



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 1992 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 1992 Vol. 2**

Cited as [1992] 2 S.C.R. 3-160

Renvoi [1992] 2 R.C.S. 3-160

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

---

## CONTENTS

<b>Bovey v. Gananoque (Town)</b> .....	5
Limitation of actions — Real property — Title — Adverse possession — Landlord and tenant.	
<b>Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank</b> .....	3
Banks and banking operations — Loans — Interest — Security agreements — Interest received by liquidator on loans after liquidation falling within scope of security granted under agreements — Appeal dismissed.	
<b>Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp.</b> .....	7
Labour relations — Arbitration — Notice — Failure to give notice of arbitration to two unions which might be significantly affected by award constituted denial of natural justice — Quashing of award upheld.	

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

---

## SOMMAIRE

<b>Bovey c. Gananoque (Ville)</b> .....	5
Prescription — Immeubles — Titre — Possession adversative — Louage de choses.	
<b>McInerney c. MacDonald</b> .....	138
Médecins et chirurgiens — Dossiers médicaux — Droit d'accès du patient — Demande par la patiente de copies de tous ses dossiers médicaux — Le médecin lui remet des copies de ses notes, mais refuse de fournir des copies des rapports et des dossiers reçus d'autres médecins — Absence de loi régissant l'accès de la patiente aux renseignements contenus dans ses dossiers médicaux — La patiente a-t-elle le droit d'examiner ses dossiers médicaux et d'en obtenir des copies sur demande?	

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **McInerney v. MacDonald**..... 138

Physicians and surgeons — Medical records — Patient's right of access — Patient requesting copies of her complete medical records — Patient's physician delivering copies of her notes but refusing to produce copies of reports and records received from other physicians — No legislation in province regulating patient's access to information contained in medical records — Whether patient entitled to inspect and obtain copies of her medical records upon request.

### **R. v. Downey**..... 10

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus — Accused convicted of living on avails of prostitution — Whether evidential burden placed on an accused by s. 195(2) of Criminal Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(j), (2).

Criminal law — Prostitution — Living on avails of prostitution — Escort agency — Presumption of innocence — Accused convicted of living on avails of prostitution — Whether evidential burden placed on an accused by s. 195(2) of Criminal Code violates his right to be presumed innocent under s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(j), (2).

### **R. v. W. (R.)**..... 122

Criminal law — Powers of court of appeal — Accused convicted of sexual offences on basis of children's testimony — Court of Appeal overturning convictions — Whether Court of Appeal exceeded proper limits of appellate review — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Criminal law — Evidence — Children — Accused convicted of sexual offences on basis of children's testimony — Proper approach to evidence of young children — Whether Court of Appeal erred in overturning convictions.

### **Re Canada Labour Code**..... 50

International law — Sovereign immunity — Canadian support staff at U.S. base in Canada seeking certification — U.S. claiming sovereign immunity — Whether activity commercial or sovereign — State Immunity Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 95, ss. 3(1), (2), 4(1), (2)(a), 5.

Labour relations — Canadian support staff at U.S. base in Canada seeking certification — U.S. claiming sovereign immunity — Whether activity commercial or sovereign.

### **Strang v. Strang**..... 112

Matrimonial law — Maintenance — Application to vary — Change of economic circumstances on part of contributing spouse — Pension income sole source of income on forced early retirement — Maintenance to be derived from pension

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. Downey**..... 10

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Inversion de la charge de la preuve — Accusé déclaré coupable de vivre des produits de la prostitution — La charge de présentation incombant à l'accusé en vertu de l'art. 195(2) du Code criminel porte-t-elle atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 195(1)(j), (2).

Droit criminel — Prostitution — Vivre des produits de la prostitution — Agence d'hôtesses — Présomption d'innocence — Accusé déclaré coupable de vivre des produits de la prostitution — La charge de présentation incombant à l'accusé en vertu de l'art. 195(2) du Code criminel viole-t-elle son droit d'être présumé innocent garanti par l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 195(1)(j), (2).

### **R. c. W. (R.)**..... 122

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel sur la foi de témoignages d'enfants — La Cour d'appel a écarté les déclarations de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle excédé les limites d'une révision en appel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

Droit criminel — Preuve — Enfants — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel sur la foi de témoignages d'enfants — Position à adopter quant au témoignage de jeunes enfants — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant les déclarations de culpabilité?

### **Re Code canadien du travail**..... 50

Droit international — Immunité de juridiction — Accréditation demandée par du personnel de soutien canadien travaillant dans une base américaine au Canada — Les États-Unis réclament l'immunité de juridiction — S'agit-il d'une activité commerciale ou de l'activité d'un État souverain? — Loi sur l'immunité des États, S.C. 1980-81-82-83, ch. 95, art. 3(1), (2), 4(1), (2)a), 5.

Relations de travail — Accréditation demandée par du personnel de soutien canadien travaillant dans une base américaine au Canada — Les États-Unis réclament l'immunité de juridiction — S'agit-il d'une activité commerciale ou de l'activité d'un État souverain?

### **Société d'assurance-dépôts du Canada c. Canadian Commercial Bank**..... 3

Banques et opérations bancaires — Prêts — Intérêts — Contrats de sûreté — Intérêts sur prêts reçus par le liquidateur après la liquidation visés par la sûreté consentie en vertu des contrats — Pourvoi rejeté.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

income — Pension contributions divided on divorce — Whether or not "double dipping" — Whether or not maintenance properly reduced in light of changed economic circumstances — Divorce Act, 1985, S.C. 1986, c. 4, s. 17.

## SOMMAIRE (Fin)

**Strang c. Strang** ..... 112

Droit matrimonial — Pension alimentaire — Demande de modification — Changement dans la situation économique de l'époux qui verse la pension — Revenu de pension devenant la seule source de revenu en raison de la retraite anticipée forcée — Pension alimentaire provenant du revenu de pension — Cotisations au régime de pension partagées lors du divorce — S'agit-il d'une "double déduction"? — La pension alimentaire a-t-elle été correctement réduite à la suite du changement survenu dans la situation économique? — Loi de 1985 sur le divorce, S.C. 1986, ch. 4, art. 17.

**Syndicat canadien de la fonction publique c. Société Radio-Canada** ..... 7

Relations de travail — Arbitrage — Avis — L'omission de donner avis de l'arbitrage à deux syndicats qui auraient pu être fortement touchés par la décision constituait un déni de justice naturelle — Annulation de la décision maintenue.

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 2, 1992**

**2<sup>e</sup> volume, 1992**



**The Liquidator of Canadian Commercial Bank, as represented by Special Counsel acting on behalf of the general body of creditors of Canadian Commercial Bank** *Appellant*

v.

**Bank of Canada** *Respondent*

INDEXED AS: CANADA DEPOSIT INSURANCE CORP. v. CANADIAN COMMERCIAL BANK

File No.: 22459.

1992: May 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Banks and banking operations — Loans — Interest — Security agreements — Interest received by liquidator on loans after liquidation falling within scope of security granted under agreements — Appeal dismissed.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 79 Alta. L.R. (2d) 294, [1991] 4 W.W.R. 418, 5 C.B.R. (3d) 312, reversing an order of the Court of Queen's Bench (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 230, [1990] 4 W.W.R. 445, 105 A.R. 368, ruling that certain interest on loans did not fall within the scope of the security granted. Appeal dismissed.

*Susan C. Zimmerman and Charles P. Russell*, <sup>h</sup> for the Liquidator of Canadian Commercial Bank.

*John A. Hustwick, Q.C.*, and *David P. Jones, Q.C.*, as Special Counsel to the Liquidator.

*Louis A. Desrochers, Q.C.*, and *Robert M. Curtis*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

**Le liquidateur de la Canadian Commercial Bank, représenté par des avocats spéciaux agissant pour le compte de l'ensemble des créanciers de la Canadian Commercial Bank** *Appelant*

c.

<sup>b</sup> **Banque du Canada** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-DÉPÔTS DU CANADA c. CANADIAN COMMERCIAL BANK

<sup>c</sup> N° du greffe: 22459.

1992: 6 mai.

<sup>d</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

<sup>e</sup> *Banques et opérations bancaires — Prêts — Intérêts — Contrats de sûreté — Intérêts sur prêts reçus par le liquidateur après la liquidation visés par la sûreté consentie en vertu des contrats — Pourvoi rejeté.*

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 79 Alta. L.R. (2d) 294, [1991] 4 W.W.R. 418, 5 C.B.R. (3d) 312, qui a infirmé une ordonnance de la Cour du Banc de la Reine (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 230, [1990] 4 W.W.R. 445, 105 A.R. 368, qui avait décidé que certains intérêts sur des prêts n'étaient pas visés par la sûreté consentie. Pourvoi rejeté.

<sup>h</sup> *Susan C. Zimmerman et Charles P. Russell*, pour le liquidateur de la Canadian Commercial Bank.

<sup>i</sup> *John A. Hustwick, c.r.*, et *David P. Jones, c.r.*, en qualité d'avocats spéciaux du liquidateur.

*Louis A. Desrochers, c.r.*, et *Robert M. Curtis*, pour l'intimée.

<sup>j</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LAMER C.J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Desrochers. The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Mr. Justice Iacobucci.

IACOBUCCI J.—We are all of the view that this appeal should be dismissed. We are in substantial agreement with the reasons given by Stratton J.A. in the Alberta Court of Appeal that interest on the Canadian Commercial Bank loans in question come within the charging provisions of the security agreements.

Accordingly, the appeal is dismissed. There shall be no order as to costs.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the Liquidator of Canadian Commercial Bank: Cruickshank, Karvellas, Layton & Connauton, Edmonton.*

*Special Counsel to the Liquidator: John A. Hustwick and David P. Jones, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: McCuaig Desrochers, Edmonton.*

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> Desrochers. La Cour est prête à rendre jugement, lequel sera prononcé par le juge Iacobucci.

LE JUGE IACOBUCCI—Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter ce pourvoi. Nous sommes d'accord, pour l'essentiel, avec les motifs exposés par le juge Stratton de la Cour d'appel de l'Alberta, selon lesquels les dispositions d'affectation des contrats de sûreté s'appliquent aux intérêts sur les prêts en question de la Canadian Commercial Bank.

En conséquence, le pourvoi est rejeté. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs du liquidateur de la Canadian Commercial Bank: Cruickshank, Karvellas, Layton & Connauton, Edmonton.*

*Avocats spéciaux du liquidateur: John A. Hustwick et David P. Jones, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimée: McCuaig Desrochers, Edmonton.*

**Reginald John Bovey** *Appellant*

v.

**The Corporation of the Town of Gananoque** *Respondent*

INDEXED AS: BOVEY v. GANANOQUE (TOWN)

File No.: 22016.

1992: May 6.

Present: La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Limitation of actions — Real property — Title — Adverse possession — Landlord and tenant.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 38 O.A.C. 276, setting aside a judgment of Campbell Dist. Ct. J.\* declaring the appellant in possession of a lot. Appeal dismissed.

*Robert E. Houston, Q.C.*, for the appellant.

*Mark Appel, Q.C.*, and *Colin Wright*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—The Court is ready to render judgment now.

We are all of the view that the Court of Appeal came to the correct conclusion in this case. The possession of the appellant was by virtue of a lease so he did not hold adversely of the respondent. The appeal is accordingly dismissed with costs.

*Judgment accordingly.*

\* Ont. Dist. Ct. (Frontenac County), No. 116/85, May 27, 1988.

**Reginald John Bovey** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **La corporation de la ville de Gananoque** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BOVEY c. GANANOQUE (VILLE)

<sup>b</sup> N° du greffe: 22016.

1992: 6 mai.

<sup>c</sup> Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

<sup>d</sup> *Prescription — Immeubles — Titre — Possession adversative — Louage de choses.*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 38 O.A.C. 276, qui a infirmé un jugement du juge Campbell de la Cour de district\* qui avait accordé à l'appellant la possession d'un lot. Pourvoi rejeté.

<sup>f</sup> *Robert E. Houston, c.r.*, pour l'appellant.

*Mark Appel, c.r.*, et *Colin Wright*, pour l'intimée.

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE LA FOREST—La Cour est prête à rendre jugement séance tenante.

Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel a pris la bonne décision dans cette affaire. La possession découlait d'un bail et il n'y avait donc pas de possession adversative par l'appellant à l'encontre de l'intimée. Par conséquent, le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Jugement en conséquence.*

\*C. dist. Ont. (cté de Frontenac), n° 116/85, 27 mai 1988.

*Solicitors for the appellant: Cunningham, Swan,  
Kingston.*

*Procureurs de l'appellant: Cunningham, Swan,  
Kingston.*

*Solicitors for the respondent: Clarke & Wright,  
Gananoque; Chappell, Busheell & Stewart, a  
Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Clarke & Wright,  
Gananoque; Chappell, Busheell & Stewart,  
Toronto.*



**International Alliance of Theatrical Stage Employees** *Appellant*

**L'Alliance internationale des employés de la scène** *Appelante*

v.

a c.

**Canadian Union of Public Employees** *Respondent*

**Le Syndicat canadien de la fonction publique** *Intimé*

and

b et

**National Association of Broadcast and Electronic Technicians** *Respondent*

**L'Association nationale des employés et techniciens en radiodiffusion** *Intimée*

and

c et

**Canadian Broadcasting Corporation** *Respondent*

**La Société Radio-Canada** *Intimée*

and

d

et

**S. A. Tacon, Douglas G. Gilbert and Leslie Sanders** *Respondents*

**S. A. Tacon, Douglas G. Gilbert et Leslie Sanders** *Intimés*

INDEXED AS: CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES  
v. CANADIAN BROADCASTING CORP.

RÉPERTORIÉ: SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION  
PUBLIQUE c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA

File No.: 22061.

f N° du greffe: 22061.

1992: May 7.\*

1992: 7 mai\*.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

*Labour relations — Arbitration — Notice — Failure to give notice of arbitration to two unions which might be significantly affected by award constituted denial of natural justice — Quashing of award upheld.*

*Relations de travail — Arbitrage — Avis — L'omission de donner avis de l'arbitrage à deux syndicats qui auraient pu être fortement touchés par la décision constituait un déni de justice naturelle — Annulation de la décision maintenue.*

*Held:* The appeal should be dismissed.

i *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 70 D.L.R. (4th) 175, 38 O.A.C. 231, 90 C.L.L.C. ¶ 14,025, reversing a judgment of the Divisional Court dismissing an application to

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 70 D.L.R. (4th) 175, 38 O.A.C. 231, 90 C.L.L.C. ¶ 14,025, qui a infirmé un jugement de la Cour divisionnaire, qui avait rejeté une

\* Reasons delivered May 21, 1992.

\* Motifs déposés le 21 mai 1992.

quash an arbitration board's award. Appeal dismissed.

*Thomas W. G. Pratt*, for the appellant.

*Douglas J. Wray*, for the respondent Canadian Union of Public Employees.

*Barrie D. Chercover*, for the respondent National Association of Broadcast and Electronic Technicians.

*Thomas Brady*, for the respondent Canadian Broadcasting Corporation.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The Court of Appeal quashed the award of the Arbitration Board dated December 4th, 1987. It did so on the grounds that the failure to give notice of the arbitration to the Canadian Union of Public Employees and to the National Association of Broadcast and Electronic Technicians when the result of the arbitration could have a significant effect upon those unions constituted a denial of natural justice. We agree with the conclusion and disposition on that ground.

In *obiter* comments the Court of Appeal went on to indicate that the arbitrator hearing the appellant's grievance would have jurisdiction, despite the absence of the consent of all parties concerned, to determine the jurisdictional dispute involving the three unions. The respondents did not seek to uphold that portion of the reasons of the Court of Appeal. They were right to take that position. The issue does not appear to have been argued below and it was in those circumstances inappropriate to make any such determination.

What transpires once notice of the arbitration is given will be up to the parties. For example, they may consent to submit to the jurisdiction of the arbitrator so that the jurisdictional dispute of the unions can be resolved. Alternatively, they may wish to take steps to attempt to have the matter determined by the Canada Labour Relations Board. Whatever steps may be taken by the parties,

demande d'annulation de la décision d'un conseil d'arbitrage. Pourvoi rejeté.

*Thomas W. G. Pratt*, pour l'appelante.

*Douglas J. Wray*, pour l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique.

*Barrie D. Chercover*, pour l'intimée l'Association nationale des employés et techniciens en radiodiffusion.

*Thomas Brady*, pour l'intimée la Société Radio-Canada.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—La Cour d'appel a annulé la décision rendue par le conseil d'arbitrage le 4 décembre 1987. Elle a agi ainsi pour le motif que l'omission de donner avis de l'arbitrage au Syndicat canadien de la fonction publique et à l'Association nationale des employés et techniciens en radiodiffusion lorsque l'issue de l'arbitrage pouvait avoir un effet important pour ces syndicats constituait un déni de justice naturelle. Nous sommes d'accord avec la conclusion et le dispositif pour ce motif.

Dans des remarques incidentes, la Cour d'appel a indiqué ensuite que l'arbitre chargé d'entendre le grief de l'appelante aurait le pouvoir, malgré l'absence de consentement de toutes les parties intéressées, de trancher le conflit de compétence concernant les trois syndicats. Les intimés n'ont pas cherché à faire confirmer cette partie des motifs de la Cour d'appel. Ils ont eu raison d'adopter cette position. La question ne semble pas avoir été débattue devant les juridictions inférieures, et il ne convenait pas dans ces circonstances de rendre une décision sur ce point.

Il appartiendra aux parties avisées de l'arbitrage de prendre position. Par exemple, elles peuvent consentir à se soumettre aux pouvoirs de l'arbitre afin que le conflit de compétence des syndicats puisse être résolu. Ou bien, elles prendront peut-être les mesures nécessaires pour tenter de faire trancher la question par le Conseil canadien des relations du travail. Quelles que soient les mesures

the Court cannot, simply by its order, bestow upon an arbitrator jurisdiction that does not flow either from a statutory provision or from the consent of the parties.

The important issue resolved by this appeal is that those to be significantly affected by the arbitration should receive notice of the proceedings. Fairness and natural justice require no less. No other judicial disposition should be made at this stage.

In the result, the appeal is dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Pratt, Lundy Associates, Brampton.*

*Solicitors for the respondent Canadian Union of Public Employees: Caley & Wray, Toronto.*

*Solicitors for the respondent National Association of Broadcast and Electronic Technicians: Golden, Freen & Chercover, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Canadian Broadcasting Corporation: Heenan, Blaikie, Montréal.*

prises par les parties, la Cour ne peut pas, simplement par son ordonnance, conférer à un arbitre des pouvoirs qui ne découlent pas d'une disposition législative ou du consentement des parties.

Le présent pourvoi règle la question importante suivante: ceux qui peuvent être fortement touchés par l'arbitrage devraient recevoir un avis du recours à cette procédure. L'équité et la justice naturelle n'en exigent pas moins. Il n'y a pas lieu pour la Cour de rendre d'autre décision à cette étape-ci.

Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Pratt, Lundy Associates, Brampton.*

*Procureurs de l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique: Caley & Wray, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée l'Association nationale des employés et techniciens en radiodiffusion: Golden, Freen & Chercover, Toronto.*

*Procureur de l'intimée la Société Radio-Canada: Heenan, Blaikie, Montréal.*

**Kenneth Dale Downey** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the  
Attorney General of Quebec** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. DOWNEY

File No.: 21874.

1991: November 1; 1992: May 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Presump-  
tion of innocence — Reverse onus — Accused convicted  
of living on avails of prostitution — Whether evidential  
burden placed on an accused by s. 195(2) of Criminal  
Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights  
and Freedoms — If so, whether infringement justifiable  
under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970,  
c. C-34, s. 195(1)(j), (2).*

*Criminal law — Prostitution — Living on avails of  
prostitution — Escort agency — Presumption of inno-  
cence — Accused convicted of living on avails of prosti-  
tution — Whether evidential burden placed on an  
accused by s. 195(2) of Criminal Code violates his right  
to be presumed innocent under s. 11(d) of Canadian  
Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code,  
R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(j), (2).*

The accused was jointly charged with his companion,  
the owner of an escort agency, with two counts of living  
on the avails of prostitution pursuant to s. 195(1)(j) of  
the *Criminal Code*. Clients would call the agency and an  
escort would go on a date with them. They were charged  
an introduction fee which was turned over to the  
agency. The escorts kept any money they received for  
sexual services which were provided in 85 to 90 percent  
of the dates. The accused was aware of this sexual activ-

**Kenneth Dale Downey** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada et le  
procureur général du Québec** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. DOWNEY

<sup>c</sup> N<sup>o</sup> du greffe: 21874.

1991: 1<sup>er</sup> novembre; 1992: 21 mai.

<sup>d</sup> Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Pré-  
sompion d'innocence — Inversion de la charge de la  
preuve — Accusé déclaré coupable de vivre des produits  
de la prostitution — La charge de présentation incom-  
bant à l'accusé en vertu de l'art. 195(2) du Code crimi-  
nel porte-t-elle atteinte à l'art. 11d) de la Charte cana-  
dienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette  
atteinte est-elle justifiée en vertu de l'article premier de  
la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34,  
art. 195(1)(j), (2).*

*Droit criminel — Prostitution — Vivre des produits de  
la prostitution — Agence d'hôtesses — Présomption  
d'innocence — Accusé déclaré coupable de vivre des  
produits de la prostitution — La charge de présentation  
incombant à l'accusé en vertu de l'art. 195(2) du Code  
criminel viole-t-elle son droit d'être présumé innocent  
garanti par l'art. 11d) de la Charte canadienne des  
droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch.  
C-34, art. 195(1)(j), (2).*

L'accusé et sa compagne, propriétaire d'une agence  
d'hôtesses, ont fait l'objet conjointement de deux chefs  
d'accusation d'avoir vécu des produits de la prostitution,  
en contravention de l'al. 195(1)(j) du *Code criminel*. Les  
hôtesses prenaient rendez-vous avec les clients qui  
appelaient l'agence. On exigeait de ces derniers des frais  
de présentation, qui étaient remis à l'agence. Les hôte-  
ses gardaient tout ce qu'elles recevaient en échange de  
leurs services sexuels, fournis à 85 à 90 pour 100 des

ity. At the agency, the accused answered the telephone, made up the receipts and did the banking. He had no other employment. On one occasion when his companion was away he ran the agency for a month. During the trial, an application was made for a declaration that s. 195(2) of the *Code* was of no force or effect because it violates s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 195(2) provides that “[e]vidence that a person lives with or is habitually in the company of prostitutes . . . is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the person lives on the avails of prostitution”. The application was dismissed and the accused was convicted. His appeal to the Court of Appeal was dismissed. This appeal is to determine whether the evidential burden placed on an accused by s. 195(2) infringes the right to be presumed innocent set forth in s. 11(d) of the *Charter* and, if so, whether the infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

*Held* (La Forest, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 195(2) of the *Code* infringes s. 11(d) of the *Charter* but is justifiable under s. 1.

*Per* L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: The presumption contained in s. 195(2) of the *Code* infringes s. 11(d) of the *Charter* since the statutory presumption can result in the conviction of an accused despite the existence of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to his guilt. The fact that someone lives with a prostitute does not lead inexorably to the conclusion that the person is living on avails.

Section 195(2) of the *Code* constitutes a reasonable limit on the presumption of innocence. When the presumption set out in s. 195(2) is reviewed in the context of s. 195(1) itself, it is apparent that the objective of the impugned provision is of sufficient importance to warrant overriding s. 11(d). The majority of offences outlined in s. 195(1) are aimed at the procurer who entices, encourages or importunes a person to engage in prostitution. Section 195(1)(f) is specifically aimed at those who have an economic stake in the earnings of a prostitute. Its target is the person who lives parasitically off a prostitute’s earnings — namely, the pimp. Pimps control street prostitution and, along with customers, are the major source of violence against prostitutes. From a review of Canadian and foreign studies and the current literature pertaining to the problem of prostitution and pimps, it is obvious that s. 195(2), in assisting in curb-

clients. L’accusé était au courant de cette activité sexuelle. À l’agence, il recevait les appels, établissait les reçus et s’occupait des affaires bancaires. Il n’avait pas d’autre emploi. Une fois, en l’absence de sa compagne, il a dirigé l’agence pendant un mois. Au cours du procès, il y a eu présentation d’une requête visant à faire déclarer inopérant le par. 195(2) du *Code* parce qu’il viole l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le paragraphe 195(2) dispose que «[l]a preuve qu’une personne vit ou se trouve habituellement en compagnie de prostitués, [. . .] constitue, en l’absence de preuve contraire, une preuve qu’elle vit des produits de la prostitution». La requête a été rejetée et l’accusé a été déclaré coupable. Son appel à la Cour d’appel a été rejeté. Il s’agit en l’espèce de déterminer si la charge de présentation incombant à l’accusé en vertu du par. 195(2) porte atteinte au droit d’être présumé innocent garanti par l’al. 11d) de la *Charte*, et, dans l’affirmative, si cette atteinte peut être justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*.

*Arrêt* (les juges La Forest, McLachlin et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. Le paragraphe 195(2) du *Code* porte atteinte à l’al. 11d) de la *Charte* mais est justifié en vertu de l’article premier.

*Les juges* L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory: La présomption contenue au par. 195(2) du *Code* porte atteinte à l’al. 11d) de la *Charte* puisqu’elle peut donner lieu à une déclaration de culpabilité malgré l’existence d’un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l’accusé. Le fait de vivre avec une personne prostituée ne signifie pas inexorablement que l’accusé vit des produits de la prostitution.

Le paragraphe 195(2) du *Code* constitue une limite raisonnable à la présomption d’innocence. Si l’on examine la présomption prévue au par. 195(2) dans le contexte du par. 195(1), il est manifeste que l’objectif que vise la disposition attaquée est suffisamment important pour justifier la dérogation à l’al. 11d). La majorité des infractions mentionnées au par. 195(1) visent le proxénète qui entraîne ou encourage une personne à s’adonner à la prostitution ou la harcèle à cette fin. L’alinéa 195(1)f) vise particulièrement ceux qui ont un intérêt financier dans les revenus d’un prostitué. Sa cible est la personne qui vit en parasite du revenu d’un prostitué, soit le souteneur. Les souteneurs contrôlent la prostitution de rue, et ils présentent, avec les clients, la principale source de violence pour les prostitués. D’après les rapports rédigés au Canada et à l’étranger et les études effectuées récemment sur le problème de la prostitution

ing the exploitive activity of pimps, is attempting to deal with a cruel and pervasive social evil.

Further, s. 195(2) meets the proportionality test. First, the section is a measure carefully designed to respond to the objective. Evidence of pimps living on avails is difficult, if not impossible, to obtain without the cooperation of the prostitutes, who are often unwilling to testify for fear of violence against them by their pimps. Section 195(2) enables a prosecution to be instituted without it being necessary for the prostitute to give evidence. With the presumption, Parliament has focussed on those circumstances in which maintaining close ties to prostitutes gives rise to a reasonable inference of living on the avails of prostitution. There is no real danger that the section will result in innocent persons who have non parasitic legitimate living arrangements with prostitutes being inculpated. A description sufficient to constitute evidence to the contrary will generally be included in the Crown's case. If not, such evidence can easily be led. In either event, the presumption will be displaced. Second, s. 195(2) represents a minimal impairment of the presumption of innocence. All that is required of the accused is to point to evidence capable of raising a reasonable doubt. That can often be achieved as a result of cross-examination of Crown witnesses. The section does not necessarily force the accused to testify. In enacting s. 195(2), Parliament has chosen a reasonable and sensitive position. To eliminate the presumption completely would reward the accused for the intimidation of vulnerable witnesses in a situation where such intimidation is widespread. To provide a reverse onus which would cast a heavier legal burden on the accused would constitute a more serious infringement of s. 11(d) than the evidential burden imposed by s. 195(2). Third, when one balances the societal and individual interests, it is clear that the extent of the infringement is proportional to the legislative objective. In view of the social problems flowing from prostitution, the successful prosecution of pimps is very important. Pimps encourage and enforce often through violence the activities of prostitutes — a particularly vulnerable segment of society. Section 195(2) is aimed not only at remedying a social problem but also at providing some measure of protection for prostitutes by eliminating the necessity of testifying. The infringe-

et des souteneurs, il ressort clairement que le par. 195(2), en facilitant la répression de l'exploitation par les souteneurs, vise à endiguer un fléau social aux ravages cruels et étendus.

En outre, le par. 195(2) satisfait au critère de la proportionnalité. En premier lieu, cette disposition est une mesure soigneusement conçue en vue d'atteindre l'objectif. La preuve qu'un souteneur vit de la prostitution est difficile, sinon impossible, à obtenir sans la collaboration des prostituées, qui sont souvent réticents à témoigner parce qu'ils craignent la violence de leurs souteneurs. Le paragraphe 195(2) permet d'engager une poursuite sans qu'il soit nécessaire que le prostitué témoigne. Le législateur a, par la présomption, fait porter son attention sur les cas où le fait d'entretenir des liens étroits avec des prostitués conduit raisonnablement à en déduire le fait de vivre des produits de la prostitution. Il n'y a pas réellement de danger que la disposition puisse entraîner l'inculpation de personnes innocentes qui partagent la vie de prostitués de façon légitime et non parasitique. Le ministère public présentera généralement une description suffisante pour établir la preuve du contraire. Sinon, il est facile de produire cette preuve. D'une façon ou d'une autre, la présomption sera écartée. En deuxième lieu, le par. 195(2) constitue une atteinte minimale à la présomption d'innocence. Tout ce que l'on demande à l'accusé c'est de faire ressortir un élément de preuve susceptible de soulever un doute raisonnable et il y parvient souvent par le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite. La disposition ne le force pas nécessairement à témoigner. En adoptant le par. 195(2), le législateur a choisi une position raisonnable et adaptée aux besoins. Supprimer complètement la présomption récompenserait l'accusé pour l'intimidation de témoins vulnérables dans une situation où ce phénomène est répandu. Prévoir une inversion de la charge de la preuve qui imposerait à l'accusé une charge ultime encore plus lourde constituerait une atteinte plus grave à l'al. 11(d) que la charge de présentation imposée par le par. 195(2). En troisième lieu, lorsqu'on pondère les intérêts de la société et ceux du particulier, il est évident que la mesure de l'atteinte est proportionnelle à l'objectif législatif. Compte tenu des problèmes sociaux qui découlent de la prostitution, il est très important d'obtenir des condamnations contre les souteneurs. Ce sont eux qui, souvent au moyen de la violence, encouragent les activités des prostitués, groupe particulièrement vulnérable de la société, et veillent à leur exécution. Le paragraphe 195(2) vise non seulement à remédier à un problème social, mais également à accorder aux prostitués une certaine protection en supprimant la nécessité de recourir à leur témoignage. L'atteinte à la présomp-

ment of the presumption of innocence by s. 195(2) is minimal.

*Per La Forest J. (dissenting):* For the reasons given by Cory J., s. 195(2) of the *Code* infringes the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Section 195(2), however, is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the presumption may well be rationally connected to the objective of securing the convictions of the parasites who control street prostitutes without evidence from the complainant prostitute, the basic facts contained in s. 195(2) are not intrinsically blameworthy and simply cast too wide a net. The section catches people who have legitimate non-parasitic living arrangements with prostitutes. No evidence was advanced to show that it was necessary to cast the net so wide.

*Per McLachlin and Iacobucci JJ. (dissenting):* The mandatory presumption contained in s. 195(2) of the *Code* infringes the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, in that proof of the substituted fact that the accused person lives with or is habitually in the company of a prostitute does not lead inexorably to proof of the statutorily required or essential element of living on the avails of prostitution.

Section 195(2) is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the legislative objective is sufficiently important to warrant overriding a constitutional right, the impugned section does not meet the proportionality test. A presumption, like any other challenged legislative provision, must be externally rational, in the sense that it must evince a rational connection to the legislative purpose behind its enactment. But in the case of a presumption, it must also be "internally rational" in the sense that there must be a rational connection between the substituted fact and the presumed fact. The fact that in some cases one can infer the presumed fact from the proven fact is insufficient to establish the internal rational connection required under s. 1. At a minimum, proof of the substituted fact must make it likely that the presumed fact is true. Further, the rationality test also has a fairness aspect. An irrational presumption operates unfairly in that it unduly enmeshes the innocent in the criminal process by arbitrarily catching within its ambit those who are not guilty of the offence. In the case of s. 195(2) the required logical link is lacking, rendering it both irrational and unfair. It cannot be said that it is likely that one who lives with or is habitually in the company of a prostitute is parasitically living on the avails of prostitution. It is a possible inference, reasonable only in some cases. Spouses, lovers, friends, children, parents or room-mates may live with or be habitu-

tion d'innocence que constitue le par. 195(2) est minime.

*Le juge La Forest (dissident):* Pour les motifs donnés par le juge Cory, le par. 195(2) du *Code* porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. Toutefois, le par. 195(2) n'est pas justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il peut y avoir un lien rationnel entre la présomption et l'objectif d'obtenir la condamnation des parasites qui contrôlent les prostitués de la rue sans que le prostitué plaignant ait à témoigner. Cependant, les faits établis au par. 195(2) ne sont pas répréhensibles en soi, leur portée est simplement trop large. La disposition englobe les personnes qui partagent la vie de prostitués de façon légitime et non parasitique. Aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'il était nécessaire d'avoir une portée aussi large.

*Les juges McLachlin et Iacobucci (dissidents):* La présomption impérative contenue au par. 195(2) du *Code* porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*, en ce sens que la preuve du fait substitué que l'accusé vit ou se trouve habituellement en compagnie d'un prostitué n'entraîne pas inexorablement la preuve de l'élément essentiel ou requis par la loi qu'il vit des produits de la prostitution.

La justification du par. 195(2) ne peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif législatif soit suffisamment important pour justifier la dérogation à un droit constitutionnel, la disposition attaquée ne satisfait pas au critère de la proportionnalité. Comme toute autre disposition législative contestée, la présomption doit avoir une rationalité extrinsèque, en ce qu'elle doit révéler un lien rationnel avec l'objectif législatif qui sous-tend son adoption. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une présomption, elle doit aussi être «elle-même rationnelle» en ce qu'il doit exister un lien rationnel entre le fait substitué et le fait présumé. Bien que dans certains cas il soit possible de déduire le fait présumé du fait prouvé, cela ne permet pas d'établir le lien rationnel intrinsèque requis en vertu de l'article premier. À tout le moins, la preuve du fait substitué doit rendre le fait présumé vraisemblable. En outre, le critère du lien rationnel tient également de l'équité. La présomption irrationnelle crée une injustice en entraînant indûment et arbitrairement dans le processus criminel ceux qui ne sont pas coupables de l'infraction. Le paragraphe 195(2) ne possédant pas le lien logique requis, il est à la fois irrationnel et injuste. On ne peut pas dire qu'une personne vivant ou se trouvant habituellement en compagnie d'un prostitué vit vraisemblablement en parasite des produits de la prostitution. Cette déduction est possible, et n'est raisonnable que

ally in the company of a prostitute, which is not a criminal offence, without living on the avails of prostitution. Any presumption which has the potential to catch such a wide variety of innocent people in its wake can only be said to be arbitrary, unfair and based on irrational considerations.

Finally, the irrational and unfair effects of the presumption extend to the prostitutes themselves and bring into question the external rationality of the presumption. By this presumption prostitutes are put in the position of being unable to associate with friends and family, or to enter into arrangements which may alleviate some of the more pernicious aspects of their frequently dangerous and dehumanizing trade. The predictable result is to force prostitutes onto the streets or into the exploitive power of pimps, thereby undercutting the very pressing and substantial objective which the presumption was designed to address. Because it exacerbates the very exploitation it purports to prevent, s. 195(2) cannot be said to possess the degree of rationality necessary to justify the violation of a right guaranteed by our *Charter*.

#### Cases Cited

By Cory J.

**Referred to:** *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Kowlyk*, [1988] 2 S.C.R. 59; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Celebrity Enterprises Ltd.* (1977), 41 C.C.C. (2d) 540; *Shaw v. Director of Public Prosecutions* (1961), 45 Cr. App. R. 113; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Clarke*, [1976] 2 All E.R. 696.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, aff'g (1983), 40 O.R. (2d) 660; *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *County Court of Ulster County v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *R. v. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 11(d). *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, ss. 216(1)(i), 238(j), 239.

dans certains cas. Le conjoint, l'amoureux, les amis, les enfants, les parents ou les colocataires peuvent vivre ou se trouver habituellement en compagnie d'un prostitué, ce qui n'est pas une infraction criminelle, sans pour autant vivre des produits de la prostitution. La présomption susceptible d'entraîner un si grand nombre d'innocents dans son sillage ne peut être qu'arbitraire, inéquitable et basée sur des considérations irrationnelles.

Enfin, les effets irrationnels et injustes de la présomption s'étendent aux prostitués eux-mêmes et remettent en question le lien rationnel extrinsèque de la présomption. En raison de cette présomption, les prostitués ne peuvent fréquenter les amis et la famille ni conclure d'ententes susceptibles d'adoucir certains aspects plus perniciose de leur commerce souvent dangereux et déshumanisant. Les prostitués se verront donc probablement forcés de retourner dans la rue ou entre les mains de souteneurs exploiteurs, sapant de ce fait l'objectif des plus urgent et réel que cette présomption est destinée à atteindre. Parce qu'il exacerbe l'exploitation même qu'il est censé atténuer, on ne peut pas dire que le par. 195(2) a le degré de rationalité nécessaire pour justifier la violation d'un droit garanti par notre *Charte*.

#### e Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Kowlyk*, [1988] 2 R.C.S. 59; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Celebrity Enterprises Ltd.* (1977), 41 C.C.C. (2d) 540; *Shaw c. Director of Public Prosecutions* (1961), 45 Cr. App. R. 113; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Clarke*, [1976] 2 All E.R. 696.

h Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, conf. (1983), 40 O.R. (2d) 660; *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *County Court of Ulster County c. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *R. c. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11(d). *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 212(1)(j), h), (2) [aj. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 9], (3) [*idem*].



*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(j) [ad. 1972, c. 13, s. 14; rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 13], (2) [rep. & sub. *idem*].  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 212(1)(j), (h), (2) [ad. c. 19 (3rd Supp.), s. 9], (3) [*idem*].  
*Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, ss. 207(I), 208.  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 184.  
*Prostitution Act*, 1979, No. 71 (N.S.W.), s. 5.  
*Prostitution Regulation Act 1986*, No. 124 (Vict.), ss. 4, 12(3).  
*Sexual Offences Act*, 1956 (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, s. 30(2).

### Authors Cited

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Pornography and Prostitution in Canada*, vol. 2. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985.  
 Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*, vol. 2. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.  
 Cromwell, Thomas A. "Proving Guilt: The Presumption of Innocence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms". In William H. Charles, Thomas A. Cromwell and Keith B. Jobson, eds., *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Butterworths, 1989.  
 Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.  
 Erbe, Nancy. "Prostitutes: Victims of Men's Exploitation and Abuse" (1984), 2 *Law & Inequality* 609.  
 Milman, Barbara. "New Rules for the Oldest Profession: Should We Change Our Prostitution Laws?" (1980), 3 *Harv. Women's L.J.* 1.  
 New South Wales. Parliament. Report of the Select Committee of the Legislative Assembly Upon Prostitution, 1986.  
 Sansfaçon, Daniel. *Prostitution in Canada: A Research Review Report*. Ottawa: Department of Justice, Research and Statistics Section, 1984.  
 Sansfaçon, Daniel. *Agreements and Conventions of the United Nations with respect to Pornography and Prostitution*. Ottawa: Department of Justice, Research and Statistics Section, 1984.  
 Silbert, Mimi H. and Ayala M. Pines, "Occupational Hazards of Street Prostitutes" (1981), 8 *Crim. Just. & Behavior* 395.  
 United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Seventeenth Report. *Prostitution: Off-street activities*. London: H.M.S.O., 1985.

*Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29, art. 207(I), 208.  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 184.  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 216(1)(i), 238(j), 239.  
 a *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 195(1)(j) [aj. 1972, ch. 13, art. 14; abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 13], (2) [abr. & rempl. *idem*].  
*Prostitution Act*, 1979, No. 71 (N.S.W.), art. 5.  
*Prostitution Regulation Act 1986*, No. 124 (Vict.), art. 4, 12(3).  
 b *Sexual Offences Act*, 1956 (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, ch. 69, art. 30(2).

### Doctrine citée

c Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada*, vol. 2. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985.  
 d Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, vol. 2. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984.  
 Cromwell, Thomas A. «Proving Guilt: The Presumption of Innocence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms». In William H. Charles, Thomas A. Cromwell and Keith B. Jobson, eds., *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Butterworths, 1989.  
 e Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.  
 f Erbe, Nancy. «Prostitutes: Victims of Men's Exploitation and Abuse» (1984), 2 *Law & Inequality* 609.  
 Milman, Barbara. «New Rules for the Oldest Profession: Should We Change Our Prostitution Laws?» (1980), 3 *Harv. Women's L.J.* 1.  
 g New South Wales. Parliament. Report of the Select Committee of the Legislative Assembly Upon Prostitution, 1986.  
 Sansfaçon, Daniel. *La prostitution au Canada: une synthèse des résultats de recherche*. Ottawa: Ministère de la Justice, Section de la recherche et de la statistique, 1984.  
 Sansfaçon, Daniel. *Accords et conventions des Nations-Unies sur la pornographie et la prostitution*. Ottawa: Ministère de la Justice, Section de la recherche et de la statistique, 1984.  
 i Silbert, Mimi H. and Ayala M. Pines, «Occupational Hazards of Street Prostitutes» (1981), 8 *Crim. Just. & Behavior* 395.  
 j United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Seventeenth Report. *Prostitution: Off-street activities*. London: H.M.S.O., 1985.

United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Working Paper on Offences relating to Prostitution and allied Offences. London: H.M.S.O., 1982.

Weisberg, D. Kelly. "Children Of The Night: The Adequacy Of Statutory Treatment Of Juvenile Prostitution" (1984), 12 *Am. J. Crim. L.* 1.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 105 A.R. 351, dismissing the accused's appeal from his conviction for living on the avail of prostitution contrary to s. 195(1) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, La Forest, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting.

*Terence C. Semenuk and Mitchell C. Stephensen*, for the appellant.

*Jack Watson*, for the respondent.

*Robert J. Frater*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Monique Rousseau and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues. I agree with Justice Cory that s. 195(2) (now s. 212(3)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringes the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for the reasons he gives. I, however, agree with Justice McLachlin's conclusion that s. 195(2) cannot pass muster under s. 1 of the *Charter*, though I approach the matter somewhat differently.

No one can deny the importance of the objective under s. 195(1)(j) of the *Code*, which makes it an offence to live on the avails of prostitution of another person. It is aimed at the parasites who control street prostitutes. The presumption in s. 195(2) is there to encourage reporting and to facilitate prosecutions without the need for the prostitutes involved to testify. In other words, because of the parasitic and coercive nature of the

United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Working Paper on Offences relating to Prostitution and allied Offences. London: H.M.S.O., 1982.

Weisberg, D. Kelly. «Children Of The Night: The Adequacy Of Statutory Treatment Of Juvenile Prostitution» (1984), 12 *Am. J. Crim. L.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 105 A.R. 351, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de vivre des produits de la prostitution, en contravention du par. 195(1) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, McLachlin et Iacobucci sont dissidents.

*Terence C. Semenuk et Mitchell C. Stephensen*, pour l'appellant.

*Jack Watson*, pour l'intimé.

*Robert J. Frater*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Monique Rousseau et Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues. Je conviens avec le juge Cory que le par. 195(2) (maintenant le par. 212(3)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, porte atteinte à la présomption d'innocence, garantie par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour les motifs qu'il donne. Cependant, je souscris à la conclusion du juge McLachlin selon laquelle le par. 195(2) ne résiste pas à l'examen en vertu de l'article premier de la *Charte*, mais j'aborde la question de façon un peu différente.

Nul ne peut nier l'importance de l'objectif de l'al. 195(1)j) du *Code* en vertu duquel commet une infraction quiconque vit des produits de la prostitution d'une autre personne. Cet objectif vise les parasites qui contrôlent les prostituées de la rue. La présomption du par. 195(2) vise à encourager les dénonciations et à faciliter les poursuites sans qu'il soit nécessaire de faire témoigner les prostituées. Autrement dit, en raison de la nature parasitique et

pimp-prostitute relationship, prostitutes, often young girls, are extremely reluctant to come forward and testify against their pimps; see the Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths (the Badgley Committee), *Sexual Offences Against Children* (1984), vol. 2, at pp. 1057-58. I think the presumption may well be rationally connected to the objective of securing convictions without evidence from the complainant prostitute. However, the basic facts contained in s. 195(2) are not intrinsically blameworthy and simply cast too wide a net. It catches people who have legitimate non-parasitic living arrangements with prostitutes. No evidence was advanced to show that it was necessary to cast the net so wide.

I would, therefore, allow the appeal, quash the conviction and order a new trial.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—Section 195(1)(j) (now s. 212(1)(j)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, makes it an offence to live wholly or in part on the avails of another person's prostitution. Section 195(2) (now s. 212(3)) provides that "[e]vidence that a person lives with or is habitually in the company of prostitutes. . . is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the person lives on the avails of prostitution". At issue on this appeal is whether the evidential burden thus placed on an accused contravenes the right to be presumed innocent set forth in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. If the impugned section does infringe s. 11(d) of the *Charter* it must be determined whether it can be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*.

#### Factual Background

The appellant, Kenneth Downey, was jointly charged with his companion, Corrine Louise Reynolds, with two counts of living on the avails

coercitive des rapports entre souteneurs et prostitués, ces derniers, qui sont souvent des jeunes filles, sont extrêmement réticents à témoigner contre leurs souteneurs; voir le Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (le comité Badgley), *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984), vol. 2, à la p. 1150. Je crois qu'il peut y avoir un lien rationnel entre la présomption et l'objectif d'obtenir une condamnation sans que le prostitué plaignant ait à témoigner. Les faits établis au par. 195(2) ne sont toutefois pas répréhensibles en soi; leur portée est simplement trop large. Ils englobent les personnes qui partagent la vie de prostitués de façon légitime et non parasitique. Aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'il était nécessaire d'avoir une portée aussi large.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY—Aux termes de l'al. 195(1)(j) (maintenant l'al. 212(1)(j)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, constitue une infraction le fait de vivre entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne. Le paragraphe 195(2) (maintenant le par. 212(3)) dispose que «[l]a preuve qu'une personne vit ou se trouve habituellement en compagnie de prostitués, [. . .] constitue, en l'absence de preuve contraire, une preuve qu'elle vit des produits de la prostitution». Il s'agit en l'espèce de déterminer si la charge de présentation incombant ainsi à l'accusé contrevient au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si la disposition attaquée porte effectivement atteinte à l'al. 11d), il faut alors décider si elle peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

#### Les faits

L'appelant, Kenneth Downey, et sa compagne, Corrine Louise Reynolds, ont fait l'objet conjointement de deux chefs d'accusation d'avoir vécu

of prostitution. They were both convicted at trial and their appeals to the Court of Appeal of Alberta were dismissed.

From September 1985 to May 1986, Corrine Reynolds owned and operated an escort agency. When the agency received calls for escorts either Elizabeth Wilson or Sherry Siegel, both of whom testified at trial, would go on dates with the callers. The callers, referred to as clients by the accused, were then charged an introduction or agency fee. The fee charged was the same for all clients and was turned over to the agency. The agency in turn deposited the money in a bank account maintained by Corrine Reynolds in the name of CLR Holdings. Any money that was paid to Wilson or Siegel in respect of sexual services was kept by them. Corrine Reynolds also went out with clients on the same basis as Wilson and Siegel. Wilson and Siegel had sexual relations of one kind or another with 85 to 90 percent of the clients that they dated. There is no question that both Reynolds and Downey were aware of this sexual activity. Indeed they knew of the particular sexual preferences of many of the clients of the agency.

During the time Wilson and Siegel worked at the agency, Downey answered the agency's telephones, made up the receipts and did the banking. Throughout this period he had no other employment. On one occasion when Reynolds was away Downey ran the agency for a month. It was then that he "suspended" or fired Siegel.

This is not a case of pimps manipulating young girls. Both Wilson and Siegel were mature women. Strangely enough they did not consider themselves prostitutes in spite of receiving payment for their sexual activities with clients of the agency.

During the course of the trial an application was made for a declaration that s. 195(2) of the *Criminal Code* was of no force or effect because of s. 11(d) of the *Charter*. The application was dismissed and the trial judge ruled that the section was constitutionally valid.

des produits de la prostitution. Ils ont tous deux été déclarés coupables au procès et leurs appels à la Cour d'appel de l'Alberta ont été rejetés.

De septembre 1985 à mai 1986, Corrine Reynolds exploitait une agence d'hôtesse dont elle était la propriétaire. Sur réception des appels à l'agence, Elizabeth Wilson ou Sherry Siegel, qui ont toutes deux témoigné au procès, prenaient rendez-vous avec les interlocuteurs. On exigeait alors de ces derniers, que l'accusé appelle des clients, des frais de présentation ou frais d'agence. Les frais étaient les mêmes pour tous les clients et ils étaient remis à l'agence. L'argent était ensuite déposé dans un compte bancaire que tenait Corrine Reynolds au nom de CLR Holdings. Quant à Wilson et Siegel, elles gardaient en propre tout ce qu'elles recevaient en échange de leurs services sexuels. Corrine Reynolds sortait elle aussi avec les clients aux mêmes conditions que Wilson et Siegel. Ces dernières avaient des relations sexuelles, sous une forme ou une autre, avec 85 à 90 pour 100 des clients qu'elles rencontraient. Il est sans conteste que tant Reynolds que Downey étaient au courant de cette activité sexuelle. Ils connaissaient même les préférences sexuelles particulières de bon nombre de clients de l'agence.

À l'époque où Wilson et Siegel travaillaient à l'agence, Downey recevait les appels, établissait les reçus et s'occupait des affaires bancaires. Pendant cette période, il n'a pas eu d'autre emploi. Une fois, en l'absence de Reynolds, il a dirigé l'agence pendant un mois. C'est à ce moment qu'il a «suspendu» ou congédié Siegel.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire de souteneurs manipulant des jeunes filles. Wilson et Siegel étaient des femmes mûres. Étrangement, elles ne se considéraient pas comme des prostituées même si elles étaient rétribuées pour leurs activités sexuelles avec les clients de l'agence.

Au cours du procès, il y a eu présentation d'une requête visant à faire déclarer inopérant le par. 195(2) du *Code criminel* sur le fondement de l'al. 11(d) de la *Charte*. La requête a été rejetée, le juge président l'audience ayant conclu à la constitutionnalité de la disposition.

Courts Below(a) *The Court of Queen's Bench*

The trial judge found that s. 195(2) was not a true reverse onus provision. Rather he found it created an evidential presumption or inference which could be rebutted by raising a reasonable doubt as to its validity. He expressed the opinion that requiring an accused to raise a reasonable doubt as to guilt did not require the accused to give evidence. He noted that the required fact in the presumption (living with or habitually in the company of a prostitute) might not be proven by the Crown. In any event the accused could introduce a reasonable doubt through the cross-examination of Crown witnesses.

(b) *The Court of Appeal* (1990), 105 A.R. 351

The Court of Appeal dismissed the appeal from the bench without hearing from the respondent. Kerans J.A. expressed the view that the impugned section should be understood as merely directing the jury that the fact of living with prostitutes and consorting with them was to be considered in deciding the question of guilt or innocence. A jury which had any doubt as to the appropriateness of the inference would give effect to that doubt.

Does Section 195(2) Infringe Section 11(d) of the Charter?*Pre-Charter Classification of Presumptions*

At the outset it may be helpful to review briefly some pre-*Charter* considerations of statutory presumptions.

In *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, this Court considered a presumption which required the accused to establish a state of affairs. There the presumption provided:

[W]here it is proved that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle, he shall be deemed to have had the care or control of the

Les instances inférieuresa) *La Cour du Banc de la Reine*

Le juge du procès a conclu que le par. 195(2) n'était pas vraiment une disposition portant inversion de la charge de la preuve. À son avis, ce paragraphe créait plutôt une présomption ou inférence susceptible d'être réfutée par une preuve soulevant un doute raisonnable quant à sa validité. Selon lui, obliger l'accusé à soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité n'équivalait pas à une obligation de témoigner. Il a souligné que le fait dont la présomption présupposait l'existence (celui de vivre ou de se trouver habituellement en compagnie d'un prostitué) pouvait par ailleurs ne pas être établi par la poursuite. Quoi qu'il en soit, l'accusé pouvait soulever un doute raisonnable au moment du contre-interrogatoire des témoins à charge.

b) *La Cour d'appel* (1990), 105 A.R. 351

La Cour d'appel a rejeté l'appel à l'audience sans même entendre l'intimé. Le juge Kerans a exprimé l'avis qu'il fallait interpréter la disposition attaquée simplement comme une directive au jury de prendre en considération le fait de vivre avec des prostitués et de les fréquenter pour décider de l'innocence ou de la culpabilité. Le jury qui aurait un doute quant au bien-fondé de la présomption agirait en conséquence.

Le paragraphe 195(2) porte-t-il atteinte à l'al. 11d) de la Charte?*Classification des présomptions avant la Charte*

Il serait utile de passer d'abord brièvement en revue quelques arrêts antérieurs à la *Charte* où des présomptions légales étaient en cause.

Dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, notre Cour a examiné une présomption obligeant l'accusé à établir la preuve d'un état de fait. Voici en quoi consistait cette présomption:

[L]orsqu'il est prouvé que le prévenu occupait la place ordinairement occupée par le conducteur d'un véhicule à moteur, il est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du

vehicle unless he establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion;

It was held that the word “establishes” required the accused to prove on a balance of probabilities that he did not enter the vehicle for the purpose of setting it in motion. The presumed fact must be disproved on the balance of probabilities rather than by the mere raising of a reasonable doubt.

In *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, the accused was charged with breaking and entering with intent to commit an indictable offence. Section 306(2)(a) (now s. 348(2)(a)) of the *Criminal Code* provided that the intent to commit an indictable offence was to be presumed when, in the absence of any evidence to the contrary, proof was adduced of having broke and entered. Under this section, the trier of fact is required to draw the conclusion from proof of the basic fact in the absence of evidence to the contrary. This mandatory conclusion results in an evidential burden whereby the accused will need to call evidence unless there is already evidence to the contrary in the Crown’s case. Pigeon J. for the majority concluded that evidence which is disbelieved by the trier of fact is not “evidence to the contrary” for the purposes of discharging the evidential burden. At pages 549 and 551 he wrote:

The accused does not have to “establish” a defence or an excuse, all he has to do is to raise a reasonable doubt. If there is nothing in the evidence adduced by the Crown from which a reasonable doubt can arise, then the accused will necessarily have the burden of adducing evidence if he is to escape conviction. However, he will not have the burden of proving his innocence, it will be sufficient if, at the conclusion of the case on both sides, the trier of fact has a reasonable doubt.

If the *prima facie* case is made up by the proof of facts from which guilt may be inferred by presumption of fact, the law is clear on the authorities that, because the case in the end must be proved beyond a reasonable doubt, it is not necessary for the accused to establish his innocence, but only to raise a reasonable doubt. This he

véhicule, à moins qu’il n’établisse qu’il n’était pas entré ou qu’il n’était pas monté dans le véhicule afin de le mettre en marche;

Il a été décidé que le mot «établit» obligeait l’accusé à prouver par la prépondérance des probabilités qu’il n’était pas entré dans le véhicule afin de le mettre en marche. Le fait présumé devait être réfuté par une preuve établie selon la prépondérance des probabilités et non simplement par une preuve soulevant un doute raisonnable.

Dans l’arrêt *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, le prévenu avait été accusé d’introduction par effraction avec l’intention de commettre un acte criminel. En vertu de l’al. 306(2)a) (maintenant l’al. 348(2)a)) du *Code criminel*, l’intention de commettre un acte criminel devait être présumée lorsque, en l’absence de toute preuve contraire, il y avait preuve de l’introduction par effraction. Cette disposition oblige le juge des faits, en l’absence de toute preuve contraire, à tirer la conclusion découlant du fait établi. Le caractère impératif de cette conclusion met ainsi à la charge de l’accusé l’obligation de présenter lui-même une preuve à moins qu’une preuve contraire ne ressorte déjà de la preuve de la poursuite. Exprimant le point de vue de la majorité, le juge Pigeon a conclu que la preuve à laquelle le juge des faits n’attache pas foi ne constitue pas une «preuve contraire» lorsqu’il s’agit de s’acquitter de la charge de présentation. Il a écrit aux pp. 549 et 551:

L’accusé n’a pas à «établir» une défense ou une excuse, il lui suffit de soulever un doute raisonnable. S’il n’y a rien dans la preuve présentée par le ministère public qui puisse soulever un doute raisonnable, il incombe nécessairement à l’accusé de présenter une preuve s’il veut éviter une condamnation. Toutefois, il n’a pas à prouver son innocence, il suffit qu’à la fin du procès, le juge du fond ait un doute raisonnable.

Si la preuve *prima facie* consiste en celle de faits dont on peut déduire par présomption de fait la culpabilité de l’accusé, la jurisprudence est clairement à l’effet que, puisqu’en fin de compte la preuve à charge doit être établie au-delà de tout doute raisonnable, il n’est pas nécessaire que l’accusé démontre son innocence, il lui suffit

may do by giving evidence of an explanation that may reasonably be true, and it will be sufficient unless he is disbelieved by the trier of fact, in which case his testimony is no evidence. In any case, the evidence given by himself or otherwise, has to be such as will at least raise a reasonable doubt as to his guilt; if it does not meet this test the *prima facie* case remains and conviction will ensue.

