
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001,
c. 27. Section 19(1)(a)(ii) stated:

19. (1) No person shall be granted admission who is a
member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disor-
der, disability or other health impairment as a result
of the nature, severity or probable duration of which,
in the opinion of a medical officer concurred in by at
least one other medical officer,

Kogan, Rachel Rotenberg et Mario D. Bellissimo,
pour les appelants.

Urszula Kaczmarczyk et Michael H. Morris,
pour l'intimé.

Ena Chadha et Dianne Wintermute, pour les
intervenantes.

Version française du jugement de la juge en chef
McLachlin et des juges Major, Bastarache, Binnie,
Fish, Abella et Charron rendu par

LA JUGE ABELLA — Les présents pourvois por-
tent sur l'interprétation d'une disposition de la *Loi
sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, qui déclare
non admissibles les personnes dont l'admission en-
traînerait un « fardeau excessif » pour les services
sociaux canadiens en raison d'une maladie ou d'une
invalidité. David Hilewitz, d'Afrique du Sud, et Dirk
de Jong, des Pays-Bas, ont présenté une demande de
résidence permanente, respectivement dans la caté-
gorie des « investisseurs » et dans celle des « tra-
vailleurs autonomes » instituées dans la législation.
Les demandeurs appartenant à ces catégories doi-
vent disposer de ressources financières importantes
pour être admissibles.

MM. Hilewitz et de Jong étaient tous deux ad-
missibles. Ils se sont toutefois vu refuser l'admission
par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra-
tion à cause de la déficience intellectuelle d'un en-
fant à charge.

La disposition applicable lors du refus des de-
mandes était le sous-al. 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur
l'immigration* de 1985, lequel a depuis été abrogé et
remplacé par une disposition essentiellement analo-
gue, le par. 38(1) de la *Loi sur l'immigration et la
protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Le sous-
al. 19(1)(a)(ii) était rédigé ainsi :

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une
catégorie non admissible :

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invali-
dité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont
telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé
par au moins un autre médecin agréé, conclut :

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;

(ii) . . . que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé;

4 Although s. 19(1)(a)(ii) referred to the impact of an individual's disabilities on either health *or* social services, these appeals are restricted to social services.

Bien qu'il soit question, au sous-al. 19(1)(a)(ii), de l'incidence de la maladie ou de l'invalidité d'une personne sur les services de santé *ou* les services sociaux, les présents pourvois concernent uniquement les services sociaux.

5 Synoptically, the process followed in making the determinations at issue was the following. Pursuant to s. 11(1) of the *Immigration Act*, every applicant was required to undergo a special examination by a qualified medical officer (*Immigration Act*, ss. 9(4) and 11(1); *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 9(1)). The medical officer's opinion must be concurred in by at least one other medical officer (s. 19(1)(a)).

Voici, de façon schématique, de quelle façon étaient prises les décisions sur le « fardeau excessif ». En vertu du par. 11(1) de la *Loi sur l'immigration*, chaque demandeur était astreint à une visite médicale effectuée par un médecin agréé (*Loi sur l'immigration*, par. 9(4) et 11(1); *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, par. 9(1)). L'avis du médecin agréé devait être confirmé par au moins un autre médecin agréé (al. 19(1)a)).

6 After assessing an applicant's medical condition, the medical officers prepared a "medical notification" giving the visa officer their opinions along with the applicant's medical profile. The visa officer relied on this information to issue a decision on the applicant's admissibility. A visa would not be issued to the principal applicant if an accompanying dependant was found to be medically inadmissible.

Après avoir évalué l'état de santé du demandeur, les médecins agréés préparaient une « déclaration médicale » dans laquelle ils communiquaient à l'agent des visas leur opinion ainsi que le profil médical du demandeur. L'agent des visas se fondait sur ces renseignements pour rendre une décision relative à l'admissibilité du demandeur. On ne délivrait pas de visa au demandeur principal lorsqu'une personne à charge l'accompagnant était jugée non admissible pour des raisons médicales.

7 The issue in these appeals is whether the financial resources that otherwise qualified these two families for admission to this country could nonetheless be disregarded in assessing the impact of their children's disabilities on Canada's social services.

Il s'agit, dans les présents pourvois, de déterminer si les ressources financières qui justifiaient par ailleurs l'admission au pays de ces deux familles pouvaient néanmoins être écartées dans l'évaluation de l'incidence, sur les services sociaux canadiens, de la déficience de leurs enfants.

I. Background

I. Contexte

A. *The Hilewitz Family*

A. *La famille Hilewitz*

8 David Ralph Hilewitz, a citizen of South Africa, applied for permanent residence in Canada in 1999 under the "investor" category. He is a successful South African businessman. The "investor" category requires an applicant to have substantial business experience and a net worth of at least \$800,000. The applicant must also commit to making a

David Ralph Hilewitz, citoyen de l'Afrique du Sud, a présenté en 1999 une demande en vue d'obtenir la résidence permanente au Canada dans la catégorie des « investisseurs ». C'est un homme d'affaires prospère dans son pays. Pour relever de la catégorie des « investisseurs », le demandeur doit posséder une expérience importante de

significant financial investment in Canada (*Immigration Regulations, 1978*, s. 2(1)). Mr. Hilewitz satisfied these requirements.

In his application, Mr. Hilewitz included his dependent wife, Jean Susan Hilewitz, and two sons. Their younger son, Gavin Martin Hilewitz, was born in 1982 with intellectual disabilities. The family hoped to settle in the Toronto area.

While in South Africa, the Hilewitzes helped establish a private school for children with developmental disabilities, investing their own money and raising funds from others. They never resorted to publicly funded services for Gavin in South Africa, and expressed an intention to send him to a private school in Toronto.

On December 7, 1999, a medical officer, Dr. J. Larzarus, examined Gavin Hilewitz, who was then 17 years old, and issued a medical notification. The notification was concurred in by Dr. Jacques Saint-Germain, another medical officer. The notification outlined Gavin's intellectual disabilities and concluded that he was inadmissible under s. 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* because of his and his family's entitlement to social services:

This 17 year old dependent applicant has developmental delay and is functioning at the level of a child aged 8 years. He has delayed comprehension and reading skills as well as difficulty problem solving. He is easily distracted and impulsive. He is currently attending a special school for pupils with delayed scholastic ability.

If admitted to Canada, [Gavin] and his supporting family, where applicable, will be eligible for, and will likely require, a variety of social services such as further special education, continuous training to enhance his ability to carry out the activities of daily living and attain his full potential, respite care for parents, and ultimately vocational training. These requirements are

l'exploitation d'une entreprise et un avoir net d'au moins 800 000 \$. Il doit également s'engager à faire un investissement financier important au Canada (*Règlement sur l'immigration de 1978*, par. 2(1)). M. Hilewitz a satisfait à ces conditions.

Dans sa demande, M. Hilewitz a aussi inscrit, comme personnes à charge, son épouse, Jean Susan Hilewitz, et leurs deux fils. Le cadet, Gavin Martin Hilewitz, est né en 1982 avec une déficience intellectuelle. La famille espérait s'établir dans la région de Toronto.

Lorsqu'ils étaient en Afrique du Sud, les Hilewitz ont contribué à la fondation d'une école privée destinée aux enfants ayant une déficience développementale, à la fois en y investissant de leur argent et en collectant des fonds auprès d'autres personnes. Ils n'ont jamais eu recours aux services financés par l'État pour Gavin en Afrique du Sud, et ont exprimé l'intention de l'inscrire à une école privée de Toronto.

Le 7 décembre 1999, le Dr J. Larzarus, médecin agréé, a examiné Gavin Hilewitz, alors âgé de 17 ans, et a préparé une déclaration médicale. Cette déclaration était confirmée par le Dr Jacques Saint-Germain, un autre médecin agréé. Le médecin y décrivait la déficience intellectuelle de Gavin et concluait à sa non-admissibilité en vertu du sous-al. 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* parce que lui et sa famille auraient eu droit à des services sociaux :

[TRADUCTION] Ce demandeur de 17 ans, une personne à charge, est retardé sur le plan du développement et fonctionne au niveau d'un enfant de 8 ans. Il est en retard pour ce qui est de la compréhension et de la lecture et éprouve de la difficulté à résoudre des problèmes. Il est souvent distrait et impulsif. Il fréquente à l'heure actuelle une école spécialisée pour les élèves qui ont des difficultés d'apprentissage.

S'il est admis au Canada, [Gavin] et sa famille, le cas échéant, auront le droit d'utiliser, et utiliseront probablement, divers services sociaux comme des services d'éducation spécialisée, une formation permanente destinée à renforcer sa capacité d'exercer ses activités quotidiennes et à lui permettre d'atteindre son plein potentiel, des services de relève pour les parents et par la

9

10

11

far in excess of those of an average Canadian and will place an excessive demand on Canadian social services. [Emphasis added.]

suite, une formation technique. Ces besoins dépassent de beaucoup ceux d'un Canadien moyen et entraîneront un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé canadiens. [Je souligne.]

12 Subsequently, on December 9, 1999, Mr. Hilewitz had an interview with the visa officer, Virginia Hughes. They discussed Gavin's disability, the private school Mr. Hilewitz had founded for Gavin in South Africa and the arrangements made for Gavin's admission to a private school in Canada.

Plus tard, le 9 décembre 1999, l'agente des visas, Virginia Hughes, a rencontré M. Hilewitz en entrevue. Ils ont parlé de la déficience de Gavin, de l'école privée que M. Hilewitz avait fondée en Afrique du Sud pour Gavin et des arrangements pris en vue d'inscrire Gavin à une école privée au Canada.

13 Ms. Hughes found Mr. Hilewitz to be credible and felt that he would make a valuable contribution to Canada.

M^{me} Hughes a jugé que M. Hilewitz était crédible et pourrait fournir un apport significatif au Canada.

14 On March 22, 2000, pursuant to the requirements set out in *Gao v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 14 Admin. L.R. (2d) 233 (F.C.T.D.), Ms. Hughes sent Mr. Hilewitz what is known as a "fairness letter", advising him that questions had been raised regarding his application and giving him an opportunity to submit further relevant evidence before a final decision was made. Citing the medical notification of Dr. Larzarus, Ms. Hughes warned that since the admission of his son could reasonably be expected to cause excessive demands on Canada's social services, Mr. Hilewitz's application for permanent residence was at risk of being refused.

Le 22 mars 2000, conformément aux exigences énoncées dans la décision *Gao c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 114 (QL) (1^{re} inst.), M^{me} Hughes a envoyé à M. Hilewitz ce qu'on appelle une « lettre requise par l'équité » l'informant que sa demande avait suscité certaines questions et qu'il pouvait présenter de nouveaux éléments pertinents avant que la décision définitive soit prise. Citant un passage de la déclaration médicale du Dr Larzarus, M^{me} Hughes a averti M. Hilewitz que, comme l'admission de son fils risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens, sa demande de résidence permanente risquait d'être refusée.

15 Mr. Hilewitz responded by letter to Ms. Hughes on May 10, 2000. He did not dispute the medical officer's opinion that Gavin had intellectual disabilities, but countered with information that in some respects Gavin functioned with a maturity that was well above the eight-year-old level attributed to him, and enjoyed many leisure and social activities appropriate for his age. Mr. Hilewitz pointed out that Gavin had never used publicly funded schooling in South Africa and that the family had helped establish a special school for him and others with similar disabilities.

M. Hilewitz a répondu par une lettre qu'il a envoyée à M^{me} Hughes le 10 mai 2000. Il n'a pas contesté l'avis du médecin agréé concluant à la déficience intellectuelle de Gavin, mais il a répliqué en indiquant que, à certains égards, les capacités fonctionnelles de Gavin étaient bien supérieures à celles d'un enfant de huit ans et qu'il exerçait de nombreuses activités sociales et de loisir correspondant à son âge. M. Hilewitz a précisé que Gavin n'avait jamais reçu de services d'éducation financés par l'État en Afrique du Sud, et que la famille avait contribué à la fondation d'une école spéciale pour lui et d'autres enfants atteints de déficiences semblables.

16 Moreover, noting Gavin's affinity and competence for operating computers, Mr. Hilewitz

En outre, soulignant l'intérêt de Gavin pour les ordinateurs et sa capacité de bien les utiliser,

expressed his intention to establish or purchase a business such as a video game franchise as one of his Canadian business interests in order to ensure Gavin's employment. "As demonstrated," he wrote, "we have never been a drain on any institutional or social service structure to support our son and cannot conceivably ever contemplate any change to this ethos in the future." He confirmed that he was financially able and willing to send Gavin to a private school and had, in fact, already identified a suitable one in Toronto. Included in his letter were brief reports from a clinical psychologist and a doctor who had known Gavin for many years, as well as extensive material relating both to his schooling and his educational progress.

Ms. Hughes was of the view that it was not part of her mandate to read Mr. Hilewitz's response. His letter was therefore sent directly to and reviewed by Dr. Saint-Germain, the medical officer who had concurred in Dr. Larzarus' medical notification. On May 23, 2000, Dr. Saint-Germain issued a short note, concurred in by Dr. Walter G. Waddell, concluding that the new information provided by Mr. Hilewitz "does not modify the current assessment" of Gavin's medical inadmissibility.

On September 15, 2000, Ms. Hughes, relying on this medical opinion and without reading Mr. Hilewitz's May 10 response, refused his application for a visa:

I have now completed the assessment of your application [for permanent residence]. I regret to inform you that your dependant son, Gavin Martin Hilewitz, comes within the inadmissible class of persons described in paragraph 19(1)(a) of the Immigration Act, 1976, in that he is suffering from developmental delay as a result of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer, his admission would cause or might reasonably be expected to cause an excessive demand on Canadian social services.

Since one of your dependants comes within an inadmissible class as described above . . . I am unable to issue

M. Hilewitz a dit avoir l'intention, entre autres projets d'affaires au Canada, de mettre sur pied ou d'acquérir une franchise de jeux vidéo afin de garantir un emploi à Gavin. [TRADUCTION] « Comme nous l'avons montré », explique-t-il, « nous n'avons jamais demandé d'aide institutionnelle ni eu recours à des services sociaux pour élever notre fils et il nous est impossible d'imaginer que notre attitude sur ce point puisse changer à l'avenir. » Il a confirmé qu'il avait les moyens d'envoyer Gavin à l'école privée, qu'il était prêt à le faire et qu'il avait même déjà trouvé à Toronto une école qui conviendrait. Il a joint à sa lettre de brefs rapports émanant d'un psychologue clinicien et d'un médecin qui connaissaient Gavin depuis plusieurs années, ainsi que de nombreux documents concernant son dossier scolaire et ses progrès à l'école.

M^{me} Hughes a estimé qu'il n'entraînait pas dans le cadre de ses fonctions de lire la réponse de M. Hilewitz. La lettre a donc été transmise directement au D^r Saint-Germain, le médecin agréé qui avait confirmé la déclaration médicale du D^r Larzarus. Le 23 mai 2000, le D^r Saint-Germain a signé une brève note, confirmée par le D^r Walter G. Waddell, dans laquelle il concluait que les nouveaux renseignements fournis par M. Hilewitz [TRADUCTION] « ne modifi[ai]ent pas la décision actuelle » de non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical.

Le 15 septembre 2000, se fondant sur cet avis médical et sans avoir lu la réponse datée du 10 mai de M. Hilewitz, M^{me} Hughes refusait la demande de visa de ce dernier:

[TRADUCTION] J'ai terminé l'examen de votre demande [de résidence permanente]. J'ai le regret de vous informer que votre enfant à charge, Gavin Martin Hilewitz, fait partie d'une catégorie non admissible, à savoir celle des personnes visées par l'alinéa 19(1)a) de la Loi sur l'immigration de 1976, du fait qu'il souffre d'un retard de développement par suite duquel, selon l'avis d'un médecin agréé confirmé par au moins un autre médecin agréé, son admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.

Étant donné qu'une des personnes à votre charge fait partie d'une catégorie non admissible décrite ci-haut,

17

18

an immigrant visa to you. Therefore, your application has been refused.

I have also considered possible humanitarian and compassionate factors but have determined that there are insufficient grounds to warrant special consideration. According to your application you have no relatives in Canada. You have lived in your native country of South Africa your entire life and I know of no reason that would prevent you from doing so in the future.

19 However, since she found Mr. Hilewitz to be credible and likely to make a significant economic contribution to Canada, Ms. Hughes recommended that a discretionary Minister's permit be issued so that he and his family could enter and remain in Canada for up to three years, but without access to the social services available only to permanent residents. For reasons that are unclear from the record, no permit was ever authorized for Mr. Hilewitz.

20 Mr. Hilewitz applied for judicial review of Ms. Hughes' decision. In the Federal Court, Trial Division, Gibson J. considered whether an applicant's financial circumstances were relevant in determining whether his or her admission to Canada would cause excessive demands on social services ([2003] 2 F.C. 3, 2002 FCT 844).

21 After reviewing the jurisprudence of the Federal Court, in particular *Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 301, 2002 FCA 271, Gibson J. was of the view that while parental resources and willingness to pay may be irrelevant in determining whether a disabled child's admission to Canada is likely to cause excessive demands on *health* services, the same cannot be said of *social* services which are funded and delivered on a different basis. In his view, therefore, the medical officer ought to have considered Mr. Hilewitz's ability and willingness to contribute to whatever social services his son might require.

[. . .] il m'est impossible de vous délivrer un visa d'immigrant. Votre demande est donc refusée.

J'ai également tenu compte des critères d'ordre humanitaire susceptibles d'être pris en considération, mais j'estime qu'il n'existe pas de motifs suffisants pour justifier un traitement spécial. Dans votre demande, vous indiquez que vous n'avez aucun parent au Canada. Vous avez toujours vécu en Afrique du Sud, votre pays d'origine, et il n'y a rien, à ma connaissance, qui puisse vous empêcher de continuer à y vivre.

Cependant, comme elle avait jugé que M. Hilewitz était crédible et qu'il pouvait fournir un apport économique significatif au Canada, M^{me} Hughes a recommandé la délivrance d'un permis ministériel qui l'autoriserait à entrer au Canada avec sa famille et à y séjourner pour un maximum de trois ans, mais ne lui donnerait pas accès aux services sociaux offerts seulement aux résidents permanents. Pour des motifs qui n'apparaissent pas clairement au dossier, aucun permis n'a jamais été délivré pour M. Hilewitz.

M. Hilewitz a interjeté appel de la décision de M^{me} Hughes. Lors du contrôle judiciaire devant la Section de première instance de la Cour fédérale, le juge Gibson s'est demandé s'il était pertinent de prendre en considération la situation financière d'un demandeur pour déterminer si son admission au Canada entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux ([2003] 2 C.F. 3, 2002 CFPI 844).

Après avoir examiné la jurisprudence de la Cour fédérale, particulièrement l'affaire *Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 301, 2002 CAF 271, le juge Gibson a conclu que, si les ressources des parents et leur volonté de payer peuvent être dénuées de pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer si l'admission d'un enfant handicapé au Canada risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services *de santé*, on ne saurait en dire autant pour les services *sociaux*, dont le financement et la prestation se font sur une base différente. Selon le juge Gibson, le médecin agréé aurait par conséquent dû tenir compte de la capacité et de la volonté de M. Hilewitz de contribuer aux coûts des services sociaux dont son fils pourrait avoir besoin.

He also concluded that the visa officer ought to have read and taken Mr. Hilewitz's response into account before making her decision, rather than basing her opinion exclusively on the medical officer's recommendation.

Gibson J. therefore set aside the visa officer's decision and referred the Hilewitz application for permanent residence back to the Minister for re-determination by a different officer. The Minister appealed.

At the Federal Court of Appeal, Evans J.A., writing for a unanimous court (Linden and Malone J.J.A.), agreed with Gibson J. that the Hilewitz family's situation was distinguishable from that in *Deol*, a case where only health, not social services, were at issue ([2004] 1 F.C.R. 696, 2003 FCA 420). After an extensive review of the Federal Court jurisprudence, Evans J.A. noted that in the majority of those cases, non-medical factors, such as the availability of family support and the ability and willingness of the family to pay, were held to be relevant considerations in determining whether "excessive demands" would be made on Canada's social services.

It was a view he did not share. He found that the Minister's denial of Mr. Hilewitz's application reflected what Evans J.A. characterized as a risk-averse policy which takes into account the contingency that a family's financial situation could deteriorate, thereby creating a burden on Canadian social services.

He allowed the appeal and restored the decision of the visa officer denying Mr. Hilewitz's application for a visa.

B. *The de Jong Family*

In 1996, Dirk Cornelis Jan de Jong, a Dutch citizen, applied for permanent residence in the "self-employed" category. This category permits applicants to enter Canada if they demonstrate that they can successfully establish or purchase a

Il a également conclu que l'agente des visas aurait dû lire la réponse de M. Hilewitz et en tenir compte avant de rendre sa décision, au lieu de fonder son opinion exclusivement sur la recommandation du médecin agréé.

Le juge Gibson a donc annulé la décision de l'agente des visas et a renvoyé la demande de résidence permanente présentée par M. Hilewitz au ministre, afin qu'elle soit examinée à nouveau par un autre agent. Le ministre a interjeté appel.

En Cour d'appel fédérale ([2004] 1 R.C.F. 696, 2003 CAF 420), le juge Evans, qui a rédigé la décision unanime de la Cour (avec l'appui des juges Linden et Malone), était d'avis, comme le juge Gibson, qu'une distinction pouvait être faite entre la situation de la famille Hilewitz et celle dont il était question dans l'affaire *Deol*, où seuls étaient en cause les services de santé, et non les services sociaux. Après un examen approfondi de la jurisprudence de la Cour fédérale, le juge Evans a souligné que, dans la majorité de ces décisions, des critères non médicaux, tels que le soutien familial ainsi que la capacité et la volonté de la famille de payer, ont été jugés pertinents pour décider si l'admission d'une personne entraînerait un « fardeau excessif » pour les services sociaux canadiens.