The passage of the *Charter* led to a review of the intrinsic meaning of the presumption of innocence.

Section 11(d) of the *Charter* provides that:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

In order to determine whether there has been an infringement of s. 11(d) it must be decided whether or not the presumption under attack could lead to the result that an accused person would be found guilty even though a reasonable doubt existed as to that guilt.

The nature of presumptions was first considered post-*Charter* in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. There Dickson C.J. noted that they could be classified in two categories. He expressed his view in this way at pp. 115-16:

Presumptions can be classified into two general categories: presumptions without basic facts and presumptions with basic facts. A presumption without a basic fact is simply a conclusion which is to be drawn until the contrary is proved. A presumption with a basic fact entails a conclusion to be drawn upon proof of the basic fact. . . .

Basic fact presumptions can be further categorized into permissive and mandatory presumptions. A permissive presumption leaves it optional as to whether the inference of the presumed fact is drawn following proof of the basic fact. A mandatory presumption requires that the inference be made.

de soulever un doute raisonnable. Il peut le faire en offrant en preuve une explication qui peut raisonnablement être vraie et cela suffit, à moins que le juge du fond n'y ajoute pas foi, car alors ce témoignage ne constitue pas une preuve. De toute façon, le témoignage de l'accusé ou toute autre preuve doit au moins soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité; sinon, la preuve *prima facie* demeure et la condamnation doit être prononcée.

L'adoption de la *Charte* a conduit à un examen du sens intrinsèque de la présomption d'innocence.

L'alinéa 11d) de la *Charte* dispose:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Afin d'établir s'il y a eu atteinte à l'al. 11d), il faut donc décider si la présomption attaquée peut entraîner la déclaration de culpabilité d'un accusé malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à cette culpabilité.

Le premier arrêt postérieur à la *Charte* où on a examiné la nature des présomptions est l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le juge en chef Dickson y a distingué, aux pp. 115 et 116, deux catégories de présomptions:

Les présomptions peuvent être rangées dans deux catégories générales: les présomptions non fondées sur des faits établis et les présomptions fondées sur des faits établis. Une présomption non fondée sur un fait établi est simplement une conclusion qui doit être tirée tant qu'on n'a pas prouvé le contraire. Une présomption fondée sur un fait établi consiste en une conclusion qui repose sur la preuve de ce fait . . .

Quant aux présomptions fondées sur des faits établis, elles peuvent créer une faculté ou être impératives. Dans le cas d'une présomption créant une faculté, dès lors qu'il y a un fait établi, on est libre d'en déduire ou ne pas en déduire le fait présumé. Si, par contre, il s'agit d'une présomption impérative, cette déduction est obligatoire.

Presumptions may also be either rebuttable or irrebuttable. If a presumption is rebuttable, there are three potential ways the presumed fact can be rebutted. First, the accused may be required merely to raise a reasonable doubt as to its existence. Secondly, the accused may have an evidentiary burden to adduce sufficient evidence to bring into question the truth of the presumed fact. Thirdly, the accused may have a legal or persuasive burden to prove on a balance of probabilities the non-existence of the presumed fact.

Finally, presumptions are often referred to as either presumptions of law or presumptions of fact. The latter entail "frequently recurring examples of circumstantial evidence" . . . while the former involve actual legal rules. [Emphasis in original.]

A very useful analysis of presumptions that can be utilized in this case can be found in the writing of T. A. Cromwell in "Proving Guilt: The Presumption of Innocence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in W. H. Charles, T. A. Cromwell and K. B. Jobson, eds., *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms* (1989), 125, at pp. 130ff. (which in turn is based on the analysis favoured by Professor Cross in *Evidence* (5th ed. 1979), at pp. 122ff., approved in *Oakes*). The presumptions can be summarized in this way:

(1) Presumptions which operate without the requirement of proof of any basic facts.

(2) Presumptions which require proof of a basic fact.

(a) *Permissive Inferences*: Where the trier of fact is entitled to infer a presumed fact from the proof of the basic fact, but is not obliged to do so. This results in a tactical burden whereby the accused may wish to call evidence in rebuttal, but is not required to do so.

(b) *Evidential Burdens*: Where the trier of fact is required to draw the conclusion from proof of the basic fact in the absence of evidence to the contrary. This mandatory conclusion results in an evidential burden whereby the accused will need to call evidence, unless there is already evidence to the contrary in the Crown's case.

Une présomption peut aussi être réfutable ou irréfutable. Si elle est réfutable, il y a trois moyens possibles de combattre le fait présumé. Premièrement, l'accusé pourra avoir simplement à susciter un doute raisonnable quant à l'existence de ce fait. Deuxièmement, il pourra avoir la charge de produire une preuve suffisante pour mettre en doute l'exactitude du fait présumé. Troisièmement, il pourra avoir à s'acquitter d'une charge ultime ou d'une charge de persuasion qui l'oblige à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence du fait présumé.

Enfin, les présomptions sont souvent décrites comme étant soit des présomptions de droit, soit des présomptions de fait. Ces dernières comportent des [TRADUCTION] «exemples fréquents de preuve indirecte» [. . .], alors que les premières comportent des règles de droit expresses. [Souligné dans l'original.]

On trouvera une analyse fort utile des présomptions dans l'article de T. A. Cromwell, «Proving Guilt: The Presumption of Innocence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans W. H. Charles, T. A. Cromwell et K. B. Jobson, dir., *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms* (1989), 125, aux pp. 130 et suiv. (inspiré de l'analyse que le professeur Cross préconise dans son ouvrage *Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 1979), aux pp. 122 et suiv. et à laquelle il est souscrit dans l'arrêt *Oakes*). On peut résumer ainsi les différentes présomptions:

(1) Les présomptions s'appliquant sans que soit exigée la preuve d'un fait.

(2) Les présomptions devant être fondées sur un fait établi.

a) Comportant une faculté: le juge des faits peut déduire un fait présumé de la preuve d'un fait établi, mais sans y être obligé. La charge qu'assume alors l'accusé est d'ordre tactique: il peut choisir de présenter une contre-preuve mais n'est pas tenu de le faire.

b) Imposant une charge de présentation: cas où le juge des faits est tenu, en l'absence de toute preuve contraire, de tirer une conclusion reposant sur le fait établi. Il incombe alors à l'accusé de présenter lui-même une preuve à moins qu'une preuve contraire ne ressorte déjà de la preuve de la poursuite.



(c) Legal Burdens: Similar to the burden in (b) except that the presumed fact must be disproved on a balance of probabilities instead of by the mere raising of evidence to the contrary. These are also referred to as "reverse onus clauses". <sup>a</sup>

The nature of the right to be presumed innocent set out in s. 11(d) of the *Charter* was first considered in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350. There Lamer J. (as he then was) was concerned with the nature of the right in connection with s. 13 which provides protection against self-incrimination. In that case he stated (at p. 357):

Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or by calling other evidence. <sup>d</sup>

Thus there is implicit in the right to be presumed innocent an obligation on the Crown to make out a case for the accused to meet before a response can be called for from the accused. <sup>e</sup>

In *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592, this Court once again considered the presumption that had come before it in *Proudlock*, *supra*. Eventually the case turned upon whether an acquittal in the face of such a presumption constituted a question of law or a fact. Nonetheless the decision is helpful in its qualification of the presumption. It was held at p. 610 that:

But when the burden has been shifted (as is the case for proof of intent when a person is found in a place which he or she has broken into), it can be said, absent any evidence to the contrary, that there is no evidence upon which a reasonable doubt could exist as regards the intent of the accused, and an appeal against the ensuing acquittal raises a question of law alone. <sup>i</sup>

In other words the presumption required the trier of fact to convict in the absence of any evidence to

c) Imposant une charge de persuasion: semblables à la charge de l'alinéa b), sauf que le fait présumé doit être réfuté par une preuve faite selon la prépondérance des probabilités et non simplement par la présentation d'une preuve contraire. On les appelle aussi «dispositions portant inversion de la charge de la preuve».

C'est dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, qu'a pour la première fois été examinée la nature du droit à la présomption d'innocence garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. Dans cette affaire, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), traitait de la nature de ce droit eu égard à l'art. 13 qui garantit le droit à la protection contre l'auto-incrimination. Il dit, à la p. 357:

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins.

Le droit d'être présumé innocent comporte donc pour la poursuite l'obligation implicite de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci ne puisse être appelé à lui donner la réplique.

Notre Cour a examiné une nouvelle fois, dans l'arrêt *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592, la présomption qu'elle avait analysée dans l'arrêt *Proudlock*, précité. L'issue de cette affaire dépendait en définitive de la question de savoir si, compte tenu de cette présomption, l'acquiescement constituait une question de droit ou de fait. La décision est néanmoins utile en ce qui concerne la façon de qualifier la présomption. Il y est dit, à la p. 610:

Mais lorsqu'il y a eu transfert du fardeau de la preuve (comme pour la preuve de l'intention lorsqu'une personne est trouvée dans un endroit où elle s'est introduite par effraction), on peut dire qu'en l'absence d'éléments de preuve contraire, il n'y a aucune preuve pouvant justifier un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé et un appel de son acquiescement soulève alors une question de droit seulement.

En d'autres termes, la présomption imposait au juge des faits l'obligation de condamner l'accusé

the contrary. This presumption would come within category 2(b).

In *R. v. Oakes*, *supra*, the Court considered s. 8 of the *Narcotic Control Act* which provided that if the Crown was able to prove beyond a reasonable doubt that the accused had been in possession of a narcotic, then the accused was to be “given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking”. The section in effect required the accused to establish on a balance of probabilities that he did not have possession of the narcotics for purposes of trafficking. It was held that s. 11(d) required that an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt; that the State must bear the burden of proving this; and proof of guilt must be accomplished “according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal”.

Dickson C.J. applying this basic principle to the reverse onus provision contained in s. 8 of the *Narcotic Control Act* concluded at pp. 132-33 that:

In general one must, I think, conclude that a provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d). If an accused bears the burden of disproving on a balance of probabilities an essential element of an offence, it would be possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. This would arise if the accused adduced sufficient evidence to raise a reasonable doubt as to his or her innocence but did not convince the jury on a balance of probabilities that the presumed fact was untrue.

The Chief Justice went on to note that even though a rational connection might exist between the established fact and the presumed fact this may not be sufficient to render the presumption constitutional. On page 134 he stated:

A basic fact may rationally tend to prove a presumed fact, but not prove its existence beyond a reasonable doubt. An accused person could thereby be convicted

en l'absence d'une preuve contraire. Il s'agirait donc d'une présomption de la catégorie 2b).

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, la Cour a examiné l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* portant que si la poursuite pouvait démontrer hors de tout doute raisonnable que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, il fallait alors fournir à l'accusé «une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic». Cette disposition imposait en fait à l'accusé l'obligation d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'était pas en possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic. Il a été décidé qu'en vertu de l'al. 11d), la culpabilité doit être établie hors de tout doute raisonnable, que la charge d'établir cette preuve incombe à l'État et que la preuve de la culpabilité doit être établie «conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable».

Appliquant ce principe fondamental à la disposition portant inversion de la charge de la preuve contenue à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge en chef Dickson a conclu aux pp. 132 et 133:

Je crois que, d'une manière générale, on doit conclure qu'une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d). S'il incombe à l'accusé de réfuter selon la prépondérance des probabilités un élément essentiel d'une infraction, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Cela se présenterait si l'accusé produisait une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, mais ne parvenait pas à convaincre le jury selon la prépondérance des probabilités que le fait présumé est inexact.

Bien qu'un lien rationnel puisse exister entre le fait établi et le fait présumé, cela peut ne pas être suffisant pour rendre la présomption constitutionnelle, a ajouté le Juge en chef, à la p. 134:

Un fait établi peut rationnellement tendre à prouver un fait présumé, sans pour autant en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable. Un accusé pourrait donc

despite the presence of a reasonable doubt. This would violate the presumption of innocence.

Contrary to the decision of the Ontario Court of Appeal, Dickson C.J. stressed that the rational connection between the proven and the presumed fact is better taken into account when analyzing the effect of s. 1 of the *Charter* on the impugned legislation, rather than in the process of determining whether s. 11(d) had been violated.

The principles set forth in *Oakes* were applied in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, where s. 213(d) of the *Criminal Code* was questioned. The section provided that the offence of murder was committed if the accused used a weapon or had it on his person at the time he commits or attempts to commit an offence or during flight after committing or attempting to commit the offence. Thus a conviction of murder was possible although the accused had neither an objective nor subjective intent to kill the victim. Lamer J. speaking for the majority of the Court concluded that the Crown was required to prove all elements of the offence together with those required to satisfy s. 7 of the *Charter*. He found that any provision which created an offence which allowed for the conviction of an accused notwithstanding the existence of a reasonable doubt on any essential element infringed s. 7 and s. 11(d). He wrote at pp. 654-55:

These essential elements include not only those set out by the legislature in the provision creating the offence but also those required by s. 7 of the *Charter*. Any provision creating an offence which allows for the conviction of an accused notwithstanding the existence of a reasonable doubt on any essential element infringes ss. 7 and 11(d).

Clearly, this will occur where the provision requires the accused to disprove on a balance of probabilities an essential element of the offence by requiring that he raise more than just a reasonable doubt. It is for this reason that this Court struck down the reverse onus provision in s. 8 of the *Narcotic Control Act* . . .

être reconnu coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable, ce qui irait à l'encontre de la présomption d'innocence.

Contrairement à la Cour d'appel de l'Ontario, le juge en chef Dickson a souligné que c'est au moment d'analyser l'effet de l'article premier de la *Charte* sur la mesure législative attaquée qu'il convient d'invoquer le lien rationnel entre le fait prouvé et le fait présumé, plutôt qu'au moment de décider s'il y a eu violation de l'al. 11d).

Les principes énoncés dans l'arrêt *Oakes* ont été appliqués dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, où l'al. 213d) du *Code criminel* était en cause. Cette disposition portait que l'infraction de meurtre avait été commise si l'accusé avait employé une arme ou l'avait sur sa personne pendant qu'il commettait ou tentait de commettre une infraction ou au cours de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction. Une condamnation pour meurtre était donc possible même si l'accusé n'avait ni objectivement ni subjectivement l'intention de tuer la victime. Au nom de la majorité de la Cour, le juge Lamer a conclu que la poursuite était tenue de prouver tous les éléments de l'infraction ainsi que tous ceux requis pour satisfaire aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*. Il a estimé que toute disposition créatrice d'infraction qui permet de déclarer un accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d). Il a écrit aux pp. 654 et 655:

Ces éléments essentiels comprennent non seulement ceux énoncés par le législateur dans la disposition qui crée l'infraction, mais également ceux requis par l'art. 7 de la *Charte*. Toute disposition créant une infraction qui permet de déclarer un accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d).

Manifestement, c'est le cas d'une disposition qui exige que l'accusé démontre, selon la prépondérance des probabilités, l'inexistence d'un élément essentiel de l'infraction en l'obligeant à soulever plus qu'un simple doute raisonnable. C'est pour ce motif que [. . .] la Cour a annulé la disposition portant inversion de la charge de la preuve, contenue à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* . . .

Sections 7 and 11(d) will also be infringed where the statutory definition of the offence does not include an element which is required under s. 7.

He then cited the words of Dickson C.J. in *Oakes*, *supra*, set out earlier and continued:

It is clear from this passage that what offends the presumption of innocence is the fact that an accused may be convicted despite the existence of a reasonable doubt on an essential element of the offence, and I do not think that it matters whether this results from the existence of a reverse onus provision or from the elimination of the need to prove an essential element.

Finally, the legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. In my view, this will be constitutionally valid only if upon proof beyond a reasonable doubt of the substituted element it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element. If the trier of fact may have a reasonable doubt as to the essential element notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of the substituted element, then the substitution infringes ss. 7 and 11(d).

In *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, the accused was charged with having the care and control of a motor vehicle while impaired. The accused was found in the driver's seat of an automobile, slumped over the steering wheel. The keys were in the ignition but the engine was not running. The Crown relied on the same presumption considered in *Appleby*, *supra*, which placed the burden on an accused found in the driver's seat of establishing the absence of an intention to enter the vehicle for the purpose of setting it in motion. The presumption was challenged and it was found that it did in fact infringe s. 11(d). It was held that the word "establishes" required proof on a balance of probabilities. The Crown argued that the section only required proof of an excuse rather than a disproof of any essential element of the offence. That

Il y a aussi atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) lorsque la définition légale de l'infraction n'inclut pas un élément requis en vertu de l'art. 7.

Après avoir repris le passage, cité précédemment, du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, il a poursuivi ainsi:

Il ressort clairement de ce passage que ce qui contrevient à la présomption d'innocence, c'est le fait qu'un accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction, et je ne crois pas qu'il importe que cela résulte de l'existence d'une disposition portant inversion de la charge de la preuve ou de l'élimination de la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel.

Enfin, au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. À mon sens, cela ne sera constitutionnel que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Si le juge des faits peut avoir un doute raisonnable quant à l'élément essentiel malgré la preuve hors de tout doute raisonnable qui a été faite de l'existence de l'élément substitué, alors la substitution contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d).

Dans l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, l'accusé a été inculpé d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur à un moment où ses facultés étaient affaiblies. On l'avait trouvé dans une voiture assis à la place du conducteur, affaissé sur le volant. La clé était dans le contact mais le moteur ne tournait pas. La poursuite s'est fondée sur la même présomption que celle qui était en cause dans l'arrêt *Appleby*, précité, laquelle imposait à l'accusé trouvé à la place du conducteur la charge d'établir l'absence d'intention de monter dans le véhicule afin de le mettre en marche. La présomption a été contestée et on a conclu qu'elle portait de fait atteinte à l'al. 11d). Il a été jugé que le verbe «établir» exigeait une preuve selon la prépondérance des probabilités. La poursuite soutenait que la disposition exigeait simplement que l'accusé fasse la preuve d'une excuse et non qu'il réfute un élément essentiel de l'infraction. L'argu-

argument was not accepted. Dickson C.J. for the Court stated at p. 18:

The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

He then continued:

If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

In the passage from *Vaillancourt* quoted earlier, Lamer J. recognized that in some cases substituting proof of one element for proof of an essential element will not infringe the presumption of innocence if, upon proof of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond a reasonable doubt of the existence of the essential element. This is another way of saying that a statutory presumption infringes the presumption of innocence if it requires the trier of fact to convict in spite of a reasonable doubt. Only if the existence of the substituted fact leads inexorably to the conclusion that the essential element exists, with no other reasonable possibilities, will the statutory presumption be constitutionally valid.

It was held that the presumption in that section did not have that required "inexorable" character and thus failed the test proposed in *Oakes* and *Vaillancourt*.

In *R. v. Kowlyk*, [1988] 2 S.C.R. 59, the validity of a conviction based solely on the doctrine of recent possession was questioned. McIntyre J. held that the provision created no more than a permissive presumption from which the trier of fact may, but not must, draw an inference of guilt of theft

ment n'a pas été retenu. Au nom de la Cour, le juge en chef Dickson s'est exprimé comme suit, à la p. 18:

*a* La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

*b* Puis il a ajouté:

*c* Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

*d*

Dans le passage de l'arrêt *Vaillancourt* cité précédemment, le juge Lamer reconnaît que, dans certains cas, substituer la preuve d'un élément à la preuve d'un élément essentiel ne portera pas atteinte à la présomption d'innocence si, après qu'on a prouvé l'existence de l'élément substitué, il était déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Il s'agit d'une autre façon de dire que la présomption légale porte atteinte à la présomption d'innocence si elle oblige le juge des faits à prononcer une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable. La présomption légale ne sera constitutionnelle que si l'existence du fait substitué entraîne inexorablement la conclusion que l'élément essentiel existe, sans aucune autre possibilité raisonnable.

*e*  
*f*  
*g* On a conclu que la présomption contenue dans cette disposition n'avait pas le caractère «inexorable» requis et ne satisfaisait donc pas aux critères énoncés dans les arrêts *Oakes* et *Vaillancourt*.

*i*  
*j* Dans l'arrêt *R. c. Kowlyk*, [1988] 2 R.C.S. 59, la contestation portait sur la validité d'une déclaration de culpabilité uniquement fondée sur la théorie de la possession de biens récemment volés. Le juge McIntyre a estimé que la disposition créait tout au plus une présomption comportant une faculté en vertu de laquelle le juge des faits peut, mais sans y être obligé, conclure à la culpabilité de vol du fait qu'une personne est en possession de

from the possession of recently stolen property. He put his position in this way at pp. 71-72:

... where an explanation is offered for such possession which could reasonably be true, no inference of guilt on the basis of recent possession alone may be drawn, even where the trier of fact is not satisfied of the truth of the explanation. The burden of proof of guilt remains upon the Crown, and to obtain a conviction in the face of such an explanation it must establish by other evidence the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, the presumption of innocence was again considered. The appellant was charged under a section which provided for relief from conviction if it could be established "that the statements communicated were true". Once again the section was challenged as contravening s. 11(d). Dickson C.J. confirmed that the presumption of innocence is infringed whenever the accused is liable to be convicted despite the existence of a reasonable doubt. He reviewed the reasons in *Whyte*, *supra*, and then put forward his position in these words (at p. 790):

As is evident from the above quotation, the categorization of a factual finding as forming an element "essential" to the offence is of no consequence when determining whether s. 11(d) has been breached.

Applying the approach taken in *Whyte* to this appeal, it is obvious that s. 319(3)(a) runs afoul of the presumption of innocence. Contrary to the arguments of those who would find s. 319(3)(a) compatible with s. 11(d), it matters not that the defence of truth may be intended to play a minor role in providing relief from conviction. What is of essence is not the "essential nature" of the crime, but that the trier of fact will have to convict even where there is a reasonable doubt as to the truth of an accused's statements.

Perhaps it may be helpful to summarize the principles to be derived from the authorities.

biens récemment volés. Il s'est exprimé comme suit aux pp. 71 et 72:

... lorsqu'on fournit une explication de cette possession qui pourrait raisonnablement être vraie, le juge des faits ne peut tirer aucune déduction de culpabilité sur le fondement de la seule possession de biens récemment volés, même s'il n'est pas convaincu de la véracité de l'explication. Le fardeau de la preuve de la culpabilité incombe au ministère public qui, pour obtenir une déclaration de culpabilité face à une telle explication doit démontrer par une autre preuve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

La question de la présomption d'innocence a de nouveau été abordée dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. L'appelant a été accusé en vertu d'une disposition qui prévoyait une protection contre la déclaration de culpabilité s'il était établi «que les déclarations communiquées étaient vraies». Là encore, on a allégué la violation de l'al. 11d). Le juge en chef Dickson a confirmé qu'il y a atteinte à la présomption d'innocence chaque fois que l'accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable. Après avoir passé en revue les motifs de l'arrêt *Whyte*, précité, il a formulé ainsi sa position, à la p. 790:

Comme l'indique clairement ce passage, il est sans conséquence qu'une conclusion de fait soit qualifiée d'élément «essentiel» de l'infraction quand il s'agit de déterminer s'il y a violation de l'al. 11d).

Quand on applique au présent pourvoi l'approche adoptée dans l'arrêt *Whyte*, il est évident que l'al. 319(3)a) va à l'encontre de la présomption d'innocence. Contrairement à ce que font valoir ceux qui concluraient à la compatibilité de l'al. 319(3)a) et de l'al. 11d), il est sans importance que le moyen de défense de véracité soit destiné à ne jouer qu'un rôle mineur dans la protection contre les déclarations de culpabilité. L'important n'est pas la «nature essentielle» du crime, mais que le juge des faits ait à rendre un verdict de culpabilité même lorsqu'il subsiste un doute raisonnable relativement à la véracité des déclarations de l'accusé.

Il peut être utile de résumer les principes dégagés de la jurisprudence.

I - The presumption of innocence is infringed whenever the accused is liable to be convicted despite the existence of a reasonable doubt.

II - If by the provisions of a statutory presumption, an accused is required to establish, that is to say to prove or disprove, on a balance of probabilities either an element of an offence or an excuse, then it contravenes s. 11(d). Such a provision would permit a conviction in spite of a reasonable doubt.

III - Even if a rational connection exists between the established fact and the fact to be presumed, this would be insufficient to make valid a presumption requiring the accused to disprove an element of the offence.

IV - Legislation which substitutes proof of one element for proof of an essential element will not infringe the presumption of innocence if as a result of the proof of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond a reasonable doubt of the existence of the other element. To put it another way, the statutory presumption will be valid if the proof of the substituted fact leads inexorably to the proof of the other. However, the statutory presumption will infringe s. 11(d) if it requires the trier of fact to convict in spite of a reasonable doubt.

V - A permissive assumption from which a trier of fact may but not must draw an inference of guilt will not infringe s. 11(d).

VI - A provision that might have been intended to play a minor role in providing relief from conviction will nonetheless contravene the *Charter* if the provision (such as the truth of a statement) must be established by the accused (see *Keegstra, supra*).

VII - It must of course be remembered that statutory presumptions which infringe s. 11(d) may still be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*. (As for example in *Keegstra, supra*.)

I - Il y a atteinte à la présomption d'innocence chaque fois que l'accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable.

II - Si les dispositions d'une présomption légale obligent l'accusé à établir, c'est-à-dire à prouver, selon la prépondérance des probabilités, l'existence ou l'absence d'un élément de l'infraction ou d'une excuse, cette présomption contrevient alors à l'al. 11d) car elle permettrait une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable.

III - Même s'il existait un lien rationnel entre le fait établi et le fait devant être présumé, cela ne suffirait pas à rendre valide une présomption obligeant l'accusé à établir l'absence d'un élément de l'infraction.

IV - Le texte législatif qui substitue la preuve d'un élément à la preuve d'un élément essentiel ne portera pas atteinte à la présomption d'innocence si, par suite de la preuve de l'élément substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'autre élément. En d'autres termes, la présomption légale sera valide si la preuve du fait substitué entraîne inexorablement la preuve de l'autre élément. Cependant, la présomption légale portera atteinte à l'al. 11d) si elle oblige le juge des faits à prononcer une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable.

V - Une présomption créant, pour le juge des faits, la faculté et non l'obligation de conclure à la culpabilité ne portera pas atteinte à l'al. 11d).

VI - Une disposition qui était peut-être destinée à ne jouer qu'un rôle mineur dans la protection contre la déclaration de culpabilité contreviendra néanmoins à la *Charte* si la preuve (telle la véracité d'une déclaration) doit en être établie par l'accusé (voir l'arrêt *Keegstra*, précité).

VII - Il ne faut naturellement pas oublier que les présomptions légales qui portent atteinte à l'al. 11d) peuvent encore être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. (Comme, par exemple, dans l'arrêt *Keegstra*, précité.)

It is now necessary to apply these principles to the presumption set out in s. 195(2) to determine whether it contravenes s. 11(d) of the *Charter*.

*Application of the Principles Pertaining to Section 11(d) to the "Living on Avails" Provision*

The presumption contained in s. 195 infringes s. 11(d) of the *Charter* since it can result in the conviction of an accused despite the existence of a reasonable doubt. For example consider the situation of a spouse or companion of a prostitute, who is working, self-supporting and not dependent or relying upon the income garnered by the spouse or companion from prostitution. There is nothing parasitical about such a relationship. Neither being a prostitute nor being a spouse of a prostitute constitutes a crime. Yet as a result of the presumption, the spouse could be found guilty despite the existence of a reasonable doubt. The fact that someone lives with a prostitute does not lead inexorably to the conclusion that the person is living on avails. The presumption therefore infringes s. 11(d).

Can the Presumption Be Justified Pursuant to Section 1 of the *Charter*?

*The Nature of the Offence*

Section 195(1) (now s. 212(1)) of the *Criminal Code* provides as follows:

195.(1) Every one who

(a) procures, attempts to procure or solicits a person to have illicit sexual intercourse with another person, whether in or out of Canada,

(b) inveigles or entices a person who is not a prostitute or a person of known immoral character to a common bawdy-house or house of assignation for the purpose of illicit sexual intercourse or prostitution,

(c) knowingly conceals a person in a common bawdy-house or house of assignation,

(d) procures or attempts to procure a person to become, whether in or out of Canada, a prostitute,

Il faut maintenant appliquer ces principes à la présomption énoncée au par. 195(2) pour décider si elle contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*.

*Application des principes relatifs à l'al. 11d) à la présomption de «vivre des produits de la prostitution»*

La présomption contenue à l'art. 195 porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte* puisqu'elle peut donner lieu à une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable. Prenons le cas, par exemple, de la personne conjointe ou compagne d'un prostitué ou d'une prostituée, qui a un emploi, est autonome et ne dépend pas du revenu que son ou sa partenaire tire de la prostitution. Dans une telle relation, il n'y a pas de parasitisme. Et ni le fait d'être prostitué ni celui d'être le conjoint d'une personne prostituée ne constituent en soi un crime. Pourtant, à cause de cette présomption, le conjoint pourrait être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable, car le fait de vivre avec une personne prostituée ne signifie pas inexorablement que l'on vit des produits de la prostitution. La présomption porte donc atteinte à l'al. 11d).

La présomption peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*?

*La nature de l'infraction*

Le paragraphe 195(1) (maintenant le par. 212(1)) du *Code criminel* dispose:

195.(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque

a) induit, tente d'induire ou sollicite une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, soit au Canada, soit hors du Canada;

b) attire ou entraîne une personne qui n'est pas prostituée ou une personne reconnue de mauvaises mœurs vers une maison de débauche ou une maison de rendez-vous aux fins de rapports sexuels illicites ou de prostitution;

c) sciemment cache une personne dans une maison de débauche ou une maison de rendez-vous;

d) induit ou tente d'induire une personne à se prostituer, soit au Canada, soit hors du Canada;



(e) procures or attempts to procure a person to leave the usual place of abode of that person in Canada, if that place is not a common bawdy-house, with intent that the person may become an inmate or frequenter of a common bawdy-house, whether in or out of Canada, <sup>a</sup>

(f) on the arrival of a person in Canada, directs or causes that person to be directed or takes or causes that person to be taken, to a common bawdy-house or house of assignation, <sup>b</sup>

(g) procures a person to enter or leave Canada, for the purpose of prostitution,

(h) for the purposes of gain, exercises control, direction or influence over the movements of a person in such manner as to show that he is aiding, abetting or compelling that person to engage in or carry on prostitution with any person or generally, <sup>c</sup>

(i) applies or administers to a person or causes that person to take any drug, intoxicating liquor, matter or thing with intent to stupefy or overpower that person in order thereby to enable any person to have illicit sexual intercourse with that person, or <sup>d</sup>

(j) lives wholly or in part on the avails of prostitution of another person, <sup>e</sup>

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

This section had its roots in the old offence of vagrancy which was in force in the *Criminal Code* from 1892 (S.C. 1892, c. 29, s. 207) until the revision of the *Code* in 1953-54 (S.C. 1953-54, c. 51). Vagrancy was defined as follows:

Every one is a loose, idle or disorderly person or vagrant who,

having no peaceable profession or calling to maintain himself by, for the most part supports himself by gaming or crime, or by the avails of prostitution.

The *Code* made that conduct an offence in the following terms:

Every loose, idle or disorderly person or vagrant is liable, on summary conviction, to a fine not exceeding fifty dollars or to imprisonment, with or without hard

e) induit ou tente d'induire une personne à abandonner son lieu ordinaire de résidence au Canada, lorsque ce lieu n'est pas une maison de débauche, avec l'intention de lui faire habiter une maison de débauche, au Canada ou hors du Canada;

f) à l'arrivée d'une personne au Canada, la dirige ou la fait diriger vers une maison de débauche ou une maison de rendez-vous, ou l'y amène ou l'y fait conduire;

g) induit une personne à venir au Canada ou à quitter le Canada pour se livrer à la prostitution;

h) aux fins de lucre, exerce un contrôle, une direction ou une influence sur les mouvements d'une personne de façon à démontrer qu'il l'aide, l'encourage ou la force à s'adonner ou à se livrer à la prostitution avec quelque personne en particulier ou d'une manière générale;

i) applique ou administre, ou fait prendre, à une personne, quelque drogue, liqueur enivrante, matière ou chose, avec l'intention de la stupéfier ou de la subjuguier de manière à permettre à quelqu'un d'avoir avec elle des rapports sexuels illicites; ou

j) vit entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne.

<sup>f</sup> Cette disposition tire son origine de l'ancienne infraction de vagabondage qui avait force de loi dans le *Code criminel* de 1892 (S.C. 1892, ch. 29, art. 207) jusqu'à la révision du *Code* en 1953-54 (S.C. 1953-54, ch. 51). Le vagabondage était ainsi défini:

<sup>g</sup> Est réputé vagabond, libertin, désœuvré ou débauché, quiconque,

<sup>h</sup> N'exerce pas de profession ou de métier honnête propre à le soutenir, mais cherche surtout des moyens d'existence dans les jeux de hasard, le crime ou les fruits de la prostitution.

<sup>i</sup> La disposition constitutive de l'infraction était ainsi conçue:

<sup>j</sup> Tout vagabond, libertin, désœuvré ou débauché est, après déclaration sommaire de culpabilité, passible d'une amende d'au plus cinquante dollars, ou d'un

labour, for any term not exceeding six months, or to both: . . . .

In the 1953-54 revision of the *Code*, prostitution offences were consolidated in the Procuring section, then s. 184. Vagrancy and disorderly conduct appeared separately and without any reference to prostitution. Moreover, the language of the Procuring section in the English version was modified from living on the "earnings" to living on the "avails" of prostitution, the latter being the terminology of the original vagrancy provision. It is that provision which now appears as s. 212(1)(j).

The old s. 216(1)(i) (R.S.C. 1927, c. 36), which dealt with exercising control or influence remained practically unchanged in s. 184(1)(h) of the 1953-54 *Code* and today appears as s. 212(1)(h).

It can be seen that the majority of offences outlined in s. 195 are aimed at the procurer who entices, encourages or importunes a person to engage in prostitution. Section 195(1)(j) is specifically aimed at those who have an economic stake in the earnings of a prostitute. It has been held correctly I believe that the target of s. 195(1)(j) is the person who lives parasitically off a prostitute's earnings. That person is commonly and aptly termed a pimp. See *R. v. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53 (Ont. C.A.); *R. v. Celebrity Enterprises Ltd.* (1977), 41 C.C.C. (2d) 540 (B.C.C.A.); and *Shaw v. Director of Public Prosecutions* (1961), 45 Cr. App. R. 113 (H.L.).

A reading of the reports such as those of the Fraser Committee (*Pornography and Prostitution in Canada* (1985)) and the Badgley Committee (*Sexual Offences Against Children* (1984)) emphasizes the tragedy and the gravity of the social problem posed by prostitution. As well, they carefully document the cruel, pernicious and exploitative evil of the pimp. In its report to Parliament, the Special Committee on Pornography and Prostitution (the "Fraser Committee") found that most prostitutes in Canada were independent operators.

emprisonnement, avec ou sans travail forcé, de six mois au plus ou des deux peines à la fois.

Dans la révision du *Code* de 1953-54, les infractions relatives à la prostitution ont été regroupées au sein d'un même article visant les entremetteurs, soit l'art. 184. Le vagabondage et la conduite désordonnée y sont traités séparément et sans référence à la prostitution. De plus, dans la version anglaise, le libellé de l'article sur les entremetteurs a été modifié en ce qui concerne le fait de vivre des produits de la prostitution, le terme «*earnings*» ayant été changé pour celui de «*avails*», lequel correspondait à la terminologie de la disposition initiale sur le vagabondage. C'est cette disposition qui constitue maintenant l'al. 212(1)(j).

L'ancien al. 216(1)(i) (S.R.C. 1927, ch. 36), qui visait le fait d'exercer un contrôle ou une influence, est devenu, pratiquement sans modification, l'al. 184(1)(h) du *Code* de 1953-54, et constitue maintenant l'al. 212(1)(h).

On peut constater que la majorité des infractions mentionnées à l'art. 195 visent le proxénète qui entraîne ou encourage une personne à s'adonner à la prostitution ou la harcèle à cette fin. L'alinéa 195(1)(j) vise particulièrement ceux qui ont un intérêt financier dans les revenus d'un prostitué. On estime à juste titre, je crois, que la cible visée par l'al. 195(1)(j) est la personne qui vit en parasite du revenu d'un prostitué, qu'on appelle communément et fort à propos le souteneur. Voir *R. c. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53 (C.A. Ont.); *R. c. Celebrity Enterprises Ltd.* (1977), 41 C.C.C. (2d) 540 (C.A.C.-B.); et *Shaw c. Director of Public Prosecutions* (1961), 45 Cr. App. R. 113 (H.L.).

La tragédie que constitue la prostitution et le grave problème social qu'elle pose ressortent à la lecture de rapports comme ceux du comité Fraser (*La pornographie et la prostitution au Canada* (1985)) et du comité Badgley (*Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984)). On y trouve un tableau fouillé des ravages insidieux du proxénétisme et du fléau de l'exploitation des souteneurs. Dans son rapport au Parlement, le Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution (le «comité Fraser») a constaté que la majo-

However, in some cities, pimps control street prostitution. The activities of pimps were described in this way:

It appears that pimps do not run large “stables” of prostitutes but usually control two to six women within a well-defined territory. Pimps, along with customers, are the major source of violence against prostitutes. Women who would talk about their pimps indicated that physical violence, forced acts of sexual degradation and subtle forms of coercion, were used by the pimps to keep them on the streets. In some ways the relationship is most closely analogous to slavery. Prostitutes have no control over their lives, they are subject to constant exploitation and there are accounts of prostitutes being traded to another pimp to pay off debts or for money.

(Fraser Committee, vol. 2, at p. 379.)

The findings of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths (the “Badgley Committee”) make particularly sad and disturbing reading. There it was stated that:

Many girls who work on the streets believe that a prostitute who gives evidence against a pimp is almost certain to be murdered, if not by her own pimp, then by his fellow pimps. These murders are purported to be extraordinarily brutal and the prostitutes claim that they are accomplished by severe beatings of head and face. Another palpable fear of female prostitutes which suffices to dissuade many of them from giving information about their pimps is that of being ostracized by the other prostitutes in whose company they work. Furthermore, the Committee’s survey indicates that many of the young prostitutes either were “in love” with their pimps, or were psychologically dependent upon them to such an extent that they could not conceive of functioning without them. As a result, many girls adopted a highly protective attitude toward their pimps and were unwilling to divulge information which might have proved damaging to them, or which portrayed them in a negative light.

(Badgley Committee, vol. 2, at pp. 1057-58.)

The reports of these committees echo the result of studies carried out in England. See:

rité des prostituées au Canada travaillaient de façon indépendante. Toutefois, dans certaines villes, ce sont les souteneurs qui contrôlent la prostitution de rue. Leurs activités y sont ainsi décrites:

Les proxénètes ne contrôlent généralement pas un grand nombre de prostituées, d’ordinaire de deux à six dans un territoire bien délimité. Ils représentent, avec les clients, la principale source de violence pour les prostituées. Les femmes qui ont accepté de faire des déclarations au sujet de leur souteneur ont fait état de violences physiques, d’actes sexuels dégradants exécutés sous la menace et de formes subtiles de contrainte par lesquelles les souteneurs les obligeaient à faire le trottoir. D’une certaine manière, ce genre de rapport est proche de l’esclavage. Les prostituées n’ont aucun contrôle sur leur existence, elles sont soumises à une exploitation constante et l’on sait que certaines d’entre elles ont été vendues à d’autres souteneurs pour régler des dettes ou contre argent comptant.

(Comité Fraser, vol. 2, à la p. 409.)

Les conclusions du Comité sur les infractions sexuelles à l’égard des enfants et des jeunes (le «comité Badgley») sont particulièrement troublantes. On y lit:

Beaucoup de filles qui font le trottoir sont persuadées qu’une prostituée qui témoigne contre son souteneur est vouée à une mort presque certaine, soit de sa propre main, soit de celle des autres souteneurs. Ces meurtres, d’une violence inouïe, sont, selon leurs dires, le résultat de terribles volées de coups sur la tête et le visage. Il y a une autre crainte, qui suffit à dissuader beaucoup de prostituées de fournir des renseignements sur leurs souteneurs, celle d’être ensuite exclue par les autres prostituées avec qui elles travaillent. En outre, l’enquête du Comité révèle que beaucoup des jeunes prostituées étaient soit «amoureuses» de leurs souteneurs, soit psychologiquement dépendantes vis-à-vis d’eux, à un tel point que la vie sans eux leur semblait impensable. C’est pourquoi plusieurs filles avaient une attitude très protectrice à l’égard de leurs souteneurs et se sont refusées à donner tout renseignement qui leur aurait fait du tort ou en aurait donné un portrait peu flatteur.

(Comité Badgley, vol. 2, à la p. 1150.)

Les rapports de ces comités font écho aux résultats d’études menées en Angleterre. Voir:

Criminal Law Revision Committee, Working Paper on Offences relating to Prostitution and allied Offences (1982), at pp. 15-18;

Criminal Law Revision Committee, Seventeenth Report, *Prostitution: Off-street activities* (1985), at pp. 5-12.

American research has detailed the threats, exploitation and violent physical abuse suffered by prostitutes at the hands of pimps. See:

M. H. Silbert and A. M. Pines, "Occupational Hazards of Street Prostitutes" (1981), 8 *Crim. Just. & Behavior* 395, at p. 397;

N. Erbe, "Prostitutes: Victims of Men's Exploitation and Abuse" (1984), 2 *Law & Inequality* 609, at p. 613;

D. K. Weisberg, "Children Of The Night: The Adequacy of Statutory Treatment Of Juvenile Prostitution" (1984), 12 *Am. J. Crim. L.* 1.;

B. Milman, "New Rules for the Oldest Profession: Should We Change Our Prostitution Laws?" (1980), 3 *Harv. Women's L.J.* 1, at p. 33.

Strangely, despite the abusive and corrosive relationship that exists between the pimp and prostitute, many prostitutes are strongly attached to their pimps and truly believe that they are in love with them. See:

Fraser Committee, *supra*, at p. 379;

Badgley Committee, *supra*, at pp. 1057-58;

Weisberg, *supra*, at p. 9;

New South Wales, Report of the Select Committee of the Legislative Assembly Upon Prostitution (1986), at pp. 26-48 (the "Rogan Committee").

Whether pimps maintain control by the emotional dependence of prostitutes upon them or by physical violence, prostitutes have exhibited a marked reluctance to testify against their pimps. The Fraser Committee comments on the difficulty of successfully prosecuting pimps in this way:

Criminal Law Revision Committee, Working Paper on Offences relating to Prostitution and allied Offences (1982), aux pp. 15 à 18;

Criminal Law Revision Committee, Seventeenth Report, *Prostitution: Off-street activities* (1985), aux pp. 5 à 12.

Aux États-Unis, des recherches font état des menaces, de l'exploitation et de la violence dont les prostituées sont victimes aux mains des souteneurs. Voir:

M. H. Silbert et A. M. Pines, «Occupational Hazards of Street Prostitutes» (1981), 8 *Crim. Just. & Behavior* 395, à la p. 397;

N. Erbe, «Prostitutes: Victims of Men's Exploitation and Abuse» (1984), 2 *Law & Inequality* 609, à la p. 613;

D. K. Weisberg, «Children Of The Night: The Adequacy of Statutory Treatment Of Juvenile Prostitution» (1984), 12 *Am. J. Crim. L.* 1.;

B. Milman, «New Rules for the Oldest Profession: Should We Change Our Prostitution Laws?» (1980), 3 *Harv. Women's L.J.* 1, à la p. 33.

Paradoxalement, malgré les relations abusives et corrosives qui existent entre souteneurs et prostituées, beaucoup de prostituées sont fortement attachées à leurs souteneurs et croient sincèrement qu'ils sont amoureux d'elles. Voir:

Comité Fraser, *op. cit.*, à la p. 409;

Comité Badgley, *op. cit.*, à la p. 1150;

Weisberg, *loc. cit.*, à la p. 9;

New South Wales, Report of the Select Committee of the Legislative Assembly Upon Prostitution (1986), aux pp. 26 à 48 (le «comité Rogan»).

Qu'elles soient sous la dépendance émotive des souteneurs ou victimes de leur violence physique, les prostituées manifestent une réticence marquée à témoigner contre eux. Les auteurs du comité Fraser soulignent la difficulté d'obtenir des condamnations dans ces conditions:

Although the successful prosecution of this offence does not require corroboration, police authorities are agreed that enforcement is difficult; the activities of pimps are sufficiently clandestine in most instances that it is only when a complaint is lodged by a prostitute who has been badly mistreated and is willing to testify, that there is any chance of securing a conviction.

The reality then, is that it is normally only in the case of an ongoing saga of violence and its threat that conditions are created in which the police are likely to act.

Fraser Committee, *supra*, at pp. 417-18; see also:

Weisberg, *supra*, at p. 60;

D. Sansfaçon, *Prostitution in Canada: A Research Review Report* (Department of Justice, 1984), at pp. 109-10.

The problem of the prostitute as a reluctant witness is not confined to Canada. A study by a Legislative Committee in New South Wales (the Rogan Committee) found that enforcement of anti-pimping laws was rendered virtually impossible in several countries for the same reason. The United Nations has repeatedly urged all the member nations to protect prostitutes from exploitation:

D. Sansfaçon, *Agreements and Conventions of the United Nations with respect to Pornography and Prostitution* (Department of Justice, 1984).

With that background, it is now necessary to consider the principles and factors pertaining to the possible justification of s. 195 under s. 1 of the *Charter*.

The procedure which should be followed in order to determine whether a statutory provision which infringes a *Charter* right is nevertheless justified under s. 1 has been stated in *R. v. Oakes*, *supra*, and restated many times since. In *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, it was put forward in this way (at pp. 1335-36):

1. The objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitu-

La corroboration n'est pas exigée pour cette infraction mais les autorités policières reconnaissent que cette disposition est d'application difficile; la plupart du temps, les proxénètes agissent de façon clandestine et ce n'est que lorsqu'une prostituée est disposée à porter plainte parce qu'elle a été suffisamment maltraitée pour vouloir témoigner qu'il existe de bonnes chances d'obtenir une condamnation.

La vérité est que la police n'est disposée à intervenir que dans les cas de violence et de menaces répétées.

Comité Fraser, *op. cit.*, aux pp. 451 et 452; voir aussi:

Weisberg, *loc. cit.*, à la p. 60;

D. Sansfaçon, *La prostitution au Canada: une synthèse des résultats de recherche* (Ministère de la Justice, 1984), aux pp. 99 et 100.

Le problème de la réticence des prostitués à témoigner n'est pas limité au Canada. Selon l'étude d'un comité législatif des Nouvelles-Galles du Sud (le comité Rogan), le même phénomène rend les lois anti-souteneurs quasi impossibles à appliquer dans plusieurs pays. Les Nations-Unies ont pour leur part incité à maintes reprises tous les États membres à protéger les prostitués contre l'exploitation:

D. Sansfaçon, *Accords et conventions des Nations-Unies sur la pornographie et la prostitution* (Ministère de la Justice, 1984).

Dans ce contexte, il y a maintenant lieu d'examiner les principes et les facteurs relatifs à la justification possible de l'art. 195 en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les étapes à suivre pour décider si une disposition législative portant atteinte à un droit garanti par la *Charte* est néanmoins justifiée en vertu de l'article premier ont été formulées dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, et souvent reprises par la suite. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, elles ont été ainsi énoncées, aux pp. 1335 et 1336:

1. L'objectif que vise la disposition attaquée doit être suffisamment important pour justifier la suppression

tionally protected right or freedom; it must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

2. Assuming that a sufficiently important objective has been established, the means chosen to achieve the objective must pass a proportionality test; that is to say they must:

(a) be “rationally connected” to the objective and not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations;

(b) impair the right or freedom in question as “little as possible”, and

(c) be such that their effects on the limitation of rights and freedoms are proportional to the objective.

When the presumption set out in s. 195(2) is reviewed in the context of s. 195 itself, it is apparent that the objective of the impugned provision is of sufficient importance to warrant overriding s. 11(d). From a review of Committee Reports and the current literature pertaining to the problem it is obvious that the section is attempting to deal with a cruel and pervasive social evil. The pimp personifies abusive and exploitative malevolence.

### *The Proportionality Test*

#### Rational Connection

In order to be valid the measures taken must be carefully designed to respond to the objective. Yet the proportionality test can and must vary with the circumstances. Parliament is limited in the options which it has at hand to meet or address the problem. Rigid and inflexible standards should not be imposed on legislators attempting to resolve a difficult and intransigent problem. Here, Parliament has sought, by the presumption, to focus on those circumstances in which maintaining close ties to prostitutes gives rise to a reasonable inference of living on the avails of prostitution. This is not an unreasonable inference for Parliament to legislatively presume, as it cannot be denied that there is often a connection between maintaining close ties to prostitutes and living on the avails of prostitution. Evidence of pimps living on avails would

d’un droit ou d’une liberté garantis par la Constitution; il doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu’on puisse le qualifier de suffisamment important.

2. En présumant qu’a été établi le caractère suffisamment important d’un objectif, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent satisfaire au critère de la proportionnalité, en ce sens qu’ils doivent:

(a) avoir un «lien rationnel» avec l’objectif et ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles;

(b) porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question; et

(c) être de telle nature que leurs effets sur la restriction des droits et libertés sont proportionnels à l’objectif.

Si l’on examine la présomption prévue au par. 195(2) dans le contexte global de l’art. 195, il est manifeste que l’objectif que vise la disposition attaquée est suffisamment important pour justifier la dérogation à l’al. 11(d). D’après les rapports des différents comités et les études effectuées récemment sur le problème, il ressort en effet clairement que la disposition vise à endiguer un fléau social aux ravages cruels et étendus. Le souteneur, c’est l’abus et l’exploitation incarnés.

### *f Le critère de la proportionnalité*

#### Le lien rationnel

Pour être valides, les mesures prises doivent être soigneusement conçues en vue d’atteindre l’objectif. Toutefois, le critère de la proportionnalité peut et doit varier suivant les circonstances. Les options dont le législateur dispose sont en effet limitées et il ne conviendrait pas d’imposer des normes inflexibles à ceux qui s’efforcent de résoudre un problème épineux. En l’espèce, le législateur a, par la présomption, fait porter son attention sur les cas où le fait d’entretenir des liens étroits avec des prostitués conduit raisonnablement à en déduire le fait de vivre des produits de la prostitution. Ce n’est pas une déduction déraisonnable de la part du législateur, car on ne peut nier qu’il y a souvent un rapport entre le fait d’entretenir des liens étroits avec un prostitué et celui de vivre des produits de la prostitution. On devrait normalement s’attendre

ordinarily be expected to come from prostitutes, yet the reluctance of prostitutes to testify against pimps is well documented. By enacting this section, Parliament has recognized that evidence of this type was difficult if not impossible to obtain without the cooperation of prostitutes which is seldom forthcoming. The section recognizes both the social evil of pimps and prostitutes' fear of violence at their pimps' hands. I have no concern that the section will result in innocent persons who have non parasitic legitimate living arrangements with prostitutes being inculpated. A description sufficient to constitute evidence to the contrary will generally be included in the Crown's case. If not, such evidence can easily be led. In either event, the presumption will be displaced.

#### Minimal Impairment

It has been determined that Parliament is not required to choose the absolutely least intrusive alternative in order to satisfy this branch of the analysis. Rather the issue is "whether Parliament could reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively". (See *Chaulk, supra*, at p. 1341.)

It is of some significance that similar reverse onus provisions pertaining to living on the avails of prostitution presently exist in Britain and some Australian jurisdictions.

*Sexual Offences Act, 1956* (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, s. 30(2); *R. v. Clarke*, [1976] 2 All E.R. 696 (C.A.);

*Prostitution Act, 1979*, No. 71 (N.S.W.), s. 5; *Prostitution Regulation Act 1986*, No. 124 (Vict.), ss. 4 and 12(3).

Parliament has chosen a reasonable and sensitive position which carefully avoids either of the two extreme positions. One extreme position would eliminate the presumption completely. This would reward the accused for the intimidation of vulnerable witnesses in a situation where it has been demonstrated that just such intimidation is

à ce que la preuve qu'un souteneur vit de la prostitution vienne des prostitués mêmes, mais leur réticence à témoigner est bien connue. En édictant cette disposition, le législateur a reconnu qu'une preuve de cette nature est difficile, sinon impossible, à obtenir sans leur collaboration, laquelle est peu fréquente. La disposition reconnaît donc à la fois le fléau social que constituent les souteneurs et la peur des prostitués d'être les victimes de leur violence. Le fait que la disposition puisse entraîner l'inculpation de personnes innocentes qui partagent la vie de prostitués de façon légitime et non parasitique ne me préoccupe pas. Le ministère public présentera généralement une description suffisante pour établir la preuve du contraire. Sinon, il est facile de produire cette preuve. D'une façon ou d'une autre, la présomption sera écartée.

#### L'atteinte minimale

Il a été jugé que le législateur n'est pas tenu de choisir le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, pour satisfaire à cette partie de l'analyse. La question est plutôt «de savoir si le législateur aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d'atteindre de façon aussi efficace l'objectif identifié». (Voir l'arrêt *Chaulk*, précité, à la p. 1341.)

Il n'est pas sans intérêt de constater que des dispositions semblables portant inversion de la charge de la preuve en ce qui concerne les produits de la prostitution existent présentement en Grande-Bretagne et dans certaines parties de l'Australie.

*Sexual Offences Act, 1956* (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, ch. 69, par. 30(2); *R. c. Clarke*, [1976] 2 All E.R. 696 (C.A.);

*Prostitution Act, 1979*, No. 71 (N.S.W.), art. 5; *Prostitution Regulation Act 1986*, No. 124 (Vict.), art. 4 et par. 12(3).

Le législateur a choisi une position raisonnable, adaptée aux besoins et qui évite soigneusement les extrêmes. L'une des positions extrêmes serait de supprimer complètement la présomption. Mais ce serait là récompenser l'accusé pour l'intimidation de témoins vulnérables dans une situation où l'on a précisément démontré que ce phénomène est

widespread. The other extreme would provide a reverse onus which would cast a heavier legal burden on the accused. This would constitute a more serious infringement of the presumption of innocence than the evidential burden imposed by s. 195(2).

It is noteworthy that in the United Kingdom the Criminal Law Revision Committee stressed the necessity of just such a provision as it appears in s. 195(2). In its working paper on prostitution, *supra*, this appears (at p. 16):

All those with practical experience of these matters agree that only in a very exceptional case would a prostitute testify in open court against her ponce, even a woman determined enough to rid herself of him. The presumption in subsection (2) of section 30 (against a man habitually in the company of a prostitute, etc.) is of great value in that it enables a prosecution to be instituted without it being necessary for the prostitute to give evidence that she had handed over some of her earnings to the defendant. Comparable offences in the law of some other countries that we have examined similarly avoid the need for the woman to give testimony. It must be accepted, we consider, that any offence to replace section 30 which was drafted in such a way as to depend upon evidence being available from prostitutes would be largely unenforceable. [Emphasis added.]

(In its final report written three years later, the committee favoured an overhaul of the offence provisions but did not deal with the presumption: see Criminal Law Revision Committee, Seventeenth Report, *supra*, at pp. 12-13.)

#### Proportionality

I agree with the position taken by the intervener the Attorney General of Canada that the determination as to whether the extent of the infringement is proportional to the legislative objective involves a balancing of societal and individual interests. The section is aimed at those who parasitically live on the avails of prostitution. The accused need only point to evidence capable of raising a reasonable doubt on this issue. The infringement is rela-

répandu. L'autre extrême serait de prévoir une inversion de la charge de la preuve qui imposerait à l'accusé une charge ultime encore plus lourde. Cela constituerait une atteinte plus grave à la présomption d'innocence que la charge de présentation imposée par le par. 195(2).

Fait intéressant à souligner, au Royaume-Uni, le Criminal Law Revision Committee a fait valoir la nécessité d'une disposition semblable à celle du par. 195(2). Dans leur document de travail sur la prostitution, *op. cit.*, les auteurs écrivent (à la p. 16):

[TRADUCTION] Tous ceux qui ont connu une expérience pratique en cette matière s'accordent pour dire que ce n'est qu'exceptionnellement qu'une prostituée témoignera publiquement en cour contre son souteneur, même si elle est déterminée à s'en délivrer. La présomption du paragraphe (2) de l'article 30 (à l'encontre de l'homme se trouvant habituellement en compagnie d'une prostituée, etc.) est un outil précieux en ce qu'elle permet d'engager une poursuite sans qu'il soit nécessaire que la prostituée vienne témoigner qu'elle a remis une partie de ses revenus au défendeur. Dans certains pays dont nous avons examiné la législation, on évite de la même façon aux femmes de venir témoigner relativement à des infractions comparables. À notre avis, toute disposition appelée à remplacer l'infraction de l'article 30, qui serait conçue de telle façon qu'elle nécessiterait le témoignage des prostituées, serait largement inapplicable. [Je souligne.]

(Dans son rapport final remis trois ans plus tard, le comité s'est prononcé en faveur d'une refonte des dispositions constitutives de l'infraction, sans aborder la question de la présomption: voir Criminal Law Revision Committee, Seventeenth Report, *op. cit.*, aux pp. 12 et 13.)

#### La proportionnalité

Je partage la position du procureur général du Canada, intervenant au pourvoi, selon laquelle, pour déterminer dans quelle mesure l'atteinte est proportionnelle à l'objectif législatif visé, il faut pondérer les intérêts de la société et ceux du particulier. La disposition vise ceux qui vivent en parasite des produits de la prostitution. L'accusé n'a qu'à faire ressortir un élément de preuve susceptible de soulever un doute raisonnable à cet égard.



tively minor and the objective is fundamentally important. In so far as the societal interests are concerns, the Fraser Committee Report starkly outlines the social problems flowing from prostitution including drug abuse and violence. In my view there cannot be any question of the importance of successfully prosecuting pimps. It is the pimp that has the parasite's interest in the prostitute's earnings. It is the pimp that encourages and enforces the activities of the prostitute. The same violent behaviour which forces street prostitutes to remain in their line of work can be used and has been used to thwart prosecutions by depriving the Crown of essential witnesses.

Prostitutes are a particularly vulnerable segment of society. The cruel abuse they suffer inflicted by their parasitic pimps has been well documented. The impugned section is aimed not only at remedying a social problem but also at providing some measure of protection for the prostitute by eliminating the necessity of testifying. It would be unfortunate if the *Charter* were used to deprive a vulnerable segment of society of a measure of protection. The nature of the infringement of s. 11(d) by s. 195(2) is minimal. All that is required of the accused is to point to evidence capable of raising a reasonable doubt. That can often be achieved as a result of cross-examination of Crown witnesses. The section does not necessarily force the accused to testify. In my view s. 195(2) is justified under s. 1 of the *Charter* and is valid.

In the result the appeal should be dismissed.

The reasons of McLachlin and Iacobucci JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—I have read Cory J.'s reasons and agree with him that the mandatory presumption contained in s. 195(2) (now s. 212(3)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringes the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in that proof of the substituted fact that the accused person lives with or is habitually in the

L'atteinte est relativement mineure et l'objectif est d'une importance fondamentale. En ce qui concerne les intérêts sociétaux, le comité Fraser souligne de façon saisissante dans son rapport les problèmes sociaux découlant de la prostitution, notamment la drogue et la violence. À mon avis, on ne saurait douter de l'importance d'obtenir des condamnations contre les souteneurs. Ce sont les souteneurs qui ont un intérêt parasitaire dans les revenus des prostitués. Ce sont eux qui encouragent leurs activités et veillent à leur exécution. Or, le même comportement violent qui force les prostitués à continuer de faire le trottoir peut être utilisé, et l'a été, pour compromettre les poursuites en privant le ministère public de témoins essentiels.

Les prostitués font partie d'un groupe particulièrement vulnérable de la société. Les abus cruels dont ils sont victimes aux mains de leurs souteneurs parasites sont bien connus. La disposition attaquée vise non seulement à remédier à un problème social mais également à accorder aux prostitués une certaine protection en supprimant la nécessité de recourir à leur témoignage. Il serait malheureux que la *Charte* serve à priver de cette protection des éléments vulnérables de la société. L'atteinte à l'al. 11d) que constitue le par. 195(2) est minime. Tout ce que l'on demande à l'accusé c'est de faire ressortir un élément de preuve susceptible de soulever un doute raisonnable et il y parvient souvent par le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite. La disposition ne le force pas nécessairement à témoigner. À mon avis, le par. 195(2) est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* et est, par conséquent, valide.

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges McLachlin et Iacobucci rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—J'ai lu les motifs du juge Cory et je conviens avec lui que la présomption impérative contenue au par. 195(2) (maintenant le par. 212(3)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en ce sens que la preuve du fait substitué que l'accusé vit ou

company of a prostitute does not lead inexorably to proof of the statutorily required or essential element of living on the avails of prostitution.

I cannot, however, agree that the presumption is demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*.

I agree with Cory J. that the first stage of the test for justification under s. 1 of the *Charter* prescribed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39 — demonstration of a pressing and substantial object capable of outweighing the right — is established. I share his view that the presumption is directed to the evil of pimps who parasitically exploit prostitutes and live off their earnings, and I agree that the conviction of such persons is an important objective.

The difficulty, as I see it, lies with the second branch of the *Oakes* test, proportionality. The presumption is so broad that it catches many people who are innocent of the exploitive activity at which it is aimed. This overbreadth renders it “arbitrary, unfair” and ultimately “irrational”, to use the language of *R. v. Oakes*, *supra*, at p. 139.

The guarantee of the right to be presumed innocent until proven guilty according to law contained in s. 11(d) of the *Charter* confirms that the Crown has the burden of proving all elements of an offence beyond a reasonable doubt. The effect of a mandatory presumption is to relieve the Crown of that burden. Upon proof beyond a reasonable doubt of the substituted facts the presumption arises, putting the accused in a position where if “he fails to adduce evidence (through the Crown witnesses or defence witnesses) which raises a reasonable doubt with respect to [the essential] elements, conviction will ensue”: *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at p. 211.

se trouve habituellement en compagnie d'un prostitué n'entraîne pas inexorablement la preuve de l'élément essentiel ou requis par la loi qu'il vit des produits de la prostitution.

Toutefois, contrairement au juge Cory, je ne crois pas que la justification de la présomption puisse se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Comme mon collègue, je suis d'avis qu'on a démontré le premier critère de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte* formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 138 et 139, soit l'existence d'un objectif se rapportant à des préoccupations urgentes et réelles et justifiant la dérogation au droit. J'estime aussi que la présomption vise le fléau que constituent les souteneurs qui exploitent les prostitués et vivent en parasite de leurs revenus, et je conviens avec le juge Cory de l'importance de l'objectif visant à déclarer ces personnes coupables.

La difficulté, à mon avis, réside dans le second volet du critère *Oakes*, celui de la proportionnalité. La présomption est générale à un point tel qu'elle frappe un grand nombre de personnes étrangères à l'exploitation visée. En raison de cette généralité excessive, la présomption est, pour emprunter les termes de l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, à la p. 139, «arbitraire, inéquitable» et fondamentalement «irrationnelle».

Le droit de l'accusé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi, garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, confirme le fardeau du ministère public d'établir tous les éléments d'une infraction hors de tout doute raisonnable. La présomption impérative libère le ministère public de ce fardeau. Dès que les faits substitués sont établis hors de tout doute raisonnable, la présomption est créée, et si l'accusé [TRADUCTION] «ne réussit pas à produire une preuve (avec les témoins à charge ou ceux de la défense) qui soulève un doute raisonnable quant aux éléments [essentiels], il sera déclaré coupable»: *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), à la p. 211.

The first aspect of the proportionality enquiry asks whether the presumption is rational. A presumption, like any other challenged legislative provision, must be externally rational, in the sense that it must evince a rational connection to the legislative purpose behind its enactment. But in the case of a presumption external rationality alone does not suffice. As this Court held in *Oakes*, *supra*, at p. 141, the presumption must be “internally rational” in the sense that there must be a rational connection between the “basic fact” and the “presumed fact”. Otherwise, as Dickson C.J. put it, “the reverse onus clause could give rise to unjustified and erroneous convictions. . .”. In so holding, this Court affirmed the judgment of Martin J.A., *R. v. Oakes* (1983), 40 O.R. (2d) 660 (Ont. C.A.), at p. 681, who after citing various criteria relevant to the justification of a presumption under s. 1, stated:

Great weight must be given to Parliament’s determination with respect to the necessity for a reverse onus clause in relation to some element of a particular offence. Certainly, reverse onus clauses exist in other free and democratic societies; cf., for example, s. 30(2) of the *Sexual Offences Act; Prevention of Corruption Act*, 1916 (U.K.), c. 64, s. 2; *R. v. Carr-Briant*, [1943] K.B. 607, 29 Cr. App. R. 76. However, a reverse onus provision, even if otherwise justifiable by the above criteria, cannot be justified as a reasonable limitation of the right to be presumed innocent under s. 1 of the Charter in the absence of a rational connection between the proved fact and the presumed fact. In the absence of such a connection the presumption created is purely arbitrary. [Emphasis added.]

What Martin J.A. said there with respect to reverse onus clauses is equally applicable to mandatory presumptions as in the case at bar: *Re Boyle and The Queen*, *supra*, at p. 212.

Cory J., as I read his reasons, focuses exclusively on the external rationality of the presumption, arguing that the presumption assists in curb-

La première étape de l’analyse de la proportionnalité porte sur la rationalité de la présomption. Comme toute autre disposition législative contestée, la présomption doit avoir une rationalité extrinsèque, en ce qu’elle doit révéler un lien rationnel avec l’objectif législatif qui sous-tend son adoption. Toutefois, lorsqu’il s’agit d’une présomption, la seule rationalité extrinsèque ne suffit pas. Comme notre Cour l’a conclu dans l’arrêt *Oakes*, précité, aux pp. 141 et 142, la présomption doit être «[elle]-même rationnel[le]» en ce qu’il doit exister un lien rationnel entre le «fait établi» et le «fait présumé». Sinon, selon le juge en chef Dickson, «la disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait avoir pour conséquence que des personnes [. . .] soient erronément et sans justification déclarées coupables . . .». Notre Cour a ainsi confirmé l’opinion du juge Martin dans l’arrêt *R. c. Oakes* (1983), 40 O.R. (2d) 660 (C.A. Ont.), à la p. 681, qui, après avoir formulé différents critères pertinents relativement à la justification d’une présomption en vertu de l’article premier, a dit:

[TRADUCTION] Il faut accorder beaucoup de poids à la décision du Parlement concernant la nécessité d’une disposition portant inversion de la charge de la preuve relativement à un élément d’une infraction particulière. De toute évidence, ces dispositions existent également au sein d’autres sociétés libres et démocratiques; voir, par exemple, le par. 30(2) de la *Sexual Offences Act; Prevention of Corruption Act*, 1916 (R.-U.), ch. 64, art. 2; *R. c. Carr-Briant*, [1943] K.B. 607, 29 Cr. App. R. 76. Toutefois, en l’absence d’un lien rationnel entre le fait prouvé et le fait présumé, la disposition portant inversion de la charge de la preuve, tout en étant par ailleurs justifiable selon les critères mentionnés précédemment, n’est pas une limite raisonnable au droit d’être présumé innocent qui soit justifiée en vertu de l’article premier de la Charte. En l’absence d’un tel lien, la présomption créée est purement arbitraire. [Je souligne.]

Ces commentaires du juge Martin à l’égard des dispositions portant inversion de la charge de la preuve s’appliquent également aux présomptions impératives comme en l’espèce: *Re Boyle and The Queen*, précité, à la p. 212.

Si je comprends bien ses motifs, le juge Cory porte son attention exclusivement sur la rationalité extrinsèque de la présomption et il soutient que la

ing the exploitive activity of pimps. But *Oakes* requires us to ask the preliminary question of whether the presumption is internally rational in the sense that there is a logical connection between the presumed fact and the fact substituted by the presumption. <sup>a</sup>

This case, as I see it, requires us to consider the degree of internal rationality required to justify a presumption under s. 1. In *Oakes*, this Court held that there was insufficient rational connection between the substituted fact of being in possession of a narcotic, and the presumed fact of being in possession for the purposes of trafficking. The reverse onus clause in issue there was held to be irrational despite the obvious fact that in some cases an inference could be made from proof of possession that that possession was for the purposes of trafficking. The fact that there would be some cases, for example where the possession was of only a small quantity of narcotics, where the inference would be unreasonable, was sufficient to render the reverse onus clause irrational and therefore incapable of being saved with reference to s. 1 of the *Charter*. <sup>e</sup>

This holding in *Oakes* suggests that s. 1 requires a very high degree of internal rational connection between the substituted and presumed facts. The fact that the existence of the presumed fact would be a rational inference in some cases is not enough — the connection between the substituted and presumed facts must be more certain than that in order to pass constitutional muster. An example of a sufficiently close connection can be found in the decision of this Court in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 21. In that case it was held that the connection between the substituted fact of a person being in the driver's seat and the presumed fact that that person was in care or control of the vehicle was sufficiently close to meet the rational connection test. As Dickson C.J. said at pp. 21-22: <sup>f</sup>

... there is plainly a rational connection between the proved fact and the fact to be presumed. There is every reason to believe the person in the driver's seat has the care or control of the vehicle. . . . It is true that a vehicle can be occupied by one who does not assume care or <sup>j</sup>

présomption facilite la répression de l'exploitation par les souteneurs. Toutefois, l'arrêt *Oakes* nous oblige à nous prononcer sur la question préliminaire de la rationalité intrinsèque de la présomption, à savoir s'il existe un lien logique entre le fait présumé et le fait substitué par la présomption.

À mon avis, en l'espèce, nous devons étudier le degré de rationalité intrinsèque requis pour justifier une présomption en vertu de l'article premier. Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a conclu que le lien rationnel entre le fait substitué, la possession de stupéfiants, et le fait présumé, la possession à des fins de trafic, était trop faible. On a également conclu que la disposition portant inversion de la charge de la preuve était irrationnelle même si, de toute évidence, il est possible, dans certains cas, de déduire de la preuve de la possession qu'il s'agit d'une possession à des fins de trafic. Le fait que l'inférence serait déraisonnable dans certains cas, par exemple dans celui de la possession d'une quantité infime de stupéfiants, était suffisant pour conclure au caractère irrationnel de la disposition portant inversion qui, par conséquent, ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Cette conclusion de l'arrêt *Oakes* donne à entendre que l'article premier exige un lien rationnel intrinsèque très fort entre le fait substitué et le fait présumé. Il ne suffit pas que l'existence du fait présumé soit une inférence rationnelle dans certains cas: pour réussir l'examen constitutionnel, le lien entre le fait substitué et le fait présumé doit être plus sûr. L'arrêt de notre Cour *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, à la p. 21, offre un exemple d'un lien suffisamment étroit. Dans cette affaire, on a conclu que le lien entre le fait substitué d'occuper la place du conducteur et le fait présumé d'avoir la garde ou le contrôle du véhicule est suffisamment étroit pour satisfaire au critère du lien rationnel. Comme l'a dit le juge en chef Dickson, aux pp. 21 et 22:

... il y a manifestement un lien rationnel entre le fait démontré et le fait présumé. Il y a toutes les raisons de croire que la personne qui occupe la place du conducteur a la garde ou le contrôle du véhicule. [. . .] Il est vrai qu'une personne peut prendre place à bord d'un

control, but a person in this state of mind is likely to assume a position in the vehicle intended for a passenger rather than the driver. In my view, the relationship between the proved fact and the presumed fact under s. 237(1)(a) is direct and self-evident, quite unlike that which confronted the Court in *Oakes*.

I note that the United States Supreme Court has taken a similar position with respect to the constitutionality of presumptions under the Fourteenth Amendment. The leading case would appear to be *County Court of Ulster County v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). Stevens J. delivered the judgment of the majority of the Court and, at p. 156, recognized that:

Inferences and presumptions are a staple of our adversary system of factfinding. It is often necessary for the trier of fact to determine the existence of an element of the crime — that is, an ‘ultimate’ or ‘elemental fact’ — from the existence of one or more ‘evidentiary’ or ‘basic’ facts. The value of these evidentiary devices, and their validity under the Due Process Clause, vary from case to case, however, depending on the strength of the connection between the particular basic and elemental facts involved and on the degree to which the device curtails the factfinder’s freedom to assess the evidence independently. Nonetheless, in criminal cases, the ultimate test of any device’s constitutional validity in a given case remains constant: the device must not undermine the factfinder’s responsibility at trial, based on evidence adduced by the State, to find the ultimate facts beyond a reasonable doubt. [Citations omitted.]

Stevens J. distinguished between permissive presumptions, which although they may violate the Due Process guarantee, will only be held to do so if there is no rational way the trier of fact could make the inference permitted by the presumption, and mandatory presumptions as in the case at bar. The latter were said by Stevens J. at pp. 157-59 to be

a far more troublesome evidentiary device. For it may affect not only the strength of the “no reasonable doubt” burden but also the placement of that burden; it tells the trier that he or they *must* find the elemental fact upon

véhicule sans en avoir la garde ou le contrôle, mais une personne dans cet état d’esprit occupera vraisemblablement la place du passager plutôt que celle du conducteur. À mon avis, le rapport qui existe entre le fait démontré et le fait présumé aux termes de l’al. 237(1)a est direct et évident en soi, contrairement à celui qu’examinait la Cour dans l’arrêt *Oakes*.

Je remarque que la Cour suprême des États-Unis a adopté une position semblable à l’égard de la constitutionnalité des présomptions en vertu du Quatorzième amendement. L’arrêt de principe semble être *County Court of Ulster County c. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). Le juge Stevens a rendu le jugement au nom de la majorité de la cour, et à la p. 156, il a admis:

[TRADUCTION] Les inférences et les présomptions sont des éléments essentiels de notre système contradictoire de recherche des faits. Le juge des faits doit fréquemment déterminer l’existence d’un élément du crime — le fait «fondamental» ou «essentiel» — à partir de l’existence d’un ou plusieurs faits «prouvés» ou «établis». Toutefois, le poids de ces moyens de présentation de preuve et leur validité en vertu de la clause de l’application régulière de la loi varient d’un cas à l’autre en fonction de la force du lien entre les faits établis et les faits essentiels particuliers en cause et en fonction de l’importance de la restriction qu’ils imposent à la liberté du juge des faits d’apprécier la preuve d’une manière indépendante. Néanmoins, en matière criminelle, le critère ultime de la constitutionnalité d’un moyen dans un cas donné demeure constant: ce moyen ne doit pas miner le rôle du juge des faits, fondé sur la preuve produite par l’État, de conclure, hors de tout doute raisonnable, à l’existence des faits fondamentaux. [Références omises.]

Le juge Stevens a établi une distinction entre les présomptions impératives comme en l’espèce et les présomptions créant une faculté, qui, même si elles peuvent porter atteinte à la garantie de l’application régulière de la loi, ne seront ainsi considérées que s’il n’existe aucun moyen rationnel pour le juge des faits de tirer la conclusion découlant de la présomption. Des premières, le juge Stevens a dit aux pp. 157 à 159 qu’elles sont

[TRADUCTION] un moyen de présentation de la preuve beaucoup plus ennuyeux puisqu’elles risquent non seulement d’affaiblir le fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable mais aussi de le déplacer; cette pré-

proof of the basic fact, at least unless the defendant has come forward with some evidence to rebut the presumed connection between the two facts. In this situation, the Court has generally examined the presumption on its face to determine the extent to which the basic and elemental facts coincide. To the extent that the trier of fact is forced to abide by the presumption, and may not reject it based on an independent evaluation of the particular facts presented by the State, the analysis of the presumption's constitutional validity is logically divorced from those facts and based on the presumption's accuracy in the run of cases. [Emphasis in original; citations omitted.]

As the presumption in issue in *Ulster County* was held to be merely permissive, Stevens J. did not have to decide what level of rational connection he would have required in the case of a mandatory presumption. Nonetheless, he went on to say at p. 167 that in the case of a mandatory presumption, "since the prosecution bears the burden of establishing guilt, it may not rest its case entirely on a presumption unless the fact proved is sufficient to support the inference of guilt beyond a reasonable doubt".

The foregoing authorities lead me to the following conclusions. The fact that a presumption fails the inexorable connection test and is therefore found to violate s. 11(d) is by no means determinative of the issue of whether such a presumption will pass the internal rationality test under s. 1. While the probity of the link between proven fact and presumed fact remains the focus of the inquiry, the balancing of the rights of the accused against deference to the democratic will of the legislature may mandate a less rigorous level of examination at the s. 1 stage. This may mean that the American requirement that the substituted fact must prove the presumed fact beyond a reasonable doubt will not prove appropriate in the Canadian context. However that may be, it is clear that the fact that in some cases one can infer the presumed fact from the proven fact is insufficient to establish the internal rational connection required under s. 1. I am satisfied that, at a minimum, proof of the substituted fact must make it likely that the presumed fact is true. Any lesser degree of probability must

somption *oblige* le juge des faits à conclure à l'existence du fait essentiel sur la preuve du fait établi, à moins que l'accusé ne produise une preuve réfutant le lien présumé entre les deux faits. Dans un tel cas, la cour a généralement étudié la nature de la présomption à première vue afin d'évaluer la correspondance entre les faits établis et les faits essentiels. Dans la mesure où le juge des faits est forcé de respecter la présomption et de l'adopter malgré une analyse indépendante des faits présentés par l'État, l'étude de la constitutionnalité de cette présomption est logiquement distincte de ces faits et repose sur la précision de la présomption en cause dans les diverses affaires. [En italique dans l'original; références omises.]

Puisque, dans l'arrêt *Ulster County*, il a conclu qu'il s'agissait simplement d'une présomption créant une faculté, le juge Stevens n'a pas eu à déterminer la nature du lien rationnel qu'il aurait exigé dans le cas d'une présomption impérative. Il a toutefois ajouté, à la p. 167, que dans ce dernier cas, [TRADUCTION] «puisque'il lui incombe d'établir la culpabilité de l'accusé, la poursuite ne peut fonder sa preuve entièrement sur une présomption, à moins que le fait prouvé suffise à justifier la conclusion que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable».

Cette jurisprudence m'amène à conclure ceci. Le fait qu'une présomption ne réponde pas au critère du lien inexorable et qu'il viole donc l'al. 11(d) n'est absolument pas déterminant en ce qui concerne la question de savoir si une présomption de ce genre satisfera au critère de la rationalité intrinsèque aux termes de l'article premier. La probité du lien entre le fait prouvé et le fait présumé continue à être le point central de l'examen, mais la pondération entre les droits de l'accusé et la retenue envers la volonté démocratique du législateur peut exiger un examen moins rigoureux en application de l'article premier. Cela peut signifier que l'exigence des cours américaines selon laquelle le fait substitué doit prouver le fait présumé hors de tout doute raisonnable ne s'avérera peut-être pas adéquate dans le contexte canadien. Quoi qu'il en soit, il est évident que, bien que dans certains cas il soit possible de déduire le fait présumé du fait prouvé, cela ne permet pas d'établir le lien rationnel intrinsèque requis en vertu de l'article premier. J'estime qu'à tout le moins, la preuve du fait subs-

be fatal under the rational connection branch of the proportionality enquiry.

The rationality test from *Oakes* also has a fairness aspect. An irrational presumption operates unfairly in that it unduly enmeshes the innocent in the criminal process by arbitrarily catching within its ambit those who are not guilty of the offence. Of course, any presumption may occasionally catch an innocent person, leaving it to him or her to establish or raise a reasonable doubt with respect to innocence. But where the presumption is so broadly cast that it catches persons whom it is unlikely were engaged in the prohibited crime, it goes too far.

In the case of s. 195(2) the required logical link is lacking, rendering it both irrational and unfair. It cannot be said that it is likely that one who lives with or is habitually in the company of a prostitute is parasitically living on the avails of prostitution. It is a possible inference, reasonable in some cases, but not in all or even in most. Spouses, lovers, friends, children, parents, room-mates, business associates, providers of goods and services — all of these may live with or be habitually in the company of a prostitute. In *R. v. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53, at p. 61, Arbour J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, discussed examples of relationships which ought not to be seen as living on the avails:

For example, when a prostitute financially supports a disabled parent or a dependent child, she clearly provides an unreciprocated benefit to the recipient. However, in light of her legal or moral obligations towards her parent or child, the recipient does not commit an offence by accepting that support. The prostitute does not give money to the dependent parent or child because she is a prostitute but because, like everybody else, she has personal needs and obligations. The true parasite whom s. 212(1)(f) [as the provision is now numbered] seeks to punish is someone the prostitute is not otherwise legally or morally obliged to support. Being a prostitute is not an offence, nor is marrying or living

titué doit rendre le fait présumé vraisemblable. Un degré moindre de probabilité ne satisfait pas au critère du lien rationnel de l'analyse fondée sur la proportionnalité.

Le critère du lien rationnel de l'arrêt *Oakes* tient également de l'équité. La présomption irrationnelle crée une injustice en entraînant indûment et arbitrairement dans le processus criminel ceux qui ne sont pas coupables de l'infraction. Évidemment, toute présomption risque, à l'occasion, d'impliquer un innocent, lui laissant le fardeau d'établir son innocence ou de soulever un doute raisonnable à cet égard. Mais lorsque le libellé de la présomption est général au point d'englober des personnes peu susceptibles de se prêter à l'infraction prohibée, c'est aller trop loin.

Le paragraphe 195(2) ne possédant pas le lien logique requis, il est à la fois irrationnel et injuste. On ne peut pas dire qu'une personne vivant ou se trouvant habituellement en compagnie d'un prostitué vit vraisemblablement en parasite des produits de la prostitution. Cette déduction est possible, et est raisonnable dans certains cas, mais pas dans tous les cas ni même dans la plupart. Le conjoint, l'amoureux, les amis, les enfants, les parents, les colocataires, les partenaires d'entreprise, les pourvoyeurs de biens et de services, toutes ces personnes peuvent vivre ou se trouver habituellement en compagnie d'un prostitué. Dans l'arrêt *R. c. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53, à la p. 61, le juge Arbour, se prononçant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a étudié des situations où il ne faut pas conclure que la personne vit des produits de la prostitution:

[TRADUCTION] Ainsi, la prostituée qui soutient financièrement un parent handicapé ou un enfant fournit manifestement un avantage non mutuel au bénéficiaire. Toutefois, compte tenu des obligations légales ou morales qui obligent la prostituée envers le parent ou l'enfant, le bénéficiaire ne commet pas une infraction en acceptant ce soutien. La prostituée ne soutient pas le parent ou l'enfant à charge parce qu'elle est une prostituée, mais parce que, comme tout le monde, elle a des besoins et des obligations personnels. Le vrai parasite que l'al. 212(1)f) [la nouvelle disposition] cherche à punir est celui envers qui la prostituée n'a par ailleurs aucune obligation légale ou morale. Ni le fait d'être prosti-

with a prostitute. A person may choose to marry or live with a prostitute without incurring criminal responsibility as a result of the financial benefits likely to be derived from the pooling of resources and the sharing of expenses and other benefits which would normally accrue to all persons in similar situations.

The unfairness caused by this irrational presumption is arguably much worse than it was in *Oakes*. There, at least, the onus to establish that one was not in possession of narcotics for the purposes of trafficking was placed only on those who had already been proven to be guilty of a criminal offence, namely possession of a narcotic. In the case of s. 195(2), the evidential burden of raising a reasonable doubt with respect to whether one is living on the avails of prostitution is placed on those who have been proven only to be habitually in the company of a prostitute, which is not a criminal offence. Yet the presumption applies to these innocent people, placing on them the burden of raising a reasonable doubt as to whether they have been living on the avails of prostitution. Any presumption which has the potential to catch such a wide variety of innocent people in its wake can only be said to be arbitrary, unfair and based on irrational considerations.

At a minimum, the effect of this presumption on the innocent people it catches may be that they have to bear the expense, indignity and stigma of undergoing a criminal prosecution for living on the avails. In the course of an eventual trial, if the evidence adduced in the Crown's case does not raise a reasonable doubt as to whether the innocent person was parasitically living on the avails of prostitution, the innocent person will have herself to adduce evidence which raises such a doubt. At its worst, where the innocent person is unable or perhaps unwilling to adduce evidence which does raise a reasonable doubt, this presumption will have the effect of mandating the conviction of an innocent person. While there may be circumstances in which the presumption of innocence may be justifiably infringed, the line must drawn

tuée, ni celui d'être le conjoint d'une prostituée ou de vivre avec elle ne constituent une infraction. On peut choisir de vivre avec une prostituée ou de l'épouser sans encourir une responsabilité criminelle en raison des avantages financiers qui, vraisemblablement, découleront de la mise en commun des ressources et du partage des dépenses et des autres bénéfices qui normalement reviennent à tous ceux qui vivent une situation semblable.

On pourrait soutenir que l'injustice causée par cette présomption irrationnelle est bien pire que celle dont il était question dans l'arrêt *Oakes*. Dans cette affaire, au moins, le fardeau de démontrer qu'une personne n'est pas en possession de stupéfiants à des fins de trafic n'était imposé qu'aux personnes déjà déclarées coupables de l'infraction criminelle de possession de stupéfiants. Dans le cas du par. 195(2), le fardeau de présenter une preuve soulevant un doute raisonnable sur la question de savoir si elle vit des produits de la prostitution, incombe à la personne trouvée coupable seulement de se trouver habituellement en compagnie d'un prostitué, ce qui n'est pas une infraction criminelle. La présomption s'applique tout de même à ces innocents puisqu'ils ont le fardeau de soulever un doute raisonnable à ce chapitre. La présomption susceptible d'entraîner un si grand nombre d'innocents dans son sillage ne peut être qu'arbitraire, inéquitable et basée sur des considérations irrationnelles.

À tout le moins, cette présomption oblige des innocents à subir la dépense, l'affront et l'opprobre d'une accusation criminelle de vivre des produits de la prostitution. Au cours d'un procès éventuel, si la preuve produite par le ministère public ne laisse aucun doute raisonnable sur le fait que la personne innocente vivait en parasite des produits de la prostitution, cette dernière devra elle-même produire une telle preuve. Au pire, lorsque la personne innocente est incapable de produire une preuve soulevant un doute raisonnable ou ne souhaite pas le faire, cette présomption entraînera la déclaration de culpabilité d'un innocent. Bien que dans certaines circonstances il puisse être justifié de porter atteinte à la présomption d'innocence, il faut fermer la porte là où la personne dont la culpabilité n'a pas été établie doit se défendre elle-



short of the point at which persons, who have not been proven guilty of any offence, are forced to defend themselves merely on the basis that a fact has been proven by the Crown which does not make it even likely that they are guilty of any criminal offence. <sup>a</sup>

The irrational and unfair effects of the presumption extend beyond those who innocently keep company with prostitutes, to prostitutes themselves. In so far as the object of the presumption is the suppression of pimping and the protection of prostitutes from the evil of being subject to the malevolent control of pimps, these effects on prostitutes are such as to bring into question the external rationality of the presumption—i.e., whether the legislation furthers its purported objects. While few in our society approve of prostitution and most regard it as an unfortunate fact of life, a fact of life it remains, and one which Parliament has not seen fit to sanction by making it a crime. The effect of the presumption is to compel prostitutes to live and work alone, deprived of human relationships save with those whom they are prepared to expose to the risk of a criminal charge and conviction and who are themselves prepared to flaunt that possibility. By this presumption prostitutes are put in the position of being unable to associate with friends and family, or to enter into arrangements such as those evidenced in this case, arrangements which may alleviate some of the more pernicious aspects of their frequently dangerous and dehumanizing trade. The predictable result is to force prostitutes onto the streets or into the exploitive power of pimps, thereby undercutting the very pressing and substantial objective which the presumption was designed to address. Where legislation has the actual effect of operating to preserve and exacerbate the very exploitation the amelioration of which is its purported objective, it cannot be said to possess the degree of rationality necessary to justify the violation of a right guaranteed by our *Charter*.

Section 195(2) can be seen as one of the network of laws which the Special Committee on Por-

même pour le seul motif que le ministère public a fait la preuve d'un fait qui ne rend même pas vraisemblable sa culpabilité à une infraction criminelle.

Les effets irrationnels et injustes de la présomption s'étendent au-delà de ceux qui, en toute innocence, se trouvent en compagnie de prostitués, soit aux prostitués eux-mêmes. Dans la mesure où la présomption a pour objet d'enrayer le proxénétisme et de protéger les prostitués contre le contrôle malveillant des souteneurs, ces effets sur les prostitués sont tels qu'on peut remettre en question le lien rationnel extrinsèque de la présomption—c.-à-d., se demander si le texte législatif réussit à atteindre ses objectifs. Bien qu'une grande partie de notre société désapprouve la prostitution et la considère comme une réalité regrettable, elle demeure une réalité, et le législateur n'a pas jugé opportun de la sanctionner en la rendant criminelle. La présomption a pour effet d'obliger les prostitués à vivre et à travailler seuls, privés de relations humaines à l'exception des personnes qu'ils exposent volontairement au risque d'une accusation criminelle et d'une déclaration de culpabilité et qui sont elles-mêmes prêtes à faire fi de cette possibilité. En raison de cette présomption, les prostitués ne peuvent fréquenter les amis et la famille ni conclure d'ententes de la nature de celle démontrée en l'espèce, ententes qui sont susceptibles d'adoucir certains aspects plus pernicious de leur commerce souvent dangereux et déshumanisant. Les prostitués se verront donc probablement forcés de retourner dans la rue ou entre les mains de souteneurs exploitaires, sapant de ce fait l'objectif des plus urgent et réel que cette présomption est destinée à atteindre. Lorsque des dispositions législatives ont pour effet de conserver et d'exacerber l'exploitation même qu'elles sont censées atténuer, on ne peut pas dire qu'elles ont le degré de rationalité nécessaire pour justifier la violation d'un droit garanti par notre *Charte*.

Le paragraphe 195(2) peut être considéré comme faisant partie du réseau de lois dont parle

nography and Prostitution was referring to when it said:

The fact that we have special laws surrounding prostitution does not, however, result in curtailing all of the worst aspects of the business, or in affording prostitutes the same protection as other members of the public. Indeed, because there are special laws, this seems to result in prostitutes being categorized as different from other women and men, less worthy of protection by the police, and a general attitude that they are second class citizens.

Although, as we have pointed out, the law on prostitution is only enforced in a perfunctory way, it is nevertheless enforced from time to time, even in relation to activities in private. The result is that there is just enough in the way of uncertainty about the prostitute's legal status whether on the street, using a private residence, or while employed in an escort service or massage parlour, that the individual concerned has the sense of being a legal outcast. . . . In the result, while we talk of prostitution being free of legal sanction, we in reality use the law indirectly and capriciously to condemn or harass it, providing no safe context for its operation except that which can be bought by the prostitute of means, or, as is more likely, the well-heeled sponsor or sponsors.

The law on prostitution, as presently constituted, has not achieved what is presumably its theoretical object, that of reducing prostitution (or even of controlling it within manageable limits). Moreover, it operates in a way which victimizes and dehumanizes the prostitute. [Emphasis added.]

(*Pornography and Prostitution in Canada* (1985), vol. 2, at pp. 392 and 533.)

This Court, unlike the Special Committee, is not charged with the task of recommending a comprehensive revision of the criminal law as it pertains to the control of prostitution. But where, as here, an element of that labyrinth of laws which have as their object the control of prostitution violates a principle so fundamental to our society as the presumption of innocence, and does so in a manner which is so manifestly capricious, unfair and irra-

le Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution lorsqu'il dit:

Le fait que nous ayons des lois qui traitent spécifiquement de la prostitution ne signifie cependant pas que l'on ait pu mettre un frein aux aspects les plus négatifs de cette activité, ou assurer aux prostituées la même protection qu'aux autres membres du public. En fait, étant donné l'existence même de ces lois, il en résulte que les prostituées sont considérées comme différentes des autres citoyens, qu'elles ne méritent pas la même protection de la police et, d'une façon générale, sont considérées comme des citoyens de seconde classe.

Nous avons dit que les dispositions visant la prostitution sont appliquées sans grande conviction, mais cela n'empêche pas qu'elles le soient de temps à autre, même contre des actes qui ont lieu en privé. Cette situation a pour résultat d'entraîner suffisamment d'ambiguïté quant au statut légal de la prostituée, qu'elle travaille dans la rue, dans un appartement ou soit employée par une agence d'escorte ou un studio de massage, pour qu'elle ait le sentiment de vivre en marge de la loi. [ . . . ] Ceux qui affirment que la loi ne réprime pas la prostitution oublient qu'en réalité la société applique la loi de manière indirecte et capricieuse afin de faire obstacle à l'activité des prostituées, ou du moins de certaines d'entre elles, c'est-à-dire des plus démunies ou de celles qui n'ont pas accès à de riches «commanditaires» pouvant les faire travailler à l'abri des regards policiers.

Les dispositions actuellement en vigueur n'ont pas permis d'atteindre leur objectif au moins théorique, c'est-à-dire réduire la prostitution ou, du moins, en concourir (sic) le développement dans des limites tolérables. De plus, elles sont appliquées d'une manière qui tend à avilir et à déshumaniser la prostituée. . . [Je souligne.]

(*La pornographie et la prostitution au Canada* (1985), vol. 2, aux pp. 423, 571 et 572.)

Contrairement au Comité spécial, notre Cour n'a pas pour tâche de recommander une révision globale du droit pénal se rapportant au contrôle de la prostitution. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, un élément de ce dédale de lois qui ont pour objet le contrôle de la prostitution viole un principe aussi fondamental pour notre société que la présomption d'innocence, et le fait de façon aussi manifestement arbitraire, inéquitable et irration-

tional, then we must fulfil our constitutional duty and declare that law to be of no force or effect.

I add this note. Since the appellant was charged <sup>a</sup> the relevant provisions of the *Criminal Code* have been amended: S.C. 1987, c. 24, s. 9 (now R.S.C., 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 9). Section 195(1)(j), which did not differentiate between living on the avails of juvenile and adult prostitution, has been <sup>b</sup> amended to create two distinct offences: living on the avails of prostitution (s. 212(1)(j)), and the more serious offence of living on the avails of prostitution of a person who is under the age of <sup>c</sup> eighteen years (s. 212(2)). I would not wish these reasons to be read as precluding the argument that a rational connection sufficient to justify s. 212(2) under s. 1 of the *Charter* can be established <sup>d</sup> between the facts substituted by the presumption and the essential element of living parasitically on the avails of juvenile prostitution.

I would allow the appeal.

*Appeal dismissed, LA FOREST, MCLACHLIN and IACOBUCCI JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Singleton Urquhart Macdonald, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Jack Watson, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Monique Rousseau and Gilles Laporte, Ste-Foy.*

nelle, nous devons alors nous acquitter de notre devoir constitutionnel et déclarer ces dispositions législatives inopérantes.

J'ajouterais ceci. Depuis que l'appellant a été <sup>a</sup> accusé, les dispositions pertinentes du *Code criminel* ont été modifiées: S.C. 1987, ch. 24, art. 9 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 9). L'alinéa 195(1)(j), qui ne différenciail pas <sup>b</sup> entre le fait de vivre des produits de la prostitution d'une personne mineure ou adulte, a été modifié pour créer deux infractions distinctes, soit celle de vivre des produits de la prostitution (al. 212(1)(j)), <sup>c</sup> et l'infraction plus grave de vivre des produits de la prostitution d'une personne âgée de moins de dix-huit ans (par. 212(2)). Je ne voudrais pas que <sup>d</sup> l'on déduise des présents motifs qu'il est impossible de soutenir qu'un lien rationnel suffisant pour justifier le par. 212(2) en vertu de l'article premier de la *Charte* peut être établi entre les faits substitués par la présomption et l'élément essentiel du fait de vivre en parasite des produits de la prostitution d'une personne mineure.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, MCLACHLIN et IACOBUCCI sont dissidents.*

*Procureurs de l'appellant: Singleton Urquhart Macdonald, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Jack Watson, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Monique Rousseau et Gilles Laporte, Ste-Foy.*

**The United States of America** *Appellant*

v.

**The Public Service Alliance of Canada, the Attorney General of Canada and the Canada Labour Relations Board** *Respondents*

INDEXED AS: RE CANADA LABOUR CODE

File No.: 21641.

1991: December 11; 1992: May 21.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*International law — Sovereign immunity — Canadian support staff at U.S. base in Canada seeking certification — U.S. claiming sovereign immunity — Whether activity commercial or sovereign — State Immunity Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 95, ss. 3(1), (2), 4(1), (2)(a), 5.*

*Labour relations — Canadian support staff at U.S. base in Canada seeking certification — U.S. claiming sovereign immunity — Whether activity commercial or sovereign.*

The Public Service Alliance of Canada sought certification as bargaining agent for Canadian civilian trades people working for the U.S. Navy at a U.S. base established in Newfoundland pursuant to a World War II lend-lease agreement. The base was a particularly "sensitive" communications installation and security required the use of passes, and in some areas, special passes and personal military escort for the workers. The workers were paid in Canadian currency, paid Canadian income tax and contributed to the Canada Pension Plan and Unemployment Insurance. They were required to sign a no strike contract. Prior to certification proceedings, the U.S. Navy agreed to collective bargaining under U.S. labour law. When it was determined that the relevant American legislation was not applicable, the U.S. Navy proposed that a collective agreement nevertheless be negotiated with the Base Commanding Officer's resolving any differences between the parties. PSAC found this solution unacceptable and filed for

**Les États-Unis d'Amérique** *Appelant*

c.

**L'Alliance de la fonction publique du Canada, le procureur général du Canada et le Conseil canadien des relations du travail** *Intimés*

b

RÉPERTORIÉ: RE CODE CANADIEN DU TRAVAIL

N° du greffe: 21641.

1991: 11 décembre; 1992: 21 mai.

c

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

d

*Droit international — Immunité de juridiction — Accréditation demandée par du personnel de soutien canadien travaillant dans une base américaine au Canada — Les États-Unis réclament l'immunité de juridiction — S'agit-il d'une activité commerciale ou de l'activité d'un État souverain? — Loi sur l'immunité des États, S.C. 1980-81-82-83, ch. 95, art. 3(1), (2), 4(1), (2)(a), 5.*

e

*Relations de travail — Accréditation demandée par du personnel de soutien canadien travaillant dans une base américaine au Canada — Les États-Unis réclament l'immunité de juridiction — S'agit-il d'une activité commerciale ou de l'activité d'un État souverain?*

g

L'Alliance de la fonction publique du Canada a demandé l'accréditation à titre d'agent négociateur des civils canadiens travaillant comme personnes de métier pour la marine américaine à l'intérieur d'une base américaine établie à Terre-Neuve, conformément à un prêt-bail conclu pendant la Deuxième Guerre mondiale. La base est une installation de communications particulièrement «névralgique» et exige, pour des motifs de sécurité, l'utilisation de laissez-passer; à certains endroits, les travailleurs doivent être munis de laissez-passer spéciaux et escortés par des militaires. Rémunérés en dollars canadiens, les employés en question versent des impôts au gouvernement canadien et cotisent aux régimes de pensions et d'assurance-chômage du Canada. Ils doivent signer un contrat de travail assorti d'une interdiction de grève. Avant les procédures d'accréditation, la marine américaine avait consenti à la négociation collective sous le régime des lois ouvrières américaines. Lorsqu'on a décidé que la législation amé-

certification with the Canada Labour Relations Board. The Board found it had jurisdiction over the base's civilian employees but stayed certification proceedings so that the question could be referred to the Federal Court of Appeal. The court held that the United States could not claim state immunity from the application for certification. The United States appealed. At issue here was whether the *State Immunity Act* applied to provide immunity for the base, and in particular, whether the certification proceedings fell within the commercial activity exception in the Act.

*Held* (Sopinka and Cory JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The *State Immunity Act* is a codification of the restrictive theory of sovereign immunity developed by the common law. The Act continues and clarifies this theory, but does not alter its substance. The relevant provisions of the Act, ss. 2 and 5, focus primarily on the nature of the activity in question, as did the common law. However, as with the common law the Act must be applied through a contextual approach: both the purpose and nature of the activity are relevant to this inquiry. The commercial activity exception in the Act requires a two-step inquiry: the nature of the activity must be determined; then its relationship to the domestic court proceedings must be assessed.

Employment at a military base is a multi-faceted relationship. It is not valid to isolate one aspect of this activity and label it as either "sovereign" or "commercial" in nature. Rather, those aspects of the activity that are relevant to the proceedings in issue should be determined. Then the impact of the proceedings on these attributes must be assessed.

A bare contract of employment at the base is for the most part a commercial activity, and the Canadian employees will generally be entitled to enforce their contracts in our courts. But, employment at the base has sovereign aspects as well. In particular, the structuring of work at the base, traditionally a management prerogative, is reserved to the base commander. This aspect of

ricaine pertinente ne s'appliquait pas, la marine américaine a proposé de négocier néanmoins une convention collective et que toute mésentente entre les parties soit réglée par le commandant de la base. L'AFPC a jugé cela inacceptable et a déposé une requête en accréditation auprès du Conseil canadien des relations du travail. Le Conseil a conclu qu'il avait compétence à l'égard des employés civils de la base, mais il a interrompu les procédures d'accréditation de manière à pouvoir soumettre par renvoi la question à la Cour d'appel fédérale. La cour a statué que les États-Unis ne pouvaient revendiquer l'immunité de juridiction relativement à la requête en accréditation. Les États-Unis ont interjeté appel. Le présent pourvoi vise à déterminer si la *Loi sur l'immunité des États* s'applique pour accorder l'immunité à la base et, en particulier, si l'exception de l'activité commerciale, contenue dans la Loi, s'applique aux procédures d'accréditation.

*Arrêt* (les juges Sopinka et Cory sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

*Les juges* La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: La *Loi sur l'immunité des États* est une codification de la théorie restrictive de l'immunité de juridiction conçue par la common law. La Loi maintient et clarifie cette théorie, sans toutefois en modifier le fond. Les dispositions pertinentes de la Loi, les art. 2 et 5, sont principalement axées sur la nature de l'activité en question, tout comme l'était la common law. Cependant, tout comme dans le cas de la common law, il faut recourir à une méthode contextuelle pour appliquer la Loi: l'objet et la nature de l'activité sont tous deux pertinents en ce qui concerne cet examen. L'exception de l'activité commerciale prévue dans la Loi requiert un examen en deux étapes: il faut déterminer la nature de l'activité et ensuite évaluer son rapport avec les procédures du tribunal national.

Le travail dans une base militaire est une relation à plusieurs facettes. On ne peut pas isoler un aspect de cette activité pour ensuite la cataloguer comme étant «souveraine» ou «commerciale» de par sa nature. Il y a lieu plutôt de déterminer quels aspects de l'activité sont pertinents aux procédures en cause et d'évaluer ensuite l'impact de ces procédures sur ces aspects.

Un simple contrat de travail à la base constitue, en majeure partie, une activité commerciale et les employés canadiens auront généralement le droit de recourir à nos tribunaux pour l'exécution de leurs contrats de travail. Mais le travail à la base comporte aussi des aspects de souveraineté. En particulier, l'organisation du travail à l'intérieur de la base, traditionnellement réservée à la

employment goes to the heart of the base operations, and as such is sovereign in nature.

To fall under the commercial activity exception, the proceedings must do more than incidentally affect the hiring of civilian labour at the base. They must relate to the activity viewed in its entire context. While the certification proceedings touch on the employment contracts, the competing nexus between the proceedings and the management of the base must also be considered. The connection between the hiring of individual employees and the imposition of non-consensual labour-management relations under the *Canada Labour Code* is too tenuous to create the nexus required by the Act. At the same time, the supervision of base operations by a domestic tribunal creates a nexus that is unacceptable under the Act.

This latter nexus raises practical concerns. The right to strike implicit in the *Canada Labour Code* threatens the military mission of the base. In a war, the replacement of striking workers with military personnel may not be feasible. Moreover, it is conceivable that the Canadian government could in the future adopt legislation prohibiting the replacement of striking workers. As well, legislation to end a strike could only be passed by the Canadian Parliament, an option not available to the United States in this case. Finally, the Board's mandate would allow substantial intrusion into base affairs. For example, terms of a collective agreement could be imposed by the Board, and the Board could rescind disciplinary actions taken by the Base Commanding Officer.

The "private person" test for sovereign immunity should be restricted to the trading context in which it was developed. It does not apply in this case. Here, American control over base operations was explicitly granted by the 1941 Lease, and the Lease clearly bars any derogation of American authority through Canadian legislation.

The effects of the Board's proceedings are not limited to union certification. Certification triggers a host of rights and obligations, many of which are virtual certainties. Ignoring these inevitable obligations would frustrate the purpose of sovereign immunity: the foreign state would be required to claim immunity piecemeal, at

direction, est confiée au commandant de la base. Cet aspect du travail touche au cœur même du fonctionnement de la base et est, comme tel, de caractère souverain.

<sup>a</sup> Pour que l'exception de l'activité commerciale leur soit applicable, les procédures doivent faire plus que toucher d'une manière accessoire à l'embauchage de main-d'œuvre civile à la base. Elles doivent toucher à l'activité considérée dans l'ensemble de son contexte. <sup>b</sup> Même si les procédures d'accréditation touchent aux contrats de travail, il faut également considérer le lien concurrent qui existe entre les procédures et la gestion de la base. Le lien entre l'embauchage de main-d'œuvre et l'imposition de relations patronales-syndicales non consensuelles en vertu du *Code canadien du travail* est trop ténu pour former le lien requis par la Loi. En même temps, la surveillance des activités de la base par un tribunal national crée un lien inacceptable en vertu de la Loi.

<sup>d</sup> Ce dernier lien soulève des préoccupations d'ordre pratique. Le droit de faire la grève, qui est implicite dans le *Code canadien du travail*, menace de perturber la mission militaire de la base. En temps de guerre, il peut être impossible de remplacer les travailleurs en grève par du personnel militaire. Il n'est pas impossible non plus que le gouvernement canadien adopte à l'avenir une loi interdisant le recours à des briseurs de grève. De même, une mesure législative visant à mettre fin à une grève ne pourrait être adoptée que par le Parlement canadien, ce que ne peuvent faire les États-Unis en l'espèce. Enfin, le Conseil pourrait s'ingérer considérablement dans les affaires internes de la base. Par exemple, il pourrait imposer des conditions dans une convention collective et annuler des mesures disciplinaires prises par le commandant de la base.

<sup>g</sup> Le critère du «particulier» relatif à l'immunité de juridiction ne devrait s'appliquer qu'au contexte commercial dans lequel il a été conçu. Il ne s'applique pas ici. <sup>h</sup> En l'espèce, le contrôle américain sur les activités de la base a été accordé expressément par le bail de 1941 et ce bail interdit clairement toute atteinte à l'exercice du pouvoir américain au moyen des lois canadiennes.

<sup>i</sup> Les effets des procédures du Conseil ne se limitent pas à l'accréditation syndicale. L'accréditation donne naissance à toute une série de droits et obligations dont un grand nombre constituent des quasi-certitudes. Si on ignorait ces obligations inévitables, l'objet de l'immunité de juridiction serait alors contrecarré: l'État étranger se verrait forcé de réclamer peu à peu l'immunité à chaque étape du processus de la négociation collective.

each stage of the collective bargaining process. This approach is simply not workable.

It is regrettable that sovereign immunity deprives employees of their right to the protection of labour relations laws in this case. However, this result is a necessary consequence of Canada's commitment to policies of international comity and reciprocity, and to its commitments under the Lease. Whenever sovereign immunity is asserted, it is inevitable that domestic parties will be denied legal recourse. This is a policy choice implicit in the Act itself.

*Per Sopinka and Cory JJ. (dissenting):* The Canadian definition of commercial activity does not explicitly or implicitly bar a consideration of the purpose of an activity in determining whether or not that activity is protected by state immunity. The drafters of the Canadian Act were aware of the American legislation explicitly barring such a consideration and must have intentionally departed from it thereby avoiding an overly narrow interpretation of the definition.

The Canadian definition places paramount importance on the nature of the activity. To identify this "nature" or quality of an activity, a Court should have regard to the context in which the activity took place. It will often be necessary to consider the immediate purpose of the actions taken by the foreign state. This approach fosters the goal of reasonably restricting state immunity by looking beyond the ultimate purpose of the foreign state's action, which will almost always be public, while continuing to protect by immunity the truly sovereign acts of states from domestic court proceedings. It does not unduly restrict the courts in classifying an activity according to its nature by unnecessarily narrowing the scope of the inquiry. This contextual approach complies with the definition of "commercial activity" contained in the Canadian statute, by retaining the nature of the activity as the focus of the decision. On the other hand, it avoids the problems caused by attempting to treat the nature and purpose of an activity as completely separate and discrete inquiries.

The issue as to whether or not the U.S. is entitled to immunity depends here on (1) the task for which the workers were hired and (2) whether the activity of hir-

Pareille façon de procéder n'est tout simplement pas pratique.

Il est regrettable que l'immunité de juridiction prive les employés de leur droit à la protection de la législation ouvrière en l'espèce. Toutefois, ce résultat est une conséquence nécessaire de l'engagement du Canada à respecter les politiques de courtoisie et de réciprocité internationales, de même que les engagements qu'il a pris dans le bail. Chaque fois que l'immunité de juridiction est revendiquée, certaines parties locales se trouvent inévitablement dépourvues de tout recours judiciaire. C'est un choix de principe implicite dans la Loi elle-même.

*Les juges Sopinka et Cory (dissidents):* La définition canadienne de l'activité commerciale n'interdit pas explicitement ou implicitement l'examen de l'objet d'une activité, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'activité en question est protégée par l'immunité de juridiction. Les rédacteurs de la loi canadienne étaient au courant du fait que la loi américaine interdisait explicitement pareil examen et ils ont dû s'en écarter intentionnellement pour éviter que la définition reçoive une interprétation trop étroite.

La définition canadienne accorde une importance primordiale à la nature de l'activité. Pour déterminer la «nature» ou la qualité d'une activité, un tribunal devrait tenir compte du contexte dans lequel elle s'est déroulée. Il sera souvent nécessaire d'examiner l'objet immédiat des mesures prises par l'État étranger. Cette méthode favorise l'objectif de restreindre raisonnablement l'immunité de juridiction en regardant au delà de l'objet ultime de l'acte de l'État étranger, qui sera presque toujours public, tout en continuant d'accorder à l'État étranger qui a accompli des actes de caractère véritablement souverain l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens. Du fait qu'elle ne restreint pas inutilement l'étendue de l'examen, les tribunaux n'ont pas à se limiter à la classification d'une activité selon sa nature. Cette méthode contextuelle est compatible avec la définition de l'«activité commerciale» contenue dans la loi canadienne puisque c'est la nature de l'activité qui continue de constituer l'élément déterminant de la décision. En revanche, elle évite les problèmes causés par la tentative de considérer la nature et l'objet d'une activité comme étant des points tout à fait différents et distincts.

La question de savoir si les États-Unis ont droit à cette immunité de juridiction dépend en l'espèce de la réponse aux deux questions suivantes: (1) Quelles sont les fonctions pour lesquelles les travailleurs ont été embauchés? (2) L'embauchage d'une personne chargée

ing a person to perform that task was one in which a private party could engage.

The workers were trades persons hired as support workers for the military personnel. These workers were not neither privy to sensitive information nor regarded by the U.S. Navy as secure personnel. Apart from their support role, they served no purpose that was critical to the operation of the communications centre. The hiring of workers for the base does not fall within the scope of public acts of sovereign states. A state may not rely on the ultimate purpose of an activity to qualify its acts.

The employment of maintenance workers with very restricted access to a secure site is certainly an activity in which private parties could engage. The hiring of these workers, therefore, must fall into the category of a private act which by its nature is a commercial activity.

The legal distinction between the common law of employment and the legislated scheme of collective bargaining provided by the *Canada Labour Code* was not relevant to the determination of the issues here. Both the common law of employment and the Code relate to the regulation of the employment relationship. It is the nature of that relationship of employment which must be considered in determining whether state immunity should apply. Entry into the collective bargaining relationship does not result in significant differences from an individual contract of employment, notwithstanding the Board's assuming broad authority to supervise labour-management relations at the base after the union's certification. The threat of disruption of base operations by potential strike action by Canadian support workers was diminished by base's ready access to replacement workers in the vast U.S. military organization. The hiring of replacement workers was not barred by the *Canada Labour Code*.

The U.S. Navy was readily prepared to accept an American collective bargaining regime operating under the applicable American statute. The U.S. government therefore was not adverse to the certification of a union in general terms and was prepared to accept the consequences which arose from certification. That certification would result in the Board's having other powers including the hearing of grievances could therefore be of little real concern to the United States.

de remplir ces fonctions constitue-t-il une activité qu'un particulier pourrait exercer?

Les travailleurs sont des gens de métier engagés comme employés de soutien pour le personnel militaire. Ces travailleurs ne sont pas au courant de renseignements névralgiques et la marine américaine ne les considère pas comme du personnel sûr. À part leur rôle de soutien, ces travailleurs ne participent d'aucune façon cruciale au fonctionnement du centre de communications. L'embauchage de travailleurs pour la base ne relève pas des actes publics accomplis par un État souverain. Un État ne peut invoquer l'objet ultime d'une activité pour qualifier ses actes.

L'embauchage de préposés à l'entretien ayant un accès très restreint à une zone protégée constitue certainement une activité qu'un particulier pourrait exercer. En conséquence, l'embauchage de ces travailleurs doit tomber dans la catégorie des actes privés qui, de par leur nature, constituent une activité commerciale.

La distinction juridique entre la common law en matière d'emploi et le régime législatif de la négociation collective prévu dans le *Code canadien du travail* n'est aucunement pertinente pour trancher les questions soulevées en l'espèce. La common law en matière d'emploi et le Code portent tous deux sur la réglementation de la relation employeur-employé. C'est la nature de cette relation employeur-employé qui doit être examinée au moment de déterminer si l'immunité de juridiction devrait s'appliquer. L'engagement dans une relation fondée sur la négociation collective ne diffère pas sensiblement d'un contrat de travail individuel, nonobstant le fait que le Conseil possède de vastes pouvoirs de surveillance des relations patronales-syndicales dans la base après l'accréditation du syndicat. La possibilité qu'une grève des employés de soutien canadiens vienne entraver le fonctionnement de la base est réduite à cause de la facilité avec laquelle la base peut avoir accès à des briseurs de grève à l'intérieur de la vaste organisation militaire américaine. Le *Code canadien du travail* n'interdit pas d'engager des briseurs de grève.

La marine américaine était parfaitement disposée à accepter un régime américain de négociation collective qui serait régi par la loi américaine applicable. Le gouvernement américain ne s'oppose donc pas à l'accréditation d'un syndicat en général et il est disposé à assumer les conséquences de l'accréditation. Le fait que l'accréditation aurait pour effet de conférer d'autres pouvoirs au Conseil, y compris celui d'entendre des griefs, ne saurait donc vraiment préoccuper les États-Unis.