Le juge Evans ne souscrivait pas à cette façon de voir les choses. Selon lui, la décision du ministre de refuser la demande de M. Hilewitz découlait de ce qu'il a décrit comme une politique soucieuse d'éviter les risques : on tient compte d'une possible détérioration de la situation financière d'une famille, qui se traduirait par un fardeau pour les services sociaux canadiens.

Le juge Evans a accueilli l'appel et rétabli la décision de l'agente des visas, qui avait refusé la demande présentée par M. Hilewitz.

B. *La famille de Jong*

En 1996, Dirk Cornelis Jan de Jong, citoyen néerlandais, a présenté une demande de résidence permanente dans la catégorie des « travailleurs autonomes ». Cette catégorie permet aux demandeurs d'entrer au Canada s'ils démontrent qu'ils

22

23

24

25

26

27

business which would create jobs for themselves and make a significant contribution to Canada's economy or cultural life (*Immigration Regulations, 1978*, s. 2(1)). At the time of his application, Mr. de Jong owned a dairy farm in the Netherlands and expressed an intention, if admitted to Canada, to buy a similar kind of farm in Ontario.

peuvent établir ou acheter une entreprise qui leur permettrait de créer un emploi pour eux-mêmes et de contribuer de manière significative à la vie économique ou culturelle canadienne (*Règlement sur l'immigration de 1978*, par. 2(1)). Lorsqu'il a présenté sa demande, M. de Jong était propriétaire d'une ferme laitière aux Pays-Bas et il a exprimé l'intention, s'il était admis au Canada, de faire l'acquisition d'une ferme semblable en Ontario.

28 Mr. de Jong's application included his wife, Maaïke de Jong, and their six dependent children. One of their daughters, Dirkje, born in 1988, is intellectually disabled.

Étaient inscrits dans la demande présentée par M. de Jong son épouse, Maaïke de Jong, et leurs six enfants à charge. Une de leurs filles, Dirkje, née en 1988, est atteinte d'une déficience intellectuelle.

29 Mr. de Jong had visited Canada in 1996 and selected a farm in the Rehoboth Christian community in Ontario as a possible home. At the time of his application, his stated intention was to send all the children, including Dirkje, who was then nine years old, to the private Rehoboth Christian School in Norwich. The school had agreed to accept all the de Jong children.

M. de Jong avait effectué une visite au Canada en 1996 et avait trouvé, comme résidence possible, une ferme située en Ontario, dans la collectivité chrétienne Rehoboth. Au moment où il a présenté sa demande, il a déclaré qu'il avait l'intention d'inscrire tous ses enfants, y compris Dirkje, alors âgée de neuf ans, à la Rehoboth Christian School de Norwich, une école privée. L'école s'était engagée à accepter tous les enfants de la famille de Jong.

30 On February 6, 1997, a medical officer, Dr. James Beltran, concluded that Dirkje had "developmental delay" and was inadmissible under s. 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* because her requirement for specialized education was "in excess of the requirements for her peer group and therefore represents an excessive demand on social services". Dr. Beltran's opinion was concurred in by Dr. George Giovinazzo on June 23, 1997. Their conclusion was confirmed on July 30, 1998, in a letter from the visa officer, Eliane Wassler, rejecting Mr. de Jong's application for permanent residence. Neither Dr. Beltran nor Ms. Wassler considered the additional information submitted by the de Jongs to be relevant, namely that Dirkje had been accepted by a private church-run school, making it unlikely that she would have to rely on publicly funded special education.

Le 6 février 1997, le D^r James Beltran, médecin agréé, a conclu que Dirkje accusait un [TRADUCTION] « retard de développement » et qu'elle n'était pas admissible en vertu du sous-al. 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*, parce l'éducation spécialisée qu'elle requiert [TRADUCTION] « excède les besoins du groupe de pairs et représente donc un fardeau excessif pour les services sociaux ». L'avis du D^r Beltran a été confirmé par le D^r George Giovinazzo le 23 juin 1997. Dans une lettre datée du 30 juillet 1998, l'agente des visas, Eliane Wassler, a confirmé cette conclusion et rejeté la demande de résidence permanente de M. de Jong. Ni le D^r Beltran ni M^{me} Wassler n'ont considéré comme pertinente l'information supplémentaire fournie par la famille de Jong, à savoir que Dirkje avait été acceptée par une école privée dirigée par des religieux, fait qui rendait peu probable le recours à l'éducation spécialisée financée par l'État.

31 Mr. de Jong's application to the Federal Court for judicial review was allowed by Reed J., who,

La demande de contrôle judiciaire présentée à la Cour fédérale par M. de Jong a été accueillie par

in her order dated April 29, 1999, directed that Mr. de Jong's application be reconsidered by a different visa officer. She specified that in assessing the application under s. 19(1)(a)(ii), the Minister was

required to consider all of the individual's particular circumstances, as well as the personal circumstances of the Applicant and his family, including in this case the Applicant's ability and willingness to provide for his child's education through private schooling.

A new medical officer, Dr. Sylvain Bertrand, reviewed Dirkje's situation. In a letter dated August 13, 1999 to Mr. de Jong's counsel, Dr. Bertrand speculated that as Dirkje grew older, she would require vocational training and life-skills training, as well as respite care for her family.

Dr. Bertrand also wrote that he was compelled to take into account that Dirkje might not remain in private school and that the family might move or experience economic hardship, even though none of these possibilities were currently likely. His specific speculative concerns were expressed as follows:

I cannot assume that Dirkje will remain in this school for the next 11 years, and if she transfers into the public school system, the costs of her specialized education will be excessive.

This private school may close, the family may decide to move towns, cities or provinces, the family may fall upon bad economic times, they may decide that their limited financial resources must be allocated on items other than this child's schooling, etc. While you maintain none of these possibilities are probable, in my view, I would be remiss in my responsibilities under the *Immigration Act* if I did not take them into account. [Emphasis in original.]

Mr. de Jong's counsel responded by letter on September 8, 1999, strenuously objecting to Dr. Bertrand's failure to give effect to the specific directions in the order of Reed J. Nevertheless, on November 10, 1999, Dr. Bertrand issued a medical notification, concurred in by Dr. Jacques

la juge Reed, qui a ordonné, le 29 avril 1999, que la demande de résidence permanente soit réexaminée par un autre agent des visas. Elle a précisé que, dans son évaluation de la demande au regard du sous-al. 19(1)(a)(ii), le ministre devait

[TRADUCTION] tenir compte de l'ensemble de la situation de la personne en cause et de celle du demandeur et de sa famille, ce qui, en l'espèce, comprend notamment la capacité et l'intention du demandeur de pourvoir à l'éducation de son enfant en recourant à l'école privée.

Un autre médecin agréé, le D^r Sylvain Bertrand, a examiné le cas de Dirkje. Dans une lettre datée du 13 août 1999 adressée à l'avocat de M. de Jong, le D^r Bertrand s'est dit d'avis qu'en vieillissant Dirkje aurait besoin d'une formation professionnelle et d'un apprentissage de l'autonomie fonctionnelle, et que sa famille aurait besoin de services de relève.

Le D^r Bertrand a également indiqué qu'il avait l'obligation d'envisager la possibilité que Dirkje cesse de fréquenter l'école privée ou encore que sa famille déménage ou éprouve des difficultés financières, même s'il était actuellement peu probable que ces possibilités se concrétisent. Il a formulé dans les termes suivants ses préoccupations de nature conjecturale :

[TRADUCTION] Je ne peux pas tenir pour acquis que Dirkje sera inscrite à cette même école pendant les 11 prochaines années; et si elle passe au système scolaire public, les coûts de l'éducation spécialisée dont elle a besoin constitueront un fardeau excessif.

L'école privée pourrait fermer ses portes, la famille pourrait déménager dans une autre ville, une autre province, elle pourrait connaître des difficultés financières et décider que ses ressources limitées doivent être consacrées à des besoins autres que l'éducation de leur fille, etc. Vous maintenez qu'aucune de ces possibilités n'est probable, j'estime que je manquerais aux responsabilités qui m'incombent en vertu de la *Loi sur l'immigration* si je n'en tenais pas compte. [En caractères gras dans l'original.]

L'avocat de M. de Jong a répondu par une lettre datée du 8 septembre 1999, dans laquelle il reprochait vivement au D^r Bertrand de ne pas avoir suivi les directives précises contenues dans l'ordonnance de la juge Reed. Le 10 novembre 1999, le D^r Bertrand a néanmoins transmis une déclaration

32

33

34

Saint-Germain, concluding that Dirkje was inadmissible. In a letter of the same date to Mr. de Jong's counsel, Dr. Bertrand defended his decision and reiterated the rationale given in his earlier letter of August 13, 1999.

35 A new visa officer, J. W. André Valotaire, reassessed Mr. de Jong's visa application based on Dr. Bertrand's opinion. It appears that he did not review Mr. de Jong's September 8 response and, relying exclusively on the medical opinion, rejected the de Jong application on November 17, 1999.

36 Once again, Mr. de Jong applied to the Federal Court for judicial review. Pinard J. expanded the analysis in *Deol* and concluded that a family's financial resources and willingness to support a disabled dependent were irrelevant not only in determining whether excessive demands would be placed on health services, but also in assessing the potential demands on social services ((2002), 224 F.T.R. 151, 2002 FCT 1165). Unlike Reed J., in his view the willingness of the de Jong family to pay for private schooling was irrelevant in determining medical inadmissibility under s. 19(1)(a)(ii). He dismissed the application.

37 Mr. de Jong appealed to the Federal Court of Appeal. The de Jong and Hilewitz appeals were heard consecutively. Evans J.A., relying on his reasons in the *Hilewitz* case, dismissed Mr. de Jong's appeal ((2003), 315 N.R. 59, 2003 FCA 422).

II. Analysis

38 The issue in these appeals is whether the resources of the Hilewitz and the de Jong families should be disregarded in determining whether their disabled children would create an undue burden on Canada's social services.

39 It is important to recognize at the outset that we are dealing with individuals who qualify for

médicale (confirmée par le D^r Jacques Saint-Germain) dans laquelle il concluait à la non-admissibilité de Dirkje. Dans une lettre adressée le même jour à l'avocat de M. de Jong, le D^r Bertrand a défendu sa décision et réitéré le raisonnement exposé dans sa lettre du 13 août 1999.

J. W. André Valotaire, un autre agent des visas, a réexaminé la demande de visa de M. de Jong en se fondant sur l'avis du D^r Bertrand. Il ne semble pas avoir examiné la réponse de M. de Jong datée du 8 septembre et, s'appuyant exclusivement sur l'avis médical, il a rejeté la demande de M. de Jong le 17 novembre 1999.

À nouveau, M. de Jong a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. Le juge Pinard a élargi l'analyse énoncée dans *Deol* et a conclu à la non-pertinence des ressources financières d'une famille et de sa volonté de subvenir aux besoins d'une personne à charge handicapée, non seulement pour décider si un fardeau excessif serait créé pour les services de santé, mais également pour apprécier le fardeau potentiel pour les services sociaux ((2002), 224 F.T.R. 151, 2002 CFPI 1165). Contrairement à la juge Reed, le juge Pinard était d'avis que la volonté de la famille de Jong de payer des études à l'école privée n'était pas un élément pertinent pour décider de la non-admissibilité pour raisons médicales au regard du sous-al. 19(1)(a)(ii). Il a rejeté la demande.

M. de Jong a interjeté appel à la Cour d'appel fédérale. Les appels des de Jong et des Hilewitz ont été entendus consécutivement. Se fondant sur les motifs qu'il avait exposés dans l'affaire *Hilewitz*, le juge Evans a rejeté l'appel de M. de Jong ((2003), 315 N.R. 59, 2003 CAF 422).

II. Analyse

La question en litige dans les présents pourvois est celle de savoir si les ressources des familles Hilewitz et de Jong doivent être prises en considération pour déterminer si la déficience de leurs enfants créerait un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens.

Il est important de reconnaître d'emblée qu'il est question de personnes qui répondent aux

admission to Canada in the “investor” and “self-employed” categories. These categories are, to a large extent, concerned with an individual’s assets. While there is no doubt that most immigrants, regardless of the state of their resources when they come to Canada, eventually contribute to this country in a variety of ways, the categories applicable to the applicants in these appeals reflect an aspect of immigration policy which admits individuals expected to make a more immediate substantial economic contribution.

It seems to me somewhat incongruous to interpret the legislation in such a way that the very assets that qualify investors and self-employed individuals for admission to Canada can simultaneously be ignored in determining the admissibility of their disabled children. I agree with those on the Federal Court who, like Justices Reed and Gibson, have held that the personal circumstances of the families of disabled dependants are relevant factors in a s. 19(1)(a)(ii) assessment of their anticipated impact on social services. See *Poste v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 140 F.T.R. 126, per Cullen J.; *Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 141 F.T.R. 62, per Reed J.; *Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 220 F.T.R. 137, 2002 FCT 625, per McKeown J.; *Simmons v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 221 F.T.R. 303, 2002 FCT 866, per Martineau J.; *Karmali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 230 F.T.R. 140, 2003 FCT 358, per O’Keefe J.

The financial impact of a potential immigrant’s health impairments is not a new legislative preoccupation in Canada, but its formulation has changed over time. Among the first statutes to deal with the admission of persons with physical or mental disabilities who might impose financial burdens on

critères d’admission au Canada dans les catégories des « investisseurs » et des « travailleurs autonomes ». L’appartenance à ces catégories repose, dans une large mesure, sur les avoirs d’une personne. Bien qu’il ne fasse aucun doute que la plupart des immigrants, peu importe leurs ressources lorsqu’ils arrivent au Canada, apportent au bout du compte beaucoup à notre pays de toutes sortes de façons, les catégories applicables aux demandeurs en l’espèce correspondent à un volet de la politique d’immigration qui permet d’admettre des personnes dont on attend un apport économique substantiel plus immédiat.

Il me semble quelque peu incongru d’interpréter la loi de façon telle que les mêmes avoirs qui, d’une part, permettent aux investisseurs et aux travailleurs autonomes de se faire admettre aux Canada, puissent, d’autre part, ne pas être pris en considération lorsqu’il s’agit de décider de l’admissibilité de leurs enfants handicapés. Je partage l’avis des juges de la Cour fédérale qui, à l’instar des juges Reed et Gibson, ont statué que la situation des familles des personnes à charge handicapées est un critère pertinent pour l’appréciation, en vertu du sous-al. 19(1)(a)(ii), de l’incidence prévue de l’admission de ces personnes sur les services sociaux. Voir *Poste c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1805 (QL) (1^{re} inst.), le juge Cullen; *Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 24 (QL) (1^{re} inst.), le juge Reed; *Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] A.C.F. n° 980 (QL), 2002 CFPI 625, le juge McKeown; *Simmons c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] A.C.F. n° 1155 (QL), 2002 CFPI 866, le juge Martineau; *Karmali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] A.C.F. n° 507 (QL), 2003 CFPI 358, le juge O’Keefe.

L’incidence financière de la maladie ou de l’invalidité d’un candidat à l’immigration n’est pas une préoccupation nouvelle pour le législateur canadien, mais sa formulation a évolué au fil du temps. Parmi les premières lois traitant de l’admission des personnes atteintes d’une déficience physique ou

40

41

the state and charitable institutions was *An Act respecting Emigrants and Quarantine*, C.S.C. 1859, c. 40. Unlike the current system of pre-travel immigration approval, ships then coming to Canada were quarantined on arrival and their passengers inspected by a medical superintendent. Section 10(2) of the 1859 Act directed that the authorities be notified of the presence among the passengers of persons likely to permanently become a public charge, including

any Lunatic, Idiotic, Deaf and Dumb, Blind or Infirm Person, not belonging to any Emigrant family, [if] such person is, in the opinion of the Medical Superintendent, likely to become permanently a public charge, the Medical Superintendent shall forthwith report the same . . . to the Collector of Customs . . . who shall . . . require the Master of the Vessel . . . to execute . . . a Bond to Her Majesty in the sum of three hundred dollars for every such Passenger so specially reported . . .

42 The ban was not absolute. Persons with disabilities who belonged to an “Emigrant family” or were not “likely to become permanently a public charge” were permitted entry. Substantially the same provision was contained in *An Act respecting Immigration and Immigrants* (S.C. 1869, c. 10) and the *Immigration Act* of 1886 (R.S.C. 1886, c. 65).

43 This approach to the admission of persons with disabilities was continued in s. 26 of the 1906 legislation (*Immigration Act*, R.S.C. 1906, c. 93), whereby entry was possible if the disabled person was part of a family with the ability and willingness to provide satisfactory and permanent financial security:

No immigrant shall be permitted to land in Canada, who is feeble-minded, an idiot, or an epileptic, or who is insane, or has had an attack of insanity within five years; nor shall any immigrant be so landed who is deaf and dumb, or dumb, blind or infirm, unless he belongs to a family accompanying him or already in Canada and which gives security, satisfactory to the Minister, and in conformity with the regulations in that

mentale susceptible d'imposer un fardeau financier à l'État et aux institutions charitables figure l'*Acte concernant les émigrés et la quarantaine*, S.R.C. 1859, ch. 40. Aujourd'hui, les autorisations nécessaires à l'immigration sont données avant le départ du pays d'origine, mais, à l'époque, les navires étaient mis en quarantaine à leur arrivée au Canada et leurs passagers étaient examinés par un surintendant médical. Le paragraphe 10(2) de l'Acte de 1859 obligeait ce dernier à aviser les autorités lorsqu'il y avait parmi les passagers des personnes susceptibles de « devenir permanemment à charge au public », notamment

quelque aliéné, idiot, sourd et muet, aveugle ou personne infirme qui ne fait pas partie d'une famille d'émigrés, et qui, de l'avis du surintendant médical, pourrait devenir permanemment à charge au public, le surintendant médical en fera immédiatement un rapport [. . .] au percepteur [. . .] et tel percepteur exigera du maître du vaisseau [. . .] qu'il consente [. . .] une obligation envers Sa Majesté pour la somme de trois cents piastres, pour chaque passager dont il a été ainsi fait un rapport spécial . . .

L'interdiction n'était pas absolue. Les personnes atteintes d'une déficience qui faisaient partie d'une « famille d'émigrés » ou qui n'étaient pas susceptibles de « devenir permanemment à charge au public » étaient autorisées à entrer au pays. Une disposition identique, pour l'essentiel, figurait dans l'*Acte relatif à l'immigration et aux immigrants* (S.C. 1869, ch. 10) et dans l'*Acte d'immigration* de 1886 (S.R.C. 1886, ch. 65).

Ces règles touchant l'admission des personnes handicapées ont été reprises dans l'art. 26 du texte de 1906 (*Loi de l'immigration*, S.R.C. 1906, ch. 93), qui permettait l'entrée au pays si la personne faisait partie d'une famille qui avait la capacité et la volonté de donner une garantie financière suffisante et permanente :

Il n'est permis de débarquer en Canada à nul immigrant qui est faible d'esprit, idiot, épileptique, ou qui est dément ou a subi deux ou plusieurs attaques d'insanité dans les cinq ans; ne peut non plus être débarqué nul immigrant qui est sourd et muet ou muet, aveugle ou infirme, à moins qu'il n'appartienne à une famille qui l'accompagne ou qui est déjà au Canada et qui donne garantie suffisante aux yeux du Ministre et

behalf, if any, for his permanent support if admitted into Canada.

In 1910, a significant change occurred with the introduction of “prohibited classes” (*Immigration Act*, S.C. 1910, c. 27). Section 3 of this Act stated:

3. No immigrant, passenger, or other person, unless he is a Canadian citizen, or has Canadian domicile, shall be permitted to land in Canada, or in case of having landed in or entered Canada shall be permitted to remain therein, who belongs to any of the following classes, hereinafter called “prohibited classes”, —

(a) idiots, imbeciles, feeble-minded persons, epileptics, insane persons, and persons who have been insane within five years previous;

(b) persons afflicted with any loathsome disease, or with a disease which is contagious or infectious, or which may become dangerous to the public health, whether such persons intend to settle in Canada or only to pass through Canada in transit to some other country: . . .

(c) immigrants who are dumb, blind, or otherwise physically defective, unless in the opinion of a Board of Inquiry or officer acting as such they have sufficient money, or have such profession, occupation, trade, employment or other legitimate mode of earning a living that they are not liable to become a public charge or unless they belong to a family accompanying them or already in Canada and which gives security satisfactory to the Minister against such immigrants becoming a public charge;

The 1910 Act departed from previous legislation by distinguishing between those with mental and physical disabilities. There was an absolute prohibition on admission for those with mental disabilities. Individuals who were “physically defective”, however, could be admitted with evidence of earning capacity or family support.

In 1927, s. 3 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1927, c. 93, reproduced the 1919 amendment (S.C. 1919,

en conformité des règlements à cet égard, s’il en est, de le supporter à perpétuité, s’il lui est permis d’entrer en Canada.

En 1910, la loi a été modifiée de façon importante par l’adoption des « catégories refusées » (*Loi de l’immigration*, S.C. 1910, ch. 27). L’article 3 de cette loi disposait :

3. Nul immigrant, passager, voyageur, ni autre personne, à moins qu’il ne soit citoyen du Canada ou ait un domicile au Canada, n’est admis à entrer en Canada, ou, s’il y est débarqué ou y est entré, n’est admis à y rester, s’il appartient à l’une des catégories suivantes, ci-après désignées par l’expression « catégories refusées », savoir :

a) les idiots, imbeciles, faibles d’esprit, épileptiques, déments et personnes qui ont eu des attaques d’insanité dans les cinq ans;

b) les personnes affligées d’une maladie repoussante ou d’une maladie qui est contagieuse ou infectieuse ou qui peut devenir dangereuse pour la santé publique, soit que ces personnes aient l’intention de s’établir au Canada ou seulement de passer par le Canada pour aller dans un autre pays; . . .

c) les immigrants qui sont muets, aveugles ou autrement affligés de quelque défaut physique, à moins que de l’avis d’un conseil d’enquête ou d’un fonctionnaire agissant en cette qualité, ils aient assez d’argent, ou aient une profession, une occupation, un commerce, un emploi ou un autre moyen légitime de gagner leur vie qui ne les exposent pas à devenir un fardeau pour le public, ou, à moins qu’ils n’appartiennent à une famille qui les accompagne ou qui est déjà en Canada et qui donne garantie suffisante aux yeux du Ministre que ces immigrants ne deviendront pas un fardeau pour le public;

À la différence des textes précédents, la Loi de 1910 établissait une distinction entre les personnes atteintes de déficience mentale et celles atteintes d’une déficience physique. En effet, l’admission des personnes atteintes de déficience mentale était catégoriquement exclue, tandis que les immigrants « affligés de quelque défaut physique » pouvaient être admis s’il était établi qu’ils étaient en mesure de gagner leur vie ou pouvaient compter sur le soutien de leur famille.