The U.S. government claim to state immunity from the processes of a Canadian tribunal must be rejected. The act of hiring support service employees was one which a private person could undertake. It was in the nature of a commercial activity. Once it has been demonstrated that a foreign state does not fall within the ambit of immunity protected by the Canadian statute it should not receive any special dispensation from Canadian law. A Canadian worker, working on Canadian soil, should not be deprived of the benefits of Canadian law unless the foreign state is acting in a context which warrants immunity. This is particularly so when Americans working in the United States for a foreign state would, in similar circumstances, have the benefit of American law.

#### Cases Cited

By La Forest J.

**Considered:** *Goethe House New York, German Cultural Center v. N.L.R.B.*, 685 F.Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988), rev'd 869 F.2d 75 (1989), *certiorari* denied 110 S.Ct. 52 (1989); *I Congreso del Partido*, [1983] 1 A.C. 244; *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua*, 770 F.2d 1385 (1985); *Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center v. Hellenic Republic*, 877 F.2d 574 (1989); **referred to:** *Texas Trading & Mill. Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (1981); *Joseph v. Office of Consulate General of Nigeria*, 830 F.2d 1018 (1987); *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Segni v. Commercial Office of Spain*, 650 F.Supp. 1042 (1986); *Van der Hulst v. United States*, Supreme Court of the Netherlands, No. 13.696, December 22, 1989, unreported; *Kayimbakis v. United States*, Norway, Eidsivating App. Ct., May 29, 1989, unreported; *Libyan Arab Jamahiriya v. Trobbiani* (1990), 73 Riv. Dir. Int. 402; *Italian Trade Union for Embassy and Consular Staff v. United States* (1981), 65 I.L.R. 338; *State Bank of India v. N.L.R.B.*, 808 F.2d 526 (1986), *certiorari* denied 483 U.S. 1005 (1987); *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] Q.B. 529.

La réclamation par le gouvernement américain de l'immunité de juridiction relativement aux poursuites devant un tribunal canadien doit être rejetée. L'embauchage d'employés de soutien constitue une activité qu'un particulier pourrait exercer. Il s'agit d'une activité de nature commerciale. Une fois établi que l'État étranger ne jouit pas de l'immunité prévue par la loi canadienne, il ne devrait pas bénéficier d'une dispense spéciale de l'application des lois canadiennes. Un travailleur canadien, qui travaille en sol canadien, ne devrait pas être privé des avantages des lois canadiennes sauf si l'État étranger agit dans un contexte qui justifie l'immunité. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il appert que des Américains travaillant aux États-Unis pour le compte d'un gouvernement étranger auraient droit, dans les mêmes circonstances, au bénéfice de la loi américaine.

#### Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

**Arrêts examinés:** *Goethe House New York, German Cultural Center c. N.L.R.B.*, 685 F.Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988), inf. par 869 F.2d 75 (1989), *certiorari* refusé 110 S.Ct. 52 (1989); *I Congreso del Partido*, [1983] 1 A.C. 244; *De Sanchez c. Banco Central de Nicaragua*, 770 F.2d 1385 (1985); *Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center c. Hellenic Republic*, 877 F.2d 574 (1989); **arrêts mentionnés:** *Texas Trading & Mill. Corp. c. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (1981); *Joseph c. Office of Consulate General of Nigeria*, 830 F.2d 1018 (1987); *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Segni c. Commercial Office of Spain*, 650 F.Supp. 1042 (1986); *Van der Hulst c. United States*, Cour suprême des Pays-Bas, n° 13.696, 22 décembre 1989, inédit; *Kayimbakis c. United States*, Norvège, C.A. Eidsivating, 29 mai 1989, inédit; *Libyan Arab Jamahiriya c. Trobbiani* (1990), 73 Riv. Dir. Int. 402; *Italian Trade Union for Embassy and Consular Staff c. United States* (1981), 65 I.L.R. 338; *State Bank of India c. N.L.R.B.*, 808 F.2d 526 (1986), *certiorari* refusé 483 U.S. 1005 (1987); *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] Q.B. 529.

By Cory J. (dissenting)

*Texas Trading & Mill. Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (1981); *Segni v. Commercial Office of Spain*, 835 F.2d 160 (1987); *Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center v. Hellenic Republic*, 690 F.Supp. 682 (1988); *Brewer v. Socialist People's Republic of Iraq*, 890 F.2d 97 (1989); *Weltover, Inc. v. Republic of Argentina*, 941 F.2d 145 (1991); *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] Q.B. 529; *I Congreso del Partido*, [1983] 1 A.C. 244; *Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne*, [1969] Que. Q.B. 818, rev'd [1971] S.C.R. 997; *Zodiac International Products Inc. v. Polish People's Republic*, [1977] C.A. 366; *Amanat Khan v. Fredson Travel Inc. (No. 2)* (1982), 36 O.R. (2d) 17; *State Bank of India v. N.L.R.B.*, 808 F.2d 526 (1986); *Goethe House New York, German Cultural Center v. N.L.R.B.*, 869 F.2d 75 (1989), *certiorari* denied 110 S.Ct. 52 (1989).

#### Statutes and Regulations Cited

*Agreements Concerning Leased Bases in Newfoundland*, [1952] Can. T.S. No. 14, Arts. I, XXIX.  
*American Bases Act*, S.N. 1941, c. 12.  
*Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 2 "federal work, undertaking or business", 107 "employee" [ad. 1972, c. 18, s. 1], 136 [*idem*].  
*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 2 "federal work, undertaking or business", 3 "employee", 36.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(7).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(4).  
*Federal Service Labor-Management Relations Statute*, Pub. L. 95-454, 92 Stat. 1192, 5 U.S.C. § 7103(a)(2)(i).  
*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. §§ 1603(d), 1604, 1605(a), (2).  
*Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 109.1.  
*North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement*, [1953] Can. T.S. No. 13, Arts. IX(4), XVIII.  
*State Immunity Act 1978* (U.K.), 1978, c. 33, ss. 1(1), 3(1)(a), (b), (3), 4(1), (2), (3), (4), (5), (6).  
*State Immunity Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 95, ss. 2, 3(1), (2), 4(1), (2)(a), 5.  
*Terms of Union of Newfoundland with Canada, Newfoundland Act, 1949*, R.S.C., 1985, App. II, No. 32.  
*Visiting Forces Act*, R.S.C., 1985, c. V-2.

Citée par le juge Cory (dissident)

*Texas Trading & Mill. Corp. c. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (1981); *Segni c. Commercial Office of Spain*, 835 F.2d 160 (1987); *Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center c. Hellenic Republic*, 690 F.Supp. 682 (1988); *Brewer c. Socialist People's Republic of Iraq*, 890 F.2d 97 (1989); *Weltover, Inc. c. Republic of Argentina*, 941 F.2d 145 (1991); *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] Q.B. 529; *I Congreso del Partido*, [1983] 1 A.C. 244; *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1969] B.R. 818, inf. par [1971] R.C.S. 997; *Zodiac International Products Inc. c. Polish People's Republic*, [1977] C.A. 366; *Amanat Khan c. Fredson Travel Inc. (No. 2)* (1982), 36 O.R. (2d) 17; *State Bank of India c. N.L.R.B.*, 808 F.2d 526 (1986); *Goethe House New York, German Cultural Center c. N.L.R.B.*, 869 F.2d 75 (1989), *certiorari* refusé 110 S.Ct. 52 (1989).

#### Lois et règlements cités

*Accords concernant les bases de Terre-Neuve cédées à bail*, R.T. Can. 1952 n° 14, art. I, XXIX.  
*American Bases Act*, S.N. 1941, ch. 12.  
*Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 2 «entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale», 107 «employé» [aj. 1972, ch. 18, art. 1], 136 [*idem*].  
*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 2 «entreprises fédérales», 3 «employé», 36.  
*Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 109.1  
*Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada, Loi sur Terre-Neuve (1949)*, L.R.C. (1985), app. II, n° 32.  
*Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord*, R.T. Can. 1953 n° 13, art. IX(4), XVIII.  
*Federal Service Labor-Management Relations Statute*, Pub. L. 95-454, 92 Stat. 1192, 5 U.S.C. § 7103a(2)(i).  
*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. §§ 1603d), 1604, 1605a), (2).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(7).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 28(4).  
*Loi sur les forces étrangères présentes au Canada*, L.R.C. (1985), ch. V-2.  
*Loi sur l'immunité des États*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 95, art. 2, 3(1), (2), 4(1), (2)a), 5.  
*State Immunity Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 33, art. 1(1), 3(1)a), b), (3), 4(1), (2), (3), (4), (5), (6).

**Authors Cited**

Canada. Senate of Canada. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 10, March 19, 1981.

Emanuelli, C. "Commentaire: La Loi sur l'immunité des États" (1985), 45 *R. du B.* 81.

[1976] *U.S. Cong. & Admin. News* 6604.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 1 F.C. 332, 100 N.R. 221, rejecting a claim of state immunity on a reference by the Canada Labour Relations Board following a decision of that Board dismissing a claim of state immunity made in an application for certification. Appeal allowed, Sopinka and Cory JJ. dissenting.

*Brian A. Crane, Q.C.*, and *Donald Dow*, for the appellant.

*Ronald A. Pink, Q.C.*, and *Gordon Forsyth*, for the respondent Public Service Alliance of Canada.

*Edward R. Sojonky, Q.C.*, and *Gilles Villeneuve*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*H. Scott Fairley* and *John S. Contini*, for the respondent Canada Labour Relations Board.

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

LA FOREST J.—This appeal concerns the application of the international law doctrine of sovereign immunity, as codified in the *State Immunity Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 95 (now R.S.C., 1985, c. S-18), to union certification proceedings taken before the Canada Labour Relations Board in respect of Canadian civilian employees of the United States naval base in Argentia, Newfoundland. The United States claims immunity from the Board's proceedings, and the question ultimately turns on whether the proceedings "relate to any commercial activity" of the United States.

**Doctrine citée**

Canada. Sénat du Canada. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, question n° 10, 19 mars 1981.

<sup>a</sup> Emanuelli, C. «Commentaire: La Loi sur l'immunité des États» (1985) 45 *R. du B.* 81.

[1976] *U.S. Cong. & Admin. News* 6604.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 1 C.F. 332, 100 N.R. 221, qui a rejeté une réclamation d'immunité de juridiction dans le cadre d'un renvoi présenté par le Conseil canadien des relations du travail, qui avait rejeté une réclamation d'immunité de juridiction relativement à une requête en accréditation. Pourvoi accueilli, les juges *Sopinka* et *Cory* sont dissidents.

<sup>d</sup> *Brian A. Crane, c.r.*, et *Donald Dow*, pour l'appelant.

<sup>e</sup> *Ronald A. Pink, c.r.*, et *Gordon Forsyth*, pour l'intimée l'Alliance de la fonction publique du Canada.

*Edward R. Sojonky, c.r.*, et *Gilles Villeneuve*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

<sup>f</sup> *H. Scott Fairley* et *John S. Contini*, pour l'intimé le Conseil canadien des relations du travail.

<sup>g</sup> Version française du jugement des juges *La Forest*, *L'Heureux-Dubé* et *Gonthier* rendu par

LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi vise à déterminer si le principe de l'immunité de juridiction en droit international, codifié dans la *Loi sur l'immunité des États*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 95 (maintenant L.R.C. (1985), ch. S-18), s'applique aux procédures d'accréditation engagées devant le Conseil canadien des relations du travail à l'égard des employés civils canadiens de la base navale américaine d'Argentia (Terre-Neuve). Les États-Unis réclament l'immunité de juridiction relativement aux procédures devant le Conseil et il s'agit, en fin de compte, de déterminer si ces procédures «portent sur [d]es activités commerciales» des États-Unis.

Facts

The Argentinia naval base was established under the *Agreements Concerning Leased Bases in Newfoundland* (Leased Bases Agreement), [1952] Can. T.S. No. 14, concluded in March, 1941 between the United Kingdom and the United States, following an exchange of diplomatic notes the previous year. The lease is for a term of 99 years, and was incorporated into the law of Newfoundland by the *American Bases Act*, S.N. 1941, c. 12, which was continued by s. 18 of the 1949 "Terms of Union of Newfoundland with Canada", Schedule to the *Newfoundland Act, 1949*, R.S.C., 1985, App. II, No. 32. In 1951, Canada and her allies entered into the *North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement* (SOFA), [1953] Can. T.S. No. 13, and by an exchange of notes in 1952 between Canada and the United States, it was agreed that SOFA would apply to the Argentinia base: [1952] Can. T.S. No. 14. However, terms of the lease not duplicated or explicitly superseded by SOFA were later incorporated into Canada's domestic law by the *Visiting Forces Act*, R.S.C., 1985, c. V-2. However, this Act does not incorporate the SOFA provisions dealing with domestic civilian labour.

The base is controlled by the United States and its current mission is to support anti-submarine warfare command and tactical forces through the operation of a communications centre. However, the terms of the lease contemplate a broad range of military activity, extending to all aspects of a "naval and air base". It is a secure facility, covering a two square mile area, and includes the communications centre, a fire hall, a maintenance hall, a power house, a school and living quarters for approximately 500 American and 70 Canadian military personnel. Additionally there are Canadian civilians working at the base, some 60 of whom are employed as firefighters and tradespeople such as plumbers, engineers, carpenters, boiler plant operators and electricians. These Canadian

Les faits

La base navale d'Argentinia a été établie en vertu des *Accords concernant les bases de Terre-Neuve cédées à bail* (Accord concernant les bases cédées à bail), R.T. Can. 1952 n° 14, conclus en mars 1941 entre le Royaume-Uni et les États-Unis, à la suite d'un échange de notes diplomatiques l'année précédente. Ce bail d'une durée de 99 ans a été incorporé dans les lois de Terre-Neuve par l'*American Bases Act*, S.N. 1941, ch. 12, qui a été maintenue en vigueur par l'art. 18 des «Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada», Annexe de la *Loi sur Terre-Neuve (1949)*, L.R.C. (1985), app. II, n° 32. En 1951, le Canada et ses alliés ont conclu la *Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord* (CSF), R.T. Can. 1953 n° 13 et, dans le cadre d'un échange de notes en 1952 entre le Canada et les États-Unis, il a été convenu que la CSF s'appliquerait à la base d'Argentinia: R.T. Can. 1952 n° 14. Toutefois, les conditions du bail non reprises ni explicitement remplacées par la CSF devaient demeurer en vigueur. Certaines dispositions de la CSF ont par la suite été incorporées dans le droit interne canadien par la *Loi sur les forces étrangères présentes au Canada*, L.R.C. (1985), ch. V-2. Toutefois, cette loi n'inclut pas les dispositions de la CSF qui ont trait à la main-d'œuvre civile locale.

La base est exploitée par les États-Unis et elle a actuellement pour mission d'appuyer, au moyen d'un centre de communications, un commandement et un groupe tactique de guerre anti-sous-marine. Toutefois, les conditions du bail prévoient l'exercice de toute une gamme d'activités militaires visant tous les aspects d'une «base navale et aérienne». Cette base est une installation protégée qui occupe une superficie de deux milles carrés et comprend le centre de communications, une caserne de pompiers, un bâtiment de travaux publics, une centrale électrique, une école et des logements pour environ 500 militaires américains et 70 militaires canadiens. La base emploie également des civils canadiens dont une soixantaine à titre de pompiers et hommes de métiers, tels que plombiers, techniciens, menuisiers, préposés aux chaudières et électriciens. Ce sont ces employés

civilian employees are the subject of the certification proceedings at issue in this appeal.

These employees do most of the maintenance work at the base. When maintenance is required in the communications centre, an employee must obtain a special pass and is accompanied by a military escort. The area in which the maintenance is completed is then sealed off by military personnel. Thus the employees have minimal exposure to the actual military operations of the base. The employees report to a civilian foreman, but their ultimate superior is a United States military officer.

Some aspects of the employees' relationship with the base are connected to Canada: hiring decisions are made at Argentia and not at U.S. Navy Headquarters in Norfolk, Virginia; the employees are paid in Canadian dollars; they pay taxes, pension contributions and unemployment insurance premiums to the Canadian Government. On the other hand, the employees are subject to the American workers compensation program and are entitled to American official holidays, although they are also permitted to take leave on Canada Day.

Each employee is required to sign an employment agreement under which he or she agrees not to strike. The employees have never been unionized. In 1982, though, the Union of National Defence Employees (UNDE), now a component of the Public Service Alliance of Canada (PSAC), executed a "Memorandum of Understanding" with the base commander. The memorandum provided that UNDE and the Navy would jointly determine whether a majority of designated employees wanted a collective agreement. If such a desire was expressed, negotiations towards a collective agreement would commence according to terms specified in the memorandum. The memorandum also provided that UNDE would recognize and accept "U.S. law, regulations and instructions governing the employment of Canadian National Employees", and that the union would accept and honour the "no strike" clause in the employment contracts. There was apparently an understanding that the

civils canadiens qui sont visés par les procédures d'accréditation contestées en l'espèce.

Ces employés exécutent la majeure partie des travaux d'entretien à la base. Si des travaux d'entretien doivent être effectués dans le centre de communications, l'employé doit obtenir un laissez-passer spécial et être accompagné d'une escorte militaire pour y entrer. Le secteur où sont effectués les travaux d'entretien est ensuite gardé par des militaires. En conséquence, les employés d'entretien ont un contact minimal avec les véritables activités militaires de la base. Ces employés relèvent d'un contremaître civil, mais leur supérieur ultime est un officier militaire américain.

Certains aspects des rapports des employés avec la base sont liés au Canada: les décisions en matière d'embauche sont prises à Argentia et non au quartier général de la marine américaine à Norfolk, en Virginie; rémunérés en dollars canadiens, ces employés versent des impôts au gouvernement canadien et cotisent aux régimes de pensions et d'assurance-chômage du Canada. Par contre, ces employés bénéficient du programme américain d'indemnisation des accidents du travail et les jours de congé américains ainsi que la Fête du Canada sont fériés pour ceux-ci.

Tous les employés sont tenus de signer un contrat de travail dans lequel ils conviennent de ne pas faire la grève. Les employés n'ont jamais été syndiqués. Toutefois, en 1982, l'Union des employés de la Défense nationale (UEDN), maintenant une composante de l'Alliance de la Fonction publique du Canada (AFPC), a signé un «mémoire d'entente» avec le commandant de la base. Ce mémoire prévoyait que l'UEDN et la marine allaient déterminer conjointement si la majorité des employés désignés voulaient une convention collective. Dans l'affirmative, on procéderait à la négociation d'une convention collective conforme aux conditions du mémoire. Le mémoire prévoyait aussi que l'UEDN reconnaîtrait et accepterait [TRADUCTION] «la loi, les règlements et les directives des États-Unis concernant l'embauche de ressortissants canadiens», et que le syndicat accepterait et respecterait la clause interdisant la grève contenue dans les contrats de travail. On avait aussi apparemment con-

memorandum was subject to U.S. labour legislation; however the relevant American statute (the *Federal Service Labor-Management Relations Statute*, Pub. L. 95-454, 92 Stat. 1192, 5 U.S.C. § 7103(a)(2)(i)) did not apply to aliens or non-citizens employed outside the United States. When advised of this, the base commander suggested that negotiations should be continued according to the terms of the memorandum and that any misunderstandings would be resolved by him. PSAC, which by this time had succeeded UNDE, refused to negotiate further under those conditions.

On May 27, 1987, PSAC filed an application for certification on behalf of the civilian personnel pursuant to the provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (formerly R.S.C. 1970, c. L-1). In correspondence with the Canada Labour Relations Board, the United States Department of the Navy objected to the proceedings on the ground that the Board was without jurisdiction. On November 12, 1987, the Board held a hearing on the question of jurisdiction, but the United States was not represented at the hearing; nor did it file submissions. However, the Attorney General of Canada was given status as *mis-en-cause* and took the position that the Board lacked jurisdiction. In its decision of July 27, 1988, the Board held that it had jurisdiction to proceed with the application, but because of the "exceptional and especially complex character of this case" decided to refer certain questions to the Federal Court of Appeal for hearing and determination under s. 28(4) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. The reference was filed on August 12, 1988 stating the following questions:

(1) Has the Canada Labour Relations Board erred in finding that the United States Government could not claim State immunity as provided in section 3 of the State Immunity Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 95, with respect to an application for certification filed on behalf of Canadian civilians employed by the U.S. Department of Defense, at its Naval Facility at Argentia, Newfoundland?

venu que le mémoire serait assujéti à la législation américaine en matière de travail; toutefois, la loi américaine pertinente (la *Federal Service Labor-Management Relations Statute*, Pub. L. 95-454, 92 Stat. 1192, 5 U.S.C. § 7103a)(2)(i)) ne s'appliquait pas aux étrangers ou aux non-citoyens employés à l'extérieur des États-Unis. Quand il a appris cela, le commandant de la base a proposé que les négociations se poursuivent conformément aux conditions du mémoire et que toute mésentente soit réglée par lui. L'AFPC, qui, à cette époque, avait remplacé l'UEDN, a refusé de négocier dans ces conditions.

Le 27 mai 1987, l'AFPC a déposé une requête en accréditation au nom du personnel civil conformément aux dispositions du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (auparavant S.R.C. 1970, ch. L-1). Dans la correspondance échangée avec le Conseil canadien des relations du travail, le département américain de la Marine s'est opposé à ces procédures pour le motif que le Conseil n'avait pas compétence. Le 12 novembre 1987, le Conseil a tenu une audience sur la question de la compétence, mais les États-Unis n'y étaient pas représentés et n'ont pas produit d'arguments. Toutefois, le procureur général du Canada a obtenu le statut de mis en cause et s'est dit d'avis que le Conseil n'avait pas compétence. Dans sa décision du 27 juillet 1988, le Conseil a statué qu'il avait compétence pour entendre la requête, mais devant le «caractère tout à fait exceptionnel et particulièrement complexe de cette affaire», il a décidé de soumettre par renvoi certaines questions à la Cour d'appel fédérale pour audition et jugement, conformément au par. 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10. Les questions suivantes ont été soumises par renvoi le 12 août 1988:

(1) Le Conseil canadien des relations du travail a-t-il erré en concluant que le gouvernement des États-Unis ne pouvait pas bénéficier de l'immunité de juridiction prévue à l'article 3 de la Loi sur l'immunité des États, S.C. 1980-81-82-83, ch. 95, à l'égard d'une requête en accréditation présentée au nom de civils canadiens employés du département de la Défense des États-Unis à la base navale d'Argentia (Terre-Neuve)?

(2) If not, has the Canada Labour Relations Board erred in finding that the labour relations between the U.S. Naval Base and its Canadian civilian employees fall under the federal constitutional jurisdiction?

(3) If not, has the Canada Labour Relations Board erred in finding that these labour relations fall under its own jurisdiction?

The Federal Court of Appeal unanimously affirmed the Board's decision on the first question, but declined to hear counsel on the second and third questions until the first had been finally determined. Nor are the latter questions before this Court. Only the first question is under appeal; the second and third questions will be dealt with by the Federal Court of Appeal only if this Court dismisses the present appeal. PSAC, the Board and the Attorney General of Canada are named as respondents in this appeal.

### Legislation

The relevant sections of the *State Immunity Act* are the following:

2. In this Act,

“commercial activity” means any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that by reason of its nature is of a commercial character;

3. (1) Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada.

(2) In any proceedings before a court, the court shall give effect to the immunity conferred on a foreign state by subsection (1) notwithstanding that the state has failed to take any step in the proceedings.

4. (1) A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court if the state waives the immunity conferred by subsection 3(1) by submitting to the jurisdiction of the court in accordance with subsection (2) or (4).

(2) Dans la négative, le Conseil canadien des relations du travail a-t-il erré en jugeant que les relations du travail entre la base navale américaine et ses employés civils canadiens relevaient de la compétence constitutionnelle fédérale?

(3) Dans la négative, le Conseil canadien des relations du travail a-t-il erré en jugeant que ces relations du travail relevaient de sa compétence?

La Cour d'appel fédérale a confirmé à l'unanimité la décision du Conseil relativement à la première question, mais a refusé d'entendre les avocats au sujet des deuxième et troisième questions aussi longtemps que la première question n'aurait pas été tranchée définitivement. Nous ne sommes pas non plus saisis des deuxième et troisième questions. Seule la première question fait l'objet du présent pourvoi; la Cour d'appel fédérale répondra aux deuxième et troisième questions seulement si notre Cour rejette le présent pourvoi. L'AFPC, le Conseil et le procureur général du Canada sont les intimés dans le présent pourvoi.

### Les dispositions législatives

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immunité des États* sont:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«activité commerciale» Toute poursuite normale d'une activité ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature.

3. (1) Sauf exceptions prévues dans la présente loi, l'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada.

(2) Le tribunal reconnaît d'office l'immunité visée au paragraphe (1) même si l'État étranger s'est abstenu d'agir dans l'instance.

4. (1) L'État étranger qui se soumet à la juridiction du tribunal selon les modalités prévues aux paragraphes (2) ou (4), renonce à l'immunité de juridiction visée au paragraphe 3(1).

(2) In any proceedings before a court, a foreign state submits to the jurisdiction of the court where it

(a) explicitly submits to the jurisdiction of the court by written agreement or otherwise either before or after the proceedings commence;

(2) Se soumet à la juridiction du tribunal l'État étranger qui:

a) le fait de manière expresse par écrit ou autrement, avant l'introduction de l'instance ou en cours d'instance;

5. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state. [Emphasis added.]

Also of relevance are Articles I and XXIX of the Leased Bases Agreement:

ARTICLE I.

(1) The United States shall have all the rights, power and authority within the Leased Areas which are necessary for the establishment, use, operation and defence thereof, or appropriate for their control, and all the rights, power and authority within the limits of territorial waters and air spaces adjacent to, or in the vicinity of, the Leased Areas, which are necessary to provide access to and defence of the Leased Areas, or appropriate for control thereof.

ARTICLE XXIX.

The United States and the Government of the Territory respectively will do all in their power to assist each other in giving full effect to the provisions of this Agreement according to its tenor and will take all appropriate steps to that end.

During the continuance of any Lease, no laws of the Territory which would derogate from or prejudice any of the rights conferred on the United States by the Lease or by this Agreement shall be applicable within the Leased Area, save with the concurrence of the United States.

In addition, the following provisions of the *North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement* should be noted:

ARTICLE IX

4. Local civilian labour requirements of a force or civilian component shall be satisfied in the same way as the comparable requirements of the receiving State and

5. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales. [Je souligne.]

Les articles I et XXIX de l'Accord concernant les bases cédées à bail est également pertinent:

[TRADUCTION] ARTICLE I.

(1) Il sera accordé aux États-Unis, dans la limite des territoires cédés à bail tous les droits, pouvoir et autorité dont ils auront besoin pour l'établissement, l'utilisation, l'exploitation, la défense ou la direction desdits territoires, ainsi que tous les droits, pouvoir et autorité, dans la limite des eaux territoriales et des espaces aériens qui touchent ou avoisinent les territoires cédés à bail, qui sont indispensables pour assurer l'accès auxdits territoires, leur défense ou leur contrôle.

ARTICLE XXIX.

Les États-Unis et le Gouvernement du territoire, respectivement, feront tout en leur pouvoir pour s'entraider à appliquer intégralement les dispositions du présent accord conformément à sa teneur et prendront toutes mesures utiles à cette fin.

Pendant la durée d'un bail quelconque, aucune loi du territoire qui dérogerait ou qui porterait atteinte aux droits conférés aux États-Unis en vertu du bail ou du présent accord ne sera applicable dans les limites du territoire cédé à bail, sauf avec l'approbation des États-Unis.

Il y a lieu également de mentionner la disposition suivante de la *Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord*:

[TRADUCTION] ARTICLE IX

4. Les besoins locaux en main-d'œuvre civile d'une force ou d'un élément civil sont satisfaits de la même manière que ceux des services analogues de l'État de



with the assistance of the authorities of the receiving State through the employment exchanges. The conditions of employment and work, in particular wages, supplementary payments and conditions for the protection of workers, shall be those laid down by the legislation of the receiving State. Such civilian workers employed by a force or civilian component shall not be regarded for any purpose as being members of that force or civilian component.

### Judicial History

*Canada Labour Relations Board* (July 27, 1988)

The Board approached the question of sovereign immunity from two perspectives. First, it considered whether the United States had waived its sovereign immunity, as contemplated by s. 4(2)(a) of the *State Immunity Act*, by entering into SOFA. Second, the Board asked whether the employees' contracts of employment constituted a "commercial activity" within the meaning of s. 2 of the Act. In the Board's view, an affirmative answer to either of these questions would bar the United States' claim of immunity. On the first question, the Board concluded that SOFA could not be read as an "explicit" submission to Canadian courts. (It has been conceded that the Board is a "court" for purposes of the Act.) Given the language of s. 4(2)(a), any waiver must be clear and unequivocal, and the weight of academic opinion was that so-called "choice of law" clauses as found in Article IX(4) were at most an "implied" waiver of immunity. In the Board's view, the SOFA treaty lacked the requisite explicitness to qualify as a waiver.

Turning to the "commercial activity" issue, the Board found that the employment contracts fell within this exception to sovereign immunity, thus refuting the immunity claim of the United States government. In support of this conclusion, the Board presented a comprehensive exposition of the doctrine of sovereign immunity in international law and under domestic statutory law. The Board

séjour, avec leur assistance et par l'entremise des services de la main-d'œuvre. Les conditions d'emploi et de travail, notamment les salaires et accessoires de salaires et les conditions de protection des travailleurs, sont réglées conformément à la législation en vigueur dans l'État de séjour. Ces travailleurs civils employés par une force ou par un élément civil ne sont considérés en aucun cas comme membres de cette force ou de cet élément civil.

### L'historique judiciaire

*Le Conseil canadien des relations du travail* (27 juillet 1988)

Le Conseil a abordé la question de l'immunité de juridiction de deux points de vue. Premièrement, il a examiné si le gouvernement des États-Unis, en adhérant à la CSF, avait renoncé à son immunité de juridiction, tel que prévu à l'al. 4(2)(a) de la *Loi sur l'immunité des États*. Deuxièmement, le Conseil s'est demandé si les contrats de travail des employés constituaient une «activité commerciale» au sens de l'art. 2 de la Loi. Selon le Conseil, si la réponse à l'une ou l'autre des questions est affirmative, les États-Unis ne pourront pas réclamer l'immunité de juridiction. En ce qui concerne la première question, le Conseil a conclu que la CSF ne pouvait pas s'interpréter comme une soumission «expresse» à la juridiction des tribunaux canadiens. (On a concédé que le Conseil est un «tribunal» pour les fins de la Loi.) Selon le texte de l'al. 4(2)(a), toute renonciation à l'immunité de juridiction doit être claire et nette, et les auteurs ont tendance à considérer que ce qu'on appelle les clauses «d'option» («*choice of law clauses*») contenues à l'article IX(4) constituent tout au plus une renonciation «tacite» à l'immunité. De l'avis du Conseil, la CSF n'est pas suffisamment précise pour emporter une renonciation à l'immunité de juridiction.

Quant à la question de l'«activité commerciale», le Conseil a statué que les contrats de travail étaient visés par cette exception au principe de l'immunité de juridiction, rejetant ainsi la demande d'immunité du gouvernement américain. À l'appui de cette conclusion, le Conseil a présenté une analyse exhaustive du principe de l'immunité de juridiction en droit international et en droit canadien.

noted that Parliament chose to follow the American model for codification of the rules regarding the restrictive theory of sovereign immunity, in that both Canada and the United States define “commercial activity” in a general fashion, leaving it to the courts to develop a workable definition. This model can be contrasted with the English *State Immunity Act 1978* (U.K.), 1978, c. 33, which carves out a specific exception from immunity for contracts of employment.

Because of the paucity of Canadian judicial authority on the interpretation of the *State Immunity Act*, and because it was patterned after the American model, the Board considered it useful to turn to American authority for guidance. The relevant provision in the American *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C., is § 1603(d):

(d) A “commercial activity” means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose. [Emphasis added.]

In interpreting this provision, American courts and the Board found useful the following statement of legislative purpose of the U.S. House of Representatives Judiciary Committee, issued prior to the enactment of the Act (reprinted in [1976] *U.S. Cong. & Admin. News* 6604, at pp. 6614-15):

(d) *Commercial activity*.—Paragraph (c) of section 1603 defines the term “commercial activity” as including a broad spectrum of endeavor, from an individual commercial transaction or act to a regular course of commercial conduct. A “regular course of commercial conduct” includes the carrying on of a commercial enterprise such as a mineral extraction company, an airline or a state trading corporation. Certainly, if an activity is customarily carried on for profit, its commercial nature could readily be assumed. At the other end of the spectrum, a single contract, if of the same character as a contract which might be made by a private person, could constitute a “particular transaction or act.”

Il a mentionné que le Parlement a choisi de suivre le modèle américain de codification des règles concernant la théorie restrictive de l’immunité de juridiction, étant donné que le Canada et les États-Unis définissent l’«activité commerciale» d’une façon générale, laissant aux tribunaux le soin d’en donner une définition pratique. Ce modèle peut être comparé à la loi anglaise, la *State Immunity Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 33, qui établit expressément que les contrats de travail constituent une exception au principe de l’immunité de juridiction.

En raison du peu de jurisprudence canadienne sur l’interprétation de la *Loi sur l’immunité des États* et du fait que la loi canadienne s’inspire du modèle américain, le Conseil a jugé utile de se référer aux précédents américains. La disposition pertinente de la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C., est § 1603d):

[TRADUCTION d) Une «activité commerciale» s’entend de la poursuite normale d’une opération commerciale ainsi que de tout acte isolé. Le caractère commercial d’une activité est déterminé en fonction de la nature de l’activité ou de l’acte isolé plutôt qu’en fonction de son objet. [Je souligne.]

En interprétant cette disposition, les tribunaux américains et le Conseil ont jugé utile l’énoncé suivant de l’objectif législatif formulé par le comité judiciaire de la Chambre des représentants des États-Unis, avant l’adoption de la Loi (réimprimé dans [1976] *U.S. Cong. & Admin. News* 6604, aux pp. 6614 et 6615):

[TRADUCTION] d) *Activité commerciale*.—L’alinéa c) de l’article 1603 définit l’expression «activité commerciale» comme incluant un large éventail, depuis l’opération commerciale isolée jusqu’à la poursuite normale d’une activité commerciale. La «poursuite normale d’une activité commerciale» comprend notamment l’exploitation d’une entreprise commerciale telle qu’une compagnie d’extraction de minerais, une compagnie de transports aériens ou une société commerciale d’État. Il est certain que, si une activité est ordinairement exercée en vue d’un profit, son caractère commercial pourrait être facilement reconnu. À l’autre extrémité de l’éventail, un simple contrat, s’il était de la même nature qu’un contrat qui pourrait être passé par un particulier, pourrait constituer une «opération isolée».

As the definition indicates, the fact that goods or services to be procured through a contract are to be used for a public purpose is irrelevant; it is the essentially commercial nature of an activity or transaction that is critical. Thus, a contract by a foreign government to buy provisions or equipment for its armed forces or to construct a government building constitutes a commercial activity. The same would be true of a contract to make repairs on an embassy building. Such contracts should be considered to be commercial contracts, even if their ultimate object is to further a public function.

By contrast, a foreign state's mere participation in a foreign assistance program administered by the Agency for International Development (AID) is an activity whose essential nature is public or governmental, and it would not itself constitute a commercial activity. By the same token, a foreign state's activities in and "contacts" with the United States resulting from or necessitated by participation in such a program would not in themselves constitute a sufficient commercial nexus with the United States so as to give rise to jurisdiction (see sec. 1330) or to assets which could be subjected to attachment or execution with respect to unrelated commercial transactions (see sec. 1610(b)). However, a transaction to obtain goods or services from private parties would not lose its otherwise commercial character because it was entered into in connection with an AID program. Also public or governmental and not commercial in nature, would be the employment of diplomatic, civil service, or military personnel, but not the employment of American citizens or third country nationals by the foreign state in the United States.

The courts would have a great deal of latitude in determining what is a "commercial activity" for purposes of this bill. It has seemed unwise to attempt an excessively precise definition of this term, even if that were practicable. Activities such as a foreign government's sale of a service or a product, its leasing of property, its borrowing of money, its employment or engagement of laborers, clerical staff or public relations or marketing agents, or its investment in a security of an American corporation, would be among those included within the definition. [Emphasis added.]

This legislative history, the Board thought, clearly suggested that employment contracts with third

Comme l'indique la définition, le fait que les biens ou les services devant être obtenus grâce à un contrat doivent être utilisés à des fins publiques n'est pas pertinent; c'est le caractère essentiellement commercial d'une activité ou d'une opération qui importe. Ainsi, le contrat passé par un gouvernement étranger en vue d'acheter des approvisionnements ou du matériel destinés à ses forces armées ou de construire un édifice gouvernemental constitue une activité commerciale. Il en serait de même du contrat conclu en vue d'effectuer des réparations à une ambassade. Ces contrats devraient être considérés comme des contrats commerciaux, même s'ils ont pour but ultime des fonctions publiques.

Par contre, la simple participation d'un État étranger à un programme d'aide étrangère géré par l'Agency for International Development (AID) est une activité dont le caractère est essentiellement public ou gouvernemental, mais elle ne constituerait pas elle-même une activité commerciale. De même, les activités d'un État étranger aux États-Unis et les «contacts» avec les États-Unis résultant de ou requis par la participation à un programme de ce genre ne constitueraient pas en soi un lien commercial suffisant avec les États-Unis pour conférer la compétence voulue à leurs tribunaux (voir l'art. 1330) ou un droit d'action sur des biens qui pourraient faire l'objet d'une saisie-arrêt ou d'une saisie-exécution relativement à des opérations commerciales qui n'ont aucun rapport avec ces activités (voir l'al. 1610b)). Toutefois, une opération en vue d'obtenir des biens ou des services de particuliers ne perdrait pas son caractère qui autrement serait commercial du fait qu'elle a été conclue en liaison avec un programme de l'AID. Serait également public ou gouvernemental et non commercial par nature l'embauchage de diplomates, de fonctionnaires ou de militaires, mais non celui de citoyens américains ou de citoyens d'un pays tiers par l'État étranger aux États-Unis.

Les tribunaux disposeraient d'une grande latitude pour déterminer ce qu'est une «activité commerciale» aux fins du présent projet de loi. Il ne nous a pas semblé judicieux d'essayer d'établir une définition très précise de cette expression, même si cela était réalisable. Des activités telles que la vente d'un service ou d'un produit, la location de biens, le prêt d'argent, l'embauchage de manœuvres, d'employés de secrétariat ou d'agents de relations publiques ou de commercialisation ou l'investissement dans un titre d'une société américaine par un État étranger, feraient partie de celles qui sont comprises dans la définition. [Je souligne.]

De l'avis du Conseil, l'historique de la Loi laisse clairement supposer que les contrats de travail con-

country nationals would fall within the “commercial activity” exception in the American statute.

In the Board’s view, the leading American case on “commercial activity” was *Texas Trading & Mill. Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (1981). This case adopted the so-called “private person” test for applying the exception, which was stated in this way, at p. 309: “if the activity is one in which a private person could engage, it is not entitled to immunity.” Applying that test to the instant case, the Board concluded that if the same facts had presented themselves in the United States, the contracts of employment would have been described as a commercial activity, because the hiring of civilian employees is an activity that can be performed by a private party. The Board adopted this public-private dichotomy in its interpretation of s. 2 of Canada’s *State Immunity Act*, concluding that the hiring of civilian employees was a private act that fell within the “commercial activity” exception in that Act.

Two other issues were decided by the Board, neither of which arise on this appeal. First, the Board held that labour relations at the base fall under federal constitutional jurisdiction under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, because the activity in issue is directly related to Canada’s defence. Secondly, it concluded that the base constitutes a “federal work, undertaking or business” within the meaning of s. 2 of the *Canada Labour Code* and is therefore within the Board’s jurisdiction.

*Federal Court of Appeal*, [1990] 1 F.C. 332

The Court of Appeal unanimously affirmed both of the Board’s findings with respect to sovereign immunity. Mahoney J.A. wrote the principal reasons, Iacobucci C.J. (as he then was) adding separate reasons; Stone J.A. concurred with both. On the question of waiver, the court affirmed the Board’s decision without detailed comment. On the question of commercial activity, both sets of reasons affirm the Board’s finding, although

clus avec des ressortissants d’un pays tiers seraient visés par l’exception de l’«activité commerciale» prévue dans la loi américaine.

Selon le Conseil, l’arrêt américain de principe sur l’«activité commerciale» est l’arrêt *Texas Trading & Mill. Corp. c. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (1981). Dans cette affaire, on a adopté ce qu’on a appelé le critère du «particulier» pour appliquer l’exception, lequel critère est formulé ainsi, à la p. 309: [TRADUCTION] «s’il s’agit d’une activité qu’un particulier pourrait exercer, il n’a pas droit à l’immunité de juridiction.» Appliquant ce critère à la présente affaire, le Conseil a conclu que si la même situation s’était présentée aux États-Unis, les contrats de travail auraient été qualifiés d’activité commerciale, parce que l’embauchage d’employés civils est une activité qui peut être exercée par un particulier. Le Conseil a adopté cette distinction entre les actes publics et les actes privés pour interpréter l’art. 2 de la *Loi sur l’immunité des États* du Canada et il a conclu que l’embauchage d’employés civils constituait un acte privé qui était visé par l’exception de l’«activité commerciale» prévue dans cette loi.

Le Conseil a tranché deux autres questions qui n’ont pas été soulevées dans le présent pourvoi. Premièrement, le Conseil a conclu que les relations ouvrières à l’intérieur de la base relevaient de la compétence constitutionnelle fédérale conférée au par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce qu’il s’agit d’une activité directement reliée à la défense du Canada. Deuxièmement, il a conclu que la base constitue une «entreprise fédérale» au sens de l’art. 2 du *Code canadien du travail* et relève donc de la compétence du Conseil.

*La Cour d’appel fédérale*, [1990] 1 C.F. 332

La Cour d’appel a confirmé à l’unanimité les deux conclusions du Conseil en ce qui concerne l’immunité de juridiction. Le juge Mahoney a rédigé les motifs principaux, le juge en chef Iacobucci (maintenant juge de notre Cour) a ajouté des motifs distincts, et le juge Stone a souscrit aux deux opinions. Au sujet de la question de la renonciation, la cour a confirmé la décision du Conseil sans donner de détails. Quant à la question de l’ac-

Iacobucci C.J. differed with the approach taken by the Board.

Mahoney J.A. found that what is explicit in the American statutory definition of commercial activity—the exclusion of consideration of the purpose of the activity—is implicit in the Canadian definition. He noted that both the English and American models of sovereign immunity excluded employment contracts, and accepted the *Texas Trading* “private person” test. Finally, Mahoney J.A. adverted to the somewhat similar case of *Goethe House New York, German Cultural Center v. N.L.R.B.*, 685 F.Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988), rev’d 869 F.2d 75 (1989), *certiorari* denied 110 S.Ct. 52 (1989), where it was held that the doctrine of sovereign immunity did not exempt a German cultural centre from American labour relations laws.

Mahoney J.A. recognized a distinction between labour relations and mere employment contracts. It seemed clear to him that the sovereign dignity of a foreign state would be embarrassed if a domestic tribunal could force that state to bargain collectively, and that this was quite different from enforcing the terms of a contract of employment freely entered into. In the end, however, Mahoney J.A. was satisfied (even though “disturbed” by the result) that the proceeding here “related” to a commercial activity within the meaning of the Act. He stated, at p. 349:

I have come to the conclusion that a certification proceeding does, nevertheless, “relate” to the employment of members of the proposed bargaining unit under contracts of service, entry into which is, in my view, plainly “conduct . . . of a commercial character” on the part of the U.S. I am unable to find anything peculiar to employment on the base that allows me to distinguish, in a meaningful way, the employment in issue. Only if one looks beyond the nature of the employment to its broad purpose—to serve the defence requirements of the U.S.—can invocation of state immunity be rationalized.

tivité commerciale, les deux ensembles de motifs ont confirmé la décision du Conseil, mais le juge en chef Iacobucci n’était pas d’accord avec le raisonnement adopté par le Conseil.

Le juge Mahoney a conclu que ce qui est explicite dans la définition de l’activité commerciale que donne la loi américaine, savoir l’exclusion de l’examen de l’objet de l’activité en cause, est implicite dans la définition canadienne. Il a fait remarquer que les modèles britannique et américain de l’immunité de juridiction excluent les contrats de travail et il a accepté le critère du «particulier» formulé dans l’arrêt *Texas Trading*. Enfin, le juge Mahoney s’est penché sur l’arrêt quelque peu similaire *Goethe House New York, German Cultural Center c. N.L.R.B.*, 685 F.Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988), inf. par 869 F.2d 75 (1989), *certiorari* refusé 110 S.Ct. 52 (1989), dans lequel on a statué que le principe de l’immunité de juridiction n’exemptait pas un centre culturel allemand de l’application des lois américaines sur les relations du travail.

Le juge Mahoney a reconnu l’existence d’une distinction entre les relations du travail et les simples contrats de travail. Il lui semblait clair qu’il y aurait atteinte à la dignité d’un État étranger souverain si un tribunal national pouvait l’obliger à négocier collectivement, ce qui était très différent de l’application des modalités d’un contrat de travail conclu librement. Cependant, le juge Mahoney s’est finalement dit convaincu (quoique «troublé» par cette conclusion) que la requête «portait» sur une activité commerciale au sens de la Loi. Il dit, à la p. 349:

Je suis arrivé à la conclusion qu’une requête en accréditation «porte» néanmoins sur le travail des membres de l’unité de négociation projetée en vertu de contrats de services dont la conclusion constitue clairement, à mon avis, de la part des É.-U. un «acte . . . qui revêt un caractère commercial». Je ne puis rien trouver de spécial au travail effectué sur la base qui me permette de distinguer, de façon significative, le travail en cause. C’est seulement si l’on regarde au-delà de la nature du travail afin de découvrir son objectif général—satisfaire les besoins en défense des É.-U.—qu’on peut rationaliser le recours à l’immunité des États.

Iacobucci C.J. agreed with Mahoney J.A.'s approach. He noted that the Act's reference to the "nature" of the activity suggests a narrower scope of immunity than if "purpose" had been explicitly mentioned. In his view, deference to the purpose of the impugned activity would result in a scope of immunity as wide as that available under the "absolute theory" of sovereign immunity, thereby defeating the statutory intention of the Act. He agreed with Mahoney J.A. that the nature of the transaction in this case was commercial in that employment contracts entered into between the United States and Canadian civilians were at the heart of the matter and that the certification proceedings "related" to that commercial activity within the meaning of s. 5 of the Act.

Iacobucci C.J. noted, however, that the Board had gone somewhat astray in adopting the "private person" test as determinative in interpreting s. 2 of the Act. He illustrated the flaw in this approach with the example of a computer programmer hired to work on a foreign military base. That function could be performed by a private party but, if the work was in relation to highly confidential and sensitive information gathering and analysis, Iacobucci C.J. doubted whether those duties would constitute commercial activity.

### Issue

The only issue to be dealt with by this Court is the following:

Has the Canada Labour Relations Board erred in finding that the United States Government could not claim State immunity as provided in section 3 of the State Immunity Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 95, with respect to an application for certification filed on behalf of Canadian civilians employed by the U.S. Department of Defense, at its Naval Facility at Argentia, Newfoundland?

PSAC has abandoned its argument that SOFA constitutes a waiver of immunity within the meaning

Le juge en chef Iacobucci s'est dit d'accord avec le point de vue du juge Mahoney. Il a souligné que la mention par la Loi de la «nature» de l'activité laisse entendre une portée plus limitée de l'immunité que ne l'aurait fait la mention de l'«objet» ou du «but» de l'activité. À son avis, si on tenait compte de l'objet de l'activité attaquée, il en résulterait une immunité d'une portée aussi large que celle accordée en vertu de la «théorie absolue» de l'immunité de juridiction, ce qui irait à l'encontre de l'objet de la Loi. Il était d'accord avec le juge Mahoney pour dire que l'opération en l'espèce était de nature commerciale du fait que les contrats de travail conclus par les États-Unis et les civils canadiens étaient au cœur de l'affaire et que les procédures d'accréditation «portaient» sur cette activité commerciale au sens de l'art. 5 de la Loi.

Le juge en chef Iacobucci a toutefois fait remarquer que le Conseil s'était quelque peu égaré en considérant le critère du «particulier» comme déterminant aux fins de l'interprétation de l'art. 2 de la Loi. Pour illustrer la faiblesse de ce point de vue, il a donné l'exemple d'un programmeur en informatique engagé pour travailler dans une base militaire d'un État étranger. Ces fonctions pourraient être exercées par un particulier, mais si le travail se rapportait à la cueillette et à l'analyse de renseignements hautement confidentiels et délicats, le juge Iacobucci a dit douter que ces fonctions constitueraient une activité commerciale.

### La question en litige

La seule question dont notre Cour est saisie en l'espèce est la suivante:

Le Conseil canadien des relations du travail a-t-il erré en concluant que le gouvernement des États-Unis ne pouvait pas bénéficier de l'immunité de juridiction prévue à l'article 3 de la Loi sur l'immunité des États, S.C. 1980-81-82-83, ch. 95, à l'égard d'une requête en accréditation présentée au nom de civils canadiens employés du département de la Défense des États-Unis à la base navale d'Argentia (Terre-Neuve)?

L'AFPC a abandonné son argument que la CSF constitue une renonciation à l'immunité au sens de

of s. 4(2)(a) of the Act, so all that remains in issue is the “commercial activity” exception.

### Analysis

This appeal raises the issue of sovereign immunity, as codified in the *State Immunity Act*. Specifically, the question to be decided is whether labour relations at a foreign military base constitute “commercial activity” under the statute, thereby depriving the base of sovereign immunity in that regard. I have concluded that labour relations at the base are not “commercial”, and as such the base should be immune from the jurisdiction of any domestic labour tribunal.

The crux of this appeal is the proper interpretation of s. 5 of the *State Immunity Act*. It reads:

5. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state.

This is the provision by which the Board seeks to assert jurisdiction over labour relations at the base. The section, in combination with the definition of “commercial activity” in s. 2, raises two basic questions. First, what is the “nature” of the activity in question—i.e., does employment at the base constitute commercial activity? Second, are the proceedings in this case—a union certification application—“related” to that activity? The two questions are, of course, interrelated, and neither can be answered in absolute terms. Certain aspects of employment at the base are commercial, but in other respects the employment relationship is infused with sovereign attributes. Accordingly, the certification proceeding affects both the commercial and sovereign aspects of employment at the base. The issue then becomes whether the effect on the commercial realm is sufficiently strong as to form a “nexus” so that it can truly be said that the proceedings “relate” to commercial activity. In my view, a nexus exists only between the certification proceedings and the sovereign attributes of labour relations at the base. The effect on commercial

l'al. 4(2)a) de la Loi; ainsi, la seule question en litige porte sur l'exception de l'«activité commerciale».

### <sup>a</sup> Analyse

Le présent pourvoi soulève la question de l'immunité de juridiction codifiée dans la *Loi sur l'immunité des États*. Il s'agit tout particulièrement de déterminer si les relations de travail dans une base militaire d'un État étranger constituent une «activité commerciale» au sens de la Loi, privant ainsi la base de l'immunité de juridiction à cet égard. J'en suis venu à la conclusion que les relations de travail à l'intérieur de la base ne sont pas de caractère «commercial» et que la base doit en conséquence bénéficier de l'immunité de juridiction devant tout tribunal canadien du travail.

<sup>d</sup> Le présent pourvoi vise essentiellement à déterminer quelle interprétation il faut donner à l'art. 5 de la *Loi sur l'immunité des États*:

<sup>e</sup> 5. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales.

Le Conseil se fonde sur cette disposition pour faire valoir sa compétence sur les relations de travail à l'intérieur de la base. Cet article, conjugué à la définition de l'«activité commerciale» contenue à l'art. 2, soulève deux questions fondamentales. Premièrement, quelle est la «nature» de l'activité en question, c.-à-d. le travail à la base constitue-t-il une activité commerciale? Deuxièmement, les procédures en l'espèce, savoir la requête en accréditation syndicale, «portent-elles» sur cette activité? Ces deux questions sont évidemment intimement liées et on ne saurait y répondre de manière absolue. Le travail effectué à la base comporte certains aspects commerciaux, mais, à d'autres égards, la relation employeur-employé comporte des attributs de la souveraineté. En conséquence, les procédures d'accréditation touchent à la fois les aspects commerciaux et souverains du travail effectué à la base. Il s'agit alors de déterminer si l'impact sur le domaine commercial est suffisamment important pour constituer un «lien» permettant de dire que ces procédures «portent» sur une activité commerciale. À mon avis, il existe un lien seulement entre

activity is merely incidental and cannot trigger the application of s. 5 of the *State Immunity Act*.

In the courts below and on the hearing of this appeal, considerable importance was attached to the distinction between the nature of the employment relationship (a valid consideration under the statute) and the purpose of that relationship (purportedly an invalid consideration). I find it difficult if not impossible to distinguish in a principled manner between the nature and purpose of employment relationships, and I would thus decline to follow this approach. Nature and purpose are interrelated, and it is impossible to determine the former without considering the latter. I do not accept that the definition of "commercial activity" in the Act precludes consideration of its purpose. That definition, in circuitous fashion, defines "commercial activity" as conduct that "by reason of its nature is of a commercial character". In many cases, it may be unnecessary to delve into metaphysical distinctions between the ontology and teleology of the activity in question. However, if consideration of purpose is helpful in determining the nature of an activity, then such considerations should be and are allowed under the Act. Further, when an activity is multifaceted in nature (as in the instant case) consideration of its purpose will assist in determining which facets are truly "related" to the proceedings in issue.

Before delving into the specific questions posed by this case, it is useful to consider first the common law antecedents of the *State Immunity Act*, and then to compare Canada's codification of the common law with the statutory model in the United States. As will become apparent, the law in this area reveals a consistent pattern of development that has arrived at a point where state activity can be characterized only after appreciating its entire context. Rigid dichotomies between the

les procédures d'accréditation et les aspects souverains des relations de travail à la base. L'impact sur l'activité commerciale est simplement incident et ne peut déclencher l'application de l'art. 5 de la

<sup>a</sup> *Loi sur l'immunité des États.*

Devant les tribunaux d'instance inférieure et au cours de l'audition du présent pourvoi, on a accordé beaucoup d'importance à la distinction entre la nature de la relation employeur-employé (une considération valable en vertu de la Loi) et l'objet de cette relation (une considération apparemment non valable). Il m'est difficile, voire impossible, d'établir une distinction, fondée sur des principes, entre la nature et l'objet des relations employeur-employé et je refuse donc de souscrire à ce point de vue. La nature et l'objet sont intimement liés et il est impossible de se prononcer sur l'un sans examiner l'autre. Je ne crois pas que la définition de l'«activité commerciale» contenue dans la Loi empêche d'en examiner l'objet. L'«activité commerciale» est définie indirectement comme toute activité et tout acte «qui revêtent un caractère commercial de par leur nature». Dans de nombreux cas, il peut être inutile d'examiner des distinctions métaphysiques entre l'ontologie et la téléologie de l'activité en question. Toutefois, s'il est utile d'examiner l'objet d'une activité pour en déterminer la nature, la Loi autorise clairement cet examen. De plus, lorsque, de par sa nature une activité comporte plusieurs facettes (comme en l'espèce), l'examen de son objet aidera à déterminer quelles facettes «portent» véritablement sur les procédures en cause.

<sup>h</sup>

Avant d'analyser les questions précises que soulève la présente affaire, il est utile d'examiner tout d'abord la common law antérieure à la *State Immunity Act* et d'établir ensuite une comparaison entre la codification canadienne de la common law et le modèle législatif américain. On se rend compte que le droit en la matière est marqué par une évolution constante qui fait maintenant que l'activité d'un État ne peut être qualifiée qu'après avoir examiné l'ensemble du contexte dans lequel elle se



“nature” and “purpose” of state activity are not helpful in this analysis.

### *The Common Law*

Historically, nation states enjoyed an absolute immunity from adjudication by foreign courts. Under international law, it was accepted that sovereign states should not be “embarrassed” by subjection to the control of a foreign judiciary. Over time, however, as governments increasingly entered into the commercial arena, the doctrine of absolute immunity was viewed as an unfair shield for commercial traders operating under the umbrella of state ownership or control. The common law responded by developing a new theory of restrictive immunity. Under this approach, courts extended immunity only to acts *jure imperii*, and not to acts *jure gestionis*.

The development and current status of the restrictive theory of immunity is well stated by Lord Wilberforce in *I Congreso del Partido*, [1983] 1 A.C. 244 (H.L.). Though he was dissenting in part in that case, the other Law Lords expressly agreed with him on these general principles. The case concerned the liability of a Cuban state enterprise for its failure to deliver a quantity of sugar. Lord Wilberforce explained the policy in support of the new approach to sovereign immunity in this way, at p. 262:

The relevant exception, or limitation, which has been engrafted upon the principle of immunity of states, under the so called “restrictive theory,” arises from the willingness of states to enter into commercial, or other private law, transactions with individuals. It appears to have two main foundations: (a) It is necessary in the interest of justice to individuals having such transactions with states to allow them to bring such transactions before the courts. (b) To require a state to answer a claim based upon such transactions does not involve a challenge to or inquiry into any act of sovereignty or governmental act of that state. It is, in accepted phrases, neither a threat to the dignity of that state, nor any interference with its sovereign functions.

situé. Dans le cadre de cette analyse, il n’est pas utile d’établir des distinctions rigides entre la «nature» et l’«objet» de l’activité d’un État.

### *a La common law*

Les États ont toujours bénéficié d’une immunité de juridiction absolue devant les tribunaux étrangers. En vertu du droit international, on reconnaissait qu’un État souverain n’avait pas à se soumettre à la juridiction d’un tribunal étranger. Cependant, au fil des ans, face à la participation grandissante des gouvernements dans l’arène commerciale, on en est venu à considérer que le principe de l’immunité absolue offrait une protection injuste aux commerçants œuvrant sous l’égide d’une entreprise possédée ou contrôlée par l’État. La common law a réagi en formulant une nouvelle théorie de l’immunité restreinte. Selon cette théorie, les tribunaux n’accordaient l’immunité que pour les actes *jure imperii* et non pour les actes *jure gestionis*.

Dans l’arrêt *I Congreso del Partido*, [1983] 1 A.C. 244 (H.L.), lord Wilberforce a bien décrit l’évolution de la théorie restrictive de l’immunité. Quoique lord Wilberforce fut dissident en partie dans cette affaire, les autres lords juges ont explicitement indiqué qu’ils partageaient son opinion sur ces principes généraux. Cette affaire portait sur la responsabilité d’une entreprise de l’État cubain qui avait omis de livrer une certaine quantité de sucre. Lord Wilberforce explique de la façon suivante, à la p. 262, la politique à l’appui de cette nouvelle notion de l’immunité de juridiction:

[TRADUCTION] L’exception ou la limitation pertinente qui s’est greffée sur le principe de l’immunité des États, en vertu de ce qu’on appelle la «théorie restrictive», découle de la volonté des États d’effectuer des opérations commerciales, ou autres opérations relevant du droit privé, avec des particuliers. Il semble que cela ait deux fondements principaux: a) il est nécessaire dans l’intérêt de la justice que les particuliers effectuant de telles opérations avec des États puissent les soumettre aux tribunaux; b) le fait d’exiger qu’un État réponde à une réclamation fondée sur de telles opérations n’implique pas une contestation de l’acte de cet État souverain ou une enquête sur cet acte. Il ne s’agit pas, en termes établis, d’une menace à la dignité de cet État ni d’une ingérence dans ses fonctions d’État souverain.

The difficulty comes in determining just when a transaction is commercial or private. Lord Wilberforce acknowledged the case law that stresses that it is the character of the act that is determinative, rather than its purpose. However, he concluded, at p. 263, that the answer must be found through another analysis:

In my opinion this argument, though in itself generally acceptable, burkes, or begs, the essential question, which is “what is the relevant act?” It assumes that this is the initial entry into a commercial transaction and that this entry irrevocably confers upon later acts a commercial, or private law, character. Essentially it amounts to an assertion “once a trader always a trader.” But this may be an over-simplification.

If a trader is always a trader, a state remains a state and is capable at any time of acts of sovereignty. The question arises, therefore, what is the position where the act upon which the claim is founded is quite outside the commercial, or private law, activity in which the state has engaged, and has the character of an act done *jure imperii*. The “restrictive” theory does not and could not deny capability of a state to resort to sovereign or governmental action: it merely asserts that acts done within the trading or commercial activity are not immune. The inquiry still has to be made whether they were within or outside that activity.

This passage underscores the point that the state activity in question will often possess a hybrid nature—one public, the other private. In light of this reality, Lord Wilberforce did not attempt to surmount the conceptual difficulties inherent in formulating a precise method of differentiating between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. Instead, he opted for a contextual approach, at p. 267:

The conclusion which emerges is that in considering, under the “restrictive” theory whether state immunity should be granted or not, the court must consider the whole context in which the claim against the state is made, with a view to deciding whether the relevant act(s) upon which the claim is based, should, in that context, be considered as fairly within an area of activity, trading or commercial, or otherwise of a private law character, in which the state has chosen to engage, or whether the relevant act(s) should be considered as hav-

La difficulté est de déterminer quand une opération est commerciale ou privée. Lord Wilberforce reconnaît la jurisprudence qui souligne que c’est le caractère de l’acte qui est déterminant plutôt que son objet. Toutefois, il conclut, à la p. 263, qu’il faut procéder à une autre analyse pour répondre à la question:

[TRADUCTION] À mon avis, cet argument, quoique généralement acceptable en soi, escamote ou élude la question essentielle de savoir «quel est l’acte pertinent?» Cet argument laisse supposer que c’est l’engagement initial dans une opération commerciale et que cet engagement confère aux actes subséquents un caractère commercial ou de droit privé. On affirme essentiellement: «commerçant un jour, commerçant toujours». Toutefois, c’est peut-être trop simplifier la question.

Si un commerçant demeure toujours un commerçant, un État demeure un État et peut en tout temps accomplir des actes de souveraineté. Il faut donc déterminer ce qui arrive dans le cas où l’acte sur lequel se fonde la réclamation se situe complètement en dehors de l’activité commerciale ou relevant du droit privé que l’État a exercé, et possède le caractère d’un acte *jure imperii*. La théorie «restrictive» de l’immunité n’empêche pas un État d’accomplir un acte gouvernemental ou de souveraineté: elle dit simplement que l’immunité de juridiction n’est pas accordée pour les actes accomplis dans le cadre de l’activité commerciale. Il faut quand même examiner si ces actes ont été accomplis dans le cadre ou en dehors de cette activité.

Ce passage fait ressortir que la nature de l’activité de l’État en question sera souvent hybride, c’est-à-dire à la fois publique et privée. Compte tenu de ce fait, lord Wilberforce n’a pas tenté de surmonter les difficultés conceptuelles liées à la formulation d’un mode précis de différenciation des actes *jure imperii* et les *jure gestionis*. Il a plutôt opté pour une méthode contextuelle, à la p. 267:

[TRADUCTION] Lorsqu’il examine, en vertu de la théorie «restrictive» de l’immunité, s’il y a lieu d’accorder ou non l’immunité de juridiction, le tribunal doit examiner l’ensemble du contexte dans lequel est faite la réclamation contre l’État, afin de décider si l’acte ou les actes sur lesquels se fonde la réclamation, devraient, dans ce contexte, être considérés comme faisant équitablement partie d’un domaine d’activité commerciale ou relevant par ailleurs du droit privé, dans lequel l’État a choisi de s’engager, ou encore si l’acte ou les actes pertinents

ing been done outside that area, and within the sphere of governmental or sovereign activity.

The entire context includes both the nature and purpose of the act. Lord Wilberforce noted, at p. 272, that, "I agree that the purpose . . . is not decisive but it may throw some light upon the nature of what was done."

It seems to me that a contextual approach is the only reasonable basis of applying the doctrine of restrictive immunity. The alternative is to attempt the impossible—an antiseptic distillation of a "once-and-for-all" characterization of the activity in question, entirely divorced from its purpose. It is true that purpose should not predominate, as this approach would convert virtually every act by commercial agents of the state into an act *jure imperii*. However, the converse is also true. Rigid adherence to the "nature" of an act to the exclusion of purpose would render innumerable government activities *jure gestionis*. Neither of these extremes offers an appropriate resolution of the problem.

### *Statutory Codification*

In the 1970s, several countries moved to codify the common law regarding restrictive immunity. The United States passed the *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, the United Kingdom passed its *State Immunity Act 1978*, followed by the Canadian *State Immunity Act* in 1982. All these statutes provide a "commercial activity" exception to sovereign immunity. The English statute provides a list of specific exceptions, an approach different from that prevailing in North America, where a general definition of "commercial activity" is provided.

I view the Canadian *State Immunity Act* as a codification that is intended to clarify and continue the theory of restrictive immunity, rather than to alter its substance. The relevant provisions of the Act, ss. 2 and 5, focus on the nature and character of the activity in question, just as the common law

devraient être considérés comme ayant été accomplis à l'extérieur de ce domaine et à l'intérieur de la sphère d'activité du gouvernement ou de l'État souverain.

L'ensemble du contexte inclut à la fois la nature et l'objet de l'acte accompli. Lord Wilberforce indique, à la p. 272: [TRADUCTION] «Je reconnais que l'objet [. . .] n'est pas décisif, mais il peut contribuer à préciser la nature de ce qui a été accompli.»

Il me semble qu'une méthode contextuelle est la seule qui nous permette raisonnablement d'appliquer le principe de l'immunité restreinte. L'autre solution est de tenter l'impossible, c'est-à-dire une distillation antiseptique afin de qualifier une fois pour toute l'activité en question, quel qu'en soit l'objet. Il est vrai que l'objet ne devrait pas prédominer, car cette méthode ferait pratiquement de tout acte accompli par les agents commerciaux d'un État un acte *jure imperii*. Toutefois, le contraire est également vrai. S'en tenir strictement à la «nature» d'un acte, indépendamment de son objet, aurait pour effet de rendre *jure gestionis* d'innombrables activités gouvernementales. Ni l'une ni l'autre de ces deux extrêmes ne constitue une solution appropriée au problème qui nous préoccupe.

### *La codification législative*

Au cours des années 70, plusieurs pays ont entrepris la codification de la common law relative à l'immunité restreinte. Les États-Unis ont adopté la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, le Royaume-Uni, la *State Immunity Act 1978* et le Canada, la *Loi sur l'immunité des États* en 1982. Toutes ces lois prévoient que l'immunité de juridiction ne s'applique pas dans le cas d'une «activité commerciale». La loi anglaise donne une liste d'exceptions précises, une méthode qui diffère de celle qui a cours en Amérique du Nord et qui consiste à donner une définition générale de l'«activité commerciale».

J'estime que la codification effectuée au Canada dans la *Loi sur l'immunité des États* vise à clarifier et à maintenir la théorie de l'immunité restreinte, plutôt qu'à en modifier la substance. Les dispositions pertinentes de la Loi, les art. 2 et 5, sont axées sur la nature et le caractère de l'activité en

did. In the United States, a similar model has been adopted, although the definition of commercial activity is somewhat different:

A “commercial activity” means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose. [Emphasis added.]

Mahoney J.A. in the court below concluded that what is explicitly stated in the American statute is implicit in our law: “character” is to be determined with reference to the “nature” of the act, and not its purpose. With respect, I disagree. By excluding the qualifying language found in the American model, Parliament, it seems to me, must have intended that purpose was to have some place in determining the character of the relevant activity. The utility of “purpose”, albeit limited, should not be overlooked in characterizing the activity in question.

On this point it is important to note that American courts have continued to consider the purpose of an activity, even in the face of words in their legislation that would seem to invite the contrary position. In *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua*, 770 F.2d 1385 (1985), the court commented, at p. 1393:

We recognize that in differentiating sales of dollars by Banco Central from sales by private banks, we rely on the different purposes motivating the sales. This might seem to contravene the requirement that, in determining whether an activity is commercial or sovereign, we examine its “nature” rather than its “purpose.” . . . We do not interpret this provision, however, to bar us totally from considering the purposes of different types of activities. Indeed, we do not believe that an absolute separation is always possible between the ontology and the teleology of an act. Often, the essence of an act is defined by its purpose—gift-giving, for example. Unless we can inquire into the purposes of such acts, we cannot determine their nature. Indeed, commercial acts themselves are defined largely by reference to their purpose. What makes these acts commercial is not some ethereal essence inhering in the conduct itself; instead, as Con-

question, tout comme l’était la common law. Aux États-Unis, un modèle similaire a été adopté, quoique la définition de l’activité commerciale diffère un peu:

[TRADUCTION] Une «activité commerciale» s’entend de la poursuite normale d’une opération commerciale ainsi que de tout acte isolé. Le caractère commercial d’une activité est déterminé en fonction de la nature de l’activité ou de l’acte isolé plutôt qu’en fonction de son objet. [Je souligne.]

Le juge Mahoney de la Cour d’appel a conclu que la loi canadienne prévoit implicitement ce que la loi américaine dit expressément: le «caractère» d’un acte doit être déterminé en fonction de la «nature» et non de son objet. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. En ne reprenant pas les termes limitatifs du modèle américain, le Parlement doit, me semble-t-il, avoir voulu que l’objet d’un acte entre en ligne de compte jusqu’à un certain point dans la détermination du caractère de l’activité pertinente. On ne devrait pas ignorer l’utilité, quoique restreinte, de l’«objet» de l’activité lorsqu’il faut la qualifier.

À ce sujet, il importe de souligner que les tribunaux américains ont continué de tenir compte de l’objet d’une activité, même si le texte de leur loi semblait inviter à s’abstenir de le faire. Dans l’arrêt *De Sanchez c. Banco Central de Nicaragua*, 770 F.2d 1385 (1985), le tribunal fait observer, à la p. 1393:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons qu’en établissant une distinction entre les ventes de dollars par Banco Central et les ventes par les banques privées, nous nous fondons sur les différents objets qui incitent à effectuer ces ventes. Cela pourrait sembler contraire à l’exigence que, lorsqu’il faut examiner si une activité est de caractère commercial ou souverain, nous en examinons la «nature» plutôt que l’«objet.» [. . .] Mais à notre avis, cette disposition n’a pas pour effet de nous empêcher totalement d’examiner les objets de différents types d’activités. En fait, nous ne croyons pas qu’il soit toujours possible d’établir une distinction absolue entre l’ontologie et la téléologie d’un acte. Souvent, l’essence d’un acte se définit par son objet—les donations, par exemple. Ce n’est que si nous pouvons examiner les objets de tels actes que nous pourrions en déterminer la nature. En fait, les actes commerciaux sont définis en

gress recognized, acts are commercial because they are generally engaged in for profit.

grande partie en fonction de leur objet. Le caractère commercial de ces actes ne tient pas à une essence éthérée inhérente, mais plutôt, comme l'a reconnu le Congrès, au fait que ces actes visent la réalisation d'un profit.

Here, Banco Central's purpose in selling dollars—namely, to regulate Nicaragua's foreign exchange reserves—was not ancillary to its conduct; instead, it defined the conduct's nature. Banco Central was not merely engaging in the same activity as private banks with a different purpose; in a basic sense, it was engaging in a different activity. It was performing one of its intrinsically governmental functions as the Nicaraguan Central Bank.

En l'espèce, l'objet visé par Banco Central en vendant des dollars — soit contrôler les réserves de devises étrangères du Nicaragua — n'était pas accessoire à son acte; il définissait plutôt la nature de cet acte. Banco Central n'exerçait pas simplement la même activité que les banques privées, dans un but différent; elle exerçait au fond une activité différente. Elle s'acquittait d'une fonction intrinsèquement gouvernementale à titre de banque centrale du Nicaragua.

Other courts have narrowed the *De Sanchez* ruling, but have not disagreed with its thrust. In *Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center v. Hellenic Republic*, 877 F.2d 574 (1989), the court agreed that "nature" and "purpose" do not delimit "hermetically sealed, separate domains", but adopted the statement that the courts must "confine any consideration of purpose as closely as we can, considering that purpose *only so far as is absolutely necessary* to define the nature of the act in question" (at pp. 577-78). Another case has conceded that the purpose of an act may be relevant in defining its nature: *Joseph v. Office of Consulate General of Nigeria*, 830 F.2d 1018 (1987), at p. 1023.

D'autres tribunaux ont restreint la portée de l'arrêt *De Sanchez*, sans toutefois la désapprouver. Dans l'arrêt *Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center c. Hellenic Republic*, 877 F.2d 574 (1989), le tribunal a reconnu que la «nature» et l'«objet» ne délimitent pas des [TRADUCTION] «domaines distincts et étanches», mais a affirmé que les tribunaux doivent [TRADUCTION] «limiter autant que possible l'examen de l'objet d'un acte, en n'y procédant que *si cela s'avère absolument nécessaire* pour définir la nature de l'acte en question» (aux pp. 577 et 578). Dans un autre arrêt, on a également reconnu que l'objet d'un acte peut être pertinent pour en définir la nature: *Joseph c. Office of Consulate General of Nigeria*, 830 F.2d 1018 (1987), à la p. 1023.

In *Rush-Presbyterian*, the court reiterated the "private person" test, at p. 578:

Dans l'arrêt *Rush-Presbyterian*, le tribunal a réitéré le critère du «particulier», à la p. 578:

In determining the nature of the foreign state's action, an important inquiry is whether a private person could have engaged in similar conduct. If a private person could have engaged in the same *type* of activity, then the sovereign has presumptively engaged in "commercial activity". . . . [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] Pour déterminer la nature de l'acte de l'État étranger, il est important de se demander si un particulier aurait pu exercer une activité similaire. Dans le cas où un particulier aurait pu exercer le même *type* d'activité, on présume que l'État souverain a exercé une «activité commerciale». . . [En italique dans l'original.]

While adhering to this approach, the court recited a litany of conflicting cases that demonstrate the difficulty in applying this test in a principled manner. The court concludes, at p. 579, that "[t]hese cases illustrate that a court faced with a claim of immu-

Tout en souscrivant à cette méthode, le tribunal a énuméré toute une série de décisions contradictoires qui illustrent la difficulté d'appliquer ce critère en se fondant sur des principes. Le tribunal conclut, à la p. 579, que [TRADUCTION] «[c]es déci-

nity must be sensitive to the particular facts of the case before it”.

I would draw one simple lesson from the common law and the American experience in applying a statutory restrictive immunity model: the proper approach to characterizing state activity is to view it in its entire context. This approach requires an examination predominantly of the nature of the activity, but its purpose can also be relevant. As at least one Canadian academic has suggested, if a consideration of the purpose of an activity is helpful in determining its nature, Parliament has not excluded the possibility of doing so; see Emanuelli, “Commentaire: La Loi sur l’immunité des États” (1985), 45 *R. du B.* 81, at pp. 100-101.

With this lesson in mind, I turn to the specific questions facing us in the present case. Two questions were outlined earlier: first, what is the “nature” of the activity in question—i.e., does employment at the base constitute commercial activity, and second, are the proceedings in this case—a certification application—“related” to that activity?

### *The Nature of the Activity*

In determining the nature of the activity in question, it is useful to begin by acknowledging that employment at a military base is a multi-faceted relationship. It is simply not valid to isolate one aspect of this activity and label it as either “sovereign” or “commercial” in nature. A better approach is to determine which aspects of the activity are relevant to the proceedings in issue, and then to assess the impact of the proceedings on these attributes as a whole.

The United States argues that the work performed by the Canadian civilian personnel is an integral and indispensable part of its stated defence mission and that it takes place within the context of an international agreement—the Lease—which gives the United States the right of management

sions montrent qu’un tribunal saisi d’une demande d’immunité doit tenir compte des faits particuliers de l’affaire dont il est saisi».

Je tire de la common law et de l’expérience américaine une simple leçon quant à l’application d’un modèle législatif reconnaissant l’immunité restreinte: la bonne façon de qualifier l’activité de l’État est de l’examiner en fonction de l’ensemble du contexte dans lequel elle se situe. Cette méthode exige que l’on examine surtout la nature de l’activité, mais son objet peut aussi être pertinent. Comme l’a affirmé au moins un auteur canadien, si l’examen de l’objet d’une activité aide à en déterminer la nature, alors le Parlement n’a pas exclu la possibilité de le faire: voir Emanuelli, «Commentaire: La Loi sur l’immunité des États» (1985), 45 *R. du B.* 81, aux pp. 100 et 101.

En gardant cette leçon à l’esprit, j’examinerai maintenant les deux questions précises dont nous sommes saisis en l’espèce. Ces deux questions ont déjà été exposées: premièrement, quelle est la «nature» de l’activité en question, c’est-à-dire le travail à la base constitue-t-il une activité commerciale? Deuxièmement, les procédures en l’espèce, savoir la requête en accréditation, «portent-elles» sur cette activité?

### *La nature de l’activité*

Pour déterminer la nature de l’activité en question, il est utile de commencer par reconnaître que le travail dans une base militaire est une relation à plusieurs facettes. On ne peut tout simplement pas isoler un aspect de cette activité pour ensuite la cataloguer comme étant «soveraine» ou «commerciale» de par sa nature. Il est préférable de déterminer quels aspects de l’activité sont pertinents aux procédures en cause et d’évaluer ensuite l’impact de ces procédures sur l’ensemble de ces aspects.

Les États-Unis soutiennent, d’une part, que le personnel civil canadien accomplit un travail qui constitue une partie intégrante et indispensable de sa mission explicite de défense et, d’autre part, que ce travail s’inscrit dans le contexte d’un accord international, savoir le bail, qui accorde aux États-

and control over the base. The Board, on the other hand, argues that this Court should only consider the threshold nature of the activity, namely a contract of employment, and ignore its context or purpose. PSAC is prepared to go a little further and characterizes the relevant activity as employment to provide maintenance services to a military base in return for remuneration. The Canadian personnel involved are essentially tradesmen who “fix water pipes, run boilers, perform new construction, and generally maintain the physical buildings on the base”. The nature of the contract of employment is similar to an employment contract in the private sector, because the employees are using the same trade skills as they would use in the employ of a private contractor.

One aspect of employment at the base is this bare contract of service entered into by each employee. This aspect carries with it a range of rights and obligations that normally attach to such a contract. For the employee, these include the right to be paid, the right not to be wrongfully terminated, etc. Obligations of the employee include diligence, obedience and honesty. These attributes of the employment relationship will fall at various points along a spectrum between purely “sovereign” and “commercial” activities. For example, the right to be paid is for the most part a commercial aspect of the employment relationship. On the other hand, the right to dismiss an employee without notice for security reasons is a sovereign attribute of the relationship.

Another aspect of the employment relationship is the structuring of work at the base. This entails decisions about what work will be done, when and by whom. Traditionally, decisions regarding this aspect of employment are reserved for management—in this case, the base commander. This aspect of the employment relationship will, in most instances, be “sovereign” in character since it goes to the heart of the operation of the base.

Unis un droit de gestion et de contrôle sur la base. Par contre, le Conseil fait valoir que notre Cour devrait seulement examiner la nature préliminaire de l'activité, c'est-à-dire le contrat de travail, et en ignorer le contexte ou l'objet. L'AFPC est disposée à aller un peu plus loin et elle qualifie l'activité pertinente de travail de prestation de services d'entretien à une base militaire en contrepartie d'une rémunération. Le personnel canadien concerné se compose essentiellement de personnes de métier qui [TRADUCTION] «réparent des canalisations d'eau, s'occupent des chaudières, exécutent des travaux de construction et s'occupent de l'entretien général des bâtiments situés à l'intérieur de la base». Le contrat de travail est, de par sa nature, semblable à un contrat de travail conclu dans le secteur privé, du fait que les employés font appel aux mêmes compétences que s'ils étaient au service d'un entrepreneur privé.

Un aspect du travail à la base est que chaque employé conclut un simple contrat de louage de services. Cet aspect comporte toute une gamme de droits et d'obligations qui se rattachent normalement à un tel contrat. L'employé possède notamment le droit d'être rémunéré et de ne pas être congédié injustement et il a l'obligation d'agir avec diligence, obéissance et honnêteté. Ces caractéristiques de la relation employeur-employé se rapprocheront tantôt de l'activité purement «soveraine», tantôt de l'activité commerciale. Par exemple, le droit d'être rémunéré constitue en majeure partie un aspect commercial de la relation employeur-employé. Par contre, le droit de congédier un employé sans préavis pour des raisons de sécurité tient de l'exercice d'un pouvoir souverain.

Un autre aspect de la relation employeur-employé est l'organisation du travail à l'intérieur de la base: il faut décider quel travail sera effectué et quand et par qui il le sera. Les décisions à cet égard sont traditionnellement prises par la direction, savoir, en l'espèce, le commandant de la base. Cet aspect de la relation employeur-employé sera, dans la plupart des cas, de caractère «soverain» puisqu'il touche au cœur même du fonctionnement de la base.

It is impossible to ignore the sovereign purpose of this latter aspect of the employment relationship. *Argentia* is a military post, conceived in times of war as an air and naval base. In peacetime it has served as a highly sensitive communications and surveillance post. In another war the base could play a crucial role in American military activities in the North Atlantic. I can think of no activity of a foreign state that is more inherently sovereign than the operation of such a base. As such, the United States government must be granted the unfettered authority to manage and control employment activity at the base.

The Board, through the union certification process, seeks to establish jurisdiction over both the commercial and sovereign aspects of employment at the base. It cannot be doubted that the latter would fall within the purview of the Board. As this Court has observed in the past, labour relations tribunals impinge upon powers that have traditionally been considered to be management prerogatives. Most recently, in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 (part of a trilogy including *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868, and *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897), the Court found that occupational health and safety legislation intruded deeply into the management sphere. Justice Beetz, at p. 825, cited the following passage from *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529, (the "*Stevedoring Case*") as the classic statement on point:

The right to strike and the right to bargain collectively are now generally recognized, and the determination of such matters as hours of work, rates of wages, working conditions and the like, is in my opinion a vital part of the management and operation of any commercial or industrial undertaking. [Emphasis added by Beetz J.]

Il est impossible d'ignorer le caractère souverain de l'objet de ce dernier aspect de la relation employeur-employé. *Argentia* est un poste militaire, conçu en temps de guerre comme base aérienne et navale. En temps de paix, cette base sert de poste de communications et de surveillance hautement névralgiques. Si une autre guerre éclatait, cette base pourrait jouer un rôle crucial dans le cadre des activités militaires américaines dans l'Atlantique Nord. Je ne puis penser à aucune activité d'un État étranger qui soit plus souveraine en soi que l'exploitation d'une telle base. Le gouvernement américain doit à ce titre jouir du pouvoir illimité de gérer et de contrôler le travail à cette base.

Dans le cadre de la requête en accréditation, le Conseil cherche à faire valoir sa compétence tant sur les aspects commerciaux que souverains du travail à la base. Il n'y a pas de doute que ces derniers aspects sont du ressort du Conseil. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans le passé, les tribunaux du travail empiètent sur des pouvoirs qui ont traditionnellement été considérés comme des attributions patronales. Plus récemment dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 (qui fait partie d'une trilogie comprenant les arrêts *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868, et *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897), notre Cour a statué que les lois sur la santé et la sécurité du travail empiétaient considérablement sur le domaine de la gestion. Le juge Beetz cite, à la p. 825, l'extrait suivant de *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529 (l'«*affaire des débardeurs*») à titre d'énoncé classique à ce propos:

[TRANSLATION] Le droit de grève et le droit à la négociation collective sont généralement reconnus de nos jours, et les décisions portant sur des sujets tels que la durée du travail, les taux de salaire, les conditions de travail et autres matière analogues constituent à mon avis une partie essentielle de l'administration et de l'exploitation de toute entreprise commerciale ou industrielle. [Souligné par le juge Beetz.]



The 1988 trilogy ruled that provincial labour legislation purporting to govern federal undertakings was *ultra vires*. Beetz J. stated the proposition in this way, at p. 762:

It follows that this primary and exclusive jurisdiction [over federal undertakings] precludes the application to those undertakings of provincial statutes relating to labour relations and working conditions, since such matters are an essential part of the very management and operation of such undertakings, as with any commercial or industrial undertaking. . . .

Just as the internal management of a federal operation is exempt from provincial regulation, so too must the management of foreign sovereign operations be exempt from Canadian regulation. The same principle applies in each instance: sovereign states (including the federal government *vis-à-vis* the provinces) should not be embarrassed by subjection to the overreach of regulations imposed by another jurisdiction.

It is true, no doubt, that a bare contract for employment services at the base is, in and of itself, generally a commercial activity. On that point, no real distinction can be made between a contract for the sale of goods to the base and a contract of employment services. Generally speaking, Canadian employees of foreign sovereign states are entitled to turn to our courts for enforcement of their employment contracts. This principle is recognized under the American immunity model: *Segni v. Commercial Office of Spain*, 650 F.Supp. 1042 (1986). As such, the employees in the present case would be entitled to sue, for example, for unpaid wages in the courts of Newfoundland. But, this is not to say that the employment contract falls exclusively within the commercial realm. It has sovereign attributes as well. For example, cases have recognized that foreign states are immune from wrongful dismissal claims when the dismissal was for national security reasons: *Van der Hulst v. United States*, Supreme Court of the Netherlands, No. 13.696, December 22, 1989,

Dans la trilogie de 1988, notre Cour a statué que les lois ouvrières provinciales ayant pour objet de régir les entreprises fédérales étaient *ultra vires*. Voici comment le juge Beetz énonce cette proposition, à la p. 762:

Il s'ensuit que cette compétence principale et exclusive [en matière d'entreprises fédérales] empêche l'application à ces entreprises des lois provinciales sur les relations de travail et les conditions de travail ou d'emploi, puisque ces matières forment une partie essentielle de la gestion et de l'exploitation ou opération même de ces entreprises, comme de toute entreprise commerciale ou industrielle. . . .

Tout comme la réglementation provinciale ne peut s'appliquer à la gestion interne d'une entreprise fédérale, de même la réglementation canadienne ne saurait s'appliquer à la gestion des activités d'un État souverain à l'étranger. Le même principe s'applique dans chaque cas: les États souverains (y compris le gouvernement fédéral *vis-à-vis* des provinces) ne devraient pas avoir à se soumettre à la portée excessive de la réglementation imposée par un autre ressort.

Il est sans doute vrai qu'un simple contrat de travail ou de louage de services à la base constitue généralement en soi une activité commerciale. Sur ce point, on ne saurait établir de véritable distinction entre un contrat de vente de biens à la base et un contrat de louage de services. En règle générale, les Canadiens qui travaillent pour des États étrangers souverains ont le droit de recourir aux tribunaux canadiens pour l'exécution de leur contrat de travail. Il s'agit d'un principe reconnu aux termes du modèle d'immunité américain: *Segni c. Commercial Office of Spain*, 650 F.Supp. 1042 (1986). À ce titre, les employés en l'espèce auraient le droit d'intenter des poursuites en recouvrement de salaire impayé devant les tribunaux de Terre-Neuve. Toutefois, cela ne signifie pas que le contrat de travail relève exclusivement du domaine commercial. Il a également des attributs de la souveraineté. Par exemple, les tribunaux ont déjà reconnu qu'un État étranger bénéficiait de l'immunité de juridiction dans le cas d'actions pour congédiement injustifié si la personne avait été congédiée pour des raisons de sécurité nationale: *Van der Hulst c. United States*, Cour suprême des Pays-

unreported; *Kayimbakis v. United States*, Norway, Eidsivating App. Ct., May 29, 1989, unreported.

While bare employment contracts are primarily commercial in nature, the management and operation of a military base is undoubtedly a sovereign activity. The operations of embassies and offshore military posts are the quintessential examples of state activity that should be immune from foreign review. In the present case, the United States has a right, recognized in the Lease and in SOFA, to operate the Argentinia base as it sees fit. In practical terms, the operation of a secure military post, particularly one with access to sensitive security information, cannot be subjected to the oversight of a foreign tribunal.

In the result, the “activity” at Argentinia has a double aspect. It is at once sovereign and commercial. The question becomes, do the certification proceedings “relate” to the commercial aspect of this activity? To this issue I now turn.

*Relationship Between the Certification Proceedings and the Employment Activity*

Section 5 of the *State Immunity Act* requires that the proceedings in question relate to the activity at issue. For me, it is not enough that the proceedings merely “touch on” or “incidentally affect” the hiring of civilian labour at the base. Acceptance of such a minimal requirement would broaden the “commercial activity” exception to the point of depriving sovereign immunity of any meaning. Such an approach is equivalent to the “once a trader, always a trader” approach rejected by Lord Wilberforce in *I Congreso*. Instead, the entire context of the activity at Argentinia must be considered. In this regard, it is not enough to take the employment contracts in isolation, and decide that bargaining unit certification proceedings will have some bearing on these contracts. A more substantial connection is needed. Of relevance is the competing nexus between the proceedings and the sovereign aspects of the employment activity at the base. Also of importance is the breadth of scope of

Bas, n° 13.696, 22 décembre 1989, inédit; *Kayimbakis c. United States*, Norvège, C.A. Eidsivating, 29 mai 1989, inédit.

a Bien qu’un simple contrat de travail soit principalement de nature commerciale, la gestion et l’exploitation d’une base militaire constituent certainement des activités d’un État souverain. Les activités des ambassades et des postes militaires extracôtiers constituent les meilleurs exemples d’activités exercées par un État qui devraient être visées par l’immunité de juridiction. En l’espèce, les États-Unis possèdent, en vertu du bail et de la CSF, le droit d’exploiter la base d’Argentinia comme bon leur semble. En pratique, l’exploitation d’un poste militaire protégé, particulièrement s’il s’agit d’un endroit où l’on a accès à des renseignements névralgiques en matière de sécurité, ne saurait être assujettie à la surveillance d’un tribunal étranger.

En définitive, l’«activité» à la base d’Argentinia comporte un double aspect. Elle est à la fois commerciale et souveraine. Il faut maintenant examiner si les procédures d’accréditation «portent» sur l’aspect commercial de cette activité.

*Le rapport entre les procédures d’accréditation et le travail à la base*

L’article 5 de la *Loi sur l’immunité des États* exige que les procédures portent sur l’activité en cause. À mon avis, il n’est pas suffisant que les procédures «touchent» simplement ou «d’une manière accessoire» à l’embauchage de main-d’œuvre civile à la base. Accepter une telle exigence minimale aurait pour effet d’élargir l’exception des «activités commerciales» au point de dénuer de tout sens l’immunité de juridiction. Une telle interprétation équivaut à l’argument du «commerçant un jour, commerçant toujours», que lord Wilberforce a rejeté dans l’arrêt *I Congreso*. Il faut plutôt examiner l’ensemble du contexte de l’activité à la base d’Argentinia. À cet égard, il ne suffit pas d’examiner séparément les contrats de travail et de décider que les procédures d’accréditation de l’unité de négociation auront une certaine incidence sur ces contrats. Il faut établir un lien plus solide. Il est pertinent d’établir le lien concurrent qui existe entre les procédures et les aspects souve-

the proceedings of the Board, which I have outlined earlier. Finally, at this stage of the analysis, it will again be useful to consider the purpose of the activity in question.

There is, of course, some connection between the individual employment contracts at the base and the certification proceedings. Counsel for the Attorney General of Canada argued against this point, submitting that the object of the Board's proceedings was a collective agreement, which is legally distinct from the individual contracts of employment. This submission may be correct, but it does not change the fact that the conditions of each individual's employment situation—wage rates, hours of work, etc.—will be determined by the collective agreement. Whether a contractual relationship exists between employer and employee is wholly irrelevant to the question of whether board proceedings "relate" to employment at the base. The relevant question is whether the connection between conditions of work and the certification proceedings is strong enough to override the competing nexus between these proceedings and management of the base.

As I have previously stated, what is primarily at issue here is the broader employment structure of the base. What the Board is seeking to do is assert its jurisdiction and regulatory control over labour relations on the base, and I agree with counsel for the Attorney General of Canada that there is too tenuous a connection between the U.S. Navy's entering the local labour market for the purpose of hiring individual employees and non-consensual labour management relations imposed under the *Canada Labour Code* to create the requisite nexus for commercial activity to be brought into play in this case.

I also agree with the Attorney General of Canada that the objective of the Board's proceedings is the imposition of collective bargaining by the Canadian state, and under the control of a Canadian court. The nexus between this objective and the management of the base constitutes an unacceptable interference with American sovereignty. This is more than just a theoretical concern,

rains du travail à la base. Il importe également de tenir compte de la portée des procédures devant le Conseil, que j'ai déjà exposée. Enfin, à cette étape de l'analyse, il sera de nouveau utile d'examiner l'objet de l'activité en question.

Il existe bien entendu un certain lien entre les contrats individuels de travail conclus à la base et les procédures d'accréditation. Le substitut du procureur général du Canada prétend le contraire et soutient que les procédures devant le Conseil visaient la signature d'une convention collective, laquelle diffère juridiquement des contrats individuels de travail. Cette affirmation est peut-être exacte, mais elle ne change rien au fait que les conditions de travail de chaque personne—taux de salaire, horaire de travail, etc.—seront déterminées par la convention collective. L'existence d'une relation contractuelle entre l'employeur et l'employé n'a aucun rapport avec la question de savoir si les procédures devant le Conseil «portent» sur le travail à la base. Il s'agit plutôt de déterminer si le lien entre les conditions de travail et les procédures d'accréditation est suffisamment solide pour l'emporter sur le lien concurrent qui existe entre ces procédures et la gestion de la base.

Comme je l'ai déjà mentionné, ce qui est principalement en litige ici est l'organisation générale du travail à la base. Le Conseil cherche à faire valoir sa compétence et son pouvoir de réglementation sur les relations de travail à la base; je suis d'accord avec le substitut du procureur général du Canada que le lien est trop ténu entre l'entrée de la marine américaine sur le marché du travail local aux fins d'embaucher de la main-d'œuvre et les relations non consensuelles patronales-syndicales imposées par le *Code canadien du travail*, pour former le lien requis pour que des activités commerciales entrent en jeu en l'espèce.

Je suis également d'accord avec le procureur général du Canada que les procédures devant le Conseil ont pour objectif de permettre à l'État canadien de forcer la négociation collective et de soumettre ainsi l'État étranger à la juridiction d'un tribunal canadien. Le lien entre cet objectif et la gestion de la base constitue une atteinte inacceptable à la souveraineté américaine. Il s'agit là d'une

as becomes apparent upon consideration of the consequences of submission to the Board's jurisdiction.

Collective bargaining carries with it the right of employees to strike to enforce their contract demands. A strike at the Argentia base would, at a minimum, disrupt its military mission. It is true that the employees' services are not directly required to achieve this mission. However, the indirect effect of the loss of 60 full-time employees cannot be lightly dismissed. I am not prepared to concede that a boiler plant operator or an engineer at the base does not contribute in some important way to the successful operation of the base. In oral argument, PSAC submitted that the military could fly in additional military personnel to replace the striking workers. This may be a feasible solution in peacetime, but in a war every day of down time at the base would be critical. Simply put, the United States is entitled to absolute control of the base and so over the availability of its labour force, particularly in times of war. At all events, it can hardly be said not to interfere seriously with the control of the base, which is expressly conferred upon the United States by the Lease.

There is an additional problem with the proposal to use replacement workers in the event of a strike. At present the *Canada Labour Code* does not prohibit such replacements, but such a prohibition is not unknown in Canada (see Quebec's *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 109.1) and the federal government could conceivably adopt such a position in the future. Thus future developments may well prohibit the U.S. Navy from replacing striking employees.

PSAC argued that the presence of a union must not be a real threat to the military mission of the base, because the base commander had agreed to bargain collectively in the 1982 Memorandum of Understanding. However, it is not the presence of a union or the process of collective bargaining *per*

préoccupation plus que théorique comme le démontre l'examen des conséquences de la soumission à la juridiction du Conseil.

a La négociation collective comporte le droit des employés de faire la grève pour appuyer leurs revendications en matière de contrat de travail. Une grève à la base d'Argentia aurait au moins pour effet de perturber sa mission militaire. Il est vrai que les services des employés concernés ne sont pas véritablement nécessaires à l'accomplissement de cette mission. Toutefois, on ne saurait tout simplement pas ignorer les répercussions indirectes de la perte de 60 employés à temps plein. Je ne suis pas disposé à reconnaître qu'un préposé aux chaudières ou un technicien travaillant à la base ne contribue pas d'une façon importante au bon fonctionnement de la base. Dans sa plaidoirie, l'AFPC a affirmé que l'armée pourrait envoyer par avion du personnel militaire additionnel pour remplacer les travailleurs en grève. C'est peut-être une solution possible en temps de paix, mais en temps de guerre, toute journée d'inactivité à la base serait critique. Bref, les États-Unis ont le droit d'exercer un contrôle absolu sur la base et ainsi sur la disponibilité de sa main-d'œuvre, spécialement en temps de guerre. Quoi qu'il en soit, on ne saurait guère affirmer qu'une grève n'entraverait pas d'une façon sérieuse le contrôle de la base, que le bail confère expressément aux États-Unis.

g La proposition de recourir à des briseurs de grève, en cas de grève, pose un problème additionnel. À l'heure actuelle, le *Code canadien du travail* n'interdit pas une telle pratique, mais pareille interdiction n'est pas inconnue au Canada (voir le *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27, art. 109.1) et il n'est pas impossible que le gouvernement fédéral adopte une position similaire à l'avenir. Ainsi, il se pourrait bien qu'à l'avenir la marine américaine se voie interdire l'embauche de briseurs de grève.

i Selon l'AFPC, la présence d'un syndicat ne doit pas constituer une véritable menace à l'accomplissement de la mission militaire de la base, puisque le commandant de la base avait accepté de négocier collectivement dans le mémoire d'entente de 1982. Toutefois, ce n'est pas à la présence d'un

se to which the U.S. Navy objects. Rather, it is the required submission to a foreign labour tribunal and to a foreign labour relations regime that is the problem. The U.S. Navy's concerns are legitimate. Collective bargaining under the Memorandum was acceptable because it would be governed by American legislation. As such, ultimate control over the labour force would remain with the United States. If, for example, a strike occurred during wartime, the United States could pass legislation requiring the employees to return to work. If instead the *Canada Labour Code* is to govern the relationship, then the United States would be powerless to compel the Argentia employees to end a strike. This is the reason that comparisons between the Argentia employees and civilian workers at Canadian military bases are misleading. While the latter have the right to strike, Parliament can pass legislation to force these workers back to their jobs in times of national crisis. Such an option would not be available to American legislators with regard to Argentia if the *Canada Labour Code* were to govern.

Beyond the possibility of a strike, collective bargaining curtails the U.S. Navy's control of the base in many other ways. The Board's mandate under the *Canada Labour Code* allows it to intrude in a variety of ways into internal base affairs. The Board can impose terms in a collective agreement, reinstate employees and rescind disciplinary actions taken by the base commander; it could order the military to provide information on its operations, and it has a broad right of inquiry into those operations. In my view, these would be unacceptable intrusions into the sovereign realm of the Argentia base.

Case law in other jurisdictions has recognized an immunity for foreign instrumentalities from domestic labour relations tribunals. In *Libyan Arab Jamahiriya v. Trobbiani* (1990), 73 Riv. Dir.

syndicat ou au processus même de la négociation collective que s'oppose la marine américaine. Elle est plutôt préoccupée par le fait qu'on lui demande de se soumettre à la juridiction d'un tribunal du travail étranger et à un régime étranger de relations de travail. Les préoccupations de la marine américaine sont légitimes. La négociation collective prévue dans le mémoire d'entente était acceptable parce qu'elle serait régie par le droit américain. Ce sont les États-Unis qui continuaient d'exercer le contrôle ultime sur la main-d'œuvre. Par exemple, s'il survenait une grève en temps de guerre, les États-Unis pourraient adopter une loi prescrivant le retour au travail des employés. Toutefois, si le *Code canadien du travail* devait s'appliquer, les États-Unis n'auraient aucun moyen de forcer les employés d'Argentia à mettre fin à leur grève. C'est pourquoi il est trompeur de faire des comparaisons entre les employés d'Argentia et les employés civils des bases militaires canadiennes. Bien que ces derniers aient le droit de faire la grève, le Parlement peut toujours adopter une loi pour forcer ces travailleurs à retourner au travail en période de crise nationale. Si le *Code canadien du travail* devait s'appliquer, les législateurs américains ne pourraient exercer ce choix à l'égard de la base d'Argentia.

Si l'on excepte la possibilité d'une grève, il reste que la négociation collective limite à bien d'autres égards le contrôle de la marine américaine sur la base. En effet, en vertu du *Code canadien du travail*, le Conseil peut s'ingérer de diverses façons dans les affaires internes de la base. Il peut imposer des conditions dans une convention collective, réintégrer des employés et annuler des mesures disciplinaires prises par le commandant de la base. Le Conseil pourrait aussi ordonner à l'armée de lui fournir des renseignements sur ses activités et il possède à ce chapitre un vaste pouvoir d'enquête. À mon avis, pareilles mesures constitueraient des atteintes inacceptables à la souveraineté de la base d'Argentia.

Les tribunaux d'autres pays ont reconnu l'immunité de juridiction des missions étrangères devant les tribunaux nationaux du travail. Dans *Libyan Arab Jamahiriya c. Trobbiani* (1990),

Int. 402 (Italy), the Supreme Court of Cassation in Italy refused to consider a Libyan embassy employee's claim for transfer to a higher wage classification within the embassy. Had the claim related solely to unpaid wages, the court conceded that it would have had jurisdiction. However, the court declined jurisdiction because the claim required an inquiry into the organizational activities of the foreign embassy.

A similar case is *Italian Trade Union for Embassy and Consular Staff v. United States* (1981), 65 I.L.R. 338 (Italy), in which the Examining Magistrate of Milan considered a claim of anti-union activity brought against an American consulate. The court noted its reasons as follows, at pp. 342-43:

In order to protect these interests effectively, the judge is called upon to interfere considerably in all the various powers of the employer (organizational, managerial and disciplinary powers, etc.) and impart direct "orders" to put an end to the offending behaviour and to rectify the situation and he has to apply repressive measures which do not only affect this or that relationship of employment but also impinge upon the employer's prerogatives in their entirety. Now it is obvious that if a Court were to interfere in the organizational power of a foreign State (for example in its power to organize Consular offices) it would upset a whole set of acts performed *iure imperii*.

In particular should a Court order a foreign State—as has been requested in the case at hand—to modify pre-ordained procedures for the employment of staff (even of persons employed in an administrative or clerical capacity) to suppress those aspects considered harmful to the collective interests of the trade union, then the Court would undoubtedly infringe upon the State's power to organize its own offices and act *iure imperii*. In such a case the Court's decision would amount to a judicial interference that it is not allowed even *vis-à-vis* the Italian public administration (. . .), thereby violating the principle of good faith.

In the United States, only the case of *Goethe House New York, German Cultural Center v. N.L.R.B.*, *supra*, deals directly with labour relations at a non-commercial instrumentality of a for-

73 Riv. Dir. Int. 402 (Italie), la Cour suprême de cassation d'Italie a refusé d'examiner la demande d'un employé de l'ambassade de Libye d'être rémunéré selon une échelle de salaire plus élevée au sein de l'ambassade. Le tribunal a reconnu qu'il aurait eu compétence si la requête de l'employé n'avait porté que sur le recouvrement d'un salaire impayé. Toutefois, il a déclaré qu'il n'avait pas compétence parce que la requête nécessitait un examen de l'organisation d'une ambassade étrangère.

L'arrêt *Italian Trade Union for Embassy and Consular Staff c. United States* (1981), 65 I.L.R. 338 (Italie) est similaire; dans cette affaire, un juge d'instruction de Milan a examiné une accusation d'antisindicalisme portée contre un consulat américain. Le tribunal mentionne, aux pp. 342 et 343 de ses motifs:

[TRADUCTION] Afin de protéger efficacement ces intérêts, le juge doit empiéter considérablement sur tous les divers pouvoirs dont est investi l'employeur (notamment en matière d'organisation, de gestion et de discipline) et donner des «ordres» directs afin de mettre un terme au comportement irrégulier et de rectifier la situation, et il doit appliquer des mesures de répression qui touchent non seulement la relation employeur-employé, mais encore l'ensemble des droits de l'employeur. Maintenant, il est évident que si un tribunal devait empiéter sur le pouvoir d'organisation que possède un État étranger (par exemple, son pouvoir d'organiser des consulats), il bouleverserait toute une série d'actes *iure imperii*.

Plus particulièrement, si un tribunal ordonnait à un État étranger—comme on nous demande de le faire en l'espèce—de modifier sa procédure prédéterminée d'embauchage du personnel (même administratif ou de bureau) de manière à supprimer les aspects jugés préjudiciables aux intérêts collectifs du syndicat, il empièterait alors certainement sur le pouvoir de l'État d'organiser ses propres bureaux et d'agir *iure imperii*. Dans un tel cas, la décision du tribunal équivaldrait à une ingérence judiciaire non autorisée même pour l'administration publique italienne (. . .), ce qui constituerait une atteinte au principe de la bonne foi.

Aux États-Unis, seul l'arrêt *Goethe House New York, German Cultural Center c. N.L.R.B.*, précité, porte directement sur les relations de travail au sein d'une mission non commerciale d'un État

eign state. The great bulk of American jurisprudence deals with pure commercial activities of foreign states; see, for example, *State Bank of India v. N.L.R.B.*, 808 F.2d 526 (1986), *certiorari* denied 483 U.S. 1005 (1987). The *Goethe House* decision thus loomed large in the reasons of the court below, and in argument before this Court. In *Goethe House*, the West German government petitioned for a preliminary injunction enjoining the National Labour Relations Board from processing a representation application on behalf of non-German employees at a non-profit cultural centre sponsored by the Foreign Office of the Federal Republic of Germany. In the District Court, Owen J. granted the injunction, ruling that the cultural centre could claim sovereign immunity from the jurisdiction of the NLRB. In so doing, he distinguished certification proceedings from a simple action in contract damages, the former constituting intervention "into the underlying employment structure of a conceded arm of a foreign state that is not involved in commercial activity" (at p. 430).

A majority of the Court of Appeals overturned this decision, ruling that the petition was premature. The Court of Appeals, in *obiter*, expressed doubt over the ultimate success of the immunity claim, at p. 79:

To justify its assertion of jurisdiction, the district court wrote that requiring Goethe House to submit to NLRB jurisdiction might interfere with the West German government's "employment objectives in implementing cultural foreign policy" and might cause disturbances and embarrassment in international relations. In our view, the district court's concerns were largely unfounded and did not warrant the court's intervention in the case. Even if the Union were certified as the bargaining agent of Goethe House's non-German employees, we fail to see how the presence of the Union would interfere with Goethe House's implementation of West German cultural foreign policy. Under the NLRA, Goethe House would have a duty to bargain with the Union over wages, hours and other terms and conditions of employment. . . . Goethe House would have no duty to bargain over how it performed its mission of promot-

étranger. La majeure partie de la jurisprudence américaine porte sur les activités purement commerciales d'États étrangers; voir par exemple *State Bank of India c. N.L.R.B.*, 808 F.2d 526 (1986), *certiorari* refusé 483 U.S. 1005 (1987). L'arrêt *Goethe House* a donc joué un rôle de premier plan dans les motifs de la Cour d'appel et dans les plaidoiries devant notre Cour. Dans cette affaire, le gouvernement de l'Allemagne de l'Ouest avait demandé une injonction préliminaire afin d'empêcher le National Labour Relations Board d'entendre une requête en représentation pour le compte d'employés non allemands d'un centre culturel à but non lucratif, relevant du ministère des Affaires étrangères de la République fédérale d'Allemagne. Le juge Owen de la Cour de district a accordé l'injonction pour le motif que le centre culturel pourrait revendiquer l'immunité de juridiction devant le NLRB. Ce faisant, il a établi une distinction entre les procédures d'accréditation et une simple action contractuelle en dommages-intérêts, les premières constituant une intervention [TRADUCTION] «dans la structure sous-jacente d'emploi dans un organe reconnu d'un État étranger qui ne s'adonne à aucune activité commerciale» (à la p. 430).

La Court of Appeals à la majorité a infirmé cette décision et a statué que la requête était prématurée. Dans une remarque incidente, à la p. 79, la cour exprime des doutes quant à la possibilité que la République fédérale réussisse à faire valoir son immunité de juridiction:

[TRADUCTION] Pour justifier sa compétence, la cour de district a déclaré que le fait d'exiger de la Maison Goethe qu'elle se soumette à la juridiction de la NLRB pourrait empiéter sur les «objectifs d'emploi du gouvernement de l'Allemagne de l'Ouest pour mettre en pratique sa politique étrangère en matière culturelle» et pourrait causer des perturbations et des complications dans le domaine des relations internationales. À notre avis, les préoccupations de la cour de district n'étaient guère fondées et ne justifiaient pas l'intervention du tribunal dans cette affaire. Même si le syndicat était reconnu comme l'agent négociateur des employés non allemands de la Maison Goethe, nous ne pouvons pas concevoir comment la présence du syndicat empiéterait sur la mise en pratique par la Maison Goethe de la politique étrangère en matière culturelle de l'Allemagne de l'Ouest. D'après la NLRA, la Maison Goethe serait

ing German culture. . . . Moreover, the fact that the German employees at Goethe House presently are unionized belies the prospect that the presence of a union for the non-German employees would hamper Goethe House's operations.

In dissent, Lumbard J. took a different view of the impact of the Board's assertion of jurisdiction, at p. 81:

The Board has not brought to our attention any case in which any United States agency has successfully asserted its jurisdiction over Goethe House or any similar establishment of a foreign government that engages in what so patently are foreign relations activities. I find it inappropriate to force so indelicate a result in this case, with its extensive foreign relations ramifications.

The Board's proposition that the mere hiring of seven non-German employees (among up to 40 German employees) itself manifests commercial activity is not persuasive. It strains logic to suggest that any time a foreign sovereign employs a messenger, a bookkeeper or a custodian, it becomes thereby a commercial enterprise and is subject to the jurisdiction of American administrative agencies.

I am not persuaded by the reasoning of the majority of the Court of Appeals in *Goethe House*, nor am I convinced of the factual comparability of a cultural centre to a military base. The majority decision reasons that the presence of a union would not interfere with the successful completion of the cultural centre's mission. I disagree on two counts. First, it is not the presence of a union, *per se*, nor collective bargaining by workers, that is in issue. I note that the Argentinia base was willing to bargain with PSAC, and entered into an agreement to that effect. What the base objects to is subjection to the jurisdiction of a domestic court. The majority decision in *Goethe House* fails to appreci-

tenue de négocier avec le syndicat au sujet des salaires, des heures de travail et des autres modalités d'emploi. [. . .] La Maison Goethe ne serait pas tenue de négocier la façon de s'acquitter de sa mission de promouvoir la culture allemande. [. . .] De plus, le fait que les employés allemands de la Maison Goethe soient actuellement syndiqués vient donner un démenti à la thèse selon laquelle la présence d'un syndicat pour les employés non allemands entraverait les activités de la Maison Goethe.

Le juge Lumbard, dissident, avait une conception différente de l'incidence de la revendication de compétence du Conseil, à la p. 81:

[TRADUCTION] Le Conseil n'a pas attiré notre attention sur des décisions dans lesquelles un organisme américain a réussi à faire valoir sa compétence sur la Maison Goethe ou sur tout établissement similaire d'un gouvernement étranger, qui se livre, d'une façon on ne peut plus manifeste, à des activités de relations extérieures. À mon avis, il n'est pas approprié d'imposer un résultat si déplacé en l'espèce, avec toutes les ramifications importantes qu'il comporte sur le plan des relations extérieures.

La proposition du Conseil selon laquelle l'embauchage de sept employés non allemands (dans un groupe comptant quelque 40 employés allemands) dénote en soi une activité commerciale n'est pas convaincant. Il est contraire à la logique de soutenir que chaque fois qu'un souverain étranger emploie un messenger, un comptable ou un gardien, il devient une entreprise commerciale et est alors soumis à la juridiction des organismes administratifs américains.

Je ne suis pas convaincu par le raisonnement adopté par la Court of Appeals à la majorité dans *Goethe House*, et je ne crois pas non plus que, dans les faits, un centre culturel puisse se comparer à une base militaire. Les juges formant la majorité estiment que la présence d'un syndicat ne compromettrait pas l'accomplissement de la mission du centre culturel. Je ne suis pas de cet avis pour deux raisons. Premièrement, ce qui est en cause n'est pas la présence même d'un syndicat ni la négociation collective par les travailleurs. Je fais remarquer que la base d'Argentinia était disposée à négocier avec l'AFPC et a conclu une entente en ce sens. La base refuse plutôt d'être soumise à la juri-



ate this distinction. If the only effect of union certification proceedings was, as the majority suggests, a duty to bargain over terms of employment, then I would agree with the result in *Goethe House*. However, as we have seen, the impact is much greater.

The factual distinction between a cultural centre and a military base must also be emphasized. Again, this is a matter of comparing the sovereign purposes of these two institutions. It may be that the sovereign mission of a cultural centre would not be impaired by subjection to a foreign labour relations regime. I note that the mission of the cultural centre was described in the NLRB decision as "like those of a library and also similar to a foundation or educational institution contributing to the cultural and educational values of the community." However, a military base is of a completely different order. As we have seen, the current mission of the Argentia base is to collect military data in an environment of secrecy, discipline and security. A library may succeed despite the imposition of collective bargaining by a foreign state; a military base may not.

In short, *Goethe House* must be viewed in its factual context. The case does not stand for the broad proposition that domestic employees of all foreign entities operating in the United States will be entitled to the protection of American labour relations legislation. Moreover, the case certainly does not suggest that American courts would refuse to recognize the immunity of a Canadian embassy based in the United States. I thus do not agree with the view of my colleague, Justice Cory, that courts of the United States would consider labour relations on a foreign military base to constitute a mere commercial activity.

The impact of following the majority decision in *Goethe House* was recognized by Mahoney J.A. in

diction d'un tribunal canadien. Les juges formant la majorité dans *Goethe House* n'ont pas fait cette distinction. Si le seul effet des procédures d'accréditation syndicale était, comme le prétendent les juges de la majorité, d'imposer une obligation de négocier les conditions de travail, alors je serais d'accord avec la décision rendue dans l'arrêt *Goethe House*. Cependant, comme nous l'avons déjà vu, l'incidence est beaucoup plus importante.