En 1927, l’art. 3 de la *Loi de l’immigration*, S.R.C. 1927, ch. 93, reproduisait la modification de

44

45

46

c. 25, s. 3) extending the list of prohibited classes to include those who were *either* “mentally or physically defective to such a degree as to affect their ability to earn a living”.

47 Notably, for the first time, even those who could demonstrate family support or financial resources to ensure that they would not become public charges were denied the possibility of entry. This absolute ban was continued in the *Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 325.

48 As is evident from this brief history, the evolution of immigration policy in Canada began halfway through the 19th century with an expansive approach designed to attract as many immigrants as possible. Almost a century later, it focused on an immigrant’s particular qualities, often resulting in the application of exclusionary euphemistic designations that concealed prejudices about, among other characteristics, disability (see N. Kelley and M. Trebilcock, *The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy* (1998)).

49 The rigidity of the “prohibited classes” provisions of the early 20th century eventually inspired concerns that such policies were overly restrictive. In releasing the 1966 *White Paper on Immigration*, the Honourable Jean Marchand, then Minister of Manpower and Immigration, emphasized that it was “neither practical nor realistic” to block all those who fell within a prohibited class of the *Immigration Act*, since many posed no real risk to the country (p. 24). The White Paper urged instead that the policy exclude only those who had no family support or who posed an actual danger to public health or safety. It recommended a return to the original policy of permitting entry to persons with mental or physical disabilities if they had family assistance.

1919 (S.C. 1919, ch. 25, art. 3) qui ajoutait à la liste des « catégories interdites » celle des personnes « mentalement *ou* physiquement atteintes, au point de ne pouvoir gagner leur vie qu’avec difficulté ».

Il convient de souligner que, pour la première fois, même les personnes en mesure d’établir que le soutien familial ou les ressources financières dont elles disposaient garantissait qu’elles ne deviendraient pas à la charge de la collectivité se voyaient refuser la possibilité d’entrer au pays. Cette interdiction absolue a été maintenue dans la *Loi sur l’immigration*, S.R.C. 1952, ch. 325.

Comme le démontre ce bref historique, la politique d’immigration du Canada se caractérise à ses débuts, vers le milieu du XIX^e siècle, par un esprit d’ouverture visant à attirer le plus grand nombre possible d’immigrants. Presque un siècle plus tard, elle est devenue centrée sur les qualités particulières de l’immigrant, ce qui donne souvent lieu au recours, pour l’exclusion de certaines personnes, à des désignations euphémiques masquant des préjugés au sujet de la déficience, entre autres caractéristiques (voir N. Kelley et M. Trebilcock, *The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy* (1998)).

La rigidité des dispositions du début du XX^e siècle établissant des « catégories interdites » a fini par faire craindre qu’une telle politique soit trop restrictive. Lorsqu’il a rendu public le *Livre blanc sur l’immigration* de 1966, l’honorable Jean Marchand, alors ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration, a souligné qu’empêcher l’admission de toutes les personnes appartenant à une catégorie interdite au sens de la *Loi sur l’immigration* « n’[était] guère pratique et ne [tenait] pas compte de la réalité », du fait que nombre d’entre elles ne constituaient pas un risque véritable pour le Canada (p. 26). Le livre blanc préconisait plutôt que la politique exclue uniquement les personnes qui ne bénéficiaient d’aucun soutien familial ou qui constituaient un danger réel pour la santé ou la sécurité publiques. On y recommandait le rétablissement de la politique initiale consistant à n’autoriser l’admission des personnes atteintes de déficiences mentales ou physiques que si elles bénéficiaient d’un soutien familial.

In line with the views expressed in the 1966 White Paper, Parliament enacted the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52. In it, an “excessive demands” standard replaced the wholesale rejection of “prohibited classes” for those who were mentally and physically disabled. Section 19(1) in the 1985 Act under which these appeals were argued is identical to the “excessive demands” provision in the 1976 legislation.

Regulations pursuant to the 1976 Act were first proposed at a 1977 meeting of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration. A document submitted to the Committee by the Honorable Bud Cullen, the Minister of Manpower and Immigration, entitled *Factors to be Considered by Medical Officers*, sought to illuminate the more embracing intention behind the new medical inadmissibility rules:

Intent and Possible Content of the Regulations

- To ensure that medical officers consider all the factors, but only the factors relevant to the determination of whether a person constitutes an actual or potential danger to Canadian health or safety or will excessively burden health or social services.
- Such non-medical factors as the availability of private support and the strains imposed by the individual's chosen occupation can enter realistically into the assessment of risk, so that each decision will apply to the particular individual and not to a particular disease, disability or other medical condition. [Emphasis added.]

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 11, April 5, 1977, at pp. 11A:42 to 11A:43)

In a later meeting of the Committee, John L. Manion, then Deputy Minister of Manpower and

En accord avec le point de vue exprimé dans le Livre blanc de 1966, le Parlement a adopté la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52. Le critère du « fardeau excessif » y a remplacé, en ce qui a trait aux personnes handicapées mentalement ou physiquement, la politique de rejet systématique fondée sur l'appartenance à des « catégories interdites ». Le paragraphe 19(1) de la Loi de 1985, objet du débat dans les présents pourvois, est identique à la disposition de la Loi de 1976 ayant trait au « fardeau excessif ».

Le règlement d'application de la Loi de 1976 a d'abord été proposé à l'occasion d'une réunion du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration tenue en 1977. Un document soumis au comité par l'honorable Bud Cullen, ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, intitulé *Critères dont doivent tenir compte les médecins*, visait à éclairer l'objectif d'assouplissement sous-tendant les nouvelles règles applicables à la non-admissibilité pour raisons médicales :

Objectif et champ d'application éventuel du Règlement

- Veiller à ce que les médecins ne tiennent compte que de tous les critères visant à déterminer si une personne constitue un danger réel ou virtuel pour la santé ou la sécurité publiques ou si elle entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.
- Des critères non médicaux tels que l'aide privée offerte ainsi que les contraintes imposées par la profession qu'a choisie la personne peuvent effectivement influencer sur l'évaluation des risques, de telle sorte que chaque décision s'appliquera à chaque personne et non à une maladie, invalidité ou autre état médical donné. [Je souligne.]

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, fascicule n° 11, 5 avril 1977, p. 11A : 105 à 11A : 107)

Lors d'une réunion ultérieure du comité, John L. Manion, alors sous-ministre de la Main-

50

51

52

Immigration, answered the following question from a Committee member, confirming an intended return to a policy incorporating the relevance of a family's circumstances in an "excessive demands" assessment:

Mr. Caccia: All right, then. Dealing with Clause 19(1)(a)(ii) if the applicant or the parents will be able to prove that the individual in question will be kept at home and will not place demands on health or social services, what will be the position of the department?

Mr. Manion: Well the position of the prospective immigrant is that he would not be prohibited. They could be landed rather than being brought in under minister's permit. If the family can provide assurances that the immigrant will not cause excessive demands on health or social services, then the individual will be admitted as a landed immigrant. [Emphasis added.]

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 42, June 28, 1977, at p. 42:76)

53

This review of the legislative history indicates a legislative intention to shift from an approach based on categorical exclusion to one calling for individualized assessments. This brings us back to the relevant portions of s. 19(1) of the 1985 *Immigration Act*, reproduced for ease of reference:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;

54

Section 19(1)(a)(ii) calls for an assessment of whether an applicant's health would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands

d'œuvre et l'Immigration, a confirmé, dans sa réponse à une question posée par un membre du Comité, l'intention de revenir à une politique permettant de prendre en considération la situation financière d'une famille dans l'appréciation du « fardeau excessif » :

M. Caccia : Très bien. Occupons-nous du sous-alinéa 19(1)a(ii); si le requérant ou les parents réussissent à prouver que la personne en question sera gardée à la maison et n'imposera pas de fardeau aux services médicaux ou sociaux, quelle sera la position adoptée par le ministère?

M. Manion : L'immigrant éventuel ne serait plus jugé inadmissible. Il pourrait venir au Canada en qualité d'immigrant reçu plutôt qu'en vertu d'un permis du ministre. Si la famille réussit à garantir que l'immigrant n'imposera pas de fardeau excessif aux services médicaux ou sociaux, cette personne pourra être admise comme immigrant reçu. [Je souligne.]

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, fascicule n° 42, 28 juin 1977, p. 42 : 76)

Cet historique indique, chez le législateur, l'intention de passer d'une politique d'exclusion basée sur des catégories à une politique requérant des évaluations individualisées. Cela nous ramène aux passages pertinents du par. 19(1) de la *Loi sur l'immigration* de 1985, que je reproduis ici par souci de commodité :

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut :

(ii) . . . que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé;

Le sous-alinéa 19(1)a(ii) exige qu'on détermine si l'état de santé du demandeur entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les

on Canada's social services. The term "excessive demands" is inherently evaluative and comparative. Without consideration of an applicant's ability and intention to pay for social services, it is impossible to determine realistically what "demands" will be made on Ontario's social services. The wording of the provision shows that medical officers must assess likely *demands* on social services, not mere eligibility for them.

To do so, the medical officers must necessarily take into account both medical and non-medical factors, such as the availability, scarcity or cost of publicly funded services, along with the willingness and ability of the applicant or his or her family to pay for the services.

This, it seems to me, requires individualized assessments. It is impossible, for example, to determine the "nature", "severity" or probable "duration" of a health impairment without doing so in relation to a given individual. If the medical officer considers the need for potential services based only on the *classification* of the impairment rather than on its particular manifestation, the assessment becomes generic rather than individual. It is an approach which attaches a cost assessment to the disability rather than to the individual. This in turn results in an automatic exclusion for all individuals with a particular disability, even those whose admission would not cause, or would not reasonably be expected to cause, excessive demands on public funds.

The issue is not whether Canada can design its immigration policy in a way that reduces its exposure to undue burdens caused by potential immigrants. Clearly it can. But here the legislation is being interpreted in a way that impedes entry for *all* persons who are intellectually disabled, regardless of family support or assistance, and regardless of whether they pose any reasonable likelihood of excessively burdening Canada's social services. Such an interpretation, disregarding a family's actual circumstances, replaces the provision's purpose with a cookie-cutter methodology. Interpreting the

services sociaux canadiens. Le terme « fardeau excessif » appelle intrinsèquement à l'évaluation et à la comparaison. Si l'on ne tient pas compte de la capacité et de la volonté du demandeur d'assumer le coût des services sociaux, il est impossible de déterminer d'une manière réaliste en quoi consiste le « fardeau » que devront supporter les services sociaux de l'Ontario. Le texte de la disposition indique que les médecins agréés doivent déterminer le *fardeau* probable pour les services sociaux, et non la simple admissibilité à ces services.

Pour ce faire, les médecins agréés doivent nécessairement tenir compte de critères médicaux et non médicaux — comme la disponibilité, la rareté ou le coût des services financés par l'État, ainsi que la volonté et la capacité du demandeur ou de sa famille de payer pour les services concernés.

Cela exige, me semble-t-il, des appréciations individualisées. Il est impossible, par exemple, de déterminer la « nature », la « gravité » ou la « durée probable » d'une maladie sans le faire à l'égard d'une personne donnée. Si le médecin agréé s'interroge sur les services susceptibles d'être requis en se fondant uniquement sur la *classification* de la maladie ou de l'invalidité, et non sur la façon précise dont elle se manifeste, l'appréciation devient générique plutôt qu'individuelle. L'évaluation des coûts est alors faite en fonction de la déficience plutôt qu'en fonction de l'individu. Toutes les personnes atteintes d'une déficience donnée sont alors automatiquement exclues, même celles dont l'admission n'entraînerait pas, ou ne risquerait pas d'entraîner, un fardeau excessif pour les fonds publics.

La question n'est pas de savoir si le Canada peut élaborer une politique d'immigration propre à réduire le risque que des candidats à l'immigration lui occasionnent un fardeau excessif. Il est clair qu'il peut le faire. Mais, dans les présentes affaires, la Loi est interprétée d'une manière qui fait obstacle à l'admission de *toutes* les personnes ayant une déficience intellectuelle, sans égard au soutien ou à l'aide de la famille et à la question de savoir si leur admission crée une probabilité raisonnable de fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. Une telle interprétation, qui ne tient pas compte de

55

56

57

legislation in this way may be more efficient, but an efficiency argument is not a valid rebuttal to justify avoiding the requirements of the legislation. The Act calls for individual assessments. This means that the individual, not administrative convenience, is the interpretive focus.

la situation financière concrète de la famille, substituée à l'objet de la mesure législative une méthode d'évaluation à la chaîne. Il est peut être plus efficient d'interpréter la mesure législative de cette manière, mais un argument fondé sur l'efficience ne saurait valablement justifier le non-respect des exigences de cette mesure. La Loi requiert des appréciations individuelles. Cela signifie que l'interprétation doit être centrée sur la personne, et non sur la commodité administrative.

58 The clear legislative threshold provides that to be denied admission, the individual's medical condition "would" or "might reasonably be expected" to result in an excessive public burden. The threshold is reasonable probability, not remote possibility. It should be more likely than not, based on a family's circumstances, that the contingencies will materialize. See *Hiramen v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 65 N.R. 67 (F.C.A.), and *Badwal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 64 D.L.R. (4th) 561 (F.C.A.), both by MacGuigan J.A.

Le critère législatif est clair : pour qu'une personne se voit refuser l'admission, on doit avoir conclu que son état de santé « entraînerait » ou « risquerait d'entraîner » un fardeau excessif pour le public. Ce critère correspond à une probabilité raisonnable, non à une faible possibilité. Il doit être probable, eu égard à la situation de la famille, que les éventualités envisagées se réaliseront. Voir *Hiramen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 74 (QL) (C.A.), et *Badwal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] A.C.F. n° 1022 (QL) (C.A.), deux arrêts dans lesquels le juge MacGuigan a exposé les motifs.

59 The same analysis is applicable to the new *Immigration and Refugee Protection Act*, which replaced most of the *Immigration Act*, including s. 19. Medical inadmissibility, as previously stated, is now determined under s. 38(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, which states:

La même analyse vaut pour la nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui a remplacé la plus grande partie de la *Loi sur l'immigration*, y compris l'art. 19. Comme je l'ai indiqué précédemment, la non-admissibilité pour raisons médicales est maintenant déterminée en vertu du par. 38(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* :

38. (1) A foreign national is inadmissible on health grounds if their health condition

38. (1) Emporte, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour motifs sanitaires l'état de santé de l'étranger [. . .] risquant d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé.

(c) might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services.

60 Under this new provision, health impairments need no longer be those that "would cause or might reasonably be expected to cause" excessive demands. Only those that "might reasonably be expected to cause" them are relevant. I see no real significance to the omission of the words "would cause". The wording is sufficiently similar to preserve the requirement that any anticipated burdens

Selon cette nouvelle disposition, il n'est plus nécessaire de conclure que la maladie ou l'invalidité « entraînerait ou risquerait d'entraîner » un fardeau excessif. Seul l'état de santé « risquant d'entraîner » un fardeau excessif est visé. Que l'on n'ait pas écrit « entraînant » est, selon moi, sans importance véritable. Le texte est suffisamment similaire pour permettre de conclure au maintien de l'obligation de

on the public purse be tethered to the realities, not the possibilities, of applicants' circumstances, including the extent of their families' willingness and ability to contribute time and resources.

It follows from the preceding analysis that the Hilewitz and de Jong families' ability and willingness to attenuate the burden on the public purse that would otherwise be created by their intellectually disabled children are relevant factors in determining whether those children might reasonably be expected to cause excessive demands on Canada's social services.

The medical notifications relating to both Gavin Hilewitz and Dirkje de Jong identified three social services that might be required: special education, vocational training and respite care. The Hilewitz and de Jong families both expressed an intention to send their children to private schools with specialized education. Mr. Hilewitz also expressed an intention to purchase a company which would provide employment for Gavin, thus avoiding the need for vocational training. Nevertheless, both applications were rejected on the basis that there would be excessive demands on social services.

In the case of the Hilewitz application, the affidavit of Dr. Waddell is revealing. He referred to the excessive costs to the province of social services for Gavin without taking into consideration the reasonableness of the likelihood that public funds would be used. It is also clear from his cross-examination by Mr. Hilewitz's counsel that Dr. Waddell felt that once *eligibility* for social services was made out, a finding of "excessive demands" would automatically follow and there was no need to inquire into either the assistance to be provided by the family or the likelihood of their reliance on publicly funded services.

A similar approach informed the review by the visa officer. When, in cross-examination on her

rattacher toute prévision de fardeau pour les fonds publics à la situation réelle des demandeurs, notamment la mesure dans laquelle leur famille a la volonté et la capacité de leur consacrer du temps et des ressources — et non à l'évolution possible de cette situation.

Il ressort de cette analyse que la capacité et la volonté des familles Hilewitz et de Jong de réduire le fardeau autrement susceptible d'être occasionné pour les fonds publics par la déficience intellectuelle de leurs enfants sont des éléments pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si l'admission de ces enfants risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens.

Les déclarations médicales concernant Gavin Hilewitz et Dirkje de Jong mentionnaient trois services sociaux susceptibles d'être requis : l'éducation spécialisée, la formation professionnelle et les services de relève. Les familles Hilewitz et de Jong ont toutes deux exprimé leur intention d'inscrire leurs enfants à des écoles privées offrant une éducation spécialisée. M. Hilewitz a également exprimé l'intention d'acquérir une entreprise qui procurerait un emploi à Gavin, ce qui éliminerait la nécessité de recourir à la formation professionnelle. Malgré cela, les deux demandes ont été rejetées, au motif que l'admission des intéressés entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux.

Dans le cas de la demande de la famille Hilewitz, l'affidavit du D^r Waddell est révélateur. Ce dernier fait état des coûts excessifs qu'assumerait la province pour les services sociaux requis par Gavin, sans s'interroger sur le caractère raisonnable de la probabilité que des fonds publics seraient utilisés. De plus, il ressort clairement du contre-interrogatoire du D^r Waddell par l'avocat de M. Hilewitz que le premier estimait qu'une fois l'*admissibilité* aux services sociaux établie, la conclusion de « fardeau excessif » suivait automatiquement, et qu'il n'était pas nécessaire de s'interroger sur l'aide qu'apporterait la famille ou sur la probabilité que celle-ci ait recours à des services financés par l'État.

L'examen effectué par l'agente des visas procédait d'une façon de voir similaire. Lorsque l'avocat

61

62

63

64

affidavit, she was asked by Mr. Hilewitz's counsel for the reasons behind her rejection of his application, Ms. Hughes explained that she had not looked at the additional information submitted by Mr. Hilewitz in response to the fairness letter because she was not the person forming the medical opinion. She felt her duty was to read only the medical notification and to ensure that it pertained "to the right person". She admitted that she had an obligation to assure herself that the medical notification was reasonable, but felt there was no room for error because "there is no mechanism [by which] a permanent resident can opt out of the eligibility for the medical or social services". She made no distinction between health and social services.

de M. Hilewitz a contre-interrogé M^{me} Hughes au sujet de son affidavit et lui a demandé les raisons qui l'avaient amenée à refuser la demande, cette dernière a expliqué qu'elle n'avait pas pris connaissance des renseignements additionnels fournis par M. Hilewitz en réponse à la lettre requise par l'équité, parce qu'elle n'était pas la personne chargée de formuler l'avis médical. Son obligation se limitait selon elle à lire la déclaration médicale et à vérifier qu'elle concernait [TRADUCTION] « la bonne personne ». Reconnaissant qu'elle avait l'obligation de s'assurer du caractère raisonnable de la déclaration médicale, elle estimait toutefois qu'il n'y avait pas de possibilité d'erreur, puisque [TRADUCTION] « aucun mécanisme [. . .] ne permet à un résident permanent de renoncer à son admissibilité aux services médicaux ou sociaux ». Elle n'a fait aucune distinction entre les services de santé et les services sociaux.

65 She also raised concerns about a number of future contingencies relating to possible economic reversals, saying:

Right now Mr. Hilewitz is a very-well-to-do man who cares very much about his son and has heretofore defrayed the costs of Gavin's needs, and I'm sure that it is his intention to do so in the future too, but you see, I don't know what will happen in the future. It's very hard to predict about the future.

Elle a également évoqué un certain nombre d'éventualités ayant trait à de possibles modifications de la situation financière de la famille :

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, M. Hilewitz est un homme très prospère qui aime beaucoup son fils et qui a jusqu'ici assumé tous les frais qu'entraînaient les soins dont avait besoin Gavin, et je suis sûre qu'il a l'intention de continuer à le faire, mais, voyez-vous, je ne sais pas ce qui arrivera à l'avenir. Il est très difficile de prédire l'avenir.

For example, if something happened to the ability to pay, then would Gavin not need the social services and avail himself of his eligibility? I mean, to my knowledge, there are no legal provisions to limit Gavin's eligibility to social services based on his ability to pay if he were to be admitted as a permanent resident. And although eligibility may not constitute probability or use, it does constitute possibility, and that is what I think I have to look at, you see. I think that is entirely reasonable.

Par exemple, s'il devenait tout à coup incapable d'assumer ces frais, Gavin n'aurait-il pas alors besoin de services sociaux et n'exercerait-il pas son droit de les utiliser? D'après ce que je sais, il n'existe aucune disposition législative qui limite le droit d'accès de Gavin à des services sociaux sur la base de sa capacité de payer, dans le cas où il serait admis en tant que résident permanent. Et quoique l'admissibilité à ces services ne signifie pas qu'il est probable qu'on y ait recours, cela demeure néanmoins une possibilité et c'est ce dont il faut tenir compte, vous comprenez. Cela me paraît tout à fait raisonnable.

Q. I see. That is kind of a long answer, so let me go at this —

Q. Je vois. Votre réponse est assez longue alors permettez-moi de —

A. I can shorten it up for you, sir. If Mr. Hilewitz, Heaven forbid, were to become insolvent, it is reasonable to assume that Gavin would use existing public services.

R. Je peux vous la résumer, Maître. Si M. Hilewitz, le ciel l'en préserve, devenait insolvable, il est raisonnable de supposer que Gavin aurait recours aux services publics.

66 Ms. Hughes recognized that it was "highly unlikely" that the Hilewitzes would make use of

M^{me} Hughes a reconnu qu'il était [TRADUCTION] « très improbable » que la famille Hilewitz ait

government-funded services, but was nevertheless concerned about the mere possibility that such reliance would occur.

In the de Jong case, the letter from Dr. Bertrand similarly shows that he too made no distinction between health and social services, and refused to take into account the de Jong family's resources and support in determining the potential burden on social services. Instead, he raised the speculative possibility that the family would fall on hard times and be forced to resort to publicly funded services. Despite the clear directions in the order of Reed J., Dr. Bertrand persisted in insisting that in making his determination, he had no authority in law to consider the family's financial resources.

These views, it seems to me, undermine and contradict the direction in the legislation that a person can only be found to be ineligible for admission if his or her admission "would" or "might reasonably be expected" to cause excessive demands. That means that something more than speculation must be applied to the inquiry. The fears articulated in the rejections of the Hilewitz and de Jong applications, such as possible bankruptcy, mobility, school closure or parental death, represent contingencies that could be raised in relation to any applicant. Using such contingencies to negate a family's genuine ability and willingness to absorb some of the burdens created by a child's disabilities anchors an applicant's admissibility to conjecture, not reality.

Social services are regulated by provincial statutes. In Ontario, the province in which both the Hilewitz and de Jong families have expressed their intention to live, the *Developmental Services Act*, R.S.O. 1990, c. D.11, as amended, addresses some of the facilities, assistance and services that may be provided to a person with developmental disabilities. Section 15 of the regulations under the

recours à des services financés par l'État, mais que la seule possibilité que cela puisse se produire la préoccupait néanmoins.

Dans le cas de la famille de Jong, la lettre du D^r Bertrand indique de façon analogue que lui non plus ne faisait pas de distinction entre les services de santé et les services sociaux, et que, dans la détermination du fardeau potentiel pour les services sociaux, il a refusé de tenir compte des ressources financières de la famille de Jong et du soutien qu'elle pouvait apporter. Il a plutôt soulevé la possibilité de nature conjecturale que la famille éprouve un jour des difficultés financières et soit forcée d'avoir recours aux services financés par l'État. Malgré les directives claires contenues dans l'ordonnance de la juge Reed, le D^r Bertrand a persisté à prétendre que, dans la cadre de la décision qu'il devait prendre, il n'était pas autorisé en droit à tenir compte des ressources financières de la famille.

Ces façons de voir me paraissent affaiblir et contredire la disposition de la Loi, disposition qui prescrit qu'une personne peut être jugée non admissible seulement si son admission « entraînerait » ou « risquerait d'entraîner » un fardeau excessif. Cela signifie que la décision ne saurait reposer sur de simples conjectures. Les craintes exposées dans le rejet des demandes des Hilewitz et des de Jong quant à diverses possibilités (faillite, déménagement, fermeture d'école ou décès des parents) sont des éventualités qui pourraient être soulevées à l'égard de tout demandeur. En invoquant de telles éventualités pour nier la capacité et la volonté réelles d'une famille de supporter une partie du fardeau occasionné par la déficience d'un enfant, on se trouve à rattacher l'admissibilité d'un demandeur à des conjectures et non à la réalité.

Les services sociaux relèvent de lois provinciales. En Ontario, la province où les familles Hilewitz et de Jong ont exprimé l'intention de s'installer, les établissements, l'aide et les services susceptibles d'être mis à la disposition des personnes ayant une déficience intellectuelle sont en partie régis par la *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle*, L.R.O. 1990, ch. D.11, et

67

68

69

Developmental Services Act Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 272, states that a determination will be made as to the ability of the applicant for “admission to [a] facility and for assistance” to contribute “to all or any part of the cost” thereof. Section 16 extends the same approach to applications for “services”. The Ontario legislation manifestly contemplates the possibility of financial contributions from families able to make them. Even if the Hilewitz and de Jong families’ stated intentions regarding education and training did not materialize, the financial resources of both families are such that they likely would be required to contribute a substantial portion, if not the entirety, of the costs associated with certain social services provided by the province.

ses modifications. Selon l’article 15 du règlement d’application de la *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle*, R.R.O. 1990, Règl. 272, il faut déterminer si une personne qui demande [TRADUCTION] « l’admission à un établissement et de l’aide » est à même de supporter « tout ou partie du coût » de telles mesures. L’article 16 étend l’application de cette même règle aux demandes de « services ». Manifestement, la législation ontarienne envisage la participation financière des familles qui ont les moyens de le faire. Même si les intentions exprimées par les familles Hilewitz et de Jong en matière d’éducation et de formation ne se matérialisaient pas, les ressources financières de ces familles sont telles que ces dernières seraient vraisemblablement appelées à supporter une part substantielle, voire la totalité, des coûts afférents à certains services sociaux fournis par la province.

70 The medical officers were obliged to consider all relevant factors, both medical and non-medical, such as the availability of the services and the anticipated need for them. In both cases, the visa officers erred by confirming the medical officers’ refusal to account for the potential impact of the families’ willingness to assist. Moreover, their failure to read the families’ responses to the fairness letters sent to them by the medical officers meant that their decisions were not based on all the relevant available information.

Les médecins agréés et les agents des visas avaient l’obligation de tenir compte de tous les éléments pertinents, tant de nature médicale que non médicale, par exemple la disponibilité des services et les besoins prévus à cet égard. Or dans les deux cas, les agents des visas ont commis une erreur en confirmant le refus des médecins agréés de prendre en considération l’incidence possible de la volonté des familles d’apporter leur soutien. En outre, leurs décisions n’étaient pas fondées sur la totalité de l’information disponible, vu leur refus de lire les réponses des familles aux lettres requises par l’équité que leur avaient fait parvenir les médecins agréés.

71 The parties are in agreement that correctness is the applicable standard for reviewing the visa officers’ decisions in these appeals. The error in the interpretation of s. 19(1)(a)(ii) warrants the setting aside of those decisions.

Les parties s’entendent pour dire que c’est la norme de la décision correcte qui s’applique au contrôle des décisions des agents des visas faisant l’objet des présents pourvois. L’erreur commise dans l’interprétation du sous-al. 19(1)(a)(ii) justifie l’annulation de ces décisions.

III. Disposition

III. Dispositif

72 Both appeals are allowed with costs throughout, and both applications are referred to the Minister for reconsideration and redetermination by different visa officers in accordance with these reasons.

Les deux pourvois sont accueillis avec dépens dans toutes les cours, et les deux demandes sont renvoyées au ministre pour réexamen et nouvelle décision par d’autres agents des visas en conformité avec les présents motifs.

The reasons of LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting) —

I. Introduction

I agree with the majority that the issue in these appeals is whether wealth can be considered when determining if the medical condition of an immigration applicant's dependant might reasonably be expected to cause excessive demands on social services. In the majority's view, it can. On the basis of statutory interpretation, however, I reach the opposite conclusion. I would therefore dismiss the appeals.

Section 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2 ("IA"), is at the heart of the debate. It reads:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;

The IA has now been replaced by the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ("IRPA"), which has a similar provision dealing with medical inadmissibility (s. 38(1)(c)). The Court of Appeal took the view that the IA continues to apply to the proceedings; this position has not been challenged.

Section 19(1)(a)(ii) IA requires a medical officer to assess the nature, severity and probable duration of an individual's medical condition and to consider what services the person is likely to require because

Version française des motifs des juges LeBel et Deschamps rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) —

I. Introduction

Tout comme les juges majoritaires, j'estime qu'il s'agit de décider, dans les présents pourvois, si la capacité de payer peut être prise en considération pour déterminer si la maladie ou l'invalidité d'une personne à la charge de l'auteur d'une demande d'immigration risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux. Les juges majoritaires sont d'avis qu'elle peut l'être. En me fondant sur l'interprétation de la loi, j'arrive, quant à moi, à la conclusion contraire et, en conséquence, je rejetterais les pourvois.

Le sous-alinéa 19(1)a(ii) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2 (« LI »), est au cœur même du litige. Voici le libellé de cette disposition :

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut :

(ii) . . . que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé;

La LI a maintenant été remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« LIPR »), qui comporte une disposition semblable prévoyant l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires (par. 38(1)). La Cour d'appel a estimé que la LI s'appliquait encore aux présentes espèces; cette position n'a pas été contestée.

Le sous-alinéa 19(1)a(ii) LI exige qu'un médecin agréé apprécie la nature, la gravité et la durée probable de la maladie ou de l'invalidité dont est atteinte une personne et prenne en considération les services

73

74

75

76

of that condition if admitted into Canada. The question is whether the demands on those services are excessive in relation to the demands generated by other members of Canadian society. The majority would read into the provision the possibility that the likely demands on services can be reduced or eliminated where the applicant is wealthy. In my view, this interpretation runs counter to the history and purpose of the legislation and is inconsistent with the scheme of Part III of the *IA*, which concerns exclusion from entry into Canada.

II. Facts

77 David Hilewitz and Dirk de Jong, along with their families, applied to enter Canada in the late-1990s. Mr. Hilewitz sought admission as an investor and Mr. de Jong as a self-employed person. Each of them was refused admission because he had a child whose intellectual disability was found likely to cause excessive demands on Canada's social services. Both children were diagnosed with delayed mental development and were found to be eligible for and likely in need of special education, counselling, occupational therapy or life skills training, respite care for their parents and vocational training. In the case of Ms. de Jong, the medical officer thought it was probable that she would also qualify for sheltered workshop employment.

78 The facts in the appeals and the judgments below are thoroughly set out by the majority and I will not repeat them save as is necessary for the purposes of discussion.

III. Analysis

79 Canada has a long history of opening its doors to newcomers. The government of Canada has recognized the importance of immigration, as is

dont cette personne est susceptible d'avoir besoin en raison de cette maladie ou invalidité si elle est admise au Canada. Il s'agit de décider si le fardeau pour ces services est excessif par rapport à celui qui est occasionné par d'autres membres de la société canadienne. Pour les juges majoritaires, cette disposition envisage implicitement que le fardeau susceptible d'être créé pour les services sociaux puisse être réduit ou éliminé lorsque le demandeur a la capacité de payer pour ces services. Or, à mon avis, cette interprétation va à l'encontre de l'histoire et de l'objectif de la législation et elle est incompatible avec l'économie de la partie III de la *LI*, qui concerne les personnes non admissibles au Canada.

II. Faits

David Hilewitz et Dirk de Jong, ainsi que leur famille respective, ont présenté une demande d'admission au Canada vers la fin des années 1990. Le premier a présenté sa demande en tant qu'investisseur et le second en tant que travailleur autonome. Leurs demandes d'admission ont été refusées parce que chacun des demandeurs avait à sa charge un enfant dont la déficience intellectuelle a été considérée comme susceptible d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux du Canada. On a diagnostiqué chez les deux enfants un retard de développement intellectuel et jugé qu'ils étaient susceptibles d'avoir besoin d'une éducation spécialisée, de séances de consultation, d'ergothérapie ou d'apprentissage de l'autonomie fonctionnelle, de services de relève pour les parents et de formation professionnelle, services auxquels ils auraient le droit de recourir. Dans le cas de M^{lle} de Jong, le médecin agréé a aussi estimé qu'elle serait probablement admissible à un emploi dans un atelier protégé.

Les faits en cause dans les présents pourvois et dans les décisions des juridictions inférieures ayant été exposés en détail par les juges majoritaires, je ne les rappellerai que lorsque cela est nécessaire pour les besoins de l'analyse.

III. Analyse

Le Canada ouvre depuis longtemps ses portes aux nouveaux arrivants. Le gouvernement canadien reconnaît l'importance de l'immigration, comme

evidenced by an extensive practice of admitting thousands of people into Canada each year in an effort to increase the population and enrich the social and cultural fabric of the country: s. 3(a) and (b) IA; s. 3(1)(b) IRPA.

However, as important as it is to bring new people into Canada, Parliament has chosen to do so in a way that maintains and protects the health, safety and good order of Canadian society: s. 3(i) IA. Admission to Canada is and has always been subject to certain limitations (s. 5(2) IA). The IA establishes classes of inadmissible persons. For reasons beyond their control, the appellants belong to one of those classes and are inadmissible.

This conclusion follows from an application of the modern contextual approach to statutory interpretation described by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

See *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26.

In applying the modern contextual approach, I find it helpful to begin by reviewing the history of the legislation. This provides the background for a more focussed discussion, beginning with the overall scheme of the IA and then moving to the words of the provision itself. In my view, the analysis clearly leads to the conclusion that wealth is not a relevant consideration under s. 19(1)(a)(ii). This position is reinforced when the broader context of the medical inadmissibility assessment and the responsibilities of medical officers are considered.

A. History

Legislative intent can be gleaned from a review of the various changes to the statutory provision.

en témoigne le fait qu'il admet résolument chaque année des milliers de personnes au pays pour favoriser la croissance de la population et enrichir le tissu social et culturel du pays : al. 3a) et b) LI; al. 3(1)b) LIPR.

Toutefois, si important soit-il d'attirer de nouvelles personnes, le législateur a choisi de le faire d'une manière propre à maintenir et à garantir la santé, la sécurité et l'ordre public au Canada : al. 3i) LI. L'admission au Canada a toujours été subordonnée à certaines conditions (par. 5(2) LI). La LI établit des catégories de personnes non admissibles. Or, pour des raisons indépendantes de leur volonté, les appelants appartiennent à l'une de ces catégories et sont non admissibles.

Cette conclusion découle de l'application de la méthode contextuelle moderne d'interprétation des lois décrite par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87 :

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26.

Pour appliquer la méthode contextuelle moderne, je considère qu'il est utile de faire d'abord l'histoire de la législation. Le contexte ayant ainsi été défini, on peut alors procéder à une analyse plus précise portant tout d'abord sur le régime général établi par la LI et, ensuite, sur le libellé de la disposition elle-même. À mon avis, il ressort clairement de cette analyse que la capacité de payer n'est pas un élément pertinent pour l'application du sous-al. 19(1)a)(ii). L'examen du contexte plus général de l'appréciation de la non-admissibilité pour raisons médicales ainsi que des responsabilités des médecins agréés vient renforcer cette conclusion.

A. Historique

Il est possible de découvrir l'intention du législateur en examinant les diverses modifications

80

81

82

83

Thus, it is useful to look at the way in which the wealth of an individual has been included or excluded from immigration legislation over the years.

apportées à la disposition législative. Il est par conséquent utile de voir comment la capacité de payer d'un individu a été incluse dans la législation sur l'immigration ou exclue de celle-ci au fil des ans.

84

One of the earliest immigration acts, *An Act Respecting Emigrants and Quarantine*, C.S.C. 1859, c. 40, envisaged the admission to Canada of persons with disabilities who were "likely to become permanently a public charge", provided that security was given for their support (s. 10(2)). Thus, in the 19th century, the admission of persons to Canada was not as expansive as might appear at first blush: even at a time where there was almost no social safety net, the provision of financial security was required for persons suffering from certain medical conditions who were likely to become public charges. Admission criteria became even stricter in the *Immigration Act*, S.C. 1910, c. 27, and in its subsequent amendments (S.C. 1919, c. 25, s. 3) which are found in the *Immigration Act*, R.S.C. 1927, c. 93. The 1910 Act prohibited the entry of classes of persons on the basis of medical conditions alone; there was an absolute ban on persons with mental disabilities: s. 3(a). The subsequent amendments included a ban on persons who were "mentally or physically defective to such a degree as to affect their ability to earn a living": s. 3(m) of the 1927 Act.

L'une des lois les plus anciennes en matière d'immigration, l'*Acte concernant les émigrés et la quarantaine*, S.R.C. 1859, ch. 40, prévoyait l'admission au Canada de personnes atteintes d'une déficience qui « pourrai[ent] devenir permanemment à charge au public » à la condition qu'un cautionnement soit versé quant aux dépenses susceptibles de devoir être engagées pour subvenir à leurs besoins (par. 10(2)). Ainsi, au XIX^e siècle, l'admission au Canada n'était pas aussi étendue qu'elle pouvait sembler à première vue : même à cette époque où il n'existait quasiment aucun filet de sécurité sociale, on exigeait une garantie financière à l'égard des personnes atteintes de certaines déficiences qui risquaient de devenir un fardeau pour la collectivité. Les critères d'admission ont été resserrés davantage dans la *Loi de l'immigration*, S.C. 1910, ch. 27, et dans ses modifications ultérieures (S.C. 1919, ch. 25, art. 3) que l'on trouve dans la *Loi de l'immigration*, S.R.C. 1927, ch. 93. Dans la Loi de 1910, certaines catégories de personnes se voyaient interdire l'admission uniquement sur la base de raisons médicales; l'interdiction était absolue à l'égard des personnes atteintes de déficience mentale : al. 3a). Des modifications subséquentes comportaient une interdiction visant les personnes « mentalement ou physiquement atteintes, au point de ne pouvoir gagner leur vie qu'avec difficulté » : al. 3m) de la Loi de 1927.

85

The "excessive demands" criterion — which determined inadmissibility on the basis of demands placed on health or social services rather than on the mere existence of a medical condition — was first introduced in the *Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52 (subsequently R.S.C. 1985, c. I-2). The new criterion certainly represented a more modern approach to mental disability but did not, in itself, indicate a legislative departure from a policy of protecting Canada's finite resources from those who might impose a burden on it. Although inadmissibility on the basis of medical conditions alone

Le critère du « fardeau excessif » — suivant lequel la non-admissibilité était établie en fonction du fardeau pour les services sociaux ou de santé plutôt que de la simple existence d'une maladie — a été introduit dans la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 (plus tard L.R.C. 1985, ch. I-2). Ce nouveau critère dénotait très certainement une façon plus moderne d'aborder la déficience mentale, sans pour autant indiquer en soi la volonté du législateur d'abandonner la politique consistant à protéger les ressources limitées du Canada contre ceux dont l'admission risquerait de

and the provision on giving security to the Minister had been abandoned, the new mechanism sought to protect the integrity of health and social services. As such, to adopt an overly expansive view of s. 19(1)(a)(ii) would be to depart from a long history of selective admission policies. When wealth was to be considered by the decision maker, the statutes said so clearly. Section 19(1)(a)(ii) makes no such reference. In its historical context, this silence is meaningful. This is particularly true when one considers that other provisions of the *IA* explicitly refer to sponsorship and the provision of security (see ss. 6(2) and (4) and 19(1)(b)).

B. *The Immigration Act*

Several broad objectives define Canadian immigration policy: reuniting families, protecting refugees, and fostering a viable economy (s. 3(c), (g) and (h) *IA*; ss. 3(1)(c) and (d), and 3(2) *IRPA*). These objectives are met through the recognition of different classes of immigrants and the adoption of different admission criteria for each class: for example, refugees (s. 7 of the *Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172* (“*IR*”)), family class immigrants (s. 4 *IR*) and what are often referred to as business or economic immigrants. This last class includes investors, self-employed persons and entrepreneurs: see ss. 6.11, 8(1)(b) and (c), and 8(4) *IR*. The Hilewitz and de Jong applications belong to the last of these subclasses. The financial resources and potential economic contribution of this class of immigrants are central to the success of their applications. Wealth, at this stage, is certainly of prime importance since the admission of these immigrants is essential to meeting the statute’s objective of fostering prosperity in Canada.

However, even if applicants meet the criteria for admission of a particular class of immigrants, they

lui imposer un fardeau. Bien que l’on eût renoncé à la non-admissibilité fondée sur l’état de santé seulement et à la disposition concernant le versement d’un cautionnement au ministre, le nouveau mécanisme visait à protéger l’intégrité des services sociaux et de santé. Voilà pourquoi une interprétation exagérément large du sous-al. 19(1)(a)(ii) s’écarterait d’une longue histoire de politiques fondées sur l’admission sélective. Lorsque la capacité de payer devait être prise en considération par le décideur, les lois l’indiquaient clairement. Or, il n’est nullement question de cet élément au sous-al. 19(1)(a)(ii). Dans son contexte historique, ce silence est significatif, particulièrement si l’on considère que d’autres dispositions de la *LI* font expressément mention du parrainage et du cautionnement (voir les par. 6(2) et (4), et l’al. 19(1)(b)).