Il faut également faire ressortir la distinction factuelle qui existe entre un centre culturel et une base militaire. Il s'agit, je le répète, de comparer les objets souverains de ces deux institutions. Il se pourrait que la mission souveraine d'un centre culturel ne soit pas compromise par la soumission à un régime étranger de relations ouvrières. Dans sa décision, le NLRB affirme que la mission du centre culturel [TRADUCTION] «ressemble à celle d'une bibliothèque, d'une fondation ou d'un établissement d'enseignement contribuant à l'enrichissement des valeurs culturelles et éducatives de la collectivité.» Toutefois, la situation d'une base militaire est tout à fait différente. Comme nous l'avons vu, la base d'Argentia a pour mission de recueillir des données militaires dans des conditions où règnent le secret, la discipline et la sécurité. Une bibliothèque pourrait sans doute mener à bien sa mission malgré l'imposition de la négociation collective par un État étranger, tandis qu'il se pourrait qu'une base militaire ne le puisse pas.

Bref, l'arrêt *Goethe House* doit être analysé dans son contexte factuel. Cet arrêt ne signifie pas, de manière générale, que les employés locaux de toutes les entités étrangères exerçant des activités aux États-Unis auront droit à la protection des lois américaines en matière de relations de travail. Par ailleurs, cet arrêt ne signifie certainement pas que les tribunaux américains refuseraient de reconnaître l'immunité de l'Ambassade canadienne aux États-Unis. En conséquence, je ne souscris pas à l'opinion de mon collègue le juge Cory selon laquelle les tribunaux américains considéreraient les relations de travail dans une base militaire étrangère comme une simple activité commerciale.

Le juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale a reconnu ce qui se produirait si on suivait l'opinion

the Court below. He too recognized that there is a great distinction between domestic enforcement of employment contracts *per se* and the imposition of labour relations norms. I can do no better than to recite his comments on this point, at pp. 347-48:

I see no rational basis for distinguishing between contracts for the purchase of goods or services and contracts of employment for purposes of the *State Immunity Act*. If, as in my view he is, a supplier of electricity or groceries to the Argentinia base is entitled to sue the U.S. for breach of contract in a Canadian court, there seems no reason why a Canadian civilian employee there should not have a like entitlement. However, as suggested by the Trial Judge in *Goethe House*, exercise by the Board of its jurisdiction to certify goes a good deal further than the enforcement of employees' rights and employers' obligations under employment contracts.

Certification of a bargaining agent under the *Canada Labour Code* is not an end in itself. It gives the certified bargaining agent rights and, more important in the present circumstances, imposes obligations on the certified employer. Most immediately, if called upon to do so by the Union, the U.S. will be required to bargain with it for purposes of entering into a collective agreement (section 48). Should that bargaining not result in a collective agreement, the Board may, subject to the intervention of the Minister of Labour, impose an initial agreement (section 80). I do not think it necessary to go beyond that threshold in enumerating the obligations that the Code imposes on a certified employer and the coercive powers exercisable by the Board on motion of a certified bargaining agent.

The sovereign dignity of a foreign state seems clearly put in issue when a domestic tribunal can force it to bargain over the conditions of employment of its employees and, if permitted by a Minister of the Crown, impose those conditions. That is very different from a domestic tribunal enforcing the terms of a contract of employment the foreign state has freely entered into.

Although the contracts of employment at the Argentinia base might (in the loosest sense of the word) be "related" to the certification proceedings,

majoritaire dans l'affaire *Goethe House*. Il a aussi reconnu qu'il existe une distinction importante entre l'exécution locale de contrats de travail et l'imposition de normes en matière de relations de travail. Qu'il me suffise de citer les commentaires du juge Mahoney sur ce point, aux pp. 347 et 348:

Je ne vois aucun motif raisonnable de faire la distinction entre les contrats d'achat de biens ou de services et les contrats de travail aux fins de la *Loi sur l'immunité des États*. Si celui qui fournit de l'électricité ou des provisions à la base d'Argentinia peut poursuivre, et à mon avis il le peut, les É.-U. pour inexécution de contrat devant un tribunal canadien, il ne semble pas y avoir de raison pour laquelle un employé civil canadien ne devrait pas alors jouir d'un droit semblable. Toutefois, comme l'a laissé entendre le juge de première instance dans l'affaire *Goethe House*, l'exercice par le Conseil de sa compétence en matière d'accréditation va beaucoup plus loin que l'application des droits des employés et des obligations des employeurs en vertu des contrats de travail.

L'accréditation d'un agent négociateur en vertu du *Code canadien du travail* n'est pas une fin en soi. Elle donne des droits à l'agent négociateur accrédité et, ce qui est plus important en l'espèce, elle impose des obligations à l'employeur accrédité. Très directement, s'ils y sont invités par le Syndicat, les États-Unis seront tenus de négocier avec lui en vue de la conclusion d'une convention collective (article 48). Si ces négociations ne devaient pas aboutir à une convention collective, le Conseil peut, sous réserve de l'intervention du ministre du Travail, imposer une première convention (article 80). Je ne crois pas nécessaire d'aller plus loin dans l'énumération des obligations que le Code impose à un employeur accrédité et des pouvoirs coercitifs qui peuvent être exercés par le Conseil sur requête d'un agent négociateur accrédité.

La dignité souveraine d'un État étranger semble manifestement mise en cause lorsqu'un tribunal national peut l'obliger à négocier au sujet des conditions de travail de ses employés et, si un ministre de la Couronne le permet, imposer ces conditions. C'est très différent du cas où un tribunal national appliquerait les modalités d'un contrat de travail que l'État étranger a conclu librement.

Bien que les contrats de travail à la base d'Argentinia puissent «porter» (au sens large du terme) sur les procédures d'accréditation, en ce qu'ils

in that they serve as a condition precedent to the certification application, they do not lie at the heart of the matter. Rather, the application seeks to supplant the private contractual relationship between the employees and employer with a statutory scheme of collective bargaining which by definition regulates the management of the base. The union certification procedure relates most obviously and directly to the sovereign attributes of a foreign state, which must remain immune from such proceedings.

### Other Considerations

I turn now to several collateral points which were raised in argument by the respondents. First, PSAC urged this Court to adopt the American "private person" test as a simple means of distinguishing between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. I adverted to this test earlier in my analysis of the common law and the American statute. In answer to PSAC's submissions, I would simply adopt the reservations regarding this test expressed by Lord Wilberforce in *I Congreso*, and by Iacobucci C.J. in the court below. The test was developed in the "trading cases" and is a useful analytical tool in that context; see *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] Q.B. 529 (C.A.), and *Texas Trading v. Nigeria*, *supra*. However, I am reluctant to extend the test beyond this class of cases. In particular, I fail to see its utility in the present case.

PSAC also argued that Article IX(4) of SOFA should influence the scope of immunity granted by the *State Immunity Act*. Article IX(4) stipulates that "[t]he conditions of employment and work, in particular wages, supplementary payments and conditions for the protection of workers, shall be those laid down by the legislation of the receiving State." PSAC contends the Act should be read to conform with this treaty obligation, which would suggest that domestic labour legislation would apply notwithstanding sovereign immunity. I am not prepared to accept this contention. By this argument PSAC is attempting to re-introduce the

constituent une condition préalable de la requête en accréditation, ils ne sont pas au cœur du litige. La requête vise plutôt à remplacer la relation contractuelle privée qui existe entre les employés et l'employeur par un régime légal de convention collective qui, par définition, régit l'administration de la base. De toute évidence, la requête en accréditation porte directement sur les attributs de la souveraineté d'un État étranger qui doit continuer de bénéficier de l'immunité à l'égard de telles procédures.

### Autres considérations

J'examinerai maintenant plusieurs points accessoires que les intimés ont soulevés dans leur plaidoirie. Premièrement, l'AFPC demande à notre Cour d'adopter le critère américain du «particulier» comme un simple moyen d'établir une distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*. J'ai déjà fait allusion à ce critère dans mon analyse de la common law et de la loi américaine. Pour répondre à l'AFPC, je ferais miennes tout simplement les réserves exprimées au sujet de ce critère par lord Wilberforce dans l'arrêt *I Congreso* et par le juge en chef Iacobucci de la Cour d'appel fédérale. Ce critère a été conçu dans le cadre d'affaires en matière commerciale et constitue un outil analytique utile dans ce contexte; voir *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] Q.B. 529 (C.A.), et *Texas Trading c. Nigeria*, précité. Toutefois, j'hésite à appliquer ce critère à des affaires qui n'entrent pas dans cette catégorie. Plus particulièrement, je ne vois pas en quoi il peut être utile en l'espèce.

Selon l'AFPC, l'article IX(4) de la CSF devrait influencer sur l'étendue de l'immunité accordée par la *Loi sur l'immunité des États*. Cet article stipule que «[l]es conditions d'emploi et de travail, notamment les salaires et accessoires de salaires et les conditions de protection des travailleurs, sont réglées conformément à la législation en vigueur dans l'État de séjour.» L'AFPC prétend que la Loi devrait être interprétée de façon à respecter cette obligation du traité, ce qui laisse supposer que les lois ouvrières canadiennes s'appliqueraient même dans le cas où il y a immunité de juridiction. Je ne suis pas disposé à accepter cette prétention.

issue of waiver of immunity under s. 4 of the Act. This argument was rejected by the court below, and was not advanced before this Court.

I would note that SOFA has no legal effect in Canada, as it has not been ratified by domestic legislation. Inasmuch as it might influence the interpretation of the Act, a contrary interpretation is demanded by Article I of the Leased Bases Agreement, which grants “all the rights, power and authority within the Leased Areas which are necessary for the establishment, use, operation and defence” of the air and naval base. Further, Article XXIX stipulates that “[d]uring the continuance of any Lease, no laws of the Territory which would derogate from or prejudice any of the rights conferred on the United States by the Lease or by this Agreement shall be applicable within the Leased Area, save with the concurrence of the United States.” The Agreement thus makes it clear that Canadian legislation should not derogate from American authority at the base. For me, this clear meaning, in an agreement specific to the Argentia base, outweighs any inference which can be drawn from SOFA, which is a treaty of general application to all NATO facilities.

Both PSAC and the Board argued that the “proceedings” in issue should be limited precisely to the certification hearing itself. They argue that the only direct consequence of the hearing would be the certification of the union as the exclusive bargaining agent of the employees, pursuant to s. 36(1) of the *Canada Labour Code*, and that any consideration of other possible consequences of certification is irrelevant to our inquiry. I do not agree. Certification under s. 36(1) of the Act triggers a whole host of rights and obligations under the Act, many of which are virtual certainties rather than mere hypothetical possibilities. If these consequences are not considered at this juncture, then the purpose of the *State Immunity Act* would

L’AFPC tente, au moyen de cet argument, de soulever de nouveau la question de la renonciation à l’immunité de juridiction prévue à l’art. 4 de la Loi. Cet argument a été rejeté par la Cour d’appel et n’a pas été avancé devant nous.

Je tiens à préciser que la CSF n’est pas exécutoire au Canada, car elle n’a pas été ratifiée au moyen d’une loi interne. Dans la mesure où cette convention risque d’influencer l’interprétation de la Loi, il faut lui donner une interprétation contraire en vertu de l’article premier de l’Accord concernant les bases cédées à bail, qui confère [TRADUCTION] «dans la limite des territoires cédés à bail tous les droits, pouvoir et autorité dont ils auront besoin pour l’établissement, l’utilisation, l’exploitation [et] la défense» de la base aérienne et navale. En outre, l’article XXIX stipule que [TRADUCTION] «[p]endant la durée d’un bail quelconque, aucune loi du territoire qui dérogerait ou qui porterait atteinte aux droits conférés aux États-Unis en vertu du bail ou du présent accord ne sera applicable dans les limites du territoire cédé à bail, sauf avec l’approbation des États-Unis.» L’accord établit donc clairement que les lois canadiennes ne devraient pas porter atteinte à l’exercice du pouvoir américain à l’intérieur de la base. À mon avis, une disposition aussi claire, dans un accord visant spécifiquement la base d’Argentia, l’emporte sur toute conclusion qui pourrait être tirée de la CSF qui constitue un traité d’application générale à toutes les installations de l’OTAN.

L’AFPC et le Conseil soutiennent que les «procédures» en cause devraient être limitées précisément à l’audition même de la requête en accréditation. Ils font valoir que la seule conséquence directe de cette audition serait l’accréditation du syndicat à titre d’agent négociateur exclusif des employés conformément au par. 36(1) du *Code canadien du travail*, et que l’examen des autres conséquences possibles de l’accréditation n’est pas pertinent en l’espèce. Je ne partage pas cette opinion. L’accréditation en vertu du par. 36(1) de la Loi donne naissance à toute une série de droits et obligations en vertu de la Loi, dont un grand nombre constituent des quasi-certitudes plutôt que de simples possibilités. Si l’on ne procède pas à ce

be frustrated—the foreign state would be required to claim immunity piecemeal, at each distinct stage of the collective bargaining process. This approach is simply not workable.

Finally, PSAC points out that the effect of granting immunity to the United States is to deprive Canadian employees of their right to the protection of labour relations legislation, a right enjoyed by all other Canadians. However, this regrettable result is a necessary consequence of Canada's commitment to policies of international comity and reciprocity. Any time sovereign immunity is asserted, the inevitable result is that certain domestic parties will be left without legal recourse. This is a policy choice implicit in the Act itself. A policy choice with a similar effect in the field of labour law is the exclusion from union membership of "a person who performs management functions or is employed in a confidential capacity in matters relating to industrial relations" under s. 3 of the *Canada Labour Code*. That regrettable exclusion is necessitated by valid labour relations policy considerations. Similarly, the exclusion in the present case is required by policy considerations of international comity and reciprocity. Indeed, more than mere comity comes into play here. As noted, it is required by Canada's obligation under the Lease—an international agreement. Article I of that document, we saw, accords the United States "all the rights, power and authority within the Leased Areas which are necessary for the establishment, use, operation and defence thereof, or appropriate for their control. . . ." I find it difficult to see how the United States can fully exercise these rights without having full control of its labour relations on the base.

moment à l'examen de ces conséquences, l'objet de la *Loi sur l'immunité des États* sera alors contrecarré, car l'État étranger se verra forcé de réclamer peu à peu l'immunité à chaque étape distincte du processus de la négociation collective. Pareille façon de procéder n'est tout simplement pas pratique.

*b*

Enfin, l'AFPC souligne que l'attribution de l'immunité de juridiction des États-Unis a pour effet de priver les employés canadiens du droit à la protection de la législation ouvrière dont bénéficient tous les autres Canadiens. Toutefois, ce résultat regrettable est une conséquence nécessaire de l'engagement du Canada à respecter les politiques de courtoisie et de réciprocité internationales. Chaque fois que l'immunité de juridiction est revendiquée, certaines parties locales se trouvent inévitablement dépourvues de tout recours judiciaire. C'est un choix de principe implicite dans la Loi elle-même. Un choix de principe, ayant un effet similaire dans le domaine du droit du travail, est à l'origine de l'interdiction d'être membre d'un syndicat qui est faite, en vertu de l'art. 3 du *Code canadien du travail*, aux «personnes occupant un poste de direction ou un poste de confiance comportant l'accès à des renseignements confidentiels en matière de relations du travail». Cette interdiction regrettable repose sur des considérations de principe valables en matière de relations du travail. De la même façon, l'exclusion en l'espèce repose sur des considérations de principe fondées sur la courtoisie et la réciprocité internationales. En fait, il ne s'agit pas seulement d'une question de simple courtoisie ici. Comme je l'ai mentionné, le Canada y est tenu en vertu du bail qui est un accord international. L'article premier de ce document accorde, comme nous l'avons vu, aux États-Unis [TRADUCTION] «dans la limite des territoires cédés à bail tous les droits, pouvoir et autorité dont ils auront besoin pour l'établissement, l'utilisation, l'exploitation, la défense ou la direction desdits territoires. . . » Il m'est difficile de voir comment les États-Unis peuvent exercer pleinement ces droits s'ils ne contrôlent pas complètement leurs relations de travail à l'intérieur de la base.

Disposition

For these reasons I would allow the appeal, and answer the first referred question in the affirmative.

The reasons of Sopinka and Cory JJ. were delivered by

CORY J. (dissenting)—At issue in this appeal is whether Canadian citizens working in Canada for the American government are, as they allege, entitled to the protection and benefit of the laws of Canada. The United States government claims immunity from Canadian labour relations laws and, as a consequence, from any order of the Canada Labour Relations Board (“CLRB”) on the ground that it is a sovereign nation. To resolve the issue, consideration must be given for the first time to the provisions of the *State Immunity Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 95 (now R.S.C., 1985, c. S-18), which govern the compellability of foreign states to the jurisdiction of Canadian courts and administrative tribunals.

Factual Background

The United States of America operates a naval base at Argentia, Newfoundland. The right to operate a base on this site was granted to the American government by the United Kingdom under the Leased Bases Agreement of September 2, 1940. This Agreement was incorporated into the law of Newfoundland by the *American Bases Act*, S.N. 1941, c. 12. It remains in force pursuant to the provisions of s. 18 of the 1949 Terms of Union of Newfoundland with Canada. The original Leased Bases Agreement was superseded by the *North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement* (“SOFA”) negotiated by Canada and the United States. Those provisions of the Leased Bases Agreement which are unaffected by SOFA continue to apply.

Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de répondre par l’affirmative à la première question soulevée.

Version française des motifs des juges Sopinka et Cory rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—Le présent pourvoi vise à déterminer si les citoyens canadiens qui travaillent au Canada pour le compte du gouvernement américain ont, comme ils le prétendent, droit à la protection et au bénéfice des lois du Canada. Le gouvernement des États-Unis réclame l’immunité de juridiction à l’égard des lois canadiennes en matière de relations du travail et, en conséquence, à l’égard de toute ordonnance du Conseil canadien des relations du travail («CCRT»), pour le motif que les États-Unis sont nation souveraine. Pour trancher le présent pourvoi, nous devons analyser pour la première fois les dispositions de la *Loi sur l’immunité des États*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 95 (maintenant L.R.C. (1985), ch. S-18), qui régissent la possibilité de contraindre un État étranger à se soumettre à la juridiction des tribunaux judiciaires et administratifs canadiens.

Les faits

Les États-Unis d’Amérique exploitent une base navale à Argentia (Terre-Neuve). C’est le Royaume-Uni qui, en vertu de l’Accord concernant les bases cédées à bail du 2 septembre 1940, a accordé au gouvernement américain le droit d’exploiter une base à cet endroit. Cet accord a été incorporé dans les lois de Terre-Neuve par l’*American Bases Act*, S.N. 1941, ch. 12. Il demeure en vigueur conformément à l’art. 18 des Conditions de l’union de Terre-Neuve au Canada de 1949. L’accord initial concernant les bases cédées à bail a été remplacé par la *Convention sur le statut des forces du Traité de l’Atlantique Nord* («CSF») négociée par le Canada et les États-Unis. Les dispositions de l’accord initial concernant les bases cédées à bail, qui n’ont pas été modifiées par la CSF, continuent de s’appliquer.

The vital feature of the Argentinia base is a communication centre which provides undersea surveillance information to defence forces. Not unexpectedly, access to the communications building is severely restricted. The base contains a firehall, a maintenance building, a power house, a school and living quarters for base personnel. Both American and Canadian armed forces members are stationed there. Canadian civilians are also employed as firefighters, plumbers, electricians, inspectors, boiler plant operators, pipefitters, carpenters, truck drivers, stationary engineers, welders and mechanics. From time to time some of the on-site maintenance is performed by local private contractors. All the civilian support staff have access to the subsidiary buildings on the base. However, entry to the communications centre is restricted to those civilian employees who have been issued special passes. Even those employees who have received special passes must be accompanied by military escorts when they enter the communications building.

The civilian employees are hired by the Argentinia Base personnel office. They are paid in Canadian currency. They must remit Canadian income tax and make Canada Pension Plan and Unemployment Insurance contributions. The employees receive as paid holidays both the American national holidays and Canada Day.

All employees of the base must, when they are hired, sign a no strike contract. The civilian employees were organized by the Union of National Defence Employees ("UNDE"), which is now included in the Public Service Alliance of Canada ("PSAC").

In 1982, UNDE entered into a memorandum of understanding with the U.S. Navy. By the terms of this memorandum, the union agreed that U.S. labour laws governed the employees of the base. However, the relevant American legislation is not applicable to employees who are not U.S. citizens and who work outside of the U.S.A. (See *Federal Service Labor-Management Relations Statute*, Pub.

La base d'Argentinia est essentiellement un centre de communications qui fournit aux forces de défense des renseignements relatifs à la surveillance sous-marine. Il n'est donc pas étonnant que l'accès à l'édifice des communications soit très restreint. La base comprend une caserne de pompiers, des installations d'entretien, une centrale électrique, une école et des logements pour le personnel. Des militaires américains et canadiens y travaillent. Des civils canadiens y sont également employés comme pompiers, plombiers, électriciens, inspecteurs, préposés aux chaudières, monteurs de tuyauterie, menuisiers, conducteurs de camions, mécaniciens de machines fixes, soudeurs et techniciens. Il arrive parfois que l'entretien sur place soit confié à des entrepreneurs privés locaux. Tout le personnel civil de soutien a accès aux bâtiments secondaires situés dans la base. Toutefois, l'accès au centre de communications est limité aux employés civils munis de laissez-passer spéciaux, qui ont eux-mêmes besoin d'une escorte militaire lorsqu'ils doivent pénétrer dans le centre de communications.

Les employés civils sont embauchés par le bureau du personnel de la base d'Argentinia. Rémunérés en dollars canadiens, ces employés paient de l'impôt au gouvernement canadien et cotisent au Régime de pensions du Canada et au régime d'assurance-chômage. Ils ont, comme congés rémunérés, les jours de fête nationale aux États-Unis ainsi que le jour de la Fête du Canada.

Au moment de leur embauchage, tous les employés de la base doivent signer un contrat assorti d'une interdiction de grève. Les employés civils ont été syndiqués par l'Union des employés de la Défense nationale («UEDN»), qui fait maintenant partie de l'Alliance de la Fonction publique du Canada («AFPC»).

En 1982, l'UEDN a signé un mémoire d'entente avec la base navale américaine. Aux termes de ce mémoire, le syndicat reconnaissait que les employés de la base étaient régis par les lois ouvrières américaines. Toutefois, la législation américaine pertinente n'est pas applicable aux employés qui n'ont pas la citoyenneté américaine et qui travaillent à l'extérieur des États-Unis. (Voir

L. 95-454, 92 Stat. 1192, 5 U.S.C. § 7103(a)(2)(i).) In 1987, PSAC notified the Base Commander that the American statute was not applicable to the Canadian employees. The U.S. Navy then proposed that the parties should continue their attempts to negotiate a collective agreement on the basis of the memorandum despite the fact that the American labour legislation could not apply. This was to be done on the understanding that the Base Commanding Officer would resolve any differences that might arise between the parties. PSAC refused to continue negotiations under these conditions. On May 28, 1987, the union filed for certification with the CLRB.

The CLRB determined that it had jurisdiction over the civilian employees of the base. However, since it was recognized that there would be a judicial review of the case, the Board filed a formal reference on the question to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28(4) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 (now R.S.C., 1985, c. F-7). The Board's questions on the reference were:

1. whether it had erred in holding that the United States could not claim state immunity with respect to the application for certification;

2. if not, whether it had erred in holding that the matter falls within the federal constitutional jurisdiction; and

3. if not, whether it had erred in holding that the matter falls within its own jurisdiction.

The certification proceedings have been stayed pending the determination of this reference. The Federal Court of Appeal held that the Board decided the first issue correctly but it did not address the second and third questions. It is the Court of Appeal's decision on the first question which is the subject of this appeal.

*Federal Service Labor-Management Relations Statute*, Pub. L. 95-454, 92 Stat. 1192, 5 U.S.C. § 7103a)(2)(i).) En 1987, l'AFPC a informé le commandant de la base que la loi américaine n'était pas applicable aux employés canadiens. La marine américaine a alors proposé que les parties poursuivent leurs tentatives de négocier une convention collective conforme au mémoire d'entente, même si la législation ouvrière américaine ne pouvait s'appliquer. Cela devait se faire à la condition que le commandant de la base règle toute divergence pouvant survenir entre les parties. L'AFPC a refusé de poursuivre les négociations dans de telles conditions. Le 28 mai 1987, le syndicat a déposé une requête en accréditation devant le CCRT.

Le CCRT a décidé qu'il avait compétence sur les employés civils de la base. Toutefois, ayant reconnu que l'affaire ferait l'objet d'un contrôle judiciaire, le Conseil a soumis un renvoi officiel à la Cour d'appel fédérale, conformément au par. 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. F-7). Voici les questions que le Conseil a soumis dans le cadre de ce renvoi:

1. Le Conseil a-t-il erré en concluant que les États-Unis ne pouvaient pas bénéficier de l'immunité de juridiction à l'égard d'une requête en accréditation?

2. Dans la négative, a-t-il erré en jugeant que la question relevait de la compétence constitutionnelle fédérale?

3. Dans la négative, a-t-il erré en jugeant que cette question relevait de sa compétence?

Les procédures d'accréditation ont été interrompues en attendant qu'une décision soit rendue sur le présent renvoi. La Cour d'appel fédérale a statué que le Conseil avait répondu correctement à la première question, mais elle ne s'est pas prononcée sur les deuxième et troisième questions. Le présent pourvoi porte sur la décision de la Cour d'appel relativement à la première question.



Applicable Legislation*Federal Court Act*

28. . . .

(4) A federal board, commission or other tribunal to which subsection (1) applies may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Court of Appeal for hearing and determination.

*State Immunity Act*

2. . . .

“commercial activity” means any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that by reason of its nature is of a commercial character;

3. (1) Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada.

4. (1) A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court if the state waives the immunity conferred by subsection 3(1) by submitting to the jurisdiction of the court in accordance with subsection (2) or (4).

(2) In any proceedings before a court, a foreign state submits to the jurisdiction of the court where it

(a) explicitly submits to the jurisdiction of the court by written agreement or otherwise either before or after the proceedings commence;

5. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state.

*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C.

**§ 1603. Definitions**

(d) A “commercial activity” means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

**§ 1604. Immunity of a foreign state from jurisdiction**

Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the juris-

Les dispositions législatives applicables*Loi sur la Cour fédérale*

28. . . .

(4) Un office, une commission ou un autre tribunal fédéral auxquels s'applique le paragraphe (1) peut, à tout stade de ses procédures, renvoyer devant la Cour d'appel pour audition et jugement, toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

*Loi sur l'immunité des États*

2. . . .

«activité commerciale» Toute poursuite normale d'une activité ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature.

3. (1) Sauf exceptions prévues dans la présente loi, l'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada.

4. (1) L'État étranger qui se soumet à la juridiction du tribunal selon les modalités prévues aux paragraphes (2) ou (4), renonce à l'immunité de juridiction visée au paragraphe 3(1).

(2) Se soumet à la juridiction du tribunal l'État étranger qui:

a) le fait de manière expresse par écrit ou autrement, avant l'introduction de l'instance ou en cours d'instance;

5. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales.

*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C.

**h [TRADUCTION] § 1603. Définitions**

d) Une «activité commerciale» s'entend de la poursuite normale d'une opération commerciale ainsi que de tout acte isolé. Le caractère commercial d'une activité est déterminé en fonction de la nature de l'activité ou de l'acte isolé plutôt qu'en fonction de son objet.

**§ 1604. Immunité de juridiction d'un État étranger**

Sous réserve des accords internationaux existants dont sont signataires les États-Unis au moment de l'adoption de la présente loi, un État étranger bénéficie

diction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter.

**§ 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state**

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case—

. . .

(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;

*State Immunity Act 1978, 1978 (U.K.), c. 33*

1. — (1) A State is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions of this Part of this Act.

3. — (1) A State is not immune as respects proceedings relating to—

- (a) a commercial transaction entered into by the State; or
- (b) an obligation of the State which by virtue of a contract (whether a commercial transaction or not) falls to be performed wholly or partly in the United Kingdom.

. . .

(3) In this section “commercial transaction” means—

- (a) any contract for the supply of goods or services;
- (b) any loan or other transaction for the provision of finance and any guarantee or indemnity in respect of any such transaction or of any other financial obligation; and
- (c) any other transaction or activity (whether of a commercial, industrial, financial, professional or other similar character) into which a State enters or in which it engages otherwise than in the exercise of sovereign authority;

de l’immunité de juridiction devant les tribunaux des États-Unis et ceux des États, sous réserve de ce qui est prévu aux articles 1605 à 1607 du présent chapitre.

**§ 1605. Exceptions générales à l’immunité de juridiction d’un État étranger**

a) Un État étranger ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction devant les tribunaux des États-Unis ou ceux des États dans tous les cas—

b

. . .

(2) où l’acte se fonde sur une activité commerciale exercée aux États-Unis relativement à une activité commerciale exercée ailleurs par l’État étranger, ou encore sur un acte accompli à l’extérieur des États-Unis relativement à une activité commerciale exercée ailleurs par l’État étranger et que cet acte a un effet direct aux États-Unis;

d

*State Immunity Act 1978, 1978 (R.-U.), ch. 33*

[TRADUCTION]

1. — (1) Un État bénéficie de l’immunité de juridiction devant les tribunaux du Royaume-Uni, sous réserve de ce qui est prévu dans la présente partie de la Loi.

3. — (1) Un État ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction dans les actions qui portent sur:

- a) une opération commerciale conclue par l’État; ou
- b) une obligation de l’État qui, aux termes d’un contrat (qu’il s’agisse ou non d’une opération commerciale), doit être exécutée en totalité ou en partie au Royaume-Uni.

. . .

(3) Dans le présent article, s’entend d’une «opération commerciale»:

- a) un contrat pour la fourniture de biens ou de services;
- b) un prêt ou autre opération visant la prestation de fonds et de toute garantie ou indemnité relativement à cette opération ou à toute autre obligation financière; et
- c) toute autre opération ou activité (de nature commerciale, industrielle, financière, professionnelle ou autre semblable) qu’un État conclut ou exerce autrement que dans l’exercice de son pouvoir souverain;

but neither paragraph of subsection (1) above applies to a contract of employment between a State and an individual.

4. — (1) A State is not immune as respects proceedings relating to a contract of employment between the State and an individual where the contract was made in the United Kingdom or the work is to be wholly or partly performed there.

(2) Subject to subsections (3) and (4) below, this section does not apply if—

- (a) at the time when the proceedings are brought the individual is a national of the State concerned; or
- (b) at the time when the contract was made the individual was neither a national of the United Kingdom nor habitually resident there; or
- (c) the parties to the contract have otherwise agreed in writing.

(3) Where the work is for an office, agency or establishment maintained by the State in the United Kingdom for commercial purposes, subsection (2)(a) and (b) above do not exclude the application of this section unless the individual was, at the time when the contract was made, habitually resident in that State.

(4) Subsection (2)(c) above does not exclude the application of this section where the law of the United Kingdom requires the proceedings to be brought before a court of the United Kingdom.

(5) In subsection (2)(b) above “national of the United Kingdom” means a citizen of the United Kingdom and Colonies, a person who is a British subject by virtue of section 2, 13 or 16 of the British Nationality Act 1948 or by virtue of the British Nationality Act 1965, a British protected person within the meaning of the said Act of 1948 or a citizen of Southern Rhodesia.

(6) In this section “proceedings relating to a contract of employment” includes proceedings between the parties to such a contract in respect of any statutory rights or duties to which they are entitled or subject as employer or employee.

#### The Decision of the Canada Labour Relations Board

The Board found that the hiring of employees constituted a commercial activity. It was, therefore, a private act and not entitled to the immunity

toutefois, nul alinéa du paragraphe (1) ci-dessus ne s'applique à un contrat de travail conclu entre un État et un particulier.

4. — (1) Un État ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions portant sur un contrat de travail entre l'État et un particulier lorsque le contrat a été conclu au Royaume-Uni ou que le travail doit y être exécuté en totalité ou en partie.

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (4) ci-après, le présent article ne s'applique pas si—

- a) au moment où l'action est intentée, le particulier est un ressortissant de l'État visé;
- b) au moment où le contrat a été conclu, le particulier n'était ni un ressortissant ni un résident habituel du Royaume-Uni;
- c) les parties au contrat ont convenu par écrit du contraire.

(3) S'il s'agit d'un travail effectué pour le compte d'un bureau, d'une agence ou d'un établissement subventionné par l'État au Royaume-Uni à des fins commerciales, les alinéas (2)a) et b) n'écartent pas l'application du présent article sauf si le particulier était un résident habituel de cet État, au moment de la conclusion du contrat.

(4) L'alinéa (2)c) n'écarte pas l'application du présent article si la loi du Royaume-Uni exige que l'action soit intentée devant un tribunal du Royaume-Uni.

(5) À l'alinéa (2)b) ci-dessus, l'expression «ressortissant du Royaume-Uni» désigne un citoyen du Royaume-Uni ou de ses colonies, un sujet britannique en vertu des articles 2, 13 ou 16 de la British Nationality Act 1948 ou en vertu de la British Nationality Act 1965, une personne protégée de la Grande-Bretagne au sens de ladite loi de 1948 ou encore un citoyen de la Rhodésie du Sud.

(6) Dans le présent article, les «actions portant sur un contrat de travail» comprennent les actions entre les parties à un tel contrat relativement aux droits dont elles sont investies ou aux obligations auxquelles elles sont soumises par la loi en tant qu'employeur ou employé.

#### La décision du Conseil canadien des relations du travail

Le Conseil a conclu que l'embauchage des employés constituait une activité commerciale. Il s'agissait donc d'un acte privé au sujet duquel on

which would apply to the public acts of sovereign states.

ne pouvait pas réclamer l'immunité de juridiction qui s'appliquerait aux actes publics accomplis par des États souverains.

Federal Court of Appeal, [1990] 1 F.C. 332

<sup>a</sup> La Cour d'appel fédérale, [1990] 1 C.F. 332

Mahoney J.A., for the majority, upheld the decision of the Board. In careful reasons he noted that, historically, foreign states enjoyed absolute immunity from domestic courts. This doctrine had, over the years, evolved into one of restrictive immunity as foreign states increasingly engaged in commercial activities. He observed that in England and the United States, as in Canada, legislation has been enacted which codifies the modern doctrine of restrictive immunity. He applied the test adopted by some American courts: if the impugned activity of the foreign state is one in which a private person could engage it is not entitled to immunity. He determined that the act of hiring employees was a commercial activity that was not entitled to immunity.

<sup>b</sup> Le juge Mahoney, s'exprimant au nom de la majorité, a confirmé la décision du Conseil. Dans des motifs soigneusement rédigés, il a affirmé que les États étrangers jouissaient historiquement d'une immunité absolue de juridiction devant les tribunaux nationaux. L'accroissement des activités commerciales d'États étrangers a fait en sorte que ce principe est devenu, au fil des ans, un principe d'immunité restreinte. Il a fait remarquer qu'en Angleterre et aux États-Unis, de même qu'au Canada, on a adopté des lois codifiant ce principe moderne de l'immunité restreinte. Il a appliqué le critère adopté par certains tribunaux américains: si l'activité reprochée de l'État étranger en est une qu'un particulier pourrait exercer, l'État étranger n'a pas droit à l'immunité de juridiction. Il a conclu que l'embauchage d'employés constitue une activité commerciale au sujet de laquelle on ne pouvait pas invoquer l'immunité de juridiction.

Iacobucci C.J. (as he then was), in concurring reasons, expressed a reservation to the majority opinion. He commented that the test relied upon by the Board, namely whether a private party could have entered the same transaction, was too broad.

<sup>c</sup> <sup>d</sup> <sup>e</sup> Le juge en chef Iacobucci (maintenant juge de notre Cour) a exprimé, dans des motifs concordants, une réserve au sujet de l'opinion de la majorité. Il a fait observer que le critère invoqué par le Conseil, c'est-à-dire celui qui consiste à déterminer si un particulier aurait pu conclure la même opération, était trop général.

### The Question to be Resolved

### <sup>f</sup> La question qui se pose

The question that must be answered by this appeal is this:

<sup>g</sup> <sup>h</sup> La question qui se pose en l'espèce est la suivante:

Has the Canada Labour Relations Board erred in finding that the United States Government could not claim State immunity as provided in section 3 of the State Immunity Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 95, with respect to an application for certification filed on behalf of Canadian civilians employed by the U.S. Department of Defense, at its Naval Facility at Argentia, Newfoundland?

<sup>i</sup> <sup>j</sup> Le Conseil canadien des relations du travail a-t-il erré en concluant que le gouvernement des États-Unis ne pouvait pas bénéficier de l'immunité de juridiction prévue à l'article 3 de la Loi sur l'immunité des États, S.C. 1980-81-82-83, ch. 95, à l'égard d'une requête en accréditation présentée au nom de civils canadiens employés du département de la Défense des États-Unis à la base navale d'Argentia (Terre-Neuve)?

The Doctrine of State Immunity

The doctrine of absolute state immunity was developed early in the history of international law. It had as its object the preservation of the sovereignty of independent states. It protected a foreign state from the processes of the courts of a host state, although not from the application of the law of that host state. The concept was derived from principles of comity and reciprocity. It furthered the interests of sovereign states by protecting them from actions initiated by citizens of the host state. The doctrine of absolute state immunity recognized the sovereignty and equality of nation states but at a cost to private citizens. The burden of that cost weighed ever more heavily on private citizens as the commercial activities of nations expanded. The unfairness of this burden was recognized and the concept of state immunity was accordingly refined to reflect commercial reality. This was accomplished by recognizing a distinction between a foreign government's public acts (*jure imperii*), which require immunity, and private acts (*jure gestionis*), which do not. (See Emanuelli, "Commentaire: La Loi sur l'immunité des États" (1985), 45 *R. du B.* 81.)

The Evolution of State Immunity Doctrine(a) *The United States*

In 1952, the United States State Department adopted a policy of restrictive immunity in the "Taft letter". This letter restricted the doctrine of state immunity to those acts of nations that are governmental in nature and specifically excluded from protection those acts which are commercial in nature. In 1976, the United States entrenched this policy by enacting the *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. ("FSIA"). Paragraph 1605 of the FSIA removes sovereign immunity from any action undertaken with respect to "commercial activity" which is defined in a very general way. Since 1976, the American cases dealing with state

Le principe de l'immunité de juridiction

Le principe de l'immunité de juridiction absolue remonte au début de l'histoire du droit international. Ce principe visait à préserver la souveraineté des États indépendants. Il protégeait un État étranger contre les poursuites devant les tribunaux de l'État d'accueil, mais non contre l'application des lois de cet État. Ce concept s'inspirait des principes de courtoisie et de réciprocité. Il favorisait les intérêts des États souverains en les protégeant contre les actions intentées par des citoyens de l'État d'accueil. Le principe de l'immunité de juridiction absolue reconnaissait la souveraineté et l'égalité des nations, mais au détriment des particuliers. Ce préjudice causé aux particuliers s'est aggravé au fur et à mesure que les activités commerciales des nations ont pris de l'ampleur. L'iniquité de ce préjudice ayant été reconnue, on a modifié le concept de l'immunité de juridiction de manière à tenir compte de la réalité commerciale. Cela s'est fait par la reconnaissance d'une distinction entre les actes publics d'un gouvernement étranger (*jure imperii*), qui exigent l'immunité, et les actes privés (*jure gestionis*) qui ne l'exigent pas. (Voir Emanuelli, «Commentaire: La Loi sur l'immunité des États» (1985), 45 *R. du B.* 81.)

L'évolution du principe de l'immunité de juridictiong a) *Les États-Unis*

En 1952, le département d'État des États-Unis a adopté une politique d'immunité restreinte dans la «lettre de Taft». Ce document limitait l'application du principe de l'immunité de juridiction aux actes de nature gouvernementale des nations et soustrayait spécifiquement à cette protection les actes de nature commerciale. En 1976, les États-Unis ont consacré cette politique en adoptant la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. («FSIA»). L'article 1605 de la FSIA écarte l'immunité de juridiction dans le cas de poursuites portant sur une «activité commerciale», laquelle expression est définie d'une façon très générale. Depuis 1976, la jurisprudence

immunity have turned on the characterization of the questioned activity of the foreign state.

The American definition of “commercial activity” is somewhat different from that contained in the Canadian statute. It bars the courts from considering the purpose of an activity when determining whether it is commercial in nature. Despite the difference in the definition the American cases which considered the scope of “commercial activity” are still of interest.

In *Texas Trading & Mill. Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (1981), a very broad test was proposed at p. 309 for determining whether an activity was commercial in nature: “if the activity is one in which a private person could engage, it is not entitled to immunity”. In the proceedings below, both the CLRB and the Federal Court of Appeal adopted the *Texas Trading* test. The test has the advantage of simplicity and ease of application. Yet the very simplicity of the test, and the resulting wide range of activities which it would encompass, reveals the difficulty which is inherent in characterizing an activity as commercial solely on the basis of its nature, without any regard to its purpose. Sometimes, the nature of the act itself may only become evident when it is viewed in light of the purpose for which it was undertaken.

The Seventh Circuit Court of Appeals devised a more flexible approach in *Segni v. Commercial Office of Spain*, 835 F.2d 160 (1987). In that case, the Court was considering an action for breach of a contract of employment. Segni, a resident of the United States, had been hired to market Spanish wines by the Commercial Office of Spain. On one hand, it could be argued that there was a governmental object involved, namely the promotion of sales of imported Spanish product. On the other hand, it could be said that, in essence, the case concerned a contract of employment which could well be characterized as a private act.

Wood J., for the court, acknowledged the problems which can ensue if a rigid line is drawn between the nature and purpose of an act because

américaine sur l’immunité de juridiction repose sur la caractérisation de l’activité attaquée de l’État étranger.

La définition américaine de l’«activité commerciale» est quelque peu différente de celle contenue dans la loi canadienne. Elle interdit aux tribunaux d’examiner l’objet d’une activité lorsqu’il s’agit de décider si elle est de nature commerciale. Malgré la différence que comporte cette définition, la jurisprudence américaine qui a examiné la portée de l’«activité commerciale» présente un intérêt.

Dans l’arrêt *Texas Trading & Mill. Corp. c. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (1981), on propose, à la p. 309, un critère très général pour déterminer si une activité était de nature commerciale: [TRADUCTION] «s’il s’agit d’une activité qu’un particulier pourrait exercer, il n’a pas droit à l’immunité de juridiction». Dans le présent pourvoi, le CCRT et la Cour d’appel fédérale ont adopté le critère de l’arrêt *Texas Trading*. Ce critère a l’avantage d’être simple et facile à appliquer. Pourtant, la simplicité même du critère, conjuguée à la vaste gamme d’activités qu’il engloberait en définitive, illustre la difficulté que comporte le fait de qualifier une activité de commerciale en fonction de sa nature seulement, sans égard à son objet. Parfois, la nature de l’acte lui-même peut devenir évidente seulement lorsqu’on l’examine en fonction de l’objet poursuivi en l’accomplissant.

La Seventh Circuit Court of Appeals a conçu une méthode plus souple dans l’arrêt *Segni c. Commercial Office of Spain*, 835 F.2d 160 (1987). Dans cette affaire, la cour devait trancher une action pour inexécution d’un contrat de travail. Segni, un résident des États-Unis, avait été embauché par le Bureau commercial d’Espagne pour commercialiser les vins espagnols. D’une part, on pouvait soutenir qu’un objet gouvernemental était en cause, soit la promotion des ventes d’un produit espagnol importé. D’autre part, on pouvait dire que l’affaire concernait essentiellement un contrat de travail qui pouvait bien être qualifié d’acte privé.

Le juge Wood a reconnu, au nom de la cour, les problèmes que peut engendrer l’établissement d’une ligne de démarcation rigide entre la nature et

of the frequent overlap between the two concepts. He found that it was impossible for the court to engage in an enquiry into the nature of an activity without considering the specific goal of the undertaking. At the same time he determined that the American statutory definition was aimed at preventing a state from gaining the protection of immunity for an act which was public only in relation to the purpose of the enterprise as a whole. He found that the court could not define Segni's relationship with the Spanish government as commercial simply because it involved a contract of employment. Rather, he held that the court should also consider the nature of the activities which Segni's carried out as an employee. To that limited extent, he wrote, a court should examine the purpose of hiring an employee.

In this case, Segni performed a marketing function for the commercial office. He did not play any role in the formation of government policy or its administration. In these circumstances, Wood J. decided that his employment constituted a commercial activity. Therefore, Spain could not claim state immunity from his action for breach of contract. In reaching his decision, Wood J. applied the *Texas Trading* test but in a manner that was sensitive to the particular circumstances of the case. He wrote, at p. 165:

For purposes of this case, Segni's employment by the Commercial Office is best described as a contract under which he would provide services in the area of product marketing. This characterization reveals the nature of his activity without relying on its underlying government purpose. The hiring of a marketing agent is certainly an "activity . . . in which a private person could engage," *Texas Trading*, 647 F.2d 300, and many do, including individual businesses as well as associations of like business entities.

In other words, he concluded that, while the statutory definition in the FSIA bars a court from classifying an act as sovereign in nature solely on the basis of its underlying purpose, the court may

l'objet d'un acte, en raison du chevauchement fréquent des deux concepts. Il a affirmé qu'il est impossible à la cour d'examiner la nature d'une activité sans considérer l'objet spécifique de l'entreprise. Il a aussi affirmé que la définition contenue dans la loi américaine visait à empêcher un État de bénéficier de la protection de l'immunité de juridiction pour un acte qui ne serait public que par rapport à l'objet de l'ensemble de l'entreprise. Il a jugé que la cour ne pouvait pas qualifier de commerciaux les rapports que Segni avait avec le gouvernement espagnol simplement parce que ces rapports comportaient un contrat de travail. Il a plutôt statué que la cour devrait aussi examiner la nature des activités que Segni exerçaient en tant qu'employé. Ce n'est que dans cette mesure restreinte, a-t-il écrit, qu'un tribunal devrait examiner l'objet de l'embauchage d'un employé.

Dans cette affaire, Segni remplissait des fonctions de commercialisation pour le compte du bureau commercial. Il ne jouait aucun rôle dans la conception ou l'application de la politique gouvernementale. Le juge Wood a décidé que, dans ces circonstances, le travail de Segni constituait une activité commerciale. En conséquence, l'Espagne ne pouvait réclamer l'immunité de juridiction à l'égard de son action pour inexécution de contrat. En rendant sa décision, le juge Wood a appliqué le critère de l'arrêt *Texas Trading*, mais de façon à tenir compte des circonstances particulières de l'affaire. À cet égard, il affirme, à la p. 165:

[TRADUCTION] Pour les fins de la présente affaire, l'embauche de Segni par le Bureau commercial peut être le mieux décrite comme un contrat en vertu duquel il fournirait des services dans le domaine de la commercialisation de produits. Cette caractérisation révèle la nature de son activité sans qu'on invoque son objet gouvernemental sous-jacent. L'embauchage d'un agent de commercialisation constitue certainement «une activité . . . qu'un particulier pourrait exercer» *Texas Trading*, 647 F.2d 300, et beaucoup de personnes le font, y compris des entreprises individuelles et des associations d'entités commerciales semblables.

En d'autres termes, il a conclu que bien que la définition prévue dans la FSIA interdise à un tribunal de qualifier un acte comme étant de nature souveraine seulement en fonction de son objet sous-

nonetheless consider the immediate aim or purpose of the specific activity which gives rise to the dispute in question.

The approach taken by the Court of Appeals in *Segni, supra*, has been accepted by other American Courts. It was cited in *Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center v. Hellenic Republic*, 690 F.Supp. 682 (1988), *Brewer v. Socialist People's Republic of Iraq*, 890 F.2d 97 (1989), and most recently, in *Weltover, Inc. v. Republic of Argentina*, 941 F.2d 145 (1991). These cases demonstrate that the *Segni* test is a workable and practical one that has been of great assistance to the American courts.

(b) *The United Kingdom*

Prior to the introduction of legislation courts in the United Kingdom accepted that the concept of restrictive immunity had replaced that of absolute immunity. In *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] Q.B. 529, the Court of Appeal affirmed the distinction between public acts of states, which are entitled to immunity, and private acts, which are not. Later, the House of Lords approved the restriction of state immunity to public acts in *I Congreso del Partido*, [1983] 1 A.C. 244. Although this case was heard after Parliament had legislated a restrictive immunity standard in the *State Immunity Act 1978* (U.K.), 1978, c. 33, the dispute had arisen before the introduction of the Act. In this judgment, the House of Lords favoured a contextual approach to defining those private acts which do not attract state immunity. Lord Wilberforce concluded, at p. 267, that:

... in considering, under the "restrictive" theory whether state immunity should be granted or not, the court must consider the whole context in which the claim against the state is made, with a view to deciding whether the relevant act(s) upon which the claim is based, should, in that context, be considered as fairly within an area of activity, trading or commercial, or otherwise of a private law character, in which the state has

jacent, le tribunal peut néanmoins examiner le but ou l'objet immédiat de l'activité spécifique qui a donné naissance au litige en question.

La méthode adoptée par la Court of Appeals dans l'arrêt *Segni*, précité, a été acceptée par d'autres tribunaux américains. Elle a été citée dans *Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center c. Hellenic Republic*, 690 F.Supp. 682 (1988), *Brewer c. Socialist People's Republic of Iraq*, 890 F.2d 97 (1989) et, plus récemment, dans l'arrêt *Weltover, Inc. c. Republic of Argentina*, 941 F.2d 145 (1991). Ces précédents montrent que le critère de l'arrêt *Segni* est un critère pratique qui s'est révélé d'une grande utilité aux tribunaux américains.

b) *Le Royaume-Uni*

Avant l'adoption d'une loi en la matière, les tribunaux du Royaume-Uni avaient accepté que le concept de l'immunité restreinte avait remplacé celui de l'immunité absolue. Dans l'arrêt *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] Q.B. 529, la Cour d'appel a confirmé la distinction entre les actes publics d'un État, à l'égard desquels celui-ci peut réclamer l'immunité, et les actes privés, à l'égard desquels il ne peut pas le faire. Plus tard, dans l'arrêt *I Congreso del Partido*, [1983] 1 A.C. 244, la Chambre des lords a approuvé la restriction de l'immunité de juridiction aux actes publics. Bien que cette affaire ait été entendue après l'adoption par le législateur d'une norme d'immunité restreinte dans la *State Immunity Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 33, le différend avait pris naissance avant la présentation de cette loi. Dans cet arrêt, la Chambre des lords favorisait une méthode contextuelle de définition des actes privés à l'égard desquels on ne peut pas réclamer l'immunité de juridiction. Lord Wilberforce conclut, à la p. 267, que:

[TRADUCTION] ... lorsqu'il examine, en vertu de la théorie «restrictive» de l'immunité s'il y a lieu d'accorder ou non l'immunité de juridiction, le tribunal doit examiner l'ensemble du contexte dans lequel est faite la réclamation contre l'État, afin de décider si l'acte ou les actes sur lesquels se fonde la réclamation, devraient, dans ce contexte, être considérés comme faisant équitablement partie d'un domaine d'activité commerciale ou relevant



chosen to engage, or whether the relevant act(s) should be considered as having been done outside that area, and within the sphere of governmental or sovereign activity.

Thus, in both the United Kingdom and the United States, the doctrine of restrictive immunity governs. An impugned act of a foreign state is reviewed in the context of the surrounding circumstances. It is no longer possible for a foreign government to rely on a general public purpose to colour all its subsidiary activities so as to give it immunity from suit.

(c) *Canada*

In Canada the evolution of the doctrine of state immunity in the courts was not as clear-cut. In *Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997, this Court considered a dispute between the Congo and a Canadian architect who had been hired to design that nation's pavilion for Expo '67 in Montreal. The Quebec Court of Appeal, [1969] Que. Q.B. 818, applied the doctrine of restrictive immunity to the case. It found the concept of absolute immunity "outdated and inapplicable to today's conditions" (at p. 827). The decision was appealed to this Court. Ritchie J., writing for the majority characterized the Congo's activity as public in nature. As a result, he did not find it necessary to determine whether an absolute or restrictive immunity should prevail in Canada. In his view, on either standard, the Congo could claim state immunity from the architect's suit. Laskin J. (as he then was) dissented. He held that the principle of restrictive immunity should govern the approach of the courts. He explained, at p. 1020:

Affirmatively, there is the simple matter of justice to a plaintiff; there is the reasonableness of recognizing equal accessibility to domestic courts by those engaged in transnational activities, although one of the parties to a transaction may be a foreign State or an agency thereof; there is the promotion of international legal

par ailleurs du droit privé, dans lequel l'État a choisi de s'engager, ou encore si l'acte ou les actes pertinents devraient être considérés comme ayant été accomplis à l'extérieur de ce domaine et à l'intérieur de la sphère d'activité du gouvernement ou de l'État souverain.

Ainsi, au Royaume-Uni et aux États-Unis, c'est le principe de l'immunité restreinte qui s'applique. L'acte contesté d'un État étranger est analysé en fonction des circonstances qui l'ont entouré. Un gouvernement étranger ne peut plus invoquer un objet public général pour présenter sous un faux jour ses activités accessoires de manière à bénéficier de l'immunité de juridiction devant les tribunaux.

c) *Le Canada*

Au Canada, l'évolution du principe de l'immunité de juridiction devant les tribunaux n'a pas été aussi claire. Dans l'arrêt *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997, notre Cour a examiné un différend entre le Congo et un architecte canadien dont les services avaient été retenus en vue de concevoir le pavillon du Congo à l'Expo '67 de Montréal. La Cour d'appel du Québec ([1969] B.R. 818) a appliqué le principe de l'immunité restreinte. Elle a statué que le principe de l'immunité absolue était [TRADUCTION] «désuet et inapplicable à la situation actuelle» (à la p. 827). La décision a été portée en appel devant notre Cour. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la majorité, a qualifié l'activité du Congo comme étant de nature publique. Il n'a donc pas jugé nécessaire de déterminer si c'était le principe de l'immunité absolue ou celui de l'immunité restreinte qui devait s'appliquer au Canada. À son avis, peu importe la norme adoptée, le Congo pouvait réclamer l'immunité de juridiction à l'égard de la poursuite de l'architecte. Le juge Laskin (plus tard Juge en chef du Canada) était dissident. Il a soutenu que le principe de l'immunité restreinte devrait régir la façon de procéder des tribunaux, expliquant à la p. 1020:

Du point de vue positif, il y a une simple question de justice envers un demandeur; il y a le fait qu'il est raisonnable de reconnaître l'égalité d'accès aux tribunaux internes à tous ceux qui participent à des activités internationales, même si l'une des parties à une affaire est un État étranger ou un organisme de celui-ci; il y a l'ordre

order by making certain disputes which involve a foreign State amenable to judicial processes, even though they be domestic; and, of course, the expansion of the range of activities and services in which the various States today are engaged has blurred the distinction between governmental and non-governmental functions or acts (or between so-called public and private domains of activity), so as to make it unjust to rely on status alone to determine immunity from the consequences of State action.

Although in dissent, his reasons were not directly rejected by the majority. Rather, Ritchie J. resolved the case on a more restricted basis.

As this Court had not rejected the restrictive immunity approach in *Gouvernement de la République démocratique du Congo, supra*, the Quebec Court of Appeal continued to apply it. In *Zodiac International Products Inc. v. Polish People's Republic*, [1977] C.A. 366, Kaufman J.A. relied upon American cases and academic commentary to support the proposition that the doctrine of restrictive immunity had superseded that of absolute immunity. He observed, at p. 371, that:

Crown corporations abound, governments are freely (and frequently) engaged in business, and their transactions often reach the market place, both at home and abroad. Given these circumstances—and I now speak of commercial matters only—a plea based on immunity is out of place and therefore unacceptable.

In *Amanat Khan v. Fredson Travel Inc. (No. 2)* (1982), 36 O.R. (2d) 17, Steele J. acknowledged the compelling strength of a position which favoured restrictive immunity rather than absolute immunity. He referred to the decisions of the Quebec Court of Appeal and to English cases favouring this policy. He noted the inconclusive treatment of the matter by this Court in *Gouvernement de la République démocratique du Congo, supra*, and observed that while he was left in some doubt, he was of the view that the doctrine of sovereign immunity had been abandoned in commercial matters in Ontario.

juridique international à favoriser en faisant en sorte que certains différends auxquels est partie un État étranger relèvent de la compétence des tribunaux, même s'il s'agit de tribunaux internes; et, évidemment, l'expansion des activités et des services des différents États a brouillé la distinction entre fonctions ou actes gouvernementaux et non gouvernementaux (ou entre les domaines d'activité dits publics et privés), de sorte qu'il est injuste de décider d'après le statut seulement si l'État sera exempt des conséquences de ses actes.

Même s'il s'agissait de motifs de dissidence, ceux-ci n'ont pas été carrément rejetés par les juges formant la majorité. Le juge Ritchie a plutôt tranché le litige sur une base plus restreinte.

Comme notre Cour n'avait pas rejeté le principe de l'immunité restreinte dans l'arrêt *Gouvernement de la République démocratique du Congo*, précité, la Cour d'appel du Québec a continué de l'appliquer. Dans l'arrêt *Zodiac International Products Inc. c. Polish People's Republic*, [1977] C.A. 366, le juge Kaufman de la Cour d'appel s'est fondé sur la jurisprudence et la doctrine américaines pour soutenir que le principe de l'immunité restreinte avait remplacé celui de l'immunité absolue. Il fait remarquer ceci, à la p. 371:

[TRADUCTION] Les sociétés d'État abondent, les gouvernements sont libres de participer à des entreprises (et le font fréquemment) et leurs opérations atteignent souvent le marché tant canadien qu'étranger. Compte tenu de ces circonstances — et je parle seulement de questions commerciales — un moyen de défense fondé sur l'immunité est inopportun et, par conséquent, inacceptable.