B. *La Loi sur l’immigration*

Plusieurs objectifs généraux définissent la politique canadienne d’immigration : la réunion des familles, la protection des réfugiés et le développement d’une économie florissante (al. 3c), g) et h) *LI*; al. 3(1)c) et d) et par. 3(2) *LIPR*). L’établissement de plusieurs catégories d’immigrants et de critères d’admission différents pour chaque catégorie permet d’atteindre ces objectifs : par exemple, la catégorie des réfugiés (art. 7 du *Règlement sur l’immigration de 1978, DORS/78-172* (« *RI* »)), la catégorie des parents (art. 4 *RI*) et ce qu’on appelle souvent la catégorie des gens d’affaires immigrants ou immigrants économiques. Cette dernière catégorie comprend les investisseurs, les travailleurs autonomes et les entrepreneurs : voir l’art. 6.11, les al. 8(1)b) et c), et le par. 8(4) *RI*. Les demandes présentées par les Hilewitz et les de Jong entrent dans cette dernière catégorie. Les ressources financières et l’apport économique potentiel de cette catégorie d’immigrants jouent un rôle central dans l’issue de leurs demandes. La capacité de payer, à cette étape, a certainement une importance primordiale, puisque l’admission de ces immigrants est essentielle à la réalisation d’un objectif de la *LI*, celui de favoriser la prospérité du Canada.

Même s’ils remplissent les conditions d’admission fixées à l’égard d’une catégorie donnée

may still be excluded on other grounds. A visa will be issued by a visa officer only where it would not be contrary to the *IA* to do so (s. 9(4)). Pursuant to s. 11(1) *IA*, every immigrant must undergo a medical examination by a medical officer. The medical officer must conduct an examination to determine whether the potential immigrant falls within an inadmissible class. Section 19, which is found in Part III — Exclusion and Removal — sets out the classes of inadmissible persons. I will discuss only medical inadmissibility.

88

An obvious example of a medically inadmissible person is one who is likely to be a threat to public safety. This exclusion is mentioned in s. 19(1)(a)(i):

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

(i) they are or are likely to be a danger to public health or to public safety, . . .

The chief responsibility of the medical officer in such cases is to assess the danger to public health or safety. Wealth, regardless of how rich the applicant is, is irrelevant to this assessment.

89

Under s. 19(1)(a)(ii), the medical officer makes the same type of assessment. He or she must take the nature, severity and probable duration of the potential immigrant's impairment into account in determining whether:

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services.

90

A plain reading of the words of the provision suggests that the determination of excessive

d'immigrants, les demandeurs peuvent toutefois être exclus pour d'autres motifs. L'agent des visas ne délivre un visa que si cela ne contrevient pas à la *LI* (par. 9(4)). Suivant le par. 11(1) *LI*, tous les immigrants doivent se prêter à un examen fait par un médecin agréé, qui doit déterminer si le candidat à l'immigration appartient à une catégorie non admissible. L'article 19, que l'on trouve dans la partie III — Exclusion et renvoi —, énonce les catégories de personnes non admissibles. Je ne traiterai que de la non-admissibilité pour raisons médicales.

La personne qui constituerait vraisemblablement un danger pour la sécurité publique est un exemple évident de personne non admissible pour raisons médicales. Cette exclusion est prévue au sous-al. 19(1)(a)(i) :

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut :

(i) . . . que ces personnes constituent ou constitueraient vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité publiques,

Dans de tels cas, la principale responsabilité du médecin agréé consiste à apprécier le danger pour la santé ou la sécurité publiques. La capacité de payer, quel que soit le niveau de richesse du demandeur, n'est aucunement prise en compte dans cette appréciation.

Le médecin agréé procède au même type d'évaluation en vertu du sous-al. 19(1)(a)(ii). Il doit prendre en compte la nature, la gravité et la durée probable de la maladie ou de l'invalidité dont est atteint le candidat à l'immigration pour déterminer si :

(ii) [son] admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.

À la simple lecture de cette disposition, il semble que l'existence d'un fardeau excessif doive être

demands is made by reference to the nature, severity and probable duration of the medical condition itself. Rather than exclude persons on the basis of the condition alone, Parliament intended the medical officer to look at how the condition affects the individual. Nothing, however, suggests that an applicant's wealth should be understood to be included in the words "nature, severity or probable duration".

There is no question that the words of the enactment require an individualized assessment in order to determine whether a particular person is medically inadmissible. I agree with the majority that "[i]t is impossible . . . to determine the 'nature', 'severity', or 'probable duration' of a health impairment without doing so in relation to a given individual" (para. 56). Looking at a particular individual's situation does not, however, mean looking at criteria that have nothing to do with the medical condition.

There is no indication anywhere that Parliament intended medical officers to take wealth into account under s. 19(1)(a)(ii). For instance, s. 22 *IR* lists factors to be considered by the medical officer when making an "excessive demands" determination. These include reports made by medical practitioners, any effect on potential employability and the availability of required health or social services. None of the factors relate to the family's ability or intent to pay for the requisite services. Section 22 has been declared *ultra vires* (see *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139) as applied to s. 19(1)(a)(ii) and has now been repealed, but it is nevertheless informative insofar as it provides guidance with respect to legislative intent.

Neither s. 38(1)(c) of the subsequent statute, the *IRPA*, nor its accompanying regulations (see s. 34 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227) make any reference to family support or income; instead, s. 34 directs officers drawing conclusions about excessive demands to consider only reports made by a

déterminée en fonction de la nature, de la gravité et de la durée probable de la maladie ou de l'invalidité elle-même. L'intention du législateur était que le médecin agréé se demande de quelle manière la maladie ou l'invalidité affecte la personne atteinte, au lieu d'exclure cette dernière du seul fait de cette maladie ou invalidité. Rien cependant ne tend à indiquer que la capacité de payer du demandeur doit être considérée comme visée par les mots « la nature, la gravité ou la durée probable ».

Il ne fait aucun doute que le libellé du texte de loi requiert une appréciation individualisée de la situation d'une personne pour déterminer si elle est non admissible pour des raisons médicales. Je souscris à l'opinion des juges majoritaires selon laquelle « [i]l est impossible [. . .] de déterminer la « nature », la « gravité » ou la « durée probable » d'une maladie sans le faire à l'égard d'une personne donnée » (par. 56). Mais considérer la situation d'une personne donnée ne veut pas dire appliquer des critères qui n'ont rien à voir avec son état de santé.

Absolument rien n'indique que le législateur voulait que les médecins agréés tiennent compte de la capacité de payer dans l'application du sous-al. 19(1)(a)(ii). Par exemple, l'art. 22 *RI* énumère les éléments dont doit tenir compte le médecin agréé pour déterminer s'il y a « fardeau excessif ». Il s'agit notamment de tout rapport rédigé par un médecin, de l'incidence possible quant à l'employabilité éventuelle et de l'existence des services sociaux ou de santé requis. Aucun de ces éléments ne concerne la capacité ou l'intention de la famille de payer les services requis. L'article 22 a été déclaré inconstitutionnel (voir *Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1127 (QL) (1^{re} inst.)) pour ce qui est du sous-al. 19(1)(a)(ii) et il a été abrogé, mais il est néanmoins instructif quant à l'intention du législateur.

Il n'est fait aucune mention du revenu ou du soutien familial au par. 38(1) de la *LIPR*, qui a remplacé la *LI*, ni dans son règlement d'application (voir l'art. 34 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227); au contraire, l'art. 34 oblige l'agent ayant à se prononcer sur la question du fardeau excessif à tenir compte

91

92

93

health practitioner or medical laboratory and any condition identified by the medical examination.

uniquement des rapports établis par un spécialiste de la santé ou par un laboratoire médical et de toute maladie détectée lors de la visite médicale.

94

Likewise, the handbook given to medical officers to assist them in making their assessments specifically directs them to ignore “civil factors, such as the economic circumstances of the applicant” and to focus “solely on the medical considerations specified in the Act and Regulations”: *Medical Officer’s Handbook: Immigration Medical Service* (1992 (loose-leaf amended in October 1995), Section III, “Assessing System and Method”, para 3.1(11)). While the interpretation suggested by the handbook is certainly not binding, it is a “helpful confirmation of what appears evident on the face of the Act”: *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35, at para. 26.

De même, le guide remis au médecin agréé pour l’aider à faire son évaluation lui enjoint directement de ne pas tenir compte de « divers facteurs d’ordre social, notamment la situation financière du requérant » et d’« uniquement fonder son opinion sur les considérations médicales précisées dans la loi et le règlement précités » : *Guide du médecin : Service médical de l’immigration* (1992 (feuilles mobiles)), Section III, « Système et méthode d’évaluation », par. 3.1(11). Bien que l’interprétation suggérée par le Guide n’ait évidemment pas force obligatoire, c’est « une confirmation utile de ce qui se dégage clairement de la Loi » : *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35, par. 26.

95

Thus, the subsequent statute, regulations and internal guidelines all point to the applicant’s medical condition alone and not to his or her wealth. If Parliament had wanted to direct medical officers to consider family support or wealth, it had ample opportunity to do so when revising the rules. It is not for the courts to make such revisions in a case where there is no constitutional challenge.

Par conséquent, tant la loi subséquente que les dispositions réglementaires et les directives internes semblent indiquer que seul doit être pris en considération l’état de santé du demandeur, et non sa capacité de payer. Si le législateur avait voulu prescrire aux médecins agréés de tenir compte du soutien familial ou de la capacité de payer, il aurait eu amplement l’occasion de le faire lorsqu’il a modifié les règles applicables. Il n’appartient pas aux tribunaux d’apporter de telles modifications dans une affaire où il n’y a pas contestation constitutionnelle.

96

Furthermore, s. 19(1)(b) IA, which immediately follows the medical inadmissibility provisions, specifically envisages that financial arrangements can be made for persons who are unable or unwilling to care for themselves:

(b) persons who there are reasonable grounds to believe are or will be unable or unwilling to support themselves and those persons who are dependent on them for care and support, except persons who have satisfied an immigration officer that adequate arrangements, other than those that involve social assistance, have been made for their care and support;

Since special arrangements are explicitly considered under s. 19(1)(b), it would be inconsistent to deem the same consideration implicit in s. 19(1)(a)(ii).

De plus, l’al. 19(1)(b) LI, qui suit immédiatement les dispositions concernant la non-admissibilité pour raisons médicales, prévoit expressément que des dispositions financières peuvent être prises à l’égard des personnes qui n’ont pas la capacité ou la volonté de subvenir à leurs besoins :

b) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elles n’ont pas la capacité ou la volonté présente ou future de subvenir tant à leurs besoins qu’à ceux des personnes à leur charge et qui ne peuvent convaincre l’agent d’immigration que les dispositions nécessaires — n’impliquant pas l’aide sociale — ont été prises en vue d’assurer leur soutien;

Comme des dispositions spéciales sont expressément envisagées à l’al. 19(1)(b), il serait incohérent de présumer que cette considération est implicite au sous-al. 19(1)(a)(ii).

Also instructive is the fact that Parliament considered whether family support was relevant to an “excessive demands” opinion and chose not to include it in either the *IA* or the regulations. In a document entitled “Factors to be considered by medical officers” (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 11, April 5, 1977, at pp. 11A:42 to 11A:43), which was submitted to the Standing Committee considering the new *Immigration Act*, reference was made to “the availability of private support” as a factor that could be considered by medical officers. Excerpts from a discussion between then Deputy Minister of Manpower and Immigration John L. Manion and a committee member at a 1977 meeting of the Standing Committee (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 42, June 28, 1977, at p. 42:76), provide additional evidence that Parliament considered the impact of family support on the “excessive demands” assessment. Thus, leaving family support out was not an oversight but a considered decision. In my view, the fact that Parliament expressly considered family support but chose not to include it in either the provision or the accompanying regulations strongly suggests that Parliament did not intend wealth to be a relevant factor.

When the provision is looked at in its ordinary sense, together with the legislative context (including the regulations and internal directives), it is clear that Parliament intended that the inquiry into demands be tethered to the applicant’s medical condition.

C. *The Broader Context*

(1) Undertakings

In permitting the landing of persons with disabilities, the former Acts often provided that security could be given to the Minister to guarantee that

Un autre élément révélateur est le fait que le législateur s’est demandé si le soutien familial était pertinent pour la détermination du « fardeau excessif » et a décidé de ne pas inclure ce facteur dans la *LI* ou les règlements. Dans un document intitulé « Critères dont doivent tenir compte les médecins » (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, fascicule n° 11, 5 avril 1977, p. 11A : 105 à 11A : 107), qui a été soumis au Comité permanent examinant la nouvelle loi sur l’immigration, il a été question de l’« aide privée offerte » comme d’un élément dont pourraient tenir compte les médecins agréés. Des extraits d’échanges ayant eu lieu en 1977 entre le sous-ministre adjoint de la Main-d’œuvre et de l’Immigration, John L. Manion, et un membre du comité, lors d’une réunion du Comité permanent (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, fascicule n° 42, 28 juin 1977, p. 42 : 76) viennent eux aussi confirmer que le législateur a étudié la question de l’incidence du soutien familial sur l’appréciation du « fardeau excessif ». Ce n’est donc pas par oubli, mais bien à la suite d’une décision réfléchie, que le soutien familial a été exclu des éléments à prendre en compte. À mon avis, le fait que le législateur ait expressément examiné la question du soutien familial puis finalement décidé de ne pas en faire état dans la disposition législative et les règlements connexes donne fortement à penser qu’il ne voulait pas que la capacité de payer soit prise en compte.

Si l’on considère cette disposition dans son sens ordinaire et en tenant compte du contexte législatif (y compris les textes réglementaires et les directives internes), on voit clairement que le législateur entendait que l’analyse du fardeau soit axée sur l’état de santé du demandeur.

C. *Le contexte général*

(1) Engagements

Les lois antérieures qui accordaient le droit d’établissement aux personnes atteintes de déficience prévoient souvent le versement d’un cautionnement

the immigrant would not be a burden on Canada. Statements of intention with respect to medical inadmissibility are not and never have been envisaged by the immigration statutes.

au ministre pour garantir que l'immigrant ne constituerait pas un fardeau pour le Canada. Les lois sur l'immigration n'envisagent pas, et n'ont jamais envisagé, les déclarations d'intention en ce qui a trait à la non-admissibilité pour raisons médicales.

100 Sections 23(1) and 23.1 *IR*, which applied to all applications for immigration when the *IA* was in force, set out the terms and conditions that can be imposed in respect of an immigrant. These include the time and place at which the applicant must report for a medical examination, surveillance or treatment, the minimum investment an investor class applicant must make, and the times and places at which an immigrant must furnish evidence of compliance with other terms and conditions. Additionally, an entrepreneur class applicant is permitted entry into Canada on the basis of a promise to control and manage a business in Canada that creates at least one employment opportunity for a non-family member. The ability of the immigration officer to accept such promises is provided for in s. 23.1(1) *IR*.

Le paragraphe 23(1) et l'art. 23.1 *RI*, qui s'appliquaient à toutes les demandes d'immigration lorsque la *LI* était en vigueur, prescrivent les conditions qui peuvent être imposées à un immigrant. Ces conditions concernent notamment les dates, heures et lieux où l'immigrant doit se présenter pour visite médicale, surveillance médicale ou traitement médical, le placement minimal que doit effectuer une personne appartenant à la catégorie des investisseurs, et les dates, heures et lieux où l'immigrant doit fournir la preuve qu'il s'est conformé aux conditions imposées. De plus, l'immigrant appartenant à la catégorie des entrepreneurs est autorisé à entrer au Canada en échange d'une promesse de diriger et d'administrer une entreprise au Canada qui crée au moins une possibilité d'emploi pour une personne qui ne fait pas partie de sa famille. C'est le par. 23.1(1) *RI* qui habilite l'agent d'immigration à accepter ces promesses.

101 The usual mechanism for dealing with a person who fails to comply with the terms and conditions placed on his or her visa is a removal order under s. 27(1)(b), (3) and (4) *IA*. Removal orders may also be issued where a person was granted landing by reason of a misrepresentation of any material fact or where a person fails to support him or herself or any dependent member of his or her family in Canada. However, it is unlikely that either mechanism would apply in a situation where a family has stated in good faith that it will pay for social services such as special education.

La mesure qui est habituellement prise à l'encontre d'une personne qui ne se conforme pas aux conditions dont est assorti son visa est le renvoi en vertu de l'al. 27(1)b) et des par. 27(3) et (4) *LI*. Une mesure de renvoi peut également être prise à l'égard d'une personne qui a obtenu le droit d'établissement par suite d'une fausse indication sur un fait important ou qui manque à son obligation de subvenir à ses propres besoins ou à ceux d'une personne à charge — membre de sa famille — au Canada. Il est toutefois peu probable que l'un ou l'autre de ces mécanismes soit applicable dans un cas où une famille a affirmé de bonne foi qu'elle paiera les services sociaux comme l'éducation spécialisée.

102 Another way in which the Minister can enforce promises to avoid relying on the public purse for support is through undertakings. An undertaking is given to a government by a person sponsoring a member of the family class of immigrants. The sponsor promises to make provision for the essential needs of the member and the member's

Les engagements constituent pour le ministre un autre moyen de faire respecter les promesses de ne pas avoir recours aux fonds publics pour subvenir aux besoins d'immigrants. La personne qui parraine un immigrant faisant partie de la catégorie des parents prend un tel engagement envers le gouvernement. Le parrain s'engage à subvenir aux

dependants for 10 years and to ensure that the member and his or her dependants are not dependent on prescribed public payments (such as welfare); s. 2(1) *IR*. Where the regulations provide that an undertaking may be given (ss. 5 and 6 *IR*) and that undertaking is breached, the amount pledged in the undertaking is then converted into a debt owed to the Crown and may be recovered in court (s. 118 *IA*). There is no provision in the *IA* allowing an applicant to give an undertaking on behalf of a dependant.

Without the ability to enforce the promise to pay for social services, there is no way to ensure that the family will in fact mitigate any excessive demands placed on public funding.

As I have mentioned, many of the predecessors to s. 19(1)(a)(ii) specifically provided that family support and wealth were relevant to the question of admissibility. No such provision is made in s. 19(1)(a)(ii). Section 19(1)(a)(ii) was not drafted in a vacuum; it is impossible to ignore the context of widespread health and social safety nets which existed when the provision came into force.

On a superficial analysis, it may seem incongruous to admit investors, entrepreneurs and self-employed persons on the basis of their financial means and then ignore those same assets when making a determination of excessive demands. But this analysis would only be superficial. Parliament has used criteria for the decision on medical inadmissibility that are different from those used for the selection as business or economic applicant. It has made it clear that two different enquiries are to be made. On the one hand, business or economic applicants are evaluated on the basis of their potential contribution to Canada; however, in order to avoid undermining their potential contribution, these applicants must not fall into an inadmissible class of persons. Merging the two enquiries is contrary to the scheme created by the *IA*. The

besoins essentiels du parent et des personnes à sa charge pendant une période de 10 ans, et à faire en sorte que ce parent et les personnes à sa charge n'aient pas recours aux fonds publics (comme l'aide sociale) pour leur subsistance : par. 2(1) *RI*. Lorsque le règlement prévoit qu'un engagement peut être pris (art. 5 et 6 *RI*) et qu'il y a rupture de l'engagement, la somme versée à titre d'engagement devient une créance de la Couronne et peut être recouvrée devant les tribunaux (art. 118 *LI*). Aucune disposition de la *LI* n'autorise un demandeur à prendre un engagement au nom d'une personne à charge.

Sans la possibilité de faire respecter par le recours aux tribunaux la promesse de payer les services sociaux, il n'y a aucun moyen de s'assurer que la famille cherchera effectivement à atténuer tout fardeau excessif pour les finances publiques.

Comme je l'ai mentionné précédemment, plusieurs des dispositions qui ont précédé le sous-al. 19(1)(a)(ii) précisaient expressément que le soutien familial et la capacité de payer étaient des facteurs pertinents à l'égard de la question de l'admissibilité. Or, rien de tel n'est prévu au sous-al. 19(1)(a)(ii). Cette disposition n'a pas été rédigée dans l'abstrait; il est impossible de ne pas tenir compte des importants programmes de protection qui existaient en matière de santé et de sécurité sociale lorsque cette disposition est entrée en vigueur.

Si on se limite à une analyse superficielle, il peut sembler illogique d'admettre des investisseurs, des entrepreneurs et des travailleurs autonomes en fonction de leurs ressources financières mais de ne pas tenir compte de ces mêmes ressources lorsque vient le moment de se prononcer sur le risque que l'intéressé constitue un fardeau excessif. Cette analyse ne serait que superficielle. Le législateur a décidé d'utiliser des critères distincts pour la décision concernant la non-admissibilité pour raisons médicales et pour la sélection comme gens d'affaires ou immigrants économiques. Il a clairement indiqué que deux examens différents doivent être effectués. Les demandeurs qui sont des gens d'affaires ou des immigrants économiques sont évalués en fonction de leur apport potentiel au Canada; toutefois, afin d'éviter que cet apport potentiel ne soit compromis,

103

104

105

applicant can still be admitted on the basis of his or her wealth, but this is left to the discretion of the Minister who can issue a permit despite the medical inadmissibility (s. 37(1) IA). The Minister is in a better position to determine whether the special circumstances of a case warrant a departure from the rules. This also ensures that, because of their potential burden on Canadian health and social services, these exceptional cases are decided by a single authority.

(2) Practical Considerations

106

These appeals are concerned only with social services, not with health services. The majority distinguishes social services from health services on the basis that many social services involve some mechanism for recovering all or part of the cost of the services from the user based on financial means. This argument is unconvincing for reasons that Evans J.A. explained well in the Court of Appeal judgment in the *Hilewitz* case (paras. 74-76). In short, requiring medical officers to take into account the applicant's wealth as it relates to user-pay social services would require them to apply complicated funding formulas to particular financial situations. To ask a medical officer to consider the myriad formulas for user contributions in order to determine whether and what the individual's family will be required to pay for the services would go beyond what Parliament has mandated.

107

The medical officer is called upon to assess the applicant on the basis of the applicant's own medical condition. The assessment is highly individualized but it is in relation to the condition that might reasonably be expected to trigger the services. The medical officer is not authorized to look at the

ces demandeurs ne doivent pas appartenir à l'une des catégories de personnes non admissibles. Il est contraire au régime établi par la *LI* de fusionner ces deux examens. Le demandeur peut néanmoins être admis en raison de sa capacité de payer, mais cette décision relève alors du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre, qui peut délivrer un permis malgré la non-admissibilité pour raisons médicales (par. 37(1) *LI*). Le ministre est mieux placé pour déterminer si les circonstances particulières d'un cas justifient une dérogation aux règles. Cette façon de faire permet également de faire en sorte que, vu le fardeau potentiel qu'ils pourraient entraîner pour les services sociaux et de santé canadiens, ces cas exceptionnels soient tranchés par une seule instance.

(2) Considérations d'ordre pratique

Les présents pourvois portent uniquement sur les services sociaux et non sur les services de santé. Les juges majoritaires font une distinction entre ces deux types de services, du fait que de nombreux services sociaux comportent un mécanisme permettant le recouvrement intégral ou partiel du coût des services auprès de l'utilisateur en fonction de ses ressources financières. Cet argument n'est guère convaincant, pour des raisons que le juge Evans a bien expliquées dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Hilewitz* (par. 74-76). En résumé, obliger les médecins agréés à tenir compte de la capacité de payer du demandeur en ce qui a trait à des services sociaux payables par l'utilisateur obligerait à appliquer des formules de financement compliquées à des situations financières particulières. Demander à ces médecins d'appliquer une myriade de formules relatives à la contribution de l'utilisateur pour déterminer si la famille de l'intéressé sera tenue de payer quelque chose pour les services, et dans l'affirmation combien, ce serait aller au-delà de ce que le législateur a prescrit.

Le médecin agréé est appelé à faire une évaluation du demandeur en fonction de l'état de santé de ce dernier. Cette évaluation est très individualisée, mais elle se rapporte à la maladie ou à l'invalidité qui risquerait d'entraîner le besoin de services. Le médecin agréé n'est pas autorisé à examiner

circumstances — financial or otherwise — of the inadmissible person's parents or other family members, nor is he or she to look at the viability of the immigration application as a whole.

I recognize that medical assessments are largely subjective. It is therefore rare that diagnoses are entirely objective. *A fortiori*, whether a particular medical condition would create excessive demands on social services cannot be determined on the basis of mathematical formulas; this determination necessarily requires the medical officer to consider a number of factors that are difficult to quantify, and to exercise professional judgment. This is not an easy task. Medical officers have been assisted in this endeavour by means of detailed guidelines and regulations.

The process established by the regulations and the Medical Officer's Handbook reflects an attempt to integrate as many objective factors as possible into the assessment in order to ensure that all applicants receive fair and equal treatment. This is achieved by articulating criteria that are to be applied by all medical officers. In these circumstances, it is of the utmost importance that the rules be clearly understood and applied consistently. These objectives are set out in para. 3.1(5) of the Medical Officer's Handbook:

In order to give a medical opinion in terms which are clearly understood and accepted by both medical and immigration authorities, and which are consistent with the Act, a system of assessment has been developed whereby an applicant is assigned a **medical profile**. [Emphasis in original.]

The handbook describes the medical officer's responsibility and emphasizes that the medical assessment obviously involves a highly individualized assessment of the person (paras. 3.3(6) to 3.3(8)):

6. The responsibility of the Medical Officer then is:

- (a) First, to identify and appraise those medical conditions which will now, or in the foreseeable

la situation — financière ou autre — des parents ou des autres membres de la famille de la personne non admissible; il ne lui appartient pas non plus d'examiner la viabilité globale de la demande d'immigration.

Je reconnais que toute évaluation médicale est dans une large mesure subjective. Il est par conséquent rare qu'un diagnostic soit totalement objectif. À plus forte raison, il est impossible de déterminer par des formules mathématiques si telle maladie ou invalidité entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux. Le médecin agréé doit nécessairement prendre en considération un certain nombre d'éléments difficiles à quantifier et exercer son jugement professionnel. Ce n'est pas une tâche facile. Des dispositions réglementaires et des directives détaillées aident les médecins agréés à s'acquitter de cette tâche.

La procédure établie par le règlement et le Guide du médecin montre qu'on a voulu inclure dans l'évaluation le plus grand nombre possible d'éléments objectifs afin de garantir que tous les demandeurs soient traités également et équitablement. On a pour cela formulé des critères que doivent appliquer tous les médecins agréés. Dans ce contexte, il est de la plus haute importance que les règles soient bien comprises et soient appliquées de façon uniforme. Ces objectifs sont énoncés au par. 3.1(5) du Guide du médecin :

Afin de pouvoir communiquer une opinion médicale qui soit clairement comprise et acceptée à la fois par les autorités médicales et de l'immigration, une opinion qui soit en outre conforme à l'esprit de la loi [. . .], un système d'évaluation a été élaboré aux fins de dresser pour chaque requérant un **profil médical**. [Caractères gras et soulignement dans l'original.]

Le Guide décrit le rôle du médecin agréé et insiste sur le fait que l'évaluation médicale suppose naturellement une appréciation fortement individualisée de la personne (par. 3.3(6) à 3.3(8)) :

6. Dans ce contexte, il incombe au médecin agréé de s'acquitter des tâches ci-après :

- (a) en premier lieu, il doit cerner et évaluer les cas qui, dans l'immédiat ou dans un avenir

108

109

110

future, place a substantial demand on medical services; and

- (b) Second, to arrive at a judgement as to whether or not that demand should be considered “excessive”.
- (c) Again, this cannot be done on a precise, statistical basis. The Medical Officer’s recommendation must rest on his knowledge of the natural history of the disease or disorder with and without treatment and in relation to age, sex and other aspects of the individual’s physical and mental make-up.

7. One possible fallacy in connection with service costs requires mention. We have tended to assume that highly complex investigation or treatment is necessarily costly, when it is not always so.

The facility as a whole may be expensive in terms of reaching the stage of “readiness to serve”. Once it is established, however, the additional cost of treating a few extra patients may be negligible. An example is the haematology unit in which both professional and technical personnel are paid by salary, and the cost of material used for treating, say, sickle cell anemia, may be quite small. On the other hand, open-heart surgery may use expensive expendable materials, and some of the large surgical team may be paid on a fee-for-service basis.

8. Thus, taking the H, T, S, E criteria into account, the M recommendation concerning admissibility will follow logically. This approach does not avoid the inevitably subjective element in the Medical Officer’s judgement.
- (a) Nevertheless, to follow the above procedure should ensure the provision of objective medical information, recorded explicitly in categories.
 - (b) In this way the evaluations of different applicants by different medical officers should be reasonably consistent.
 - (c) The medical officer is reminded that a narrative may be used to specify the period over which demand is forecast. [Emphasis in original.]

prévisible, se traduiront par une demande importante en services médicaux, et

- (b) en deuxième lieu, il doit déterminer si cette demande doit être considérée « excessive » ou non.
- (c) En guise de rappel, soulignons qu’aucune méthode statistique ne permet de mesurer ces aspects avec précision. La recommandation que formulera le médecin agréé découlera de sa connaissance de la nature et de l’évolution d’une maladie ou d’un trouble, avec ou sans traitement, le tout en regard de l’âge, du sexe et d’autres facteurs de la santé physique et mentale de la personne visée.

7. En ce qui a trait aux coûts des services, il importe de rétablir ici certains faits. On a trop souvent tendance à présumer que des examens ou des traitements très complexes sont nécessairement onéreux. Ce n’est pas toujours le cas.

Globalement, la mise en service d’une installation peut se révéler coûteuse pendant sa période de « rodage ». Néanmoins, une fois bien rodée, le fait d’y traiter quelques patients supplémentaires n’entraîne bien souvent que des coûts très faibles. Il en est par exemple ainsi d’un service d’hématologie réunissant du personnel technique et professionnel salarié. Le coût pour y traiter une anémie falciforme peut parfois y être de quelques dollars seulement. Par ailleurs, la chirurgie à cœur ouvert exige l’utilisation de fournitures coûteuses et la mobilisation d’une importante équipe dont certains membres sont payés à l’acte.

8. Dès lors, en tenant dûment compte des critères H, T, S et E, la cote M à recommander, relativement à l’admissibilité au Canada d’un requérant, s’imposera d’elle-même. Cette méthode ne saurait éliminer la subjectivité du jugement du médecin agréé.
- (a) Néanmoins, la méthode susmentionnée devrait permettre de réunir des renseignements médicaux objectifs et de les consigner de façon explicite dans les différentes catégories.
 - (b) En procédant de la sorte, les évaluations de différents requérants pratiquées par différents médecins agréés devraient malgré tout être raisonnablement uniformes.
 - (c) Le médecin agréé peut, par un exposé circonstancié, préciser la période visée par la demande prévue en services sociaux ou de santé.

By following these guidelines, medical officers are assured of producing the most equitable and consistent assessment possible. To add to the medical officer's responsibilities the burden of inquiring into the ability and desire of the applicant's family and community to provide financial and other support would render the task even more difficult. The more the analysis is tied to highly subjective non-medical factors, the more likely it is that the medical officers will be drawn into assessments outside their area of expertise. Such an approach may produce inconsistent results for similarly situated applicants and thwart efforts to treat all applicants equally.

Furthermore, such an approach would result in longer delays to permit the medical officer to ensure that the applicant's plans are in fact realistic. Although medical officers must be familiar with health and social services already available in Canada, they are not mandated to consider case-specific resources or services not yet in existence (such as the development of a special education program for Ms. de Jong at a private school or the job-creation plan put forth by Mr. Hilewitz). There is no process in place for assessing particular proposed service plans, and medical officers are certainly not equipped to undertake these assessments.

The admission of business or economic immigrants is aimed at bringing into Canada persons who are likely to enhance Canadian prosperity. The benefit to Canada would be greatly undermined by potentially inconsistent, overly subjective assessments and lengthy enquiries by medical officers into the willingness and ability of the applicants to fund services privately, and into the feasibility of their plans. Minister's permits issued under s. 37(1) are a more appropriate channel for special and compelling cases. As I have mentioned, placing all these cases in the Minister's hands ensures that a single authority makes all such decisions. Transferring

111
Par l'application de ces directives, les médecins agréés sont assurés de produire des évaluations qui soient les plus équitables et les plus uniformes possible. Si l'on devait ajouter aux responsabilités des médecins agréés l'obligation de vérifier la capacité et la volonté de la famille et de la communauté du demandeur d'assurer un soutien financier ou autre, on rendrait leur tâche encore plus difficile. Plus l'analyse est liée à des facteurs non médicaux très subjectifs, plus il est probable que les médecins agréés seront amenés à faire des évaluations hors de leur domaine d'expertise. On risque alors d'aboutir à des conclusions différentes à l'égard de demandeurs dont la situation est similaire, ce qui contrecarrerait les efforts faits pour que tous les demandeurs soient traités également.

112
Une telle approche demanderait en outre davantage de temps, le médecin agréé devant vérifier si les plans du demandeur sont bien réalistes. Même s'il leur faut connaître les services sociaux et de santé déjà offerts au Canada, les médecins agréés ne sont pas tenus de prendre en considération des ressources ou des services encore inexistantes relativement à un cas particulier (comme la mise sur pied d'un programme d'éducation spécialisée dans une école privée pour M^{lle} de Jong ou le projet de création d'emploi mis de l'avant par M. Hilewitz). Il n'existe aucun mécanisme d'évaluation de tels projets particuliers, et les médecins agréés ne sont certainement pas en mesure d'entreprendre de telles évaluations.

113
L'admission d'immigrants faisant partie de la catégorie des gens d'affaires ou des immigrants économiques a pour but d'attirer au Canada des personnes susceptibles de contribuer à la prospérité du pays. Les avantages qu'en tire le Canada seraient considérablement amoindris par des évaluations potentiellement contradictoires et exagérément subjectives ainsi que par les longues vérifications que feraient les médecins agréés s'ils devaient prendre en considération la volonté et la capacité des demandeurs de payer eux-mêmes les services, et la faisabilité de leurs projets. Les permis ministériels délivrés en vertu du par. 37(1) constituent une voie plus appropriée dans les cas exceptionnels. Comme

responsibility from the Minister to the medical officers is unwarranted and ill-advised.

je l'ai signalé précédemment, le fait de confier l'ensemble de ces cas au ministre garantit que toutes les décisions de ce type seront prises par une seule et même autorité. Il est injustifié et inopportun de transférer cette responsabilité du ministre aux médecins agréés.

114 As a final point, it should be clear that I equate demand not with mere eligibility to the service but with the likelihood that the individual will *need* the services to function in society. What matters is not whether the individual will actually use the services but, rather, whether the medical condition makes it likely he or she will require them. It is not for the medical officer to act as a clairvoyant and predict whether the individual will in fact make use of the services. Rather, the inquiry concerns an applicant's entitlement to and need for those services. This does not require the officer to consider wealth.

Enfin, je tiens à préciser que je n'assimile pas la notion de fardeau à la seule question de l'admissibilité aux services, mais à la possibilité que la personne ait *besoin* des services pour être en mesure de fonctionner dans la société. Ce qui importe, ce n'est pas de savoir si la personne utilisera effectivement les services, mais bien de savoir si, en raison de sa maladie ou de son invalidité, elle est susceptible d'en avoir besoin. Il n'appartient pas au médecin agréé de jouer au devin et de prédire si la personne utilisera effectivement les services. Il lui faut plutôt déterminer si le demandeur a droit à ces services et en a besoin. Pour cela, le médecin n'a pas à tenir compte de la capacité de payer.

D. *Standard of Review*

D. *La norme de contrôle*

115 Although the Court of Appeal briefly touched on the topic, not much has been said about the appropriate standard of review. The proper approach for determining the standard of review is the pragmatic and functional approach, which involves four contextual factors: (1) the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (2) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; (3) the purpose of the legislation and of the particular provision; and (4) the nature of the question, namely whether it is one of law, fact, or mixed law and fact. See *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 29-38.

Bien que le sujet ait été abordé brièvement par la Cour d'appel, il n'a pas été beaucoup question de la norme de contrôle applicable. La démarche à suivre pour déterminer la norme de contrôle est l'analyse pragmatique et fonctionnelle, qui fait intervenir quatre facteurs contextuels : (1) la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; (2) l'expertise du tribunal sur la question en litige, par rapport à celle de la cour appelée à exercer le contrôle judiciaire; (3) l'objet de la loi et de la disposition en cause; (4) la nature de la question — de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 29-38.

116 It is helpful at this point to review the decision-making process under review. Under s. 9(4) *IA*, the visa officer may issue a visa only where it would not be contrary to the *IA* to do so. The visa officer must consider whether each and every dependant is a person who may be granted landing: s. 9(2) *IA*. Where a medical officer has issued a valid opinion of medical inadmissibility, the visa officer

Il convient, à ce stade-ci, d'examiner le processus décisionnel en cause. Suivant le par. 9(4) *LI*, l'agent des visas peut délivrer un visa seulement dans le cas où cela ne contreviendrait pas à la *LI*. Il doit se demander si chacune des personnes à la charge du demandeur répond aux critères de l'établissement : par. 9(2) *LI*. Lorsqu'un médecin agréé a émis un avis valide de non-admissibilité pour

has no discretion to issue a visa: see *Fei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 F.C. 274 (T.D.), at para. 41.

There is no privative clause in the *IA* with respect to an appeal from an immigration officer's decision to refuse to issue a visa. The absence of a privative clause is a neutral factor where other factors point to greater deference: *Pushpanathan*, at para. 30. Whether or not wealth is a relevant factor under s. 19(1)(a)(ii) is a question of law, and is accordingly outside the expertise of the medical officer who has no legal training. However, the question of whether the admission of an individual with a particular medical condition would create excessive demands on social services (and whether the condition could be accommodated by existing services) is within the medical officer's area of expertise. Applying the pragmatic and functional approach, I conclude that — of the four factors — the nature of the question requires some deference. However, in these cases, on any view of the matter, the medical officers' decisions were correct. So were those of the visa officers.

IV. Application

What was required of the medical officers was that they determine — on a balance of probabilities — whether the admission of an applicant would cause excessive demands on social services because of the nature, severity or probable duration of his or her medical condition. They had to look at the services that would likely be required by the individual applicant and determine whether the demands on these services would be “excessive”.

In the case of *Dirkje de Jong*, Dr. Bertrand (whose opinion was concurred in by Dr. Saint-Germain) found that she would likely require “a full range of educational, vocational and social services” such as “highly individualized special teaching until the end of her 21st year; psycholog[ical] counselling;

raisons médicales, l'agent des visas n'a pas le pouvoir discrétionnaire de délivrer un visa : voir *Fei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 C.F. 274 (1^{re} inst.), par. 41.

La *LI* ne comporte aucune clause privative empêchant d'interjeter appel du refus d'un agent d'immigration de délivrer un visa. L'absence de clause privative est un facteur neutre lorsque d'autres facteurs suggèrent une plus grande déférence : *Pushpanathan*, par. 30. Comme la question de savoir si la capacité de payer est pertinente dans l'analyse fondée sur le sous-al. 19(1)(a)(ii) constitue une question de droit, elle ne relève en conséquence pas de la compétence du médecin agréé, qui n'a aucune formation juridique. En revanche, la question de savoir si l'admission d'une personne atteinte d'une maladie ou invalidité particulière créerait un fardeau excessif pour les services sociaux (et si les soins que son état requiert pourraient être assurés par les services existants) relève du domaine d'expertise du médecin agréé. Appliquant l'analyse pragmatique et fonctionnelle, je conclus que, des quatre facteurs, la nature de la question commande une certaine déférence. En l'espèce, toutefois, les décisions des médecins agréés étaient correctes, peu importe l'angle sous lequel on examine la question. Il en va de même des décisions des agents des visas.

IV. Application

Les médecins agréés devaient déterminer — suivant la prépondérance des probabilités — si l'admission d'un demandeur entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux en raison de la nature, de la gravité ou de la durée probable de sa maladie ou de son invalidité. Il leur fallait se demander quels services chacun des demandeurs était susceptible d'avoir besoin, puis déterminer si le fardeau pour ces services serait « excessif ».

Dans le cas de *Dirkje de Jong*, le D^r Bertrand (à l'avis duquel a souscrit le D^r Saint-Germain) a conclu qu'elle aurait vraisemblablement besoin [TRADUCTION] « de toute une gamme de services éducatifs, professionnels et sociaux » comme « un enseignement spécialisé très personnalisé jusqu'à

117

118

119

occupational therapy; small group instruction for health, safety and life-skill acquisition; vocational assessment/training; and, in time, continuing adult education". He also found it "probable that she [would] also ultimately qualify for shelter workshop employment" and that her family would be eligible for counselling and respite care. In response to a letter from Ms. de Jong's lawyer, Dr. Bertrand confirmed that he thought it was probable that Ms. de Jong would require these services. He provided the family with evidence of the costs associated with each of the services. Moreover, he explained that the kinds of services she needed could not be provided by family or community support:

... With respect to the private school where the parents state they intend to send their child, the August 23, 1999 principal's letter states that while the school has previously accommodated some students with various "learning disabilities and difficulties", the principal admits that there have only been "proposals" for the school to provide specialized programs for mentally handicapped older children, such as the daughter in this specific case. Indeed, the letter states that older mentally retarded children have been accommodated in the public school system and have only visited the private school, as part of a co-op placement program within the public school system. Based on the principal's letter, I am not convinced that this private school is currently equipped to provide the specialized education and services which this family's daughter needs, or that it would necessarily be successful in doing so, to adequately provide for her special needs in the future.

Further, you seem to have overlooked the important fact that specialized education to the age of 21 is only ONE of the many social services required by this child, both now and when she becomes an adult with different and additional needs in the future. These services must be provided by trained professionals, since by definition, these needs cannot be adequately or realistically provided for by well-meaning and loving parents or a supportive, close-knit Christian community alone. Vocational assessment and training, followed by sheltered workshop placement, for example, is an ongoing, costly social service for which there currently

la fin de sa 21^e année; des séances de consultation psychologique; de l'ergothérapie; une instruction en petit groupe destinée à lui permettre d'acquérir des connaissances de base ainsi que des connaissances sur le plan de la santé et de la sécurité; une évaluation et une formation professionnelles; et, le moment venu, une formation permanente pour adultes ». Il a en outre conclu qu'il était [TRADUCTION] « probable qu'elle pourra un jour travailler dans un atelier protégé » et que sa famille sera admissible à des séances de consultation et à des services de relève. En réponse à une lettre de l'avocat de M^{lle} de Jong, le D^r Bertrand a confirmé qu'il estimait probable que M^{lle} de Jong aurait besoin de ces services. Il a fourni à la famille des preuves des coûts liés à chacun de ceux-ci. De plus, il a expliqué que les services dont elle avait besoin ne pouvaient pas être fournis par la famille ou la communauté :

[TRADUCTION] ... En ce qui concerne l'école privée à laquelle les parents déclarent avoir l'intention d'envoyer leur enfant, le directeur de l'école indique dans sa lettre du 23 août 1999 que, même si l'école a déjà accueilli quelques élèves atteints de « problèmes ou de difficultés d'apprentissage », il reconnaît que seulement des « propositions » ont été faites à l'égard de programmes spécialisés à son école à l'intention des enfants plus âgés ayant une déficience mentale, comme la jeune fille dans le présent dossier. En fait, la lettre indique que le système scolaire public accueille les enfants plus âgés ayant une déficience mentale et que ceux-ci n'ont fréquenté l'école privée que dans le cadre d'un programme coopératif de placement existant dans le système scolaire public. À la lumière de la lettre du directeur, je ne suis pas convaincu que cette école privée dispose à l'heure actuelle des ressources nécessaires pour offrir les services et l'éducation spécialisés dont a besoin la fille [des de Jong], ou qu'elle réussirait nécessairement à répondre à ses besoins particuliers dans l'avenir.