Dans la décision *Amanat Khan c. Fredson Travel Inc. (No. 2)* (1982), 36 O.R. (2d) 17, le juge Steele a reconnu le caractère impérieux d'une position qui favorise une immunité restreinte plutôt qu'une immunité absolue. Il a mentionné des arrêts de la Cour d'appel du Québec ainsi que des arrêts du Royaume-Uni qui favorisent cette politique. Il a précisé que notre Cour n'a pas tranché définitivement cette question dans l'arrêt *Gouvernement de la République démocratique du Congo*, précité, et il a fait remarquer que, même s'il avait encore certains doutes, il croyait que le principe de l'immunité souveraine avait été abandonné en matière commerciale en Ontario.

The State Immunity Act

The passage of the *State Immunity Act* made it clear that foreign states could no longer enjoy absolute immunity from suit in Canadian court proceedings. Section 3 provides that a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada except as provided in the Act. Section 5 provides that a foreign state is not to be immune from court proceedings in Canada that relate to any commercial activity of that foreign state. "Commercial activity" is defined in s. 2 of the Act as "any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that by reason of its nature is of a commercial character". The determination of the scope of the terms "commercial activity" is crucial to the resolution of this appeal.

Before the Act was passed it was considered by the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. B. L. Strayer, then Assistant Deputy Minister, Public Law, in answering the questions of senators, referred to the American and British statutes. He noted that the United Kingdom legislation was drafted to implement a European convention on this issue which required an extensive definition of "commercial activity". He explained that the drafters of the Canadian Act chose to follow the American model of providing a very broad definition of "commercial activity". This was done in order to permit the courts to develop an interpretation of its scope on a "case by case basis". He left open the question as to the weight which courts might attach to the purpose of an activity when determining whether it was commercial in nature. (See *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 10, March 19, 1981, at pp. 10: 7-8.) Other Justice officials appearing as witnesses before the Senate Committee frequently referred to the American and British legislation and to the cases which dealt with that legislation. The drafters of the legislation were thus well aware of the

La Loi sur l'immunité des États

L'adoption de la *Loi sur l'immunité des États*, a permis d'établir clairement que les États étrangers ne pouvaient plus bénéficier de l'immunité de juridiction absolue devant les tribunaux canadiens. L'article 3 établit que, sauf exceptions prévues dans la Loi, l'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada. L'article 5 prévoit que l'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions intentées au Canada, qui portent sur ses activités commerciales. L'article 2 définit l'expression «activité commerciale» comme «[t]oute poursuite normale d'une activité ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature». La détermination de la portée de l'expression «activité commerciale» est cruciale pour ce qui est de trancher le présent pourvoi.

Avant son adoption, la Loi a été examinée par le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. B. L. Strayer, alors sous-ministre adjoint, Droit public, s'est reporté aux lois américaines et britanniques pour répondre aux questions des sénateurs. Il a souligné que la loi du Royaume-Uni était rédigée de façon à mettre en œuvre une convention européenne sur la question, laquelle nécessitait une définition détaillée de l'expression «activité commerciale». Il a souligné que les rédacteurs de la loi canadienne ont plutôt choisi de suivre le modèle américain et de définir d'une façon très générale l'expression «activité commerciale». On voulait ainsi permettre aux tribunaux d'en interpréter la portée «cas par cas». Il n'a pas abordé la question de savoir quelle importance les tribunaux pourraient attribuer à l'objet d'une activité lorsqu'ils ont à déterminer si elle était de nature commerciale. (Voir *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n° 10, 19 mars 1981, aux pp. 10: 7 et 8). D'autres fonctionnaires du ministère de la Justice, qui ont témoigné devant le comité sénatorial, ont souvent mentionné les lois américaine et britannique ainsi que la jurisprudence y relative. Les rédacteurs de la Loi étaient donc bien au courant de la loi améri-

American statute and cases when they enacted the definition of commercial activity.

caine et de la jurisprudence lorsqu'ils ont adopté la définition de l'activité commerciale.

Construing the Definition of "Commercial Activity" in the Canadian Act

L'interprétation de la définition de l'«activité commerciale» dans la loi canadienne

It will be remembered that the definition of "commercial activity" in the Canadian Act reads in this way:

On se souviendra que la loi canadienne définit ainsi l'«activité commerciale»:

2. In this Act,

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

"commercial activity" means any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that by reason of its nature is of a commercial character;

«activité commerciale» Toute poursuite normale d'une activité ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature.

The Canadian definition of commercial activity differs from the American in that it does not explicitly bar a consideration of the purpose of an activity as does the American statute. Nonetheless, the CLRB and the Federal Court of Appeal both found that a bar against the consideration of the purpose of an activity was implicit in the Canadian version although not explicit. I cannot accept that conclusion. The material shows that the drafters of the Canadian Act were aware of the particular wording of the American legislation. I would infer that they departed from it intentionally. By not prohibiting the consideration of the purpose of an activity, the drafters avoided an overly narrow interpretation of the definition, such as the *Texas Trading* test.

La définition canadienne de l'activité commerciale diffère de la définition américaine en ce qu'elle n'interdit pas explicitement l'examen de l'objet d'une activité, comme le fait la loi américaine. Néanmoins, le CCRT et la Cour d'appel fédérale ont tous deux conclu qu'une interdiction d'examiner l'objet d'une activité est implicite dans la définition canadienne même si elle n'est pas formulée expressément. Je ne puis accepter cette conclusion. La documentation indique que les rédacteurs de la loi canadienne étaient au courant de la formulation particulière de la loi américaine. Je conclurais qu'ils s'en sont écartés intentionnellement. En n'interdisant pas l'examen de l'objet d'une activité, les rédacteurs ont évité que la définition reçoive une interprétation trop étroite, comme dans le cas du critère de l'arrêt *Texas Trading*.

How then should the Canadian definition be construed? Clearly, it places paramount importance on the nature of the activity. To identify this "nature" or quality of an activity, a Court should have regard to the context in which the activity took place. In order to do that, it will often be necessary to consider the immediate purpose of the actions taken by the foreign state. This approach fosters the goal of reasonably restricting state immunity. It does so by looking beyond the ultimate purpose of the foreign state's action, which will almost always be public, while continuing to protect by immunity the truly sovereign acts of states from domestic court proceedings. It does not

Quelle interprétation faudrait-il alors donner à la définition canadienne? De toute évidence, elle accorde une importance primordiale à la nature de l'activité. Pour déterminer la «nature» ou la qualité d'une activité, un tribunal devrait tenir compte du contexte dans lequel elle s'est déroulée. À cette fin, il sera souvent nécessaire d'examiner l'objet immédiat des mesures prises par l'État étranger. Cette méthode favorise l'objectif de restreindre raisonnablement l'immunité de juridiction. Elle y parvient en regardant au delà de l'objet ultime de l'acte de l'État étranger, qui sera presque toujours public, tout en continuant d'accorder à l'État étranger qui a accompli des actes de caractère véritable-

unduly restrict the courts in classifying an activity according to its nature by unnecessarily narrowing the scope of the inquiry. This contextual approach complies with the definition of “commercial activity” contained in the Canadian statute by retaining the nature of the activity as the focus of the decision. On the other hand, it avoids the problems caused by attempting to treat the nature and purpose of an activity as completely separate and discrete inquiries.

#### Application to the Case at Bar

The United States claims immunity from the certification of a union by the CLRB. The issue as to whether or not the U.S. is entitled to immunity depends, in this context, on the answer to two questions: (1) What is the task for which the workers were hired? (2) Is the activity of hiring a person to perform that task one in which a private party could engage?

What was the task for which the workers were hired? The certification process was invoked by employees who worked as firefighters, plumbers and mechanics on the base. These are support workers for the military personnel. The U.S. Navy required that these workers obtain security passes in order to enter the base. The essential military activity is carried out in the communications buildings. The ordinary security pass, which maintenance workers require to enter the base, is not sufficient to gain access to the communication building. The security regime set up for entrance to the communications building makes it clear that not only are the workers not privy to any sensitive information but also that the U.S. Navy does not regard them as secure personnel.

The United States argues that the essential task of the base is national defence. As a result, it is said that the hiring of workers for the base falls

ment souverain l’immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens. Du fait qu’elle ne restreint pas inutilement l’étendue de l’examen, les tribunaux n’ont pas à se limiter à la classification d’une activité selon sa nature. Cette méthode contextuelle est compatible avec la définition de l’«activité commerciale» contenue dans la loi canadienne puisque c’est la nature de l’activité qui continue de constituer l’élément déterminant de la décision. En revanche, elle évite les problèmes causés par la tentative de considérer la nature et l’objet d’une activité comme étant des points tout à fait différents et distincts.

#### Application aux faits de la présente affaire

Les États-Unis réclament l’immunité de juridiction relativement à l’accréditation d’un syndicat par le CCRT. La question de savoir si les États-Unis ont droit à cette immunité de juridiction dépend, dans ce contexte, de la réponse aux deux questions suivantes: (1) Quelles sont les fonctions pour lesquelles les travailleurs ont été embauchés? (2) L’embauchage d’une personne chargée de remplir ces fonctions constitue-t-il une activité qu’un particulier pourrait exercer?

Quelles sont les fonctions pour lesquelles les travailleurs ont été embauchés? Le processus d’accréditation a été invoqué par des employés travaillant comme pompiers, plombiers et mécaniciens à l’intérieur de la base. Ce sont là des employés de soutien pour le personnel militaire. La marine américaine exigeait que ces travailleurs obtiennent des laissez-passer pour entrer dans la base. Les principales activités militaires se déroulent dans le centre de communications. Le laissez-passer ordinaire, que les préposés à l’entretien doivent obtenir pour entrer dans la base, n’est pas suffisant pour avoir accès au centre de communications. Le régime de sécurité entourant l’accès à ce centre indique clairement non seulement que les travailleurs ne sont pas au courant de renseignements névralgiques, mais aussi que la marine américaine ne les considère pas comme du personnel sûr.

Les États-Unis font valoir que la fonction essentielle de la base est la défense nationale. En conséquence, dit-on, l’embauchage de travailleurs pour

within the scope of public acts of sovereign states. I cannot accept that contention. A state may not rely on the ultimate purpose of an activity to qualify its acts. Here the employees serve merely as support staff. In carrying out their tasks they often work alongside the employees of local private contractors who are engaged to carry out maintenance work at the base. Apart from their support role, they serve no purpose that is critical to the operation of the communications centre. It would offend common sense to characterize the direct employment of workers by a state as a public act, when that same work is on occasion performed by workers hired by, and working for, a private sub-contractor called in to perform the task.

Is the hiring of workers as support staff an activity in which a private person could engage? The employment of maintenance workers with very restricted access to a secure site is certainly an activity in which private parties could engage. The hiring of these workers, therefore, must fall into the category of a private act which by its nature is a commercial activity.

Even if a Contract of Employment Relationship is Characterized as a Private Act, can a Collective Bargaining Relationship be Characterized in the Same Way?

The intervener, the Attorney General of Canada, contended that a distinction should be drawn between individual contracts of employment and certification proceedings which initiate a collective bargaining relationship. It was argued that even if the contract of employment relationship could be considered to be a private act, falling within the category of a commercial transaction, the collective bargaining relationship is not. A collective bargaining relationship, it was said, would affect the management of a sovereign state's undertaking. Further, it is a relationship that was legally distinct from the common law relationship of employment. I cannot agree.

la base relève des actes publics accomplis par un État souverain. Je ne puis accepter cette prétention. Un État ne peut invoquer l'objet ultime d'une activité pour qualifier ses actes. En l'espèce, les employés remplissent simplement des fonctions de soutien. Dans l'exécution de leurs tâches, ils travaillent souvent avec les employés d'entrepreneurs privés locaux qui sont engagés pour effectuer des travaux d'entretien dans la base. À part leur rôle de soutien, ces travailleurs ne participent d'aucune façon cruciale au fonctionnement du centre de communications. Il serait illogique de qualifier d'acte public l'embauchage direct de travailleurs par un État lorsque le travail qui leur est confié est parfois exécuté par des travailleurs engagés par un sous-traitant privé.

L'embauchage de travailleurs comme membres du personnel de soutien constitue-t-il une activité qu'un particulier pourrait exercer? L'embauchage de préposés à l'entretien ayant un accès très restreint à une zone protégée constitue certainement une activité qu'un particulier pourrait exercer. En conséquence, l'embauchage de ces travailleurs doit tomber dans la catégorie des actes privés qui, de par leur nature, constituent une activité commerciale.

Même si la relation fondée sur un contrat de travail est qualifiée d'acte privé, peut-il en être de même de la relation fondée sur la négociation collective?

Selon l'intervenant, le procureur général du Canada, il faut établir une distinction entre les contrats de travail individuels et les procédures d'accréditation qui déclenchent une relation fondée sur la négociation collective. Il a soutenu que, même si la relation fondée sur un contrat de travail pouvait être considérée comme un acte privé qui tombe dans la catégorie des opérations commerciales, la relation fondée sur la négociation collective ne saurait l'être. Une relation fondée sur la négociation collective, dit-on, influencerait sur la gestion de l'entreprise de l'État souverain. Par ailleurs, il s'agirait d'une relation juridiquement distincte de la relation employeur-employé en common law. Je ne saurais partager cette opinion.

It is true that there is a legal distinction between the common law of employment and the legislated scheme of collective bargaining provided by the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2. However, that legal distinction has no relevance to the determination of the issues in the case at bar. Both the common law of employment and the Code relate to the regulation of the employment relationship. It is the nature of that relationship of employment which must be considered in determining whether state immunity should apply.

The view that entry into a collective bargaining relationship differs in some significant way from an individual contract of employment perhaps arises from an underlying concern that once the Board certifies a union, it would have broad authority to supervise labour-management relations at the base. The appellant raised the prospect of potential strike action by Canadian civilian employees which might disrupt the operation of the base. In response, the union observed that the U.S. Navy would have the option of bringing in replacement workers in such an event. It must be remembered that there is no bar to the hiring of replacement workers in the *Canada Labour Code*. As well, it can be, I think, readily assumed that the vast military organization of the United States has easy access to replacement employees.

No doubt, as a result of certification the CLRB will have other powers including the hearing of grievances. However, this cannot be of any real concern to the respondent since the U.S. Navy was readily prepared to accept an American collective bargaining regime operating under the applicable American statute. Thus the U.S. government has demonstrated that it is not adverse to the certification of a union in general terms and that it is prepared to accept the consequences which arise from certification. Rather, the U.S. government claims state immunity from the processes of a Canadian tribunal. That claim must be rejected. The act of hiring support service employees was one which a private person could undertake. It was in the nature of a commercial activity. Once it has been demon-

Il est vrai qu'il existe une distinction juridique entre la common law en matière d'emploi et le régime législatif de la négociation collective prévu dans le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2. Toutefois, cette distinction juridique n'est aucunement pertinente pour trancher les questions soulevées en l'espèce. La common law en matière d'emploi et le Code portent tous deux sur la réglementation de la relation employeur-employé. C'est la nature de cette relation employeur-employé qui doit être examinée au moment de déterminer si l'immunité de juridiction devrait s'appliquer.

Le point de vue selon lequel l'engagement dans une relation fondée sur la négociation collective diffère sensiblement jusqu'à un certain point d'un contrat de travail individuel, découle peut-être de l'inquiétude sous-jacente que, dès qu'il accrédite un syndicat, le Conseil possède ensuite de vastes pouvoirs de surveillance des relations patronales-syndicales dans la base. L'appelant a soulevé la possibilité qu'une grève des employés civils canadiens vienne entraver le fonctionnement de la base. En réponse, le syndicat a fait remarquer que la marine américaine aurait alors la possibilité d'engager des briseurs de grève. On doit se rappeler que le *Code canadien du travail* n'interdit pas d'engager des briseurs de grève. De même, j'estime qu'on peut présumer volontiers que la vaste organisation militaire des États-Unis a accès à des briseurs de grève.

Il n'y a pas de doute que, par suite de l'accréditation, le CCRT possédera d'autres pouvoirs, y compris celui d'entendre des griefs. Toutefois, cela ne saurait réellement préoccuper l'intimé puisque la marine américaine était parfaitement disposée à accepter un régime américain de négociation collective qui serait régi par la loi américaine applicable. Ainsi, le gouvernement américain a démontré qu'il ne s'oppose pas à l'accréditation d'un syndicat en général et qu'il est disposé à assumer les conséquences de l'accréditation. Le gouvernement américain réclame plutôt l'immunité de juridiction relativement aux poursuites devant un tribunal canadien. Cette réclamation doit être rejetée. L'embauchage d'employés de soutien constitue une activité qu'un particulier pourrait exercer. Il

strated that a foreign state does not fall within the ambit of immunity protected by the Canadian statute it should not receive any special dispensation from Canadian law. A Canadian worker, working on Canadian soil, should not be deprived of the benefits of Canadian law unless the foreign state is acting in a context which warrants immunity.

Notably, American courts have held that a foreign state is not entitled to immunity from the proceedings of the National Labour Relations Board when the actions of that state fall within the legislated definition of commercial activity. See, for example, *State Bank of India v. N.L.R.B.*, 808 F.2d 526 (1986), at p. 535. Similarly, in *Goethe House New York, German Cultural Center v. N.L.R.B.*, 869 F.2d 75 (1989), *certiorari* denied 110 S.Ct. 52 (1989), the Court of Appeals considered in *obiter* the effect of certifying a union in the workplace of a foreign state. Pierce J.A. observed that the presence of a union would not have any impact on the state function of implementing German cultural policy. It would merely impose duties on the German government to bargain over conditions of employment for its non-German staff. Similarly, in the case at bar the certification of maintenance workers will not compromise the security of the surveillance functions of the base.

In summary, state immunity only exists with respect to court proceedings. There is no principle of state immunity which exempts a foreign government from the application of Canadian laws when the questioned actions are commercial in nature, as defined by the *State Immunity Act*. The U.S.A. cannot claim immunity from the jurisdiction of the CLRB. There is no valid reason, disclosed by the facts of this case, why Canadians working in Canada should not have the benefit and protection of Canadian law. Particularly is this so

s'agit d'une activité de nature commerciale. Une fois établi que l'État étranger ne jouit pas de l'immunité prévue par la loi canadienne, il ne devrait pas bénéficier d'une dispense spéciale de l'application des lois canadiennes. Un travailleur canadien, qui travaille en sol canadien, ne devrait pas être privé des avantages des lois canadiennes sauf si l'État étranger agit dans un contexte qui justifie l'immunité.

Les tribunaux américains ont notamment statué qu'un État étranger n'a pas droit à l'immunité de juridiction relativement aux procédures engagées devant le National Labour Relations Board, si les actes de l'État concerné sont visés par la définition d'activité commerciale donnée par le législateur. Voir, par exemple, l'arrêt *State Bank of India c. N.L.R.B.*, 808 F.2d 526 (1986), à la p. 535. De même, dans l'arrêt *Goethe House New York, German Cultural Center c. N.L.R.B.*, 869 F.2d 75 (1989), *certiorari* refusé 110 S.Ct. 52 (1989), la Court of Appeals a examiné, dans ses remarques incidentes, l'impact de l'accréditation d'un syndicat sur le milieu de travail d'un État étranger. Le juge Pierce a fait remarquer que la présence d'un syndicat n'aurait pas d'impact sur la mise en œuvre par l'État de la politique culturelle allemande. Le gouvernement allemand serait simplement tenu de négocier les conditions de travail de son personnel non allemand. De même, en l'es-pèce, l'accréditation des préposés à l'entretien ne risque pas de compromettre la sécurité des fonctions de surveillance de la base.

Bref, l'immunité de juridiction existe seulement à l'égard des poursuites judiciaires. Il n'existe aucun principe d'immunité de juridiction qui exempte un gouvernement étranger de l'application des lois canadiennes dans le cas où les actes contestés sont de nature commerciale au sens de la *Loi sur l'immunité des États*. Les États-Unis ne peuvent pas réclamer l'immunité de juridiction devant le CCRT. D'après les faits de la présente affaire, il n'existe aucun motif valable pour lequel les Canadiens travaillant au Canada ne devraient



when it is apparent that Americans working in the United States for a foreign state would, in similar circumstances, have the benefit of American law.

### Disposition

In the result, I would dismiss the appeal. The first question in the reference should be answered in the negative.

*Appeal allowed, SOPINKA and CORY JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent Public Service Alliance of Canada: Pink, Larkin, Halifax.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent Canada Labour Relations Board: Lang, Michener, Lawrence & Shaw, Toronto.*

pas jouir des avantages et de la protection de la loi canadienne. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il appert que des Américains travaillant aux États-Unis pour le compte d'un gouvernement étranger <sup>a</sup> auraient droit, dans les mêmes circonstances, au bénéfice de la loi américaine.

### Dispositif

<sup>b</sup> Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de renvoyer par la négative à la première question du renvoi.

<sup>c</sup> *Pourvoi accueilli, les juges SOPINKA et CORY sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

<sup>d</sup> *Procureurs de l'intimée l'Alliance de la fonction publique du Canada: Pink, Larkin, Halifax.*

<sup>e</sup> *Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé le Conseil canadien des relations du travail: Lang, Michener, Lawrence & Shaw, Toronto.*

**Donald W. Strang** *Appellant*

v.

**Marie Jane Strang** *Respondent*

INDEXED AS: STRANG v. STRANG

File No.: 22066.

1992: April 1; 1992: June 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Matrimonial law — Maintenance — Application to vary — Change of economic circumstances on part of contributing spouse — Pension income sole source of income on forced early retirement — Maintenance to be derived from pension income — Pension contributions divided on divorce — Whether or not “double dipping” — Whether or not maintenance properly reduced in light of changed economic circumstances — Divorce Act, 1985, S.C. 1986, c. 4, s. 17.*

Appellant, a chartered accountant, and respondent, a bookkeeper with grade 10 education, were divorced after a 29-year marriage. During much of the marriage, respondent cared for the children and the home. When respondent returned to the workforce, her income reflected her inexperience and limited education. At the conclusion of the contested trial, respondent was awarded maintenance of \$1000 per month for an indefinite period. Respondent also received her share of the divided matrimonial property. In fixing a value for appellant's Government of Alberta pension, appellant's contributions were taken into account but the employer's contributions were ignored. Appellant was required to pay respondent one half of his contributions to the plan as her allotment of the pension fund.

Appellant applied to vary the maintenance order when he was forced to take early retirement and his sole source of income became his annual \$28,000 pension. The judge hearing the application found that appellant's circumstances had changed and reduced the monthly maintenance to \$500. The Court of Appeal varied the

\*Stevenson J. took no part in the judgment.

**Donald W. Strang** *Appellant*

c.

**a Marie Jane Strang** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: STRANG c. STRANG

N° du greffe: 22066.

**b** 1992: 1<sup>er</sup> avril; 1992: 11 juin.

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

**c** EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Droit matrimonial — Pension alimentaire — Demande de modification — Changement dans la situation économique de l'époux qui verse la pension — Revenu de pension devenant la seule source de revenu en raison de la retraite anticipée forcée — Pension alimentaire provenant du revenu de pension — Cotisations au régime de pension partagées lors du divorce — S'agit-il d'une «double déduction»? — La pension alimentaire a-t-elle été correctement réduite à la suite du changement survenu dans la situation économique? — Loi de 1985 sur le divorce, S.C. 1986, ch. 4, art. 17.*

L'appellant, comptable agréé, et l'intimée, commis comptable possédant une dixième année, ont divorcé après 29 ans de mariage. Au cours de la plus grande partie de ce mariage, l'intimée s'est consacrée au soin des enfants et à l'entretien de la maison. Lorsqu'elle est retournée sur le marché du travail, son revenu reflétait son inexpérience et son peu d'instruction. À la fin du procès contesté, l'intimée s'est vu accorder une pension alimentaire de 1 000 \$ par mois pour une période indéterminée. Elle a également reçu sa part des biens matrimoniaux. Pour déterminer la valeur de la pension de l'appellant provenant du gouvernement de l'Alberta, on n'a tenu compte que de ses cotisations au régime, négligeant celles de l'employeur. L'appellant a dû verser à l'intimée sa part de la pension, soit la moitié de ses cotisations au régime.

L'appellant a demandé la modification de l'ordonnance alimentaire lorsqu'il a dû prendre une retraite anticipée, sa pension annuelle de 28 000 \$ devenant son seul revenu. Le juge ayant entendu la demande a conclu que la situation de l'appellant avait changé et a réduit la pension alimentaire mensuelle à 500 \$. La

\*Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

date the reduced maintenance was to become effective. Two issues were raised here. First, whether “double dipping” was occurring with respect to maintenance payments derived from appellant’s pension income. Secondly, whether the court should have exercised its jurisdiction to cancel the spousal maintenance ordered by the court in the decree nisi as a result of the change in appellant’s circumstances.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The issue of double dipping did not arise here. The method of evaluating appellant’s pension used at the time of the divorce consisted of a very rough, after tax, division of appellant’s contributions to the pension fund. It did not take into account the employer’s contributions or attempt to assign a value to these contributions as future pension income. This “contribution method” is not an accurate means of assessing a pension’s worth as a future asset and does not amount to a true division of the pension’s value as future property. It was accordingly not unjust to treat the post-retirement income from appellant’s pension as “means” which he could use to pay maintenance to respondent. If there were some overlap between the inclusion of a small portion of the pension in the matrimonial property division in the present case and using its income as a source for maintenance payments, it was so minimal that it should not be taken into account.

The chambers judge did not fail to exercise his discretion properly by terminating the spousal support order as a result of the change in appellant’s circumstances. This exercise of discretion was made after a careful review and assessment of the facts and the applicable law and the decision was approved by the Court of Appeal. Several specific findings of fact were made. It was not practical given respondent’s age and her lack of training to require her to become more self-sufficient. Respondent’s present employment status was causally connected to the marriage. Appellant’s diminished ability to continue to support respondent was a valid change in circumstances when considering whether a variation should be made.

#### Cases Cited

*Referred to:* *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1.

Cour d’appel a modifié la date d’entrée en vigueur de la pension réduite. Deux questions ont été soulevées en l’espèce. En premier lieu, il s’agit de savoir si le paiement de la pension alimentaire sur le revenu de pension de l’appelant crée une «double déduction». En second lieu, la question est de savoir si, en raison du changement survenu dans la situation de l’appelant, la cour aurait dû exercer sa compétence pour mettre fin à l’obligation alimentaire au conjoint prévue dans le jugement conditionnel de divorce.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La question de la double déduction ne ressort pas des faits de l’espèce. La méthode d’évaluation de la pension de l’appelant utilisée au moment du divorce consistait en un partage très approximatif, après impôt, des cotisations de l’appelant à son régime de pension. Elle ne tenait pas compte des cotisations de l’employeur, ni ne tentait de déterminer leur valeur à titre de revenu de pension futur. Cette «méthode de cotisation» n’est pas un moyen précis d’évaluer la pension comme actif futur et ne constitue pas un véritable partage de la valeur de la pension à titre de bien futur. En conséquence, il n’était pas injuste de traiter le revenu de retraite tiré de la pension de l’appelant comme une «ressource» utilisable pour verser une pension alimentaire à l’intimée. Si, en l’espèce, l’insertion d’une petite partie de la pension dans le partage des biens matrimoniaux déborde effectivement sur l’utilisation du revenu de cette pension comme une source de paiement de la pension alimentaire, cet empiétement est tellement infime qu’on ne devrait pas en tenir compte.

Le juge en chambre n’a pas omis d’exercer à bon droit son pouvoir discrétionnaire de mettre fin à l’ordonnance alimentaire au conjoint en raison du changement survenu dans la situation de l’appelant. Cet exercice du pouvoir discrétionnaire a été fait après une étude et un examen minutieux des faits et du droit applicable, et la Cour d’appel a approuvé cette décision. On a tiré maintes conclusions de fait précises. Il était peu réaliste, compte tenu de l’âge et du peu de formation de l’intimée, de l’obliger à acquérir une plus grande indépendance. La situation professionnelle actuelle de l’intimée est liée à son mariage. La capacité moindre de l’appelant à subvenir aux besoins de l’intimée constitue un changement valable de situation lorsqu’il s’agit de décider si une ordonnance modificative doit être rendue.

#### Jurisprudence

*Arrêts mentionnés:* *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1.

**Statutes and Regulations Cited**

*Divorce Act, 1985*, S.C. 1986, c. 4, s. 17.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 107 A.R. 111, 26 R.F.L. (3d) 113, dismissing an appeal and cross-appeal from the re-hearing (1989), 100 A.R. 208, at p. 210, 23 R.F.L. (3d) 17, of an application to vary maintenance (1989), 100 A.R. 208, 23 R.F.L. (3d) 13. Appeal dismissed.

*Brenda L. Stothert-Kennedy*, for the appellant.

*Doris I. Wilson*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—This is an appeal from a judgment of the Alberta Court of Appeal dismissing the appellant Donald W. Strang's appeal and the respondent Marie Jane Strang's cross-appeal from a decision of a judge in chambers granting an application to vary the maintenance payable by the appellant to the respondent under the decree nisi. Only the appellant has appealed to this Court.

The parties in this case were married in 1954. Shortly after the marriage, the appellant became a chartered accountant. Throughout the marriage, he was the primary wage earner, eventually becoming a senior civil servant with the Government of Alberta. During the marriage, the parties moved several times, including once to Caracas, Venezuela, in order to further the appellant's career.

The respondent had a grade 10 education. Prior to the marriage, she worked as a bookkeeper and continued to do so until the birth of the couple's first child in 1957. At the appellant's request, the respondent did not work outside the home until 1979 when, again in compliance with her husband's wishes, she returned to the work force. In the intervening period, the respondent spent all her time caring for the children and the home.

**Lois et règlements cités**

*Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1986, ch. 4, art. 17.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 107 A.R. 111, 26 R.F.L. (3d) 113, qui a rejeté l'appel et l'appel incident formés contre la nouvelle audition (1989), 100 A.R. 208, à la p. 210, 23 R.F.L. (3d) 17, d'une demande de modification de la pension alimentaire (1989), 100 A.R. 208, 23 R.F.L. (3d) 13. Pourvoi rejeté.

*Brenda L. Stothert-Kennedy*, pour l'appellant.

*Doris I. Wilson*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi est formé contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, qui a rejeté l'appel de Donald W. Strang, l'appellant, et l'appel incident de l'intimée, Marie Jane Strang, interjetés contre la décision d'un juge en chambre. Ce dernier avait accueilli une demande en vue de modifier la pension alimentaire payable par l'appellant à l'intimée en vertu du jugement conditionnel de divorce. Seul l'appellant se pourvoit devant notre Cour.

Les parties en l'espèce se sont mariées en 1954. Peu après, l'appellant est devenu comptable agréé. Il a été le principal soutien de famille tout au long du mariage, et est devenu haut fonctionnaire au sein du gouvernement de l'Alberta. Au cours de leur mariage, les parties ont déménagé à plusieurs reprises, notamment à Caracas, au Venezuela, afin de favoriser la carrière de l'appellant.

L'intimée possède une dixième année. Avant de se marier, elle était commis comptable, poste qu'elle a conservé jusqu'à la naissance de leur premier enfant en 1957. À la demande de l'appellant, l'intimée a alors cessé de travailler jusqu'en 1979, année où, toujours conformément aux souhaits de son conjoint, elle est retournée sur le marché du travail. Entre temps, l'intimée s'est consacrée au soin des enfants et à l'entretien de la maison.

The parties separated in 1981. After twenty-nine years of marriage, they were divorced in 1983. At the conclusion of the contested trial, the respondent was awarded maintenance in the amount of \$1,000 per month for an indefinite period. At the time she was earning approximately \$1,000 gross a month in part-time wages, while the appellant had a gross annual salary of approximately \$66,500.

In addition to the spousal maintenance, the respondent received her share of the divided matrimonial property. The significant aspect for the purposes of the present case was the division of the appellant's pension from the Government of Alberta. In fixing a value for this pension, only the appellant's contributions of \$30,000 were taken into account. The employer's contributions to the fund were ignored. One half was then subtracted for a notional tax assessment, leaving \$15,000. The final division in half of this figure left the appellant required to pay the respondent \$7,500 as her allotment of the pension fund.

On December 31, 1988, the appellant's position was terminated and he was forced to take early retirement. At the time, he was 58 years old and earning a gross annual salary of \$72,228, while the respondent was 59 years old and earning approximately \$1,400 per month gross. His income for 1989 was \$101,028, comprised of severance pay of one year's salary and \$28,800 in annual pension. This pension was his sole projected income for the future. Although the appellant swore in his affidavit that he did not intend to seek work, the evidence was that in fact he was actively seeking, albeit unsuccessfully, full- or part-time work. The respondent continued to work in low paying clerical jobs.

The appellant applied for an order varying the decree nisi under s. 17 of the *Divorce Act, 1985*, S.C. 1986, c. 4. Upon a rehearing of the matter necessitated by a misunderstanding as to the involuntary nature of the retirement, Cooke J. granted the appellant's application for a variation in the decree nisi and ordered that the support payments of \$1,000 continue until March 1, 1990, after which time the maintenance payments were to be

Les parties se sont séparées en 1981. Elles ont divorcé en 1983, après vingt-neuf ans de mariage. À la fin du procès contesté, l'intimée s'est vue accorder une pension alimentaire de 1 000 \$ par mois pour une période indéterminée. À ce moment-là, son travail à temps partiel lui rapportait environ 1 000 \$ brut par mois, alors que l'appelant recevait un salaire annuel brut d'approximativement 66 500 \$.

Outre la pension alimentaire, l'intimée a reçu sa part des biens matrimoniaux. Pour les fins du présent litige, l'aspect important porte sur le partage de la pension de l'appelant provenant du gouvernement de l'Alberta. Pour déterminer la valeur de cette pension, on n'a tenu compte que des cotisations de l'appelant au régime, soit 30 000 \$, négligeant celles de l'employeur. On a réduit la somme de moitié aux fins d'une cotisation d'impôt théorique, pour obtenir 15 000 \$. À la suite du partage final de cette somme, l'appelant devait verser à l'intimée sa part du régime de pension, soit 7 500 \$.

Le 31 décembre 1988, son poste ayant été aboli, l'appelant a dû prendre une retraite anticipée. Âgé de 58 ans, il gagnait 72 228 \$ annuellement, alors que l'intimée, âgée de 59 ans, gagnait approximativement 1 400 \$ brut par mois. En 1989, l'appelant a retiré un revenu de 101 028 \$ grâce à une indemnité de départ équivalant à une année de salaire et à une pension annuelle de 28 800 \$. Son seul revenu projeté pour l'avenir consistait en cette pension. Bien que, dans son affidavit, l'appelant ait juré ne pas en avoir l'intention, la preuve a démontré qu'en fait, il a activement cherché, bien que vainement, un emploi à temps plein ou partiel. L'intimée est demeurée au travail en occupant des emplois de bureau à faibles salaires.

L'appelant a demandé une ordonnance modificative du jugement conditionnel de divorce en vertu de l'art. 17 de la *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C., 1986, ch. 4. Après avoir entendu l'affaire à nouveau en raison d'un malentendu sur la nature involontaire de la retraite, le juge Cooke a accueilli la demande de l'appelant et il a ordonné le paiement de la pension alimentaire de 1 000 \$ jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 1990, date à compter de laquelle

reduced to \$500 per month. The appellant's appeal and the respondent's cross-appeal to the Alberta Court of Appeal were both dismissed.

*Divorce Act, 1985, S.C. 1986, c. 4*

17. (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

(a) a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses; or

(b) a custody order or any provision thereof on application by either or both former spouses or by any other person.

(2) A person, other than a former spouse, may not make an application under paragraph (1)(b) without leave of the court.

(3) The court may include in a variation order any provision that under this Act could have been included in the order in respect of which the variation order is sought.

(4) Before the court makes a variation order in respect of a support order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse or of any child of the marriage for whom support is or was sought occurring since the making of the support order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration that change.

(5) Before the court makes a variation order in respect of a custody order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of the child of the marriage occurring since the making of the custody order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration only the best interests of the child as determined by reference to that change.

(6) In making a variation order, the court shall not take into consideration any conduct that under this Act could not have been considered in making the order in respect of which the variation order is sought.

(7) A variation order varying a support order that provides for the support of a former spouse should

(a) recognize any economic advantages or disadvantages to the former spouses arising from the marriage or its breakdown;

elle devait être réduite à 500 \$ par mois. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel de l'appelant et l'appel incident de l'intimée.

*a Loi de 1985 sur le divorce, S.C. 1986, ch. 4.*

17. (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir:

a) une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux;

b) une ordonnance de garde ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne.

c) (2) Pour présenter une demande au titre de l'alinéa (1)b), une personne autre qu'un ex-époux doit obtenir l'autorisation du tribunal.

d) (3) Le tribunal peut assortir une ordonnance modificative des mesures qu'aurait pu comporter, sous le régime de la présente loi, l'ordonnance dont la modification a été demandée.

e) (4) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux ou de tout enfant à charge pour qui des aliments sont ou ont été demandés, depuis le prononcé de l'ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.

f) (5) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance de garde, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant à charge depuis le prononcé de l'ordonnance de garde ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ce changement, en rendant l'ordonnance modificative.

g) (6) En rendant une ordonnance modificative, le tribunal ne tient pas compte d'une conduite qui n'aurait pu être prise en considération lors du prononcé de l'ordonnance dont la modification a été demandée.

h) (7) L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire rendue au profit de l'ex-époux vise:

i) a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec;

(b) apportion between the former spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above the obligation apportioned between the former spouses pursuant to subsection (8);

(c) relieve any economic hardship of the former spouses arising from the breakdown of the marriage; and

(d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each former spouse within a reasonable period of time.

(10) Notwithstanding subsection (1), where a support order provides for support for a definite period or until the happening of a specified event, a court may not, on an application instituted after the expiration of that period or the happening of that event, make a variation order for the purpose of resuming that support unless the court is satisfied that

(a) a variation order is necessary to relieve economic hardship arising from a change described in subsection (4) that is related to the marriage; and

(b) the changed circumstances, had they existed at the time of the making of the support order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, would likely have resulted in a different order.

(11) Where a court makes a variation order in respect of a support order or a custody order made by another court, it shall send a copy of the variation order, certified by a judge or officer of the court, to that other court.

*Court of Queen's Bench* (1989), 100 A.R. 208, 23 R.F.L. (3d) 13. *Rehearing* (1989), 100 A.R. 208, at p. 210, 23 R.F.L. (3d) 17.

Cooke J. found that the forced retirement of a person 58 years of age is a change in the condition, means, or other circumstances of the appellant within the meaning of s. 17(4) of the *Divorce Act, 1985*. The chambers judge then directed his mind to the considerations set out in s. 17(7) of the *Divorce Act, 1985* and found, at p. 213, that any suggestion that the respondent could become more self-sufficient was "simply not practical given her age and training". He ordered the appellant to continue paying \$1,000 per month until March 1990,

b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants à charge, en sus de l'obligation financière dont il est question au paragraphe (8);

c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;

d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

(10) Par dérogation au paragraphe (1), le tribunal ne peut modifier l'ordonnance alimentaire dont la durée de validité est déterminée ou dépend d'un événement précis, sur demande présentée après l'échéance de son terme ou après l'arrivée de cet événement, en vue de la reprise de la fourniture des aliments, que s'il est convaincu des faits suivants:

a) l'ordonnance modificative s'impose pour remédier à une difficulté économique causée par un changement visé au paragraphe (4) et lié au mariage;

b) l'existence de nouvelles circonstances, qui à l'époque du prononcé de l'ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci, aurait vraisemblablement donné lieu à une ordonnance différente.

(11) Le tribunal qui rend une ordonnance modificative d'une ordonnance alimentaire ou de garde rendue par un autre tribunal envoie à celui-ci une copie, certifiée conforme par un de ses juges ou fonctionnaires, de l'ordonnance modificative.

*Cour du Banc de la Reine* (1989), 100 A.R. 208, 23 R.F.L. (3d) 13. *Nouvelle audition* (1989), 100 A.R. 208, à la p. 210, 23 R.F.L. (3d) 17.

Le juge Cooke a conclu que la retraite forcée de l'appelant, âgé de 58 ans, était un changement dans ses ressources, ses besoins ou sa situation au sens du par. 17(4) de la *Loi de 1985 sur le divorce*. Après avoir porté son attention sur les considérations énoncées au par. 17(7) de la *Loi de 1985 sur le divorce*, le juge en chambre a conclu, à la p. 213, qu'il n'était [TRADUCTION] «simplement pas réaliste compte tenu de son âge et de sa formation» de prétendre que l'intimée pourrait devenir plus indépendante. Il a ordonné à l'appelant de maintenir

at which time the amount would be reduced to \$500 per month.

*Court of Appeal* (Hetherington J.A. for the Court) (1990), 107 A.R. 111, 26 R.F.L. (3d) 113.

The appellant appealed the decision of Cooke J. on two grounds. First, the appellant contends that the pension payments received by the appellant were “property” rather than “income” and should not have been considered in assessing maintenance payments. The second issue argued by the appellant was that the chambers judge erred in reducing, rather than eliminating, the support payments to be paid to the respondent. The Court of Appeal declined to decide the first issue, stating at p. 112:

In our view the onus was on Mr. Strang to establish that his pension payments were property by calling or producing evidence to this effect. He did not do so. The chambers judge could not find that these payments were property rather than income available for the payment of maintenance, in the absence of any evidence to that effect.

With respect to the appellant’s second argument, Hetherington J.A. held that the chambers judge did not err in reducing, rather than eliminating, the maintenance payments set out in the decree nisi. The Court of Appeal dismissed the appellant’s appeal.

The respondent cross-appealed on the basis that Cooke J. erred in considering the supplementary affidavit of the appellant after the decision of March 16, 1989, but before judgment was entered. Further, the chambers judge was said to have also erred in reducing the support payments. The Court of Appeal held, at p. 112, that Cooke J. did not err in his reasoning or findings and specifically found that “the forced retirement of Mr. Strang was a change of circumstances as those words are used in the **Divorce Act**”. The Court of Appeal dismissed the respondent’s cross-appeal and varied the order of Cooke J. by stipulating that the

les paiements mensuels de 1 000 \$ jusqu’à mars 1990, date à compter de laquelle le montant mensuel serait réduit à 500 \$.

*Cour d’appel* (le juge Hetherington, au nom de la cour) (1990), 107 A.R. 111, 26 R.F.L. (3d) 113.

L’appelant a interjeté appel contre la décision du juge Cooke en se fondant sur deux moyens. Il a d’abord soutenu que sa pension était un «bien», et non un «revenu», dont on n’aurait pas dû tenir compte dans la détermination de la pension alimentaire. Il a ensuite prétendu que le juge en chambre avait commis une erreur en réduisant, plutôt qu’en éliminant, la pension alimentaire payable à l’intimée. La Cour d’appel a refusé de trancher la première question dans ces termes, à la p. 112:

[TRADUCTION] À notre avis, il incombait à M. Strang de démontrer, avec l’aide de témoignages et d’éléments de preuve à cet effet, que sa pension était un bien. Il n’en a rien fait. En l’absence de preuve, le juge en chambre ne pouvait conclure que cette pension était un bien plutôt qu’un revenu disponible pour le paiement de la pension alimentaire.

Quant à la seconde prétention de l’appelant, le juge Hetherington a conclu que le juge en chambre n’avait commis aucune erreur en réduisant plutôt qu’en éliminant la pension alimentaire prévue dans le jugement conditionnel de divorce. La Cour d’appel a donc rejeté l’appel de l’appelant.

L’intimée a interjeté un appel incident pour le motif que le juge Cooke avait commis une erreur en tenant compte de l’affidavit supplémentaire de l’appelant après la décision du 16 mars 1989, mais avant que le jugement soit prononcé. Elle a également soutenu que le juge en chambre avait commis une erreur en réduisant la pension alimentaire. La Cour d’appel a conclu, à la p. 112, que le juge Cooke n’avait commis d’erreur ni dans son raisonnement ni dans ses conclusions, et elle a spécifiquement conclu que [TRADUCTION] «la retraite forcée de M. Strang constituait un changement dans sa situation, au sens que donne la **Loi sur le divorce** à ces termes». La Cour d’appel a rejeté l’appel incident de l’intimée et a elle modifié l’ordonnance rendue par le juge Cooke en statuant que



reduced maintenance payments were to commence on January 1, 1990.

There are two issues raised by this case. First, the appellant contends that the Court of Appeal erred in failing to consider that continued payment of spousal maintenance by the appellant from his pension income to the respondent is a further division of the appellant's pension, an asset valued and divided by the trial judge in 1983. This, it is argued, results in a double recovery on the pension and should not be permitted.

Second, the appellant contends that the chambers judge erred in failing to exercise the court's jurisdiction to cancel the spousal maintenance ordered by the court in the decree nisi as a result of the change in the appellant's circumstances.

The submissions of the parties on the issues are straightforward. The appellant contends that the courts in Alberta have placed pensions in the category of "property" and not "maintenance assets". As such, when a pension has been valued and divided between the divorcing parties, it can no longer be considered by the trial judge as a maintenance asset. After a division of the pension has been made, to consider and make use of the income from the pension would constitute double recovery from that particular marital asset.

The respondent's argument is based on s. 17(4) of the *Divorce Act, 1985*. This section requires the court to determine whether there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse. The consideration by the chambers judge of Mr. Strang's assets to determine his means to pay maintenance quite properly, according to the respondent, included the pension. This interpretation of "means" is consistent with the historical interpretation of the term as including all pecuniary resources, capital assets, income from employment or earning capacity, and other sources from which the person receives gains or benefits. The qualification of the pension as "property" under a provincial matrimonial property act, the respondent argues, is irrelevant to the

la pension alimentaire devait être réduite à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1990.

Le présent pourvoi soulève deux questions. D'une part, l'appelant soutient que la Cour d'appel a commis une erreur en négligeant le fait que le paiement de la pension alimentaire à l'intimée sur le revenu de pension de retraite de l'appelant constitue un second partage de cette pension, un actif déjà évalué et partagé par le juge de première instance en 1983. Cette situation, prétend l'appelant, crée une double indemnisation sur sa pension, ce qui ne devrait pas être permis.

D'autre part, l'appelant soutient que le juge en chambre a commis une erreur en omettant d'exercer la compétence de la cour pour annuler, compte tenu du changement survenu dans sa situation, la pension alimentaire prévue dans le jugement conditionnel de divorce.

Les arguments des parties sur les questions en litige sont clairs. L'appelant prétend que les tribunaux de l'Alberta ont classé les pensions dans la catégorie des «biens» plutôt que dans celle des «biens alimentaires». À ce titre, une fois la pension évaluée et partagée entre les parties qui divorcent, le juge de première instance ne peut plus la considérer comme un bien alimentaire. Utiliser le revenu de la pension ou en tenir compte alors que celle-ci a été partagée constituerait une double indemnisation sur ce bien matrimonial.

L'intimée appuie sa prétention sur le par. 17(4) de la *Loi de 1985 sur le divorce*. Ce paragraphe prévoit que la cour doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou la situation de l'un ou l'autre des ex-époux. Dans son évaluation des biens de l'appelant pour déterminer ses ressources en vue du paiement d'une pension alimentaire, le juge en chambre a tenu compte, tout à fait à bon droit selon l'intimée, de sa pension de retraite. Cette interprétation du terme «ressources» est compatible avec l'interprétation historique selon laquelle il inclut toutes les ressources pécuniaires, l'actif immobilisé, le revenu d'emploi ou la capacité de gagner sa vie et les autres sources desquelles la personne tire des gains ou des avantages. Le fait de qualifier la pension de

determination which must be made under the *Divorce Act, 1985* of the means of the payor.

These submissions need not be addressed. The issue of double accounting or “double dipping”, as it has been called, simply does not arise on the facts of this case. The method of evaluation of the appellant’s pension used at the time of the divorce consisted of a very rough, after tax, division of the appellant’s contributions to the pension fund. It did not take into account the contributions of the employer. Nor did it attempt to assign a value to these contributions as future pension income. This “contribution method” is subject to criticism. It is certainly not an accurate means of assessing a pension’s worth as a future asset. It is clear that there existed at the time of the parties’ divorce other, more accurate, methods of assigning a value to the pension as a matrimonial property asset. They were not utilized by the parties. However, this is not the relevant consideration. What is relevant is that the method chosen cannot be said to amount to a true division of the value of the pension as future property. This being so, the appellant cannot argue that it is unjust to treat the post-retirement income from his pension as “means” which he may use to pay maintenance to the respondent.

If there is indeed some overlap between the inclusion of a small portion of the pension in the matrimonial property division in the present case and using its income as a source for maintenance payments, it is so minimal that it should not be taken into account. See for example *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1, at p. 29, per Osborne J.A., where the same approach was followed.

In the case at bar, both the trial judge and the chambers judge expressly reviewed the circumstances of the parties and considered the property division and its ramifications before ordering support. To the extent that there might be any overlap resulting from the inclusion of a small portion of the appellant’s pension it must be assumed that it

retraite de «bien» en vertu d’une loi provinciale en matière de biens matrimoniaux, prétend l’intimée, n’est pas pertinent relativement au calcul des ressources du payeur, qui doit être effectué en vertu de la *Loi de 1985 sur le divorce*.

Il n’est pas nécessaire d’analyser ces arguments. La question de la double comptabilisation ou de la «double déduction», comme on l’a appelée, ne ressort pas des faits de l’espèce. La méthode d’évaluation de la pension de l’appelant utilisée au moment du divorce consistait en un partage très approximatif, après impôt, des cotisations de l’appelant à son régime de pension. Elle ne tenait pas compte des cotisations de l’employeur, ni ne tentait de déterminer leur valeur à titre de revenu de pension futur. Cette «méthode de cotisation» est discutable. Elle n’est certainement pas un moyen précis d’évaluer la pension comme actif futur. De toute évidence, il existait, au moment du divorce des parties, des méthodes plus précises permettant de déterminer la valeur de la pension à titre de bien matrimonial. Les parties ne les ont pas utilisées. Toutefois, ce facteur n’est pas pertinent. Le fait qu’on ne puisse dire que la méthode choisie constitue un véritable partage de la valeur de la pension à titre de bien futur est, lui, pertinent. L’appelant ne peut donc prétendre qu’il est injuste de traiter le revenu de retraite tiré de sa pension comme une «ressource» utilisable pour verser une pension alimentaire à l’intimée.

Si, en l’espèce, l’insertion d’une petite partie de la pension dans le partage des biens matrimoniaux déborde effectivement sur l’utilisation du revenu de cette pension comme une source de paiement de la pension alimentaire, cet empiètement est tellement infime qu’on ne devrait pas en tenir compte. Voir par exemple *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1, à la p. 29, les motifs du juge Osborne, où le même principe a été suivi.

En l’espèce, le juge de première instance et le juge en chambre ont tous deux expressément examiné la situation des parties et ils ont étudié le partage des biens et ses ramifications avant de rendre une ordonnance alimentaire. Dans la mesure où le fait d’inclure une petite portion de la pension de l’appelant pourrait entraîner un empiètement, il

was taken into account by the courts below. There is no injustice resulting from the treatment of the appellant's post-retirement income from his pension as "means" which can be used to pay maintenance to the respondent.

The second issue is whether the chambers judge failed to exercise his discretion properly by terminating the spousal support order as a result of the change in the appellant's circumstances. Many specific findings of fact were made both in the course of the original trial and the chamber judges' evaluations of the circumstances of the marriage and of the divorce. The chamber judge found quite properly that it was not practical in light of the respondent's age and her lack of training to require her to become more self-sufficient. As well, he found that the respondent's present employment status was causally connected to the marriage. He recognized, however, that the diminished ability of the appellant to continue to support his wife was a valid change in circumstances when considering whether a variation should be made. He thus reduced the amount by one half to \$500 per month. I see no reason to interfere with this exercise of discretion. It was made after a careful review and assessment of the facts and the applicable law. The decision was approved by the Court of Appeal. No error was made by that court.

In the result, I would dismiss the appeal with costs to the respondent.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Witten Binder, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Bishop & McKenzie, Edmonton.*

faut présumer que les tribunaux d'instance inférieure en ont tenu compte. Il n'y a rien d'injuste à traiter le revenu de retraite de l'appelant, tiré de sa pension, comme une «ressource» utilisable pour verser une pension alimentaire à l'intimée.

La deuxième question est de savoir si le juge en chambre a omis d'exercer à bon droit son pouvoir discrétionnaire de mettre fin à l'ordonnance alimentaire au conjoint en raison du changement survenu dans la situation de l'appelant. On a tiré maintes conclusions de fait précises à la fois au cours du procès initial et au cours de l'examen par le juge en chambre des circonstances du mariage et du divorce. Ce dernier a conclu à juste titre qu'il était peu réaliste, compte tenu de l'âge et du peu de formation de l'intimée, de l'obliger à acquérir une plus grande indépendance. Il a par ailleurs conclu que la situation professionnelle actuelle de l'intimée est liée à son mariage. Il a toutefois reconnu que la capacité moindre de l'appelant de subvenir aux besoins de son épouse constitue un changement valable de situation lorsqu'il s'agit de décider si une ordonnance modificative doit être rendue. Il a par conséquent réduit le montant de moitié, à 500 \$ par mois. Je ne vois aucune raison d'intervenir dans cet exercice du pouvoir discrétionnaire puisqu'il a été fait après une étude et un examen minutieux des faits et du droit applicable. La Cour d'appel a approuvé la décision. Elle n'a commis aucune erreur.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens à l'intimée.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Witten Binder, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimée: Bishop & McKenzie, Edmonton.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

v.

c.

**R. W.** *Respondent*

<sup>a</sup> **R. W.** *Intimé*

INDEXED AS: R. v. W. (R.)

RÉPERTORIÉ: R. c. W. (R.)

File No.: 21820.

N<sup>o</sup> du greffe: 21820.

1992: April 2; 1992: June 11.

<sup>b</sup> 1992: 2 avril; 1992: 11 juin.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Criminal law — Powers of court of appeal — Accused convicted of sexual offences on basis of children's testimony — Court of Appeal overturning convictions — Whether Court of Appeal exceeded proper limits of appellate review — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).*

<sup>d</sup> *Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel sur la foi de témoignages d'enfants — La Cour d'appel a écarté les déclarations de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle excédé les limites d'une révision en appel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).*

*Criminal law — Evidence — Children — Accused convicted of sexual offences on basis of children's testimony — Proper approach to evidence of young children — Whether Court of Appeal erred in overturning convictions.*

<sup>e</sup> *Droit criminel — Preuve — Enfants — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel sur la foi de témoignages d'enfants — Position à adopter quant au témoignage de jeunes enfants — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant les déclarations de culpabilité?*

The accused was charged with indecent assault, gross indecency and sexual assault against three young girls. The youngest girl, his niece, was between two and four years old when the incidents occurred, seven when they were reported to the authorities, and nine at the time of trial. The other two girls were his step-daughters. The younger one was between nine and ten at the time of the events, eleven when they were reported, and twelve at the time of trial, while the oldest girl was ten at the time of the events, fourteen at the time of reporting and sixteen at the time of trial. At the trial the girls described the incidents out of which the charges arose, and the accused denied the allegations. The evidence of the oldest child was uncontradicted, apart from the accused's denial, and internally consistent, but the evidence of the two younger children revealed a number of inconsistencies and was contradicted in some respects. The accused was convicted on all five counts. The Court of Appeal set aside the convictions and entered acquittals. It found that there was "really no confirmatory evidence", that

<sup>f</sup> L'accusé faisait face à des accusations d'attentat à la pudeur, de grossière indécence et d'agression sexuelle contre trois fillettes. La plus jeune, sa nièce, qui avait entre deux et quatre ans lorsque les incidents ont eu lieu, était âgée de sept ans lorsque les infractions ont été dénoncées aux autorités, et de neuf ans au moment du procès. Les deux autres enfants étaient les belles-filles de l'accusé. La plus jeune était âgée de neuf ou dix ans au moment des incidents, elle avait onze ans lorsque les infractions ont été signalées et douze ans au moment du procès; l'autre était âgée de dix ans au moment des incidents, de quatorze ans lorsqu'ils ont été dénoncés, et de seize ans au moment du procès. Au procès, les filles ont décrit les incidents qui ont servi de fondement aux accusations, et l'accusé a nié les allégations. La dénégation de l'intimé mise à part, le témoignage de la plus âgée des enfants, en lui-même logique, n'a pas été contredit. Toutefois, le témoignage des deux plus jeunes enfants a révélé certaines incohérences et il a été contredit sous quelques aspects. L'accusé a été déclaré coupable relati-

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

\*Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

the evidence of the two younger children was “fraught with inaccuracy” and that neither of the older children was “aware or concerned that anything untoward occurred”.

*Held:* The appeal should be allowed.