De plus, vous semblez avoir négligé un fait important : l'éducation spécialisée jusqu'à l'âge de 21 ans n'est que l'UN des nombreux services sociaux dont a besoin cette enfant, aujourd'hui et lorsqu'elle sera devenue une adulte ayant des besoins différents et additionnels. Ces services doivent être fournis par des professionnels compétents puisque, par définition, il n'est pas possible à des parents aimants et bien intentionnés ni à une communauté chrétienne très unie de répondre à eux seuls adéquatement ou de façon réaliste à ces besoins. L'évaluation et la formation professionnelles, suivies par un placement dans un atelier protégé, par

are long waiting lists in many parts of Canada, and is one example of a social service which cannot be met by family, school or community. [Emphasis added.]

In my view, the medical officer considered all the appropriate factors and was satisfied on a balance of probabilities that the admission of Ms. de Jong would cause excessive demands on social services. In this case, even if it were a proper consideration, nothing supports the view that the de Jong family's wealth would have been relevant since only public resources could provide the kind of support Ms. de Jong needs. Her family could not have contributed to needs for which support was available only in the form of publicly funded services.

In the case of Gavin Hilewitz, the medical officer, Dr. Larzarus (whose opinion was concurred in by Dr. Saint-Germain and, later, Dr. Waddell), found that Gavin would likely require "a variety of social services such as further special education, continuous training to enhance his ability to carry out the activities of daily living and attain his full potential, respite care for parents, and ultimately vocational training". Information submitted by Mr. Hilewitz's father about private arrangements for education and employment did not alter this opinion. On cross-examination, Dr. Waddell confirmed that the social services at issue were "[s]pecial education in the broadest sense" and respite care for the parents. In his affidavit filed on the application for judicial review, Dr. Waddell stated:

There is no doubt that Gavin is a healthy, pleasant, teenaged boy who is maturing and continues to learn. However, he still requires special education and is presently attending a special school for pupils with delayed scholastic ability. . . .

exemple, constituent un service social coûteux pour lequel il existe à l'heure actuelle de longues listes d'attente dans de nombreuses régions au Canada, et il s'agit d'un exemple de services sociaux que ne peuvent pas offrir la famille, l'école ou la communauté. [Je souligne.]

À mon avis, le médecin agréé a tenu compte de tous les éléments pertinents et était convaincu, suivant la prépondérance des probabilités, que l'admission de M^{lle} de Jong entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux. En l'espèce, même en supposant qu'il s'agisse d'une considération appropriée, rien ne permet de croire que la capacité de payer de la famille de Jong aurait été pertinente, puisque seules les ressources publiques pouvaient offrir à M^{lle} de Jong le type de soutien dont elle a besoin. Sa famille n'aurait pas pu contribuer à la satisfaction de besoins pour lesquels l'aide n'était disponible que sous la forme de services financés par des fonds publics.

Dans le cas de Gavin Hilewitz, le médecin agréé, le D^r Larzarus (à l'avis duquel à souscrit le D^r Saint-Germain et, plus tard, le D^r Waddell) a conclu que Gavin aurait vraisemblablement besoin de [TRADUCTION] « divers services sociaux comme des services d'éducation spécialisée, une formation permanente destinée à renforcer sa capacité d'exercer ses activités quotidiennes et à lui permettre d'atteindre son plein potentiel, des services de relève pour les parents et, par la suite, une formation technique ». Les renseignements fournis par le père de M. Hilewitz au sujet des mesures particulières prises en vue de son éducation et de son accès à l'emploi n'ont pas amené le médecin à changer d'avis. Contre-interrogé, le D^r Waddell a confirmé que les services sociaux en cause étaient [TRADUCTION] « [l]éducation spécialisée dans le sens le plus large du terme » et des services de relève pour les parents. Dans son affidavit joint à la demande de contrôle judiciaire, le D^r Waddell a dit ceci :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que Gavin est un adolescent en bonne santé et agréable, qui prend de la maturité et continue de progresser. Toutefois, il a encore besoin d'une éducation spécialisée et il fréquente à l'heure actuelle une école spécialisée pour les élèves qui ont des difficultés d'apprentissage. . . .

120

121

If admitted to Canada, Gavin would qualify for special education in Ontario until the end of his 21st year. According to the Ministry of Education for Ontario, special education is expensive and recently average[s] almost \$20,000 per student over and above the usual per pupil expenses. . . .

Again, I find that the medical officers considered all appropriate factors and were correct in concluding that the admission of Gavin Hilewitz would cause excessive demands on social services.

122 The majority points to “speculative possibilities” raised by the medical officers and visa officers in both cases about the families’ financial security and ability to privately fund social services such as education. This view reduces the medical officer’s assessment to a mere dismissal of the real issue.

123 In order to ensure that all those who seek admission to Canada are treated equally and fairly, it is necessary to apply the law consistently. Although the result may sometimes appear to be harsh for a particular applicant, the words of the statute must not be manipulated in order to permit something Parliament never intended them to permit. It must be remembered that the *IA* contains mechanisms for dealing with particularly compelling cases: a Minister’s permit could be issued, as I mentioned above, or landing could be granted where humanitarian and compassionate grounds exist (s. 6(5) *IA*). In both the *de Jong* and *Hilewitz* cases, the visa officers found that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant special consideration. While I am sympathetic to the situation of the *de Jong* and *Hilewitz* families, the facts of their cases cannot alter the law. The law must govern the facts.

V. Conclusion

124 I would therefore have dismissed the appeals.

S’il était admis au Canada, Gavin aurait droit à une éducation spécialisée en Ontario jusqu’à la fin de sa 21^e année. Selon le ministère de l’Éducation de l’Ontario, l’éducation spécialisée est onéreuse et coûte en moyenne environ 20 000 \$ de plus par élève. . . .

Dans ce cas également, j’estime que les médecins agréés ont tenu compte de tous les facteurs pertinents et ont eu raison de conclure que l’admission de Gavin Hilewitz entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux.

Les juges majoritaires font état de « possibilités de nature conjecturale » soulevées dans les deux cas par les médecins agréés et les agents des visas au sujet de la sécurité financière des familles et de leur capacité d’assurer le financement privé de services sociaux comme l’éducation. Cette façon de voir les choses réduit l’évaluation faite par le médecin agréé à un refus de considérer la véritable question.

Si l’on veut que toutes les personnes qui demandent l’admission au Canada soient traitées également et équitablement, il est nécessaire d’appliquer la loi uniformément. Bien que le résultat puisse sembler parfois dur pour un demandeur en particulier, on ne saurait déformer le libellé de dispositions législatives pour permettre quelque chose que le législateur n’a jamais entendu autoriser. Il convient de rappeler que la *LI* prévoit des mécanismes pour les cas vraiment exceptionnels : un permis ministériel pourrait être délivré, comme je l’ai indiqué précédemment, ou le droit d’établissement pourrait être accordé pour des motifs d’ordre humanitaire (par. 6(5) *LI*). Dans les affaires *de Jong* et *Hilewitz*, les agents des visas ont jugé que les motifs d’ordre humanitaire n’étaient pas suffisants pour justifier un traitement spécial. Bien que je comprenne la situation des familles de *Jong* et *Hilewitz*, les faits de leur dossier ne peuvent pas modifier le droit. Le droit doit régir les faits.

V. Conclusion

Par conséquent, je rejetterais les pourvois.

Appeals allowed with costs, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants: Cecil L. Rotenberg, Don Mills.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the interveners: ARCH: A Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.

Pourvois accueillis avec dépens, les juges LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.

Procureur des appelants : Cecil L. Rotenberg, Don Mills.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs des intervenantes : ARCH : A Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Standard of review — Role of reviewing court of secondary level of appellate review — Federal Court of Appeal setting aside findings of fact of Immigration and Refugee Board (Appeal Division) and making its own evaluation of evidence — Whether Federal Court of Appeal exceeded scope of its judicial review function — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(4).

MUGESERA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 100.

BANKRUPTCY

Scheme of distribution — Right to compensation and right to retain — Provincial statutes requiring employer who retains services of contractor to pay amounts due from contractor to provincial bodies — Statutes entitling employer to be reimbursed by contractor or to retain amount paid out of sums employer owes contractor — Whether, in context of bankruptcy, provincial statutes incompatible with scheme of distribution established by federal bankruptcy legislation — Whether equitable set-off applicable in bankruptcy in Quebec — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 316 — Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, s. 54 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136 to 147.

D.I.M.S. CONSTRUCTION INC. (TRUSTEE OF) V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 564.

CIVIL PROCEDURE

Application for leave to intervene in Court of Appeal — Conférence des juges municipaux du Québec not mounting a court challenge to government's response to compensation committee's recommendations on salary of municipal court judges outside Laval, Montreal and Quebec City — Conférence unsuccessfully seeking leave to intervene in related cases at Court of

CIVIL PROCEDURE — Continued

Appeal — Whether leave to intervene should have been granted.

PROVINCIAL COURT JUDGES' ASSN. OF NEW BRUNSWICK V. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF JUSTICE); ONTARIO JUDGES' ASSN. V. ONTARIO (MANAGEMENT BOARD); BODNER V. ALBERTA; CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL); MINC V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 286.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Right to counsel — Roadside screening measures to assess sobriety of drivers — Two accused stopped while driving vehicles and asked if they had been drinking — One of accused also asked to perform roadside sobriety tests — Whether accused detained — If so, whether police required to inform accused of right to counsel before asking if they had been drinking or before requesting sobriety tests — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b) — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

R. V. ORBANSKI; R. V. ELIAS, 3.

2. Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Roadside screening measures to assess sobriety of drivers — Two accused stopped while driving vehicles and asked if they had been drinking — One of accused also asked to perform roadside sobriety tests — Whether screening measures constitute implied limit on right to counsel prescribed by law — If so, whether limit justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10(b) — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

R. V. ORBANSKI; R. V. ELIAS, 3.

3. Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Dagenais/Mentuck test — Search warrants — Crown requesting order sealing warrants and informations used to obtain warrants — Whether Dagenais/Mentuck test applicable to all discretionary court orders that limit

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

freedom of expression and freedom of the press in relation to legal proceedings.

TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. V. ONTARIO, 188.

4. Judicial independence — Judicial remuneration — Nature of judicial compensation commissions and their recommendations — Obligation of government to respond to recommendations — Scope of judicial review of government's response — Remedies.

PROVINCIAL COURT JUDGES' ASSN. OF NEW BRUNSWICK V. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF JUSTICE); ONTARIO JUDGES' ASSN. V. ONTARIO (MANAGEMENT BOARD); BODNER V. ALBERTA; CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL); MINC V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 286.

5. Judicial independence — Judicial remuneration — Government departing from compensation commission's recommendations on salary and benefits — Whether government's reasons for departing from recommendations satisfy rationality test — Three-stage analysis for determining rationality of government's response.

PROVINCIAL COURT JUDGES' ASSN. OF NEW BRUNSWICK V. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF JUSTICE); ONTARIO JUDGES' ASSN. V. ONTARIO (MANAGEMENT BOARD); BODNER V. ALBERTA; CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL); MINC V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 286.

6. Division of powers — Extra-territoriality — Limitation on provincial legislation — Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products — Tobacco manufacturers sued by government challenging constitutional validity of legislation — Whether legislation exceeds territorial limits on provincial legislative jurisdiction — Constitution Act, 1867, s. 92(13) — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

BRITISH COLUMBIA V. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTD., 473.

7. Judicial independence — Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products — Whether legislation constitutionally invalid as being inconsistent with principle of judicial independence — Whether rules of civil procedure contained in legislation interfere with adjudicative role of court hearing

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

action — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

BRITISH COLUMBIA V. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTD., 473.

8. Rule of law — Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products — Whether legislation constitutionally invalid as offending rule of law — Whether Constitution, through rule of law, requires legislation to be prospective, general in character and devoid of special advantages for government (except where necessary for effective governance), as well as to ensure fair civil trial — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

BRITISH COLUMBIA V. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTD., 473.

9. Charter of Rights — Fundamental justice — Deportation — Right of appeal — Permanent residents' right to appeal removal order for serious criminality extinguished by transitional provision of new immigration legislation — Whether process by which appeal extinguished unfair and constituting breach of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

MEDOVARSKI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION); ESTEBAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 539.

10. Division of powers — Bankruptcy — Scheme of distribution — Provincial statutes requiring employer who retains services of contractor to pay amounts due from contractor to provincial bodies — Statutes entitling employer to be reimbursed by contractor or to retain amount paid out of sums employer owes contractor — Whether provincial statutes inapplicable or inoperative by reason of being in conflict with scheme of distribution established by federal bankruptcy legislation — Constitution Act, 1867, s. 91(21) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136 to 147 — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 316 — Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, s. 54.

D.I.M.S. CONSTRUCTION INC. (TRUSTEE OF) V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 564.

11. Division of powers — Unemployment insurance — Maternity benefits and parental benefits — Whether provisions of federal employment insurance statute relating to maternity

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

benefits and parental benefits *intra vires* Parliament — Constitution Act, 1867, ss. 91(2A), 92(13), 92(16) — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 22, 23.

REFERENCE RE EMPLOYMENT INSURANCE ACT (CAN.), ss. 22 AND 23, 669.

COURTS

1. Supreme Court of Canada — Bias — Voluntary recusal of judge whose spouse chaired committee of one of interveners — Whether fact that there ground for one of Court's members to recuse him or herself compromises impartiality of entire court.

MUGESERA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 91.

2. Judges — Remuneration — Compensation committee — Mandate — Committee recommending elimination of salary parity between judges of Court of Québec and municipal court judges — Whether committee had mandate to consider parity issue.

PROVINCIAL COURT JUDGES' ASSN. OF NEW BRUNSWICK V. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF JUSTICE); ONTARIO JUDGES' ASSN. V. ONTARIO (MANAGEMENT BOARD); BODNER V. ALBERTA; CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL); MINC V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 286.

CRIMINAL LAW

1. Elements of offences — Incitement to murder — Incitement to genocide — Incitement to hatred — Permanent resident alleged to have incited murder, genocide and hatred in speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Deportation — Standard of proof set out in relevant sections of Immigration Act — Whether elements of offences made out — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 318(1), 319, 464(a) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 27(1)(a.1)(ii), (a.3)(ii).

MUGESERA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 100.

2. Elements of offence — Crimes against humanity — Permanent resident alleged to have committed crimes against humanity because of speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Provisions of Criminal Code to be interpreted and applied in accordance with international law — Deportation — Standard of proof set out in relevant

CRIMINAL LAW — Continued

sections of Immigration Act — Whether elements of offence made out — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 7(3.76), (3.77) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 19(1)(j), 27(1)(g).

MUGESERA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 100.

3. Provincial offences — Search warrants — Sealing orders — Open court principle — Protection of confidential informant — Crown requesting order sealing warrants and informations used to obtain warrants — Whether Dagenais/Mentuck test applicable to sealing orders concerning search warrants and informations upon which issuance of warrants was judicially authorized — Whether Dagenais/Mentuck test applicable at pre-charge or “investigative stage” of criminal proceedings.

TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. V. ONTARIO, 188.

4. Failure to provide breath sample — Accused refusing to provide breath sample following demand by police at roadside — Accused subsequently providing sample at police station following second demand made more than an hour after his arrest — Whether sample obtained forthwith in response to valid demand — Meaning of word “forthwith” in s. 254(2) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

R. v. WOODS, 205.

5. Incest — Included offences — Whether offences of sexual interference and sexual assault included in offence of incest — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 662.

R. v. G.R., 371.

6. Counselling offence that is not committed — Elements of offence — Mens rea — Accused sending “teaser” e-mail on Internet marketing sale of “Top Secret” files — Teaser advertising software that would enable purchaser to generate valid credit card numbers — Files sold including instructions on how to make bombs and how to break into a house — Accused charged with counselling four offences that were not committed — Whether accused had requisite mens rea for offences charged — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 464.

R. v. HAMILTON, 432.

7. Evidence — Admissibility — Post-offence conduct — Right to silence — Accused going to police station of his own volition and asking that officers be sent to a ranch where he lived — Accused refusing to answer police's questions as to why officers were needed — Three murder victims found at the ranch — Trial judge instructing jury that accused's silence was post-offence conduct and that an inference of guilt could be drawn from it — Whether evidence of accused's silence admissible as post-offence conduct.

R. v. TURCOTTE, 519.

CRIMINAL LAW — Concluded

8. Right to silence — Limits — Waiver — Accused going to police station of his own volition and asking that officers be sent to a ranch where he lived — Accused refusing to answer police's questions as to why officers were needed — Whether right to silence engaged if accused not detained or arrested — Whether accused waived his right to silence by voluntarily going to police station and answering some questions.

R. v. TURCOTTE, 519.

ESTOPPEL

1. Estoppel by convention — Requirements — Whether requirements of doctrine of estoppel by convention met.

RYAN v. MOORE, 53.

2. Estoppel by representation — Limitation of actions — Whether defendant's silence regarding shorter limitation period constitutes representation grounding estoppel.

RYAN v. MOORE, 53.

EVIDENCE

Admissibility — Judicial review of government's response to compensation commission's recommendations — Government seeking to have affidavits admitted in evidence — Whether affidavits admissible — Whether affidavits introduce evidence and facts not contained in government's response.

PROVINCIAL COURT JUDGES' ASSN. OF NEW BRUNSWICK v. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF JUSTICE); ONTARIO JUDGES' ASSN. v. ONTARIO (MANAGEMENT BOARD); BODNER v. ALBERTA; CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL); MINC v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 286.

IMMIGRATION

1. Removal after admission — Offences committed outside Canada — Permanent resident alleged to have incited murder, genocide and hatred in speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Whether Federal Court of Appeal erred in finding speech did not constitute incitement to murder, genocide, or hatred — Whether permanent resident should be deported — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 27(1)(a.1)(i), (a.3)(ii).

MUGESERA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 100.

IMMIGRATION — Continued

2. Removal after admission — Crime against humanity committed outside Canada — Permanent resident alleged to have committed crime against humanity because of speech made in Rwanda before obtaining permanent residency in Canada — Whether Federal Court of Appeal erred in finding that there were no reasonable grounds to believe speech constituted crime against humanity — Whether permanent resident should be deported — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1)(j), 27(1)(g).

MUGESERA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 100.

3. Removal order — Right of appeal — Permanent residents ordered deported for serious criminality appealing removal order to Immigration Appeal Division — Removal order automatically stayed pursuant to provisions of former immigration legislation — Transitional provision in new immigration legislation to effect that appeal to Immigration Appeal Division discontinued if appellant not granted stay under former legislation — Whether "transitional provision" applicable to both automatic and actively granted stays — Meaning of expression "granted a stay" in transitional provision — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

MEDOVARSKI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION); ESTEBAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 539.

4. Exclusion and removal — Inadmissible persons — Excessive demands on social services — Applicants qualified to be admitted to Canada under "investor" and "self-employed" classes — Applications for admission denied because dependant child's admission found to be reasonably expected to cause excessive demands on social services — Whether applicants' financial resources should be considered when determining if admission of disabled children might reasonably be expected to cause excessive demands on social services — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii).

HILEWITZ v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION); DE JONG v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 706.

INCOME TAX

1. Deduction — Interest — Interest paid on loan used to earn income from business or property — Source of income ceasing to exist — Interest not deductible — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 128, 160.

MOUFARRÈGE v. QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE), 598.

INCOME TAX — Concluded

2. Tax avoidance — Interpretation and application of general anti-avoidance rule — Mortgage company claiming substantial capital cost allowance following sale-leaseback transactions involving trailers — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefit — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 245.

CANADA TRUSTCO MORTGAGE CO. v. CANADA, 601.

3. Tax avoidance — Interpretation and application of general anti-avoidance rule — Company transferring unrealized losses to arm's length taxpayers through series of transactions involving partnerships — Taxpayers deducting those losses against their own income — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefit — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(13), 96(1), 245(4).

MATHEW V. CANADA, 643.

INDIANS

1. Treaty rights — Logging — Interpretation of truckhouse clause — Mi'kmaq Indians charged with cutting and removing timber from Crown lands without authorization, or with unlawful possession of Crown timber — Whether Mi'kmaq in Nova Scotia and New Brunswick have treaty right to log on Crown lands for commercial purposes.

R. v. MARSHALL; R. v. BERNARD, 220.

2. Aboriginal title — Logging sites — Mi'kmaq Indians charged with cutting and removing timber from Crown lands without authorization, or with unlawful possession of Crown timber — Whether Mi'kmaq hold aboriginal title to lands they logged — Standard of occupation and type of evidence required to prove title — Whether Royal Proclamation of 1763 or Belcher's Proclamation of 1762 granted aboriginal title to Mi'kmaq.

R. v. MARSHALL; R. v. BERNARD, 220.

LIMITATION OF ACTIONS

Survival of action against deceased — Limitation periods — Estoppel by convention — Estoppel by representation — Discoverability rule — Confirmation of cause of action — Limitation period under Survival of Actions Act expiring one year after death of party to action or six months after date when letters of administration granted — Statement of claim for damages in relation to motor vehicle accident issued against defendant within two-year limitation period prescribed by Limitations Act — Defendant's death unknown to plaintiff until after shorter limitation period in Survival of Actions Act had expired — Whether

LIMITATION OF ACTIONS — Concluded

doctrine of estoppel by convention or by representation applicable to prevent defendant from raising limitation defence — Whether confirmation of cause of action or discoverability rule applicable to extend limitation period of Survival of Actions Act — Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, c. S-32, s. 5 — Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1, ss. 5, 16.

RYAN V. MOORE, 53.

POLICE

Powers — Scope of police authority to check sobriety of drivers at roadside — Whether police requests to drivers to perform sobriety tests or answer questions about prior alcohol consumption fall within scope of authorized police action — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254 — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

R. v. ORBANSKI; R. v. ELIAS, 3.

PRACTICE

1. Abuse of process — Motion for permanent stay of proceedings — Motion alleging Minister's decision to appeal strongly influenced by certain organizations — Appointment to Supreme Court of Canada of judge whose spouse chaired committee of one of these organizations — Allegation of abuse of power in respect of this appointment — Whether permanent stay of proceedings should be granted owing to abuse of process.

MUGESERA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 91.

2. Supreme Court of Canada — Motion to extend time to file application for leave to appeal — Factors guiding exercise of Court's discretion to extend time — Motion dismissed.

R. v. ROBERGE, 469.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Jurisdiction of Quebec courts — Choice of forum clause — Action in warranty — Quebec supplier sued in damages by Quebec business for failure to deliver equipment — Incidental action in warranty against German manufacturer for failure to supply equipment to Quebec supplier — Contract between German manufacturer and Quebec supplier including choice of forum clause in favour of German court — Whether Quebec court

PRIVATE INTERNATIONAL LAW — Concluded

hearing principal action has jurisdiction to hear incidental action in warranty — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3135, 3139, 3148.

GRECON DIMTER INC. v. J.R. NORMAND INC., 401.

STATUTES

1. Interpretation — Transitional provisions — Whether ordinary rules of interpretation applicable to transitional provisions — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

MEDOVARSKI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION); ESTEBAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 539.

STATUTES — Concluded

2. Interpretation — Bilingual statutes — Principles of interpretation — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 196.

MEDOVARSKI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION); ESTEBAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 539.

INDEX

DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Rôle du tribunal siégeant en appel de la décision sur la demande de contrôle judiciaire — La Cour d'appel fédérale a écarté les conclusions de fait de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section d'appel) et s'est livrée à sa propre appréciation de la preuve — A-t-elle omis de s'en tenir à un contrôle judiciaire? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(4).

MUGESERA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 100.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Mesures de détection routière en vue d'évaluer la sobriété des conducteurs — Les policiers ont demandé aux deux accusés interceptés au volant de leur véhicule s'ils avaient bu — Le policier a aussi demandé à un des accusés de se soumettre à un test de sobriété au bord de la route — Les accusés ont-ils été détenus? — Le cas échéant, les policiers devaient-ils informer les accusés de leur droit à l'assistance d'un avocat avant de leur demander s'ils avaient bu ou avant d'exiger un test de sobriété? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b) — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

R. C. ORBANSKI; R. C. ELIAS, 3.

2. Charte des droits — Restriction raisonnable prescrite par la loi — Mesures de détection routière en vue d'évaluer la sobriété des conducteurs — Les policiers ont demandé aux deux accusés interceptés au volant de leur véhicule s'ils avaient bu — Le policier a aussi demandé à un des accusés de se soumettre à un test de sobriété au bord de la route — Les mesures de détection constituent-elles, à l'égard du droit à l'assistance d'un avocat, une restriction implicite prescrite par une règle de droit? — Le cas échéant, la restriction est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10b) — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

R. C. ORBANSKI; R. C. ELIAS, 3.

3. Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Critère de Dagenais/Mentuck — Mandats de perquisition — Demande par le ministère public de mise sous scellés des mandats et des dénonciations utilisées pour les obtenir — Le critère de Dagenais/Mentuck est-il applicable chaque

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

fois qu'un juge exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression et la liberté de la presse relativement à des procédures judiciaires?

TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. C. ONTARIO, 188.

4. Indépendance de la magistrature — Rémunération des juges — Nature des commissions de rémunération des juges et de leurs recommandations — Obligation pour le gouvernement de répondre aux recommandations — Portée du contrôle judiciaire de la réponse du gouvernement — Réparations.

ASSOC. DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE DU NOUVEAU-BRUNSWICK C. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA JUSTICE); ASSOC. DES JUGES DE L'ONTARIO C. ONTARIO (CONSEIL DE GESTION); BODNER C. ALBERTA; CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL); MINC C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 286.

5. Indépendance de la magistrature — Rémunération des juges — Décision du gouvernement de s'écarter des recommandations de la commission de rémunération portant sur les traitements et avantages — Les motifs invoqués par le gouvernement pour justifier sa décision de s'écarter des recommandations satisfont-ils au critère de la rationalité? — Analyse en trois étapes pour déterminer la rationalité de la réponse du gouvernement.

ASSOC. DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE DU NOUVEAU-BRUNSWICK C. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA JUSTICE); ASSOC. DES JUGES DE L'ONTARIO C. ONTARIO (CONSEIL DE GESTION); BODNER C. ALBERTA; CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL); MINC C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 286.

6. Indépendance judiciaire — Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits — La loi est-elle inconstitutionnelle en raison de son incompatibilité avec l'indépendance judiciaire? — Les règles de procédure civile prévues dans la loi nuisent-elles à la fonction juridictionnelle du tribunal saisi d'une action? — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

COLOMBIE-BRITANNIQUE C. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTÉE, 473.

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

7. Partage des compétences — Extraterritorialité — Limites aux lois provinciales — Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits — Contestation de la validité constitutionnelle de la loi par les fabricants de produits du tabac poursuivis par le gouvernement — La loi excède-t-elle les limites territoriales de la compétence législative provinciale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

COLOMBIE-BRITANNIQUE C. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTÉE, 473.

8. Primauté du droit — Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits — La loi est-elle inconstitutionnelle parce qu'elle va à l'encontre de la primauté du droit? — La Constitution exige-t-elle, au moyen de la primauté du droit, que les lois aient un caractère prospectif, qu'elles soient de nature générale et dépourvues de privilèges spéciaux à l'égard du gouvernement (sauf lorsque le privilège est nécessaire à une gouvernance efficace), en plus d'assurer un procès équitable au civil? — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

COLOMBIE-BRITANNIQUE C. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTÉE, 473.

9. Charte des droits — Justice fondamentale — Expulsion — Droit d'appel — Dispositions transitoires de la nouvelle loi sur l'immigration éteignant le droit des résidents permanents d'interjeter appel contre une mesure de renvoi pour grande criminalité — Le processus d'extinction du droit d'appel est-il inéquitable et constitue-t-il un manquement aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

MEDOVARSKI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION); ESTEBAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 539.

10. Partage des pouvoirs — Faillite — Plan de répartition — Lois provinciales obligeant l'employeur qui retient les services d'un entrepreneur à payer à des organismes provinciaux certains montants dûs par l'entrepreneur — Lois permettant à l'employeur d'être remboursé par l'entrepreneur ou de retenir le montant payé sur les sommes qu'il doit à l'entrepreneur — Les lois provinciales sont-elles inapplicables ou inopérantes pour cause de conflit avec le plan de répartition établi par la loi fédérale sur la faillite? — Loi constitutionnelle de 1867,

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

art. 91(21) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 97(3), 136 à 147 — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 316 — 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. 54.

D.I.M.S. CONSTRUCTION INC. (SYNDIC DE) C. QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL), 564.

11. Partage des pouvoirs — Assurance-chômage — Prestations de maternité et prestations parentales — Les dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-emploi relatives aux prestations de maternité et aux prestations parentales relèvent-elles de la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), 92(13), 92(16) — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 22, 23.

RENVOI RELATIF À LA LOI SUR L'ASSURANCE-EMPLOI (CAN.), ART. 22 ET 23, 669.

DROIT CRIMINEL

1. Éléments constitutifs des infractions — Incitation au meurtre — Incitation au génocide — Incitation à la haine — Allégations reprochant à un résident permanent d'avoir incité au meurtre, au génocide et à la haine dans un discours prononcé au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — Expulsion — Norme de preuve prévue dans les dispositions applicables de la Loi sur l'immigration — Les éléments constitutifs des infractions ont-ils été établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 318(1), 319, 464a) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 27(1a.1)(ii), a.3)(ii).

MUGESERA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 100.

2. Éléments constitutifs de l'infraction — Crime contre l'humanité — Allégation reprochant à un résident permanent d'avoir commis un crime contre l'humanité en prononçant un discours au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — Les dispositions du Code criminel doivent être interprétées et appliquées conformément au droit international — Expulsion — Norme de preuve prévue dans les dispositions applicables de la Loi sur l'immigration — Les éléments constitutifs de l'infraction ont-ils été établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 7(3.76), (3.77) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1j), 27(1g).

MUGESERA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 100.

3. Infractions provinciales — Mandats de perquisition — Ordonnances de mise sous scellés — Principe de la publicité des

DROIT CRIMINEL — Suite

débats judiciaires — Protection d'un informateur — Demande par le ministère public de mise sous scellés des mandats et des dénonciations utilisées pour les obtenir — Le critère de Dagenais/Mentuck est-il applicable aux ordonnances de mise sous scellés visant les mandats de perquisition et les dénonciations qui en ont justifié la délivrance? — Le critère de Dagenais/Mentuck est-il applicable à l'étape antérieure au dépôt d'accusations ou à « l'étape de l'enquête » dans une procédure criminelle?

TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. C. ONTARIO, 188.

4. Défaut de fournir un échantillon d'haleine — Refus de l'accusé de fournir un échantillon d'haleine à la suite de l'ordre donné par un agent de police sur le bord de la route — Fourniture ultérieure par l'accusé de l'échantillon au poste de police après le deuxième ordre donné plus d'une heure après son arrestation — L'échantillon d'haleine a-t-il été obtenu immédiatement à la suite d'un ordre valide? — Sens du mot « immédiatement » à l'art. 254(2) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

R. C. WOODS, 205.

5. Inceste — Infractions incluses — Les infractions de contacts sexuels et d'agression sexuelle sont-elles comprises dans celle d'inceste? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 662.

R. C. G.R., 371.

6. Conseiller une infraction qui n'est pas commise — Éléments de l'infraction — Mens rea — « Annonce-mystère » proposant la vente de « fichiers ultra-secrets » transmise par courriels sur Internet — Annonce-mystère présentant un logiciel censé permettre à l'acheteur de générer des numéros de carte de crédit valides — Instructions expliquant comment fabriquer des bombes et comment entrer par effraction dans une maison figurant dans les fichiers vendus — Accusé inculpé d'avoir conseillé quatre infractions qui n'ont pas été commises — L'accusé possédait-il la mens rea requise à l'égard des infractions reprochées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 464.

R. C. HAMILTON, 432.

7. Droit de garder le silence — Limites — Renonciation — Accusé se rendant de son plein gré au poste de police et demandant qu'on envoie des policiers au ranch où il habite — Refus de l'accusé de répondre aux questions de la police quant à la raison pour laquelle il faut envoyer des policiers — Le droit de garder le silence est-il en cause si l'accusé n'est pas détenu ou en état d'arrestation? — L'accusé a-t-il renoncé à son droit de garder le silence en se rendant de son plein gré au poste de police et en répondant à certaines questions?

R. C. TURCOTTE, 519.

8. Preuve — Admissibilité — Comportement postérieur à l'infraction — Droit de garder le silence — Accusé se

DROIT CRIMINEL — Fin

rendant de son plein gré au poste de police et demandant qu'on envoie des policiers au ranch où il habite — Refus de l'accusé de répondre aux questions de la police quant à la raison pour laquelle il faut envoyer des policiers — Découverte de trois victimes de meurtre au ranch — Directives du juge du procès au jury selon lesquelles le silence de l'accusé constitue un comportement postérieur à l'infraction et la culpabilité peut s'inférer de ce comportement — La preuve relative au silence de l'accusé est-elle admissible en tant que preuve relative au comportement postérieur à l'infraction?

R. C. TURCOTTE, 519.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Compétence des tribunaux québécois — Clause d'élection de for — Action en garantie — Fournisseur québécois poursuivi en dommages-intérêts par une entreprise québécoise pour défaut de livrer des équipements — Recours incident en garantie contre le fabricant allemand en défaut de fournir les équipements au fournisseur québécois — Contrat entre le fabricant allemand et le fournisseur québécois incluant une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal allemand — Le tribunal québécois saisi de l'action principale est-il compétent pour entendre le recours incident en garantie? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135, 3139, 3148.

GRECON DIMTER INC. C. J.R. NORMAND INC., 401.

FAILLITE

Plan de répartition — Droit de compensation et de retenue — Lois provinciales obligeant l'employeur qui retient les services d'un entrepreneur à payer à des organismes provinciaux certains montants dus par l'entrepreneur — Lois permettant à l'employeur d'être remboursé par l'entrepreneur ou de retenir le montant payé sur les sommes qu'il doit à l'entrepreneur — Dans le contexte d'une faillite, les lois provinciales sont-elles incompatibles avec le plan de répartition établi par la loi fédérale sur la faillite? — La compensation en equity est-elle applicable en matière de faillite au Québec? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 316 — 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. 54 — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 97(3), 136 à 147.

D.I.M.S. CONSTRUCTION INC. (SYNDIC DE) C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 564.

IMMIGRATION

1. Renvoi après admission — Infractions commises à l'étranger — Allégations reprochant à un résident permanent d'avoir incité au meurtre, au génocide et à la haine dans un discours prononcé au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de conclure que le discours ne constituait pas une incitation au meurtre, au génocide et à la haine? — Le résident permanent doit-il être expulsé? — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 27(1)a.1(ii), a.3(ii).

MUGESERA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 100.

2. Renvoi après admission — Crime contre l'humanité commis à l'étranger — Allégation reprochant à un résident permanent d'avoir commis un crime contre l'humanité en prononçant un discours au Rwanda avant l'obtention de son droit d'établissement au Canada — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de conclure à l'absence de motifs raisonnables de penser que le discours constituait un crime contre l'humanité? — Le résident permanent doit-il être expulsé? — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)j), 27(1)g).

MUGESERA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 100.

3. Mesure de renvoi — Droit d'appel — Résidents permanents interjetant appel devant la Section d'appel de l'immigration contre la mesure de renvoi pour grande criminalité dont ils font l'objet — Ancienne loi prescrivant le sursis automatique de l'exécution de la mesure de renvoi en cas d'appel — Dispositions transitoires de la nouvelle loi sur l'immigration prévoyant qu'il est mis fin à l'affaire portée en appel devant la Section d'appel de l'immigration si l'intéressé ne fait pas l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi — Les « dispositions transitoires » s'appliquent-elles à la fois aux sursis automatiques et aux sursis accordés expressément? — Sens de l'expression « fait [...] l'objet d'un sursis » dans les dispositions transitoires — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

MEDOVSKI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION); ESTEBAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 539.

4. Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Fardeau excessif pour les services sociaux — Demandeurs admissibles au Canada dans les catégories « investisseur » et « travailleurs autonome » — Rejet des demandes pour le motif que l'admission d'un enfant à charge risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux — Les ressources financières des demandeurs doivent-elles être prises en compte pour décider si l'admission d'enfants handicapés risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les

IMMIGRATION — Fin

services sociaux? — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)a)(ii).

HILEWITZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION); DE JONG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 706.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Déduction — Intérêts — Intérêt payé sur emprunt pour gagner un revenu provenant d'une entreprise ou d'un bien — Source de revenu cessant d'exister — Intérêt non déductible — Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 128, 160.

MOUFARRÈGE C. QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU), 598.

2. Évitement fiscal — Interprétation et application de la règle générale anti-évitement — Entreprise de crédit hypothécaire demandant une importante déduction pour amortissement à la suite d'opérations de cession-bail portant sur des remorques — La règle générale anti-évitement permet-elle de supprimer l'avantage fiscal? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 245.

HYPOTHÈQUES TRUSTCO CANADA C. CANADA, 601.

3. Évitement fiscal — Interprétation et application de la règle générale anti-évitement — Compagnie transférant des pertes non réalisées à des contribuables sans lien de dépendance au moyen d'une série d'opérations mettant en cause des sociétés de personnes — Contribuables déduisant ces pertes de leur propre revenu — La règle générale anti-évitement permet-elle de supprimer l'avantage fiscal? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 18(13), 96(1), 245(4).

MATHEW C. CANADA, 643.

INDIENS

1. Droits issus de traités — Coupe de bois — Interprétation de la clause relative aux maisons de troc — Indiens mi'kmaq accusés d'avoir coupé et enlevé du bois sans autorisation sur des terres publiques, ou de possession illégale de bois provenant des terres publiques — Les Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont-ils, en vertu des traités, le droit d'exploiter commercialement les ressources forestières sur les terres publiques?

R. C. MARSHALL; R. C. BERNARD, 220.

2. Titre aborigène — Lieux de coupe du bois — Indiens mi'kmaq accusés d'avoir coupé et enlevé du bois sans

INDIENS — Fin

autorisation sur des terres publiques, ou de possession illégale de bois provenant des terres publiques — Les Mi'kmaq ont-ils un titre aborigène sur le territoire où ils ont coupé du bois? — Norme d'occupation et nature de la preuve nécessaires pour établir le titre — La Proclamation royale de 1763 ou la Proclamation de Belcher de 1762 ont-elles accordé le titre aborigène aux Mi'kmaq?

R. C. MARSHALL; R. C. BERNARD, 220.

LÉGISLATION

1. Interprétation — Dispositions transitoires — Les règles d'interprétation ordinaires s'appliquent-elles aux dispositions transitoires? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

MEDOVARSKI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION); ESTEBAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 539.

2. Interprétation — Lois bilingues — Principes d'interprétation — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 196.

MEDOVARSKI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION); ESTEBAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 539.

POLICE

Pouvoirs — Étendue du pouvoir des policiers de vérifier la sobriété des conducteurs au bord de la route — Les demandes que font les policiers aux conducteurs de se soumettre à des tests de sobriété ou de répondre à des questions au sujet de leur consommation préalable d'alcool sont-elles des mesures policières autorisées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 254 — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

R. C. ORBANSKI; R. C. ELIAS, 3.

PRATIQUE

1. Abus de procédure — Requête en suspension définitive des procédures — Requête alléguant que la décision d'un ministre d'interjeter appel a été fortement influencée par certains organismes — Nomination à la Cour suprême du Canada d'une juge dont le conjoint a été président d'un comité de l'un de ces organismes — Allégation d'abus de pouvoir relativement à cette nomination — Y a-t-il lieu de prononcer

PRATIQUE — Fin

la suspension définitive des procédures pour cause d'abus de procédure?

MUGESERA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 91.

2. Cour suprême du Canada — Requête en prorogation du délai pour déposer la demande d'autorisation d'appel — Facteurs qui guident la Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de proroger un délai — Requête rejetée.

R. C. ROBERGE, 469.

PRÉCLUSION

1. Préclusion par convention — Conditions — Les conditions de la règle de la préclusion sont-elles remplies?

RYAN C. MOORE, 53.

2. Préclusion par assertion de fait — Prescription — Le silence du défendeur concernant le délai de prescription plus court constitue-t-il une assertion justifiant la préclusion?

RYAN C. MOORE, 53.

PRESCRIPTION

Survie d'une action intentée contre une personne décédée — Délais de prescription — Préclusion par convention — Préclusion par assertion de fait — Règle de la possibilité de découvrir le dommage — Confirmation de la cause d'action — Délai de prescription prévu par la Survival of Actions Act expirant un an après le décès d'une partie à une action ou six mois après la date de délivrance de lettres d'administration — Déclaration relative à un préjudice résultant d'un accident d'automobile déposée contre le défendeur avant l'expiration du délai de prescription de deux ans fixé par la Limitations Act — Demandeur apprenant le décès du défendeur seulement après l'expiration du délai de prescription plus court établi par la Survival of Actions Act — La règle de la préclusion par convention ou par assertion de fait empêche-t-elle le défendeur d'invoquer la prescription comme moyen de défense? — La confirmation de la cause d'action ou la règle de la possibilité de découvrir le dommage a-t-elle pour effet de prolonger le délai de prescription prévu par la Survival of Actions Act? — Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, ch. S-32, art. 5 — Limitations Act, S.N.L. 1995, ch. L-16.1, art. 5, 16.

RYAN C. MOORE, 53.

PREUVE

Admissibilité — Contrôle judiciaire de la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission de rémunération — Gouvernement cherchant à faire admettre des affidavits en preuve — Les affidavits sont-ils admissibles? — Les affidavits présentent-ils des éléments de preuve et des faits ne figurant pas dans la réponse du gouvernement?

ASSOC. DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE DU NOUVEAU-BRUNSWICK C. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA JUSTICE); ASSOC. DES JUGES DE L'ONTARIO C. ONTARIO (CONSEIL DE GESTION); BODNER C. ALBERTA; CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC C. QUÉBEC (PROCTEUR GÉNÉRAL); MINC C. QUÉBEC (PROCTEUR GÉNÉRAL), 286.

PROCÉDURE CIVILE

Demande d'autorisation d'intervenir en Cour d'appel — Conférence des juges municipaux du Québec ne contestant pas en cour la réponse du gouvernement aux recommandations du comité de rémunération au sujet du traitement des juges des cours municipales à l'extérieur de Laval, de Montréal et de Québec — Conférence demandant sans succès l'autorisation d'intervenir dans des affaires connexes devant la Cour d'appel — L'autorisation d'intervenir aurait-elle dû être accordée?

ASSOC. DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE DU NOUVEAU-BRUNSWICK C. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA JUSTICE); ASSOC. DES JUGES DE L'ONTARIO C. ONTARIO (CONSEIL DE GESTION); BODNER C. ALBERTA; CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC C. QUÉBEC (PROCTEUR GÉNÉRAL); MINC C. QUÉBEC (PROCTEUR GÉNÉRAL), 286.

TRIBUNAUX

1. Cour suprême du Canada — Partialité — Récusation volontaire d'une juge dont le conjoint a été président d'un comité de l'un des intervenants — L'existence d'un motif de récusation particulier à l'un des membres de la Cour met-elle en cause l'impartialité de l'ensemble du tribunal?

MUGESERA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 91.

2. Juges — Rémunération — Comité de rémunération — Mandat — Recommandation, par le comité, de l'élimination de la parité salariale entre les juges de la Cour du Québec et les juges des cours municipales — Le comité avait-il le mandat d'examiner la question de la parité?

ASSOC. DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE DU NOUVEAU-BRUNSWICK C. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA JUSTICE); ASSOC. DES JUGES DE L'ONTARIO C. ONTARIO (CONSEIL DE GESTION); BODNER C. ALBERTA; CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC C. QUÉBEC (PROCTEUR GÉNÉRAL); MINC C. QUÉBEC (PROCTEUR GÉNÉRAL), 286.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>