In determining whether the trier of fact could reasonably have reached the conclusion that the accused is guilty beyond a reasonable doubt, a court of appeal must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. This applies to verdicts based on findings of credibility. The test is whether a jury or judge properly instructed and acting reasonably could have convicted. In applying this test the appeal court should show great deference to findings of credibility made at trial. While the Court of Appeal thus did not err in this case in re-examining and reweighing the evidence, it did err in setting aside the convictions. The law concerning the evidence of children has undergone two major changes in recent years. First, the notion, found at common law and codified in legislation, that the evidence of children was inherently unreliable and therefore to be treated with special caution has been eliminated. Thus various provisions requiring that a child's evidence be corroborated have been repealed. Second, there is a new appreciation that it may be wrong to apply adult tests for credibility to the evidence of children. While the evidence of children is still subject to the same standard of proof as the evidence of adult witnesses in criminal cases, it should be approached not from the perspective of rigid stereotypes, but on a common sense basis, taking into account the strengths and weaknesses which characterize the evidence offered in the particular case. The Court of Appeal went too far in this case in finding lacunae in the evidence which did not exist and in applying a stringent, critical approach to the evidence. It appears to have been influenced by the old stereotypes relating to the inherent unreliability of children's evidence and the “normal” behaviour of victims of sexual abuse and to have placed insufficient weight on the trial judge's findings of credibility. The verdicts in this case were ones which a properly

vement aux cinq chefs d'accusation. La Cour d'appel a infirmé les déclarations de culpabilité et a prononcé un acquittement. Elle a conclu qu'«aucun témoignage corroborant» n'avait vraiment été rendu, que le témoignage des deux plus jeunes enfants «regorgeait d'imprécisions», et que, dans le cas des plus âgées des enfants, il est évident que ni l'une ni l'autre n'était «consciente que quelque chose d'inconvenant s'était produit ou ne s'en préoccupait».

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Pour déterminer si le juge des faits aurait pu raisonnablement conclure à la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, la cour d'appel doit réexaminer et, du moins dans une certaine mesure, réévaluer l'effet de la preuve. Cette règle s'applique aux verdicts qui reposent sur des conclusions relatives à la crédibilité. Le critère est le suivant: un jury ou un juge ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement aurait-il pu déclarer l'accusé coupable? Dans l'application de ce critère, la cour d'appel devrait faire preuve d'un grand respect envers les conclusions tirées au procès quant à la crédibilité. La Cour d'appel n'a donc commis aucune erreur en réexaminant la preuve et en la réévaluant, mais elle a commis une erreur en infirmant les déclarations de culpabilité. Le droit régissant les témoignages d'enfants a subi deux changements importants ces dernières années. D'une part, on a aboli la notion, trouvée dans la common law et codifiée dans la législation, selon laquelle les témoignages d'enfants sont intrinsèquement peu fiables et doivent par conséquent être traités avec un soin particulier. Ainsi, diverses dispositions exigeant que le témoignage d'un enfant soit corroboré ont été abrogées. D'autre part, on estime maintenant qu'il est peut-être erroné d'appliquer aux témoignages d'enfants les critères applicables aux adultes en matière de crédibilité. Bien que les témoignages d'enfants soient toujours soumis à la même norme stricte que les témoignages des adultes dans des affaires criminelles, ils doivent être abordés non pas en se fondant sur des stéréotypes rigides, mais sur la règle du bon sens, en tenant compte des forces et des faiblesses qui caractérisent les témoignages rendus dans une affaire. En l'espèce, la Cour d'appel est allée trop loin en décelant dans la preuve des lacunes inexistantes et en lui appliquant une norme stricte et critique. Elle paraît avoir été influencée par les anciens stéréotypes relatifs à la non-fiabilité intrinsèque des témoignages d'enfants et au comportement «normal» des victimes d'agressions sexuelles et avoir accordé insuffisamment de poids aux conclusions sur la crédibilité tirées par le juge de première instance. En l'espèce, il s'agit de verdicts qu'un jury (ou un juge) qui a reçu les directives appropriées et

instructed jury (or judge), acting judicially, could reasonably have rendered.

qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30.

### Jurisprudence

<sup>a</sup> **Arrêts mentionnés:** *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, s. 15.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 586.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(i), 695.  
*Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110.

### Lois et règlements cités

<sup>c</sup> *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i), 695.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 586.  
*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, ch. 24, art. 15.  
<sup>d</sup> *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10.  
*Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal setting aside the respondent's convictions on charges of indecent assault, gross indecency and sexual assault. Appeal allowed.

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a infirmé les déclarations de culpabilité de l'intimé relativement à des accusations d'attentat à la pudeur, de grossière indécence et d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli.

*Catherine A. Cooper*, for the appellant.

<sup>f</sup> *Catherine A. Cooper*, pour l'appelante.

*Robert J. Reynolds*, for the respondent.

*Robert J. Reynolds*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour rendu par

MCLACHLIN J.—This case raises the issue of the proper limits of appellate jurisdiction to overturn a conviction under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. It also raises the question of the approach which should be taken to the evidence of children.

<sup>h</sup> LE JUGE MCLACHLIN—Le présent pourvoi soulève la question des limites du pouvoir d'une juridiction d'appel d'annuler une déclaration de culpabilité faite en vertu du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et celle de la position à adopter relativement aux témoignages d'enfants.

### Facts

### <sup>i</sup> Les faits

The respondent was convicted on three counts of indecent assault, one count of gross indecency and one count of sexual assault against three young girls, B.W., M.W. and S.W. Without going into the rather complex details of the family relationship, it

<sup>j</sup> L'intimé a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'accusation d'attentat à la pudeur, un chef de grossière indécence et un chef d'agression sexuelle contre trois fillettes, B.W., M.W. et S.W. Sans m'attarder aux détails plutôt complexes des

may be simply stated that the respondent lived with and assumed a quasi-paternal role vis-à-vis the three girls, being the uncle of B.W. and having been married to the mother of S.W. and M.W.

The first three charges (two of indecent assault and one of gross indecency) concerned B.W. She was between two and four years old when the incidents occurred in 1981-82, seven years old when the offences were reported to the authorities, and nine years old at the time of trial.

The fourth charge (of sexual assault) concerned M.W. She was between nine and ten at the time of the events in question, eleven when the offences were reported, and twelve at the time of trial.

The fifth charge (of indecent assault) concerned S.W. She was ten years old at the time of the events in question, fourteen at the time of reporting, and sixteen at the time of trial.

The substance of the charges is as follows. B.W. alleged that while she was living with the respondent and his wife (her uncle and aunt) in the red brick house in Napanee, the respondent would come and take her from her bed, which she shared with S.W. and M.W., and lead her upstairs to his bedroom, where he would take down her pants, drop his pyjamas, and rub his soft penis over her vagina. B.W. stated in evidence that this happened two or three times a week. On one occasion, the respondent asked B.W. to suck on his "dink", which she did (this incident is the basis of the gross indecency charge). B.W. also described a further incident which occurred on a camping trip, when the respondent took her into the family's van, laid her on the floor, and rubbed his penis over her vagina.

S.W. described two incidents in the red brick house in Napanee. S.W. and the respondent were fully clothed throughout both incidents. The first incident began as play-wrestling, but the respondent began to breathe heavily and rubbed his erect penis against her buttocks. In the second incident,

rappports familiaux, je peux simplement dire que l'intimé, oncle de B.W. et mari de la mère de S.W. et de M.W., a vécu avec les trois filles, assumant un rôle presque paternel envers elles.

Les trois premières accusations (deux d'attentat à la pudeur et une de grossière indécence) touchent B.W. Cette dernière, qui avait entre deux et quatre ans lorsque les incidents ont eu lieu en 1981 et 1982, était âgée de sept ans lorsque les infractions ont été dénoncées aux autorités, et de neuf ans au moment du procès.

La quatrième accusation (agression sexuelle) se rapporte à M.W. Âgée de neuf ou dix ans au moment des incidents en question, elle avait onze ans lorsque les infractions ont été signalées et douze ans au moment du procès.

La cinquième accusation (attentat à la pudeur) concerne S.W., âgée de dix ans au moment des incidents, de quatorze ans lorsqu'ils ont été dénoncés, et de seize ans au moment du procès.

L'essentiel des accusations tient dans ce qui suit. B.W. a allégué que lorsqu'elle vivait avec l'intimé et son épouse (son oncle et sa tante) dans la maison de brique rouge à Napanee, l'intimé venait la chercher dans son lit, qu'elle partageait avec S.W. et M.W., l'amenait dans sa chambre à coucher située à l'étage supérieur, où il baissait les pantalons de l'enfant et son propre pyjama et frottait son pénis mou contre son vagin. Selon B.W., ce scénario se répétait deux ou trois fois par semaine. À une occasion, l'intimé a demandé à B.W. de sucer son pénis, ce qu'elle a fait (l'accusation de grossière indécence repose sur cet incident). B.W. a également mentionné que lors d'un voyage de camping, l'intimé l'a amenée dans la fourgonnette familiale et l'a étendue sur le plancher avant de frotter son pénis contre son vagin.

Selon S.W., deux incidents se sont produits dans la maison de brique rouge à Napanee, au cours desquels elle et l'intimé étaient vêtus. Le premier incident a d'abord pris l'allure d'une lutte pour jouer; toutefois, l'intimé s'est mis à respirer bruyamment avant de frotter son pénis en érection

the respondent lay down beside her in bed, and she could feel his erect penis against her buttocks.

M.W. described three incidents involving the respondent. Both M.W. and the respondent were fully clothed throughout all three incidents. In the first incident, she was sitting on the respondent's lap while he combed her hair and rubbed his erect penis against her lower back. In the second and third incidents, the respondent rolled M.W. onto the floor, forced her legs apart and rubbed his penis against her vagina.

The respondent testified in his own defence. He admitted to wrestling with M.W. and S.W., and to brushing the girls' hair, but denied all the allegations that formed the basis of the charges against him. Aside from the respondent's denial, the evidence of the oldest child, S.W., was uncontradicted and internally consistent. The evidence of the two younger children, however, quite apart from the respondent's denial, revealed a number of inconsistencies and was contradicted in some respects.

### Judgments Below

*A. Ontario District Court (Judge O'Flynn, June 27, 1988)*

Judge O'Flynn convicted the respondent on all five counts. The trial judge instructed himself (correctly, in my opinion) on the importance of corroborative evidence in cases of this kind:

I am considering allegations of sexual misconduct where young children are involved and by reason of the fact that such acts were alleged to have occurred in secret, it is important to look at the evidence to see if there is other evidence which tends to confirm the evidence of the particular complainant enhancing the probability that the complainant was telling the truth on the material issues. However, the law does not require the evidence of the particular complainant to be supported in order to convict the accused and corroboration in law is not necessary.

contre les fesses de l'enfant. Le deuxième incident s'est produit lorsque l'intimé s'est étendu près d'elle dans un lit et qu'elle pouvait sentir son pénis en érection contre ses fesses.

M.W. a décrit trois incidents impliquant l'intimé, au cours desquels ils étaient tous deux vêtus. Lors du premier incident, elle était assise sur les genoux de l'intimé qui lui peignait les cheveux et frottait son pénis en érection contre la partie inférieure du dos de l'enfant. Les deuxième et troisième incidents se sont produits au moment où l'intimé a attiré M.W. au plancher et lui a écarté les jambes de force pour frotter son pénis contre son vagin.

L'intimé a témoigné pour son propre compte. Il a admis avoir lutté avec M.W. et S.W. et les avoir peigné, mais il a nié toutes les allégations qui ont servi de fondement aux accusations portées contre lui. La dénégation de l'intimé mise à part, le témoignage de S.W., la plus âgée des enfants, en lui-même logique, n'a pas été contredit. Toutefois, indépendamment de la dénégation de l'intimé, le témoignage des deux plus jeunes enfants a révélé certaines incohérences et il a été contredit sous quelques aspects.

### Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

*A. La Cour de district de l'Ontario (le juge O'Flynn, le 27 juin 1988)*

Le juge O'Flynn a déclaré l'intimé coupable relativement aux cinq chefs d'accusation. Il s'est rappelé (à mon avis, à juste titre) l'importance de la preuve corroborante dans les cas de ce genre:

[TRADUCTION] En l'espèce, les victimes des allégations d'inconduite sexuelle sont de jeunes enfants. Puisqu'on a allégué que ces actes s'étaient produits secrètement, il est important d'étudier la preuve afin de déterminer si elle contient un autre témoignage qui tend à confirmer celui du plaignant, et à accroître la probabilité que celui-ci disait la vérité sur les questions essentielles. Toutefois, pour déclarer l'accusé coupable, la loi n'exige pas que le témoignage du plaignant soit appuyé, et la corroboration en droit n'est pas nécessaire.



The trial judge then reviewed the evidence, noting the inconsistencies.

The trial judge's conclusion, in its entirety, was as follows (omitting the re-statement of the five charges against the respondent and the full names of the girls):

I have considered each complainant's intelligence, memory, power of observation, interest in the outcome and demeanor in the witness box. There does not appear to be collusion between the girls. I have considered the inconsistencies in the girls' evidence which I have referred to, as minor and attributable to their youth and the passage of time.

I have also considered the fact that B.W. did not promptly disclose the alleged abuse to anyone, however, I have also considered the explanation of why by B.W. [The trial judge may be referring here to B.W.'s testimony that the respondent had told her not to tell anybody, "or you'll be in trouble" (in-chief, C.O.A. p. 38).] I have considered the young age of the children and particularly B.W. when the alleged offences were to have taken place and the time that has passed since the alleged incidents.

I accept the evidence of the children, B.W., M.W. and S.W. in regard to the alleged offences and I find the accused guilty as charged on Count Nos. 1, 2, 3, 4 and 5 (as amended).

The respondent was sentenced on September 9, 1988. The total sentence was for fifteen months, broken down as follows:

Count 1 (indecent assault on B.W.):	
Count 2 (gross indecency on B.W.):	9 months concurrent
Count 3 (indecent assault on B.W.):	
Count 4 (sexual assault on M.W.):	3 months consecutive
Count 5 (indecent assault on S.W.):	3 months consecutive

Le juge de première instance a alors examiné les témoignages, remarquant les incohérences.

Sa conclusion intégrale est la suivante (l'énoncé des cinq accusations portées contre l'intimé et les noms complets des filles ont été omis):

[TRADUCTION] J'ai tenu compte de l'intelligence de chaque plaignante, de sa mémoire, de sa capacité d'observation, de son intérêt dans l'issue de l'affaire et de son comportement à la barre des témoins. Il ne paraît pas y avoir collusion entre les filles. J'ai tenu compte des incohérences dans leur témoignage, que j'ai jugées négligeables et attribuables à leur jeune âge et au temps écoulé.

J'ai également considéré le fait que B.W. n'a pas dénoncé immédiatement l'agression présumée à laquelle; toutefois, j'ai tenu compte de son explication. [Le juge de première instance fait probablement allusion au témoignage de B.W. selon lequel l'intimé lui avait dit de n'en parler à personne, [TRADUCTION] «ou tu auras des ennuis» (interrogatoire principal, dossier conjoint, à la p. 38).] J'ai pris en considération le jeune âge des enfants, particulièrement celui de B.W., lorsque les infractions auraient été commises et le temps écoulé depuis.

J'admets les témoignages des enfants, B.W., M.W. et S.W. à l'égard des infractions alléguées et je déclare l'accusé coupable relativement aux chefs nos 1, 2, 3, 4 et 5 (tels que modifiés).

La peine de l'intimé a été prononcée le 9 septembre 1988. Au total, elle s'élevait à quinze mois, répartis comme suit:

Chef n° 1 (attentat à la pudeur contre B.W.):	
Chef n° 2 (grossière indécence contre B.W.):	9 mois concurrents
Chef n° 3 (attentat à la pudeur contre B.W.):	
Chef n° 4 (agression sexuelle contre M.W.):	3 mois consécutifs
Chef n° 5 (attentat à la pudeur contre S.W.):	3 mois consécutifs

B. *Ontario Court of Appeal (Brook and Krever J.J.A. and Craig J. (ad hoc), December 21, 1989)*

The following is the text of the Court of Appeal's endorsement:

This case has caused us very great concern. The case has been carefully argued. We recognize the advantage of the trial judge, but also the responsibility of this court. *Yebe v. The Queen* (1987), 36 C.C.C. (3d) 417 at p. 430. Giving the matter our best consideration, we are all of the opinion that on this evidence these convictions cannot safely stand. There was really no confirmatory evidence, the evidence of the two younger children was fraught with inaccuracy and in the case of the older children [it was] perfectly clear that neither was aware or concerned that anything untoward occurred which is really the best test of the quality of the acts. The appeal is allowed, the conviction is set aside and an acquittal is entered.

#### Issues

The central issue is whether the Court of Appeal erred in setting aside the convictions entered by the trial judge. This raises a number of subsidiary issues:

(1) What is the standard for review under s. 686(1)(a)(i), and did the Court of Appeal depart from it?

(2) Did the Court of Appeal err in the way it treated the evidence of the children? In particular:

(a) Did the Court of Appeal err in relying on the alleged lack of confirmatory evidence?

(b) Did the Court of Appeal err in its treatment of the inaccuracies in the children's evidence?

(c) Did the Court of Appeal err in relying on the alleged fact that neither of the older

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Brook et Krever et le juge Craig (ad hoc), le 21 décembre 1989)*

Voici le texte du jugement manuscrit de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] La présente affaire, soigneusement débattue, nous a grandement préoccupés. Nous reconnaissons l'avantage du juge de première instance, mais également l'obligation de notre cour. Voir *Yebe c. The Queen* (1987), 36 C.C.C. (3d) 417, à la p. 430. Après mûre réflexion, nous sommes tous d'avis que, compte tenu de la preuve, les déclarations de culpabilité ne peuvent, sans contredit, être maintenues. Aucun témoignage corroborant n'a vraiment été rendu, celui des deux plus jeunes enfants regorgeait d'imprécisions, et, dans le cas des plus âgées des enfants, [il était] évident que ni l'une ni l'autre n'était consciente que quelque chose d'inconvenant s'était produit ou ne s'en préoccupait, ce qui, en réalité, est le meilleur critère quant à la nature des actes. L'appel est accueilli, la déclaration de culpabilité est infirmée, et un acquittement est prononcé.

#### Les questions en litige

La question principale est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant les déclarations de culpabilité prononcées par le juge de première instance. Cette question porte en elle quelques questions subsidiaires:

(1) Quelle est la norme applicable en matière de révision effectuée en vertu du sous-al. 686(1)a)(i)? La Cour d'appel y a-t-elle dérogé?

(2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur dans son examen des témoignages des enfants? Particulièrement:

a) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en se fondant sur l'absence alléguée de témoignage corroborant?

b) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur dans son examen des imprécisions contenues dans les témoignages des enfants?

c) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en se fondant sur le fait selon lequel

children was aware of or concerned about the nature of the acts?

aucune des enfants plus âgées n'aurait été consciente de la nature des actes ou ne s'en serait préoccupé?

### Analysis

#### 1. *What is the Standard of Review and Did the Court of Appeal Depart From It?*

The appellant contends for a narrow right of review: a court of appeal can set aside a conviction based on findings of credibility, in its submission, only if the trier of fact proceeded on the basis of an error of law or if evidence is accepted on a central issue which cannot logically be true given other undisputed facts. The respondent, on the other hand, argues that a court of appeal must look at all the evidence, consider its probity and weight, and set aside the conviction only if it concludes that the trier of fact could not reasonably have come to the conclusion that the offence was proved beyond a reasonable doubt.

The ambit of the powers of an appellate court under s. 686(1)(a)(i) has been considered by this Court in a number of recent cases. The leading case is probably *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168. Writing for the Court, McIntyre J. reviewed the earlier case of *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275. McIntyre J. acknowledged that there was some ambiguity in *Corbett* as to the test to be applied. The ambiguity was between a standard that no jury could possibly have reached the verdict at trial, and that no jury could reasonably have reached the verdict. McIntyre J. resolved the ambiguity in favour of the "reasonably reached" standard (at p. 185):

I am in agreement with Hutcheon J.A. that the word "possibly" in this context is inappropriate. In my view, to adopt literally the proposition that the appellate court could only consider whether the impugned verdict could possibly have been reached would render review on appeal under the subsection almost impossible. "Reasonably could have reached" must be the test, and from a reading of the whole of Pigeon J.'s judgment [in *Corbett*] I am of the view that it was what was intended.

### <sup>a</sup> Analyse

#### 1. *Quelle est la norme applicable en matière de révision? La Cour d'appel y a-t-elle dérogé?*

<sup>b</sup> L'appelante soutient que le droit de révision est restreint: selon elle, une cour d'appel ne peut infirmer une déclaration de culpabilité fondée sur des conclusions relatives à la crédibilité que si le juge des faits s'est fondé sur une erreur de droit ou s'il a admis, sur une question fondamentale, un élément de preuve qui, compte tenu d'autres faits incontestés, ne peut logiquement être vrai. L'intimé, pour sa part, soutient que la cour d'appel doit examiner l'ensemble de la preuve, en évaluer la probité et la valeur, et n'annuler la déclaration de culpabilité que si elle conclut que le juge des faits n'aurait pu raisonnablement conclure que l'infraction a été établie hors de tout doute raisonnable.

<sup>e</sup> Notre Cour a récemment étudié dans un certain nombre d'arrêts récents l'étendue des pouvoirs d'un tribunal d'appel visés au sous-al. 686(1)(a)(i). L'arrêt de principe est probablement *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168. Se prononçant au nom de la Cour, le juge McIntyre a examiné l'arrêt *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275. Il a reconnu l'existence d'une certaine ambiguïté dans l'arrêt *Corbett* relativement au critère applicable, en raison de la présence de deux normes: une selon laquelle il n'y a aucune possibilité qu'un jury ait pu rendre ce verdict au procès, et une autre selon laquelle un jury n'aurait pu raisonnablement rendre le verdict. <sup>h</sup> Le juge McIntyre a tranché cette ambiguïté en faveur de la norme du verdict «raisonnablement rendu» (à la p. 185):

<sup>i</sup> Je conviens avec le juge Hutcheon que le terme «*possibly*» dans la version anglaise n'est pas approprié dans ce contexte. À mon avis, l'adoption littérale de la proposition que la Cour d'appel ne peut que se demander si le jury aurait peut-être pu rendre le verdict contesté aurait pour effet de rendre presque impossible la révision en appel aux termes du paragraphe. L'expression «aurait pu raisonnablement rendre» doit constituer le critère et d'après l'interprétation de l'ensemble du jugement du

The concept of reasonableness is clearly expressed in the section which speaks of an unreasonable verdict. Therefore, curial review is invited whenever a jury goes beyond a reasonable standard. In my view, then, *Corbett* is the governing case and the test is “whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered”. [Emphasis in original.]

McIntyre J. acknowledged that in conducting a review under s. 686(1)(a)(i), a court of appeal must, to some extent at least, re-examine and reweigh the evidence (at p. 186):

The function of the Court of Appeal, under s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, goes beyond merely finding that there is evidence to support a conviction. The Court must determine on the whole of the evidence whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. While the Court of Appeal must not merely substitute its view for that of the jury, in order to apply the test the Court must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. This process will be the same whether the case is based on circumstantial or direct evidence. In the Court of Appeal, the majority clearly found that there was sufficient evidence to justify the verdict and both Macdonald and Craig J.J.A. rejected all rational inferences offering an alternative to the conclusion of guilt. It is therefore clear that the law was correctly understood and applied.

*Yebe*s has been applied in at least two subsequent decisions of this Court: *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337; and *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909. In *Howard*, Lamer J. (as he then was), writing for three of five justices on the panel, adopted the test of McIntyre J. in *Yebe*s in upholding the conviction (at p. 1349):

I have read evidence and have come to the conclusion that a verdict of first degree murder “is one that a properly instructed jury acting judicially could reasonably

juge Pigeon, je suis d’avis que c’est ce qui était visé. Le concept du caractère raisonnable est clairement exprimé dans l’article qui mentionne un verdict déraisonnable. Par conséquent, il doit y avoir révision judiciaire chaque fois que le jury dépasse une norme raisonnable. À mon avis, donc, l’arrêt *Corbett* constitue l’arrêt applicable et le critère est celui de savoir «si le verdict est l’un de ceux qu’un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d’une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre».

Le juge McIntyre a reconnu qu’en effectuant une révision en vertu du sous-al. 686(1)a)(i), un tribunal d’appel doit, du moins dans une certaine mesure, réexaminer et réévaluer la preuve (à la p. 186):

La fonction de la Cour d’appel, aux termes du sous-al. 613(1)a)(i) du *Code criminel*, dépasse la simple conclusion qu’il y a des éléments de preuve à l’appui d’une déclaration de culpabilité. La Cour doit déterminer d’après l’ensemble de la preuve si le verdict est l’un de ceux qu’un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d’une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Bien que la Cour d’appel ne doive pas simplement substituer son opinion à celle du jury, afin d’appliquer le critère elle doit réexaminer l’effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer. Ce processus sera le même que l’affaire soit fondée sur une preuve circonstancielle ou une preuve directe. En Cour d’appel, les juges de la majorité ont clairement conclu qu’il y avait suffisamment d’éléments de preuve pour justifier le verdict et les juges Macdonald et Craig ont tous deux rejeté toute déduction rationnelle offrant un autre choix que la conclusion de culpabilité. Par conséquent, il est évident que le droit a été bien interprété et bien appliqué.

L’arrêt *Yebe*s a été appliqué dans au moins deux arrêts subséquents de notre Cour: *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337; et *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909. Dans l’arrêt *Howard*, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), se prononçant au nom de trois des cinq juges siégeant, a adopté le critère énoncé par le juge McIntyre dans l’arrêt *Yebe*s avant de maintenir la déclaration de culpabilité (à la p. 1349):

J’ai pris connaissance de la preuve et je suis arrivé à la conclusion qu’un verdict de meurtre au premier degré «est l’un de ceux qu’un jury qui a reçu les directives

have rendered" (*per* McIntyre J. for the Court in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185).

Similarly, in *S. (P.L.)*, Sopinka J., writing for himself, Lamer C.J., and La Forest and McLachlin JJ., adopted the test set out in *Yebes*. Sopinka J. emphasized that the court of appeal is properly engaged in a review of the facts pursuant to s. 686(1)(a)(i) (at p. 915):

In an appeal founded on s. 686(1)(a)(i) the court is engaged in a review of the facts. The role of the Court of Appeal is to determine whether on the facts that were before the trier of fact a jury properly instructed and acting reasonably could convict. The court reviews the evidence that was before the trier of fact and after re-examining and, to some extent, reweighing the evidence, determines whether it meets the test. See *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

It is thus clear that a court of appeal, in determining whether the trier of fact could reasonably have reached the conclusion that the accused is guilty beyond a reasonable doubt, must re-examine, and to some extent at least, reweigh and consider the effect of the evidence. The only question remaining is whether this rule applies to verdicts based on findings of credibility. In my opinion, it does. The test remains the same: could a jury or judge properly instructed and acting reasonably have convicted? That said, in applying the test the court of appeal should show great deference to findings of credibility made at trial. This Court has repeatedly affirmed the importance of taking into account the special position of the trier of fact on matters of credibility: *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, at p. 272; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, at pp. 465-66. The trial judge has the advantage, denied to the appellate court, of seeing and hearing the evidence of witnesses. However, as a matter of law it remains open to an appellate court to overturn a verdict based on findings of credibility where, after considering all the evidence and having due regard to the advantages

appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre» (le juge McIntyre au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, à la p. 185).

De la même façon, dans l'arrêt *S. (P.L.)*, le juge Sopinka, se prononçant en son nom et en celui du juge en chef Lamer et des juges La Forest et McLachlin, a adopté le critère énoncé dans l'arrêt *Yebes*. Il a souligné que la cour d'appel procède régulièrement à un examen des faits en vertu du sous-al. 686(1)(a)(i) (à la p. 915):

Lors d'un appel interjeté en vertu du sous-al. 686(1)(a)(i), la cour procède à un examen des faits. La fonction de la cour d'appel consiste à déterminer si, d'après les faits soumis au juge des faits, un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pouvait déclarer l'accusé coupable. La cour analyse la preuve qui a été présentée au juge des faits et, après l'avoir réexaminée et, dans une certaine mesure, réévaluée, décide si la preuve satisfait à ce critère. Voir l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

Il est donc clair que, pour déterminer si le juge des faits aurait pu raisonnablement conclure à la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, la cour d'appel doit réexaminer et, du moins dans une certaine mesure, réévaluer l'effet de la preuve. Seule demeure la question de savoir si cette règle s'applique aux verdicts qui reposent sur des conclusions relatives à la crédibilité. À mon avis, elle s'applique. Le critère demeure le même: un jury ou un juge ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement aurait-il pu déclarer l'accusé coupable? Cela étant dit, dans l'application de ce critère, la cour d'appel devrait faire preuve d'un grand respect envers les conclusions tirées au procès quant à la crédibilité des témoins. À maintes reprises, notre Cour a souligné combien il était important de tenir compte de la position privilégiée du juge des faits relativement à des questions de crédibilité: *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, à la p. 272; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, aux pp. 465 et 466. Le juge de première instance a l'avantage, que n'a pas la cour d'appel, de voir et d'entendre les témoins. Toutefois, en droit, la cour d'appel conserve le pouvoir d'écarter un verdict fondé sur des conclusions relatives à la crédibilité dans les cas où, après

afforded to the trial judge, it concludes that the verdict is unreasonable.

I therefore conclude that the Court of Appeal did not err in re-examining and reweighing the evidence, as the appellant contends. That leaves, however, the question of whether, on all the evidence, the Court of Appeal was entitled to conclude that the judge could not reasonably have decided that the accused was guilty beyond a reasonable doubt.

2. *Did the Court of Appeal Err in the Way it Approached the Evidence of the Children?*

The appellant contends that the Court of Appeal made errors of fact and of law in the process of re-examining and reweighing the evidence of the children which led it wrongly to conclude that the verdicts were unreasonable.

Before turning to the particular errors alleged, I pause to consider the general question of how courts should approach the evidence of young children. The law affecting the evidence of children has undergone two major changes in recent years. The first is removal of the notion, found at common law and codified in legislation, that the evidence of children was inherently unreliable and therefore to be treated with special caution. Thus, for example, the requirement that a child's evidence be corroborated has been removed: s. 586 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which prohibited the conviction of a person on the uncorroborated evidence of a child testifying unsworn, was repealed by *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, s. 15, effective January 1, 1988. Similar provisions of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, and *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, have also been eliminated. The repeal of provisions creating a legal requirement that children's evidence be corroborated does not prevent the judge or jury from treating a child's evidence with caution where such caution is merited in the circumstances of the case. But it does revoke the assumption formerly applied to all evidence of children, often unjustly, that children's

avoir étudié l'ensemble de la preuve et tenu compte des avantages du juge de première instance, elle conclut que le verdict est déraisonnable.

Par conséquent, je conclus que, contrairement à ce que prétend l'appelante, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en réexaminant la preuve et en la réévaluant. Il reste toutefois la question de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, la Cour d'appel pouvait conclure que le juge n'aurait pu raisonnablement déclarer l'accusé coupable hors de tout doute raisonnable.

2. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur dans son examen des témoignages des enfants?*

L'appelante soutient que, la Cour d'appel ayant commis des erreurs de fait et de droit dans son réexamen et dans sa réévaluation du témoignage des enfants, elle a conclu erronément que les verdicts étaient déraisonnables.

Avant d'aborder les erreurs alléguées, je m'arrête pour étudier la question générale concernant la façon dont les cours devraient traiter le témoignage des jeunes enfants. Cette partie du droit a subi deux changements importants ces dernières années. D'une part, on a aboli la notion, trouvée dans la common law et codifiée dans la législation, selon laquelle les témoignages d'enfants sont intrinsèquement peu fiables et doivent par conséquent être traités avec un soin particulier. Ainsi, par exemple, la nécessité que le témoignage d'un enfant soit corroboré n'existe plus: l'art. 586 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui interdisait qu'une personne soit déclarée coupable sur le témoignage d'un enfant non rendu sous serment et non corroboré a été abrogé par la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, ch. 24, art. 15, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1988. On a également abrogé des dispositions semblables de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, et de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110. L'abrogation de telles dispositions n'empêche pas le juge ou le jury de traiter les témoignages d'enfants avec soin lorsque les circonstances de l'affaire le justifient. Toutefois, elle met effectivement fin à l'hypothèse, autrefois appliquée à tous les

evidence is always less reliable than the evidence of adults. So if a court proceeds to discount a child's evidence automatically, without regard to the circumstances of the particular case, it will have fallen into an error.

The second change in the attitude of the law toward the evidence of children in recent years is a new appreciation that it may be wrong to apply adult tests for credibility to the evidence of children. One finds emerging a new sensitivity to the peculiar perspectives of children. Since children may experience the world differently from adults, it is hardly surprising that details important to adults, like time and place, may be missing from their recollection. Wilson J. recognized this in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at pp. 54-55, when, in referring to submissions regarding the court of appeal judge's treatment of the evidence of the complainant, she said that

... it seems to me that he was simply suggesting that the judiciary should take a common sense approach when dealing with the testimony of young children and not impose the same exacting standard on them as it does on adults. However, this is not to say that the courts should not carefully assess the credibility of child witnesses and I do not read his reasons as suggesting that the standard of proof must be lowered when dealing with children as the appellants submit. Rather, he was expressing concern that a flaw, such as a contradiction, in a child's testimony should not be given the same effect as a similar flaw in the testimony of an adult. I think his concern is well founded and his comments entirely appropriate. While children may not be able to recount precise details and communicate the when and where of an event with exactitude, this does not mean that they have misconceived what happened to them and who did it. In recent years we have adopted a much more benign attitude to children's evidence, lessening the strict standards of oath taking and corroboration, and I believe that this is a desirable development. The credibility of every witness who testifies before the courts must, of course, be carefully assessed but the standard of the "reasonable adult" is not necessarily appropriate in assessing the credibility of young children.

témoignages d'enfants, souvent injustement, selon laquelle ceux-ci sont toujours moins fiables que les témoignages d'adultes. Ainsi, si une cour néglige automatiquement le témoignage d'un enfant, sans égard aux circonstances de l'affaire, elle commet une erreur.

D'autre part, l'attitude du droit envers les témoignages d'enfants a récemment changé en ce qu'on estime maintenant qu'il est peut-être erroné de leur appliquer les mêmes critères qu'à ceux des adultes en matière de crédibilité. On porte maintenant plus attention aux perspectives particulières des enfants. Ces derniers peuvent voir le monde différemment des adultes; il n'est donc guère surprenant qu'ils puissent oublier des détails qui, comme le moment et l'endroit, sont importants aux yeux de l'adulte. Le juge Wilson l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, aux pp. 54 et 55 où, quant aux arguments visant le traitement du témoignage de la plaignante par le juge de la cour d'appel, elle dit ceci:

... il me semble qu'il laisse entendre simplement que les juges devraient adopter une position fondée sur le bon sens lorsqu'ils traitent du témoignage de jeunes enfants et éviter de leur imposer les mêmes normes exigeantes qui sont applicables aux adultes. Toutefois, cela ne veut pas dire que les tribunaux ne devraient pas apprécier soigneusement la crédibilité des témoins enfants et, contrairement à ce que les appelants soutiennent, je n'interprète pas ses motifs comme suggérant que la norme de preuve doive être réduite à l'égard des enfants. Il s'est plutôt soucié du fait qu'une faille, comme une contradiction, dans le témoignage d'un enfant ne devrait pas avoir le même effet qu'une faille semblable dans le témoignage d'un adulte. J'estime sa préoccupation bien fondée et ses observations tout à fait à propos. Il se peut que les enfants ne soient pas en mesure de relater des détails précis et de décrire le moment ou l'endroit avec exactitude, mais cela ne signifie pas qu'ils se méprennent sur ce qui leur est arrivé et qui l'a fait. Ces dernières années, nous avons adopté une attitude beaucoup plus bienveillante à l'égard du témoignage des enfants, réduisant les normes strictes du serment et de la corroboration et, à mon avis, il s'agit d'une amélioration souhaitable. Évidemment, il faut apprécier soigneusement la crédibilité de chaque témoin qui dépose devant la Cour mais la norme de «l'adulte raisonnable» ne convient pas nécessairement à l'appréciation de la crédibilité de jeunes enfants.

As Wilson J. emphasized in *B. (G.)*, these changes in the way the courts look at the evidence of children do not mean that the evidence of children should not be subject to the same standard of proof as the evidence of adult witnesses in criminal cases. Protecting the liberty of the accused and guarding against the injustice of the conviction of an innocent person require a solid foundation for a verdict of guilt, whether the complainant be an adult or a child. What the changes do mean is that we approach the evidence of children not from the perspective of rigid stereotypes, but on what Wilson J. called a “common sense” basis, taking into account the strengths and weaknesses which characterize the evidence offered in the particular case.

It is neither desirable nor possible to state hard and fast rules as to when a witness’s evidence should be assessed by reference to “adult” or “child” standards—to do so would be to create anew stereotypes potentially as rigid and unjust as those which the recent developments in the law’s approach to children’s evidence have been designed to dispel. Every person giving testimony in court, of whatever age, is an individual, whose credibility and evidence must be assessed by reference to criteria appropriate to her mental development, understanding and ability to communicate. But I would add this. In general, where an adult is testifying as to events which occurred when she was a child, her credibility should be assessed according to criteria applicable to her as an adult witness. Yet with regard to her evidence pertaining to events which occurred in childhood, the presence of inconsistencies, particularly as to peripheral matters such as time and location, should be considered in the context of the age of the witness at the time of the events to which she is testifying.

Against this background, I turn to a more particular consideration of the Court of Appeal’s treatment of the evidence in this case. First, the Court referred to the fact that “there was really no confirmatory evidence”. This suggests that the Court

Comme le juge Wilson l’a souligné dans l’arrêt *B. (G.)*, ces changements dans la façon dont les cours traitent les témoignages d’enfants ne signifient pas qu’ils ne devraient pas être soumis à la même norme de preuve que les témoignages des adultes dans des affaires criminelles. Protéger la liberté de l’accusé et se prémunir contre l’injustice d’une déclaration de culpabilité d’un innocent requièrent que le verdict de culpabilité repose sur un fondement solide, que le plaignant soit un adulte ou un enfant. Les changements signifient en fait que nous abordons les témoignages d’enfants non pas en nous fondant sur des stéréotypes rigides, mais sur ce que le juge Wilson a appelé la règle du «bon sens», en tenant compte des forces et des faiblesses qui caractérisent les témoignages rendus dans une affaire donnée.

Il n’est ni souhaitable ni possible d’établir des règles inflexibles sur les situations où il y a lieu d’évaluer les témoignages selon des normes applicables soit aux adultes, soit aux enfants, car on rétablirait ainsi des stéréotypes aussi rigides et injustes que ceux que visaient à dissiper les récents changements apportés en droit relativement aux témoignages des enfants. Quiconque témoigne devant un tribunal, quel que soit son âge, est une personne dont il faut évaluer la crédibilité et le témoignage selon les critères pertinents compte tenu de son développement mental, de sa compréhension et de sa facilité de communiquer. J’ajouterais cependant ce qui suit. En règle générale, lorsqu’un adulte témoigne relativement à des événements survenus dans son enfance, il faut évaluer sa crédibilité en fonction des critères applicables aux témoins adultes. Toutefois, pour ce qui est de la partie de son témoignage qui porte sur les événements survenus dans son enfance, s’il y a des incohérences, surtout en ce qui concerne des questions connexes comme le moment ou le lieu, on devrait prendre en considération l’âge du témoin au moment des événements en question.

En regard de ces faits, je passe à un examen plus particulier du traitement des témoignages par la Cour d’appel en l’espèce. En premier lieu, la cour a mentionné le fait que [TRADUCTION] «aucun témoignage corroborant n’a vraiment été rendu».



may have been applying the old rule that the evidence of a child could not found a conviction unless it was confirmed or corroborated by independent evidence. It may be that in considering the whole of the evidence in accordance with the *Yebe*s test, a court of appeal will take into account, along with other factors, the presence or absence of confirmatory evidence. So the reference to lack of confirmatory evidence is not in itself an error of law. But standing as it does as a bald proposition unrelated to a detailed examination of the evidence, it does support the submission that the Court of Appeal was treating the evidence of the children as being inherently less reliable than adult evidence might be.

In any event, the Court of Appeal erred in concluding that there was no supporting evidence. As the trial judge noted, B.W.'s allegation that the respondent took her into the family's van on a camping trip, and once inside the van, indecently assaulted her, was confirmed to some extent by the evidence of her aunt and S.W., both of whom recalled the respondent taking B.W. to the van on such an outing. In addition, the testimony of M.W. may be considered to support that of S.W. with respect to the wrestling incident S.W. alleged. Although M.W.'s description of the respondent's actions on that occasion differed from S.W.'s, her testimony still confirmed that of S.W. in a number of particulars.

The Court of Appeal next referred to the fact that the evidence of the younger children was fraught with inaccuracy. This is true, particularly with respect to B.W.'s evidence. Some of the inconsistencies are minor, for example an error on the distance from a van to a ball game many years ago. Others are more significant, relating to the sleeping arrangements of the three children, the location of bedrooms in the house and possibly the respondent's nighttime attire. While it was the proper task of the Court of Appeal to consider such inconsistencies, one finds no mention of the fact that the trial judge was alive to them and resolved

Ces termes indiquent que la cour a peut-être utilisé l'ancienne règle selon laquelle le témoignage d'un enfant ne pouvait servir de fondement à une déclaration de culpabilité que s'il était confirmé ou corroboré par une preuve indépendante. Il se peut qu'en étudiant l'ensemble de la preuve conformément au critère énoncé dans l'arrêt *Yebe*s, une cour d'appel tienne compte, entre autres, de l'existence ou de l'inexistence d'un témoignage corroborant. Ainsi, l'allusion à l'absence de témoignage corroborant n'est pas en elle-même une erreur de droit. Mais comme il s'agit d'une simple proposition non reliée à un examen minutieux de la preuve, elle appuie l'argument selon lequel la Cour d'appel a traité les témoignages des enfants comme étant intrinsèquement moins fiables que ceux d'un adulte.

Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'il n'existait aucune preuve à l'appui. Comme l'a remarqué le juge du procès, l'allégation de B.W. relativement à l'attentat à la pudeur commis contre elle par l'intimé dans la fourgonnette familiale lors d'un voyage de camping a été confirmée dans une certaine mesure par le témoignage de sa tante et de S.W., qui se rappelaient que l'intimé avait amené B.W. dans la fourgonnette lors d'un tel voyage. En outre, on peut considérer le témoignage de M.W. pour appuyer celui de S.W. à l'égard de l'incident qui, selon cette dernière, serait survenu au cours d'une lutte. Bien que, sur le comportement de l'intimé à cette occasion, le récit de M.W. diffère de celui de S.W., il en confirme tout de même certains points.

La Cour d'appel a ensuite mentionné le fait que les témoignages des enfants plus jeunes étaient remplis d'imprécisions. Elle avait raison, particulièrement dans le cas du témoignage de B.W. Certaines incohérences sont négligeables, notamment l'erreur sur la distance séparant la fourgonnette et un terrain où se disputait une partie de balle il y a de nombreuses années. D'autres, plus importantes, portent sur les dispositions entourant le sommeil des trois enfants, l'emplacement des chambres à coucher dans la maison et peut-être les vêtements de nuit de l'intimé. Bien qu'il lui ait appartenu d'examiner ces incohérences, la Cour d'appel n'a

them to his satisfaction in his reasons for judgment, nor of the fact that many of the inconsistencies may be explained by reference to the fact that a young child might not be paying particular attention to sleeping arrangements or clothing or that the children had lived in a variety of different arrangements, which might well have given rise to confusion on such details.

Finally, the Court of Appeal relied on the fact that neither of the older children was “aware or concerned that anything untoward occurred which is really the best test of the quality of the acts.” This reference reveals reliance on the stereotypical but suspect view that the victims of sexual aggression are likely to report the acts, a stereotype which found expression in the now discounted doctrine of recent complaint. In fact, the literature suggests the converse may be true; victims of abuse often in fact do not disclose it, and if they do, it may not be until a substantial length of time has passed. In any event, the Court of Appeal erred in concluding that there was no complaint. In fact the two older girls did complain to their mother; S.W. about the respondent getting into bed with her, and both M.W. and S.W., it would seem, about the way in which he wrestled with them.

In summary, the Court of Appeal was right to be concerned about the quality of the evidence and correct in entering upon a re-examination and reweighing, to some extent, of the evidence. It went too far, however, in finding lacunae in the evidence which did not exist and in applying too critical an approach to the evidence, an approach which appears to have placed insufficient weight on the trial judge’s findings of credibility, influenced as the Court of Appeal appears to have been by the old stereotypes relating to the inherent unreliability of children’s evidence and the “normal” behaviour of victims of sexual abuse.

pas précisé dans ses motifs que le juge du procès en était conscient ou qu’il les a résolues à sa satisfaction dans les motifs de son jugement. De plus, on ne mentionne pas que beaucoup d’incohérences peuvent s’expliquer par le fait qu’un jeune enfant ne prête pas nécessairement une attention particulière aux dispositions entourant son sommeil ou aux vêtements portés, ou par le fait que les enfants avaient connu différentes dispositions, ce qui a très bien pu les amener à confondre de tels détails.

Enfin, la Cour d’appel s’est fondée sur le fait qu’aucune des deux enfants plus âgées n’était [TRADUCTION] «consciente que quelque chose d’inconvenant s’était produit ou ne s’en préoccupait, ce qui, en réalité, est le meilleur critère quant à la nature des actes.» Il faut en conclure qu’elle s’est appuyée sur l’opinion stéréotypée mais douteuse qu’il est probable que les victimes d’agression sexuelle dénonceront ces actes, un stéréotype qui a trouvé expression dans la doctrine aujourd’hui mise de côté de la plainte immédiate. En fait, selon la documentation sur le sujet, c’est plutôt le contraire qui serait vrai; en réalité, il arrive fréquemment que les victimes d’abus ne dénoncent pas celui-ci, et si elles le font, ce n’est peut-être pas avant un long moment. Quoiqu’il en soit, la Cour d’appel a commis une erreur en concluant qu’aucune plainte n’avait été portée. En fait, les deux filles plus âgées se sont plaintes à leur mère; S.W. au sujet de l’intimé qui s’étendait dans le lit avec elle, et M.W. et S.W., il semble, quant à la façon dont il luttait avec elles.

En résumé, la Cour d’appel était à juste titre préoccupée par la qualité de la preuve, et elle l’a, à bon droit, réexaminée et réévaluée dans une certaine mesure. Toutefois, elle est allée trop loin en y décelant des lacunes inexistantes et en lui appliquant une norme stricte et critique, qui paraît avoir accordé insuffisamment de poids aux conclusions sur la crédibilité tirées par le juge de première instance. La Cour d’appel paraît avoir été influencée par les anciens stéréotypes relatifs à la non-fiabilité intrinsèque des témoignages d’enfants et au comportement «normal» des victimes d’agression sexuelle.

Placing myself, as I must, in the position of the Court of Appeal (see *Criminal Code* s. 695, and the comments of McIntyre J. in *Yebes*, *supra*, at p. 186), I conclude that we are here concerned with verdicts which “a properly instructed jury [or judge], acting judicially, could reasonably have rendered”, to repeat the words of *Yebes*. I would allow the appeal and restore the convictions.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Reynolds Kline Selick, Belleville.*

Me plaçant, comme je le dois, dans la situation de la Cour d'appel (voir l'art. 695 du *Code criminel*, et les commentaires du juge McIntyre dans l'arrêt *Yebes*, précité, à la p. 186), je conclus que nous sommes en présence de verdicts, pour répéter les termes de l'arrêt *Yebes*, «qu'un jury [ou un juge] qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre». Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Reynolds Kline Selick, Belleville.*

**Elizabeth A. McInerney** *Appellant*

v.

**Margaret R. MacDonald** *Respondent*

INDEXED AS: MCINERNEY v. MACDONALD

File No.: 21899.

1992: February 5; 1992: June 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

*Physicians and surgeons — Medical records — Patient's right of access — Patient requesting copies of her complete medical records — Patient's physician delivering copies of her notes but refusing to produce copies of reports and records received from other physicians — No legislation in province regulating patient's access to information contained in medical records — Whether patient entitled to inspect and obtain copies of her medical records upon request.*

A patient made a request to her doctor for copies of the contents of her complete medical file. The doctor delivered copies of all notes, memoranda and reports she had prepared herself but refused to produce copies of consultants' reports and records she had received from other physicians who had previously treated the patient, stating that they were the property of those physicians and that it would be unethical for her to release them. She suggested to her patient that she contact the other physicians for release of their records. The patient's application in the Court of Queen's Bench for an order directing her doctor to provide a copy of her entire medical file was granted. A majority of the Court of Appeal affirmed the judgment.

*Held:* The appeal should be dismissed.

In the absence of legislation, a patient is entitled, upon request, to examine and copy all information in her medical records which the physician considered in administering advice or treatment, including records prepared by other doctors that the physician may have received. Access does not extend to information arising outside the doctor-patient relationship. The patient is not

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**Elizabeth A. McInerney** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Margaret R. MacDonald** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: MCINERNEY c. MACDONALD

<sup>b</sup> N° du greffe: 21899.

1992: 5 février; 1992: 11 juin.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

*Médecins et chirurgiens — Dossiers médicaux — Droit d'accès du patient — Demande par la patiente de copies de tous ses dossiers médicaux — Le médecin lui remet des copies de ses notes, mais refuse de fournir des copies des rapports et des dossiers reçus d'autres médecins — Absence de loi régissant l'accès de la patiente aux renseignements contenus dans ses dossiers médicaux — La patiente a-t-elle le droit d'examiner ses dossiers médicaux et d'en obtenir des copies sur demande?*

Une patiente demande à son médecin des copies du contenu de tout ce qui a été versé à son dossier médical. Le médecin lui remet des copies de toutes les notes, mémorandums et rapports qu'elle a elle-même rédigés, mais refuse de fournir des copies des rapports de consultants et des dossiers qu'elle a reçus d'autres médecins qui ont traité la patiente antérieurement, affirmant qu'ils appartiennent à ces médecins et qu'il serait contraire à la déontologie de les communiquer. Elle suggère à la patiente de s'adresser aux autres médecins afin d'en obtenir la communication. La Cour du Banc de la Reine accueille la requête de la patiente visant à obtenir une ordonnance enjoignant à son médecin de fournir une copie de tout son dossier médical. Ce jugement est confirmé par la Cour d'appel à la majorité.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

En l'absence de loi, un patient a le droit d'examiner et de reprographier, sur demande, tous les renseignements consignés dans ses dossiers médicaux dont le médecin a tenu compte en donnant des conseils ou un traitement, y compris les dossiers constitués par d'autres médecins, qu'il peut avoir reçus. L'accès ne vise pas les renseignements obtenus en dehors de la relation médecin-patient.

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

entitled to the records themselves. The physical medical records of the patient belong to the physician.

The physician-patient relationship is fiduciary in nature and certain duties arise from that special relationship of trust and confidence. These include the duties of the doctor to act with utmost good faith and loyalty, to hold information received from or about a patient in confidence, and to make proper disclosure of information to the patient. The doctor also has an obligation to grant access to the information used in administering treatment. This fiduciary duty is ultimately grounded in the nature of the patient's interest in the medical records. Information about oneself revealed to a doctor acting in a professional capacity remains, in a fundamental sense, one's own. While the doctor is the owner of the actual record, the information is held in a fashion somewhat akin to a trust and is to be used by the physician for the benefit of the patient. The confiding of the information to the physician for medical purposes gives rise to an expectation that the patient's interest in and control of the information will continue. The trust-like "beneficial interest" of the patient in the information indicates that, as a general rule, she should have a right of access to the information and that the physician should have a corresponding obligation to provide it. The patient's interest being in the information, it follows that the interest continues when that information is conveyed to another doctor who then becomes subject to the duty to afford the patient access to that information. Further, since the doctor has a duty to act with utmost good faith and loyalty, it is also important that the patient have access to the records to ensure the proper functioning of the doctor-patient relationship and to protect the well-being of the patient. Disclosure serves to reinforce the patient's faith in the treatment and to enhance the trust inherent in the doctor-patient relationship. As well, the duty of confidentiality that arises from the doctor-patient relationship is meant to encourage disclosure of information and communication between doctor and patient. The trust reposed in the physician by the patient mandates that the flow of information operate both ways.

The patient's general right of access to medical records is not absolute. If the physician reasonably believes it is not in the patient's best interests to inspect the medical records, the physician may consider it necessary to deny access to the information. Considering

Le patient n'a pas droit aux dossiers eux-mêmes. Les dossiers médicaux du patient, en tant que supports, appartiennent au médecin.

La relation entre le médecin et son patient est de nature fiduciaire et certains devoirs découlent de cette relation de confiance particulière. Il incombe notamment au médecin d'agir en toute bonne foi et avec le plus grand dévouement, de préserver le caractère confidentiel des renseignements obtenus d'un patient ou à son sujet, et de divulguer de manière appropriée l'information au patient. Le médecin est également tenu de donner accès aux renseignements dont il se sert pour donner un traitement. Cette obligation fiduciaire repose en définitive sur la nature du droit qu'a le patient sur ses dossiers médicaux. Les renseignements qu'une personne divulgue au sujet d'elle-même au médecin, dans le cadre de sa pratique, continuent fondamentalement de lui appartenir. Quoique le médecin soit le propriétaire du dossier en tant que support, il détient l'information transmise un peu comme un fiduciaire et il doit s'en servir au profit du patient. Comme l'information est confiée au médecin à des fins médicales, il en résulte une attente de la part du patient qu'il continuera d'avoir un droit et d'exercer un contrôle sur cette information. Le «droit à titre bénéficiaire», semblable à celui qui découle d'une fiducie, dont jouit le patient sur l'information indique qu'en règle générale il devrait avoir un droit d'accès à l'information et que le médecin devrait avoir l'obligation correspondante de la lui fournir. Puisque le patient a un droit sur l'information, il s'ensuit que ce droit subsiste quand l'information est transmise à un autre médecin, à qui il incombe alors de donner au patient accès à cette information. De plus, puisque le médecin a le devoir d'agir en toute bonne foi et avec le plus grand dévouement, il est également important que le patient ait accès aux dossiers pour assurer le bon fonctionnement de la relation entre le médecin et son patient et protéger son bien-être. La divulgation permet de renforcer la confiance du patient dans le traitement qu'il subit et de rehausser la confiance inhérente qui caractérise la relation médecin-patient. De même, le devoir de préserver le caractère confidentiel des renseignements qui découle de la relation médecin-patient vise à encourager la divulgation de renseignements et la communication entre le médecin et son patient. La confiance que met le patient en son médecin commande un échange réciproque de renseignements.

Le droit général d'accès du patient à ses dossiers médicaux n'est pas absolu. Si le médecin croit raisonnablement qu'il n'est pas dans le meilleur intérêt du patient que l'on examine ses dossiers médicaux, il peut juger nécessaire de refuser l'accès à l'information. Étant

the equitable base of the patient's entitlement, when a physician refuses a request for access, the patient may apply to the court for protection against an improper exercise of the physician's discretion. The court will then exercise its superintending jurisdiction and may order access to the records in whole or in part. The onus lies on the physician to justify a denial of access. Patients should have access to their medical records in all but a small number of circumstances. In the ordinary case, these records should be disclosed upon the patient's request unless there is a significant likelihood of a substantial adverse effect on her physical, mental or emotional health or harm to a third party.

Here, there is no evidence that access to the records would cause harm to the patient or a third party; nor does the doctor offer other compelling reasons for non-disclosure. Accordingly, the patient is entitled to her medical records.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Halls v. Mitchell*, [1928] S.C.R. 125; *Kenny v. Lockwood*, [1932] O.R. 141; *Henderson v. Johnston*, [1956] O.R. 789; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Emmett v. Eastern Dispensary and Casualty Hospital*, 396 F.2d 931 (1967); *Cannell v. Medical and Surgical Clinic*, 315 N.E.2d 278 (1974); *Re Mitchell and St. Michael's Hospital* (1980), 112 D.L.R. (3d) 360; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Strazdins v. Orthopaedic & Arthritic Hospital Toronto* (1978), 7 C.C.L.T. 117.

#### Authors Cited

Beatty, Harry. "The Consumer's Right of Access to Health Care Records" (1986), 3:4 *Just Cause* 3.  
 Canada. Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.  
 Ellis, Mark Vincent. *Fiduciary Duties in Canada*. Don Mills, Ont.: DeBoo, 1988.  
 Emson, H. E. *The Doctor and the Law: A Practical Guide for the Canadian Physician*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1989.  
 Hopper, Alvin. "The Medical Man's Fiduciary Duty" (1973), 7 *Law Teacher* 73.  
 Knoppers, Bartha. "Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis" (1982), 12 *R.D.U.S.* 395.

donné que ce droit du patient repose sur l'*equity*, le patient peut demander à la cour de le protéger contre un exercice irrégulier du pouvoir discrétionnaire du médecin. La cour exercera alors son pouvoir de surveillance et pourra ordonner l'accès total ou partiel aux dossiers. Il incombe au médecin de justifier un refus de donner accès. Les patients devraient avoir accès à leurs dossiers médicaux dans tous les cas, sauf de rares exceptions. En temps normal, ces dossiers devraient être divulgués à la demande du patient, sauf s'il est très vraisemblable que leur divulgation aura un effet néfaste important sur sa santé physique ou mentale ou sur son état émotionnel ou qu'elle causera du tort à un tiers.

En l'espèce, il n'y a aucune preuve que l'accès aux dossiers porterait préjudice à la patiente ou à un tiers, et le médecin n'a pas donné non plus d'autres raisons sérieuses de ne pas en divulguer le contenu. Par conséquent, la patiente a droit à ses dossiers médicaux.

#### d Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Halls c. Mitchell*, [1928] R.C.S. 125; *Kenny c. Lockwood*, [1932] O.R. 141; *Henderson c. Johnston*, [1956] O.R. 789; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Emmett c. Eastern Dispensary and Casualty Hospital*, 396 F.2d 931 (1967); *Cannell c. Medical and Surgical Clinic*, 315 N.E.2d 278 (1974); *Re Mitchell and St. Michael's Hospital* (1980), 112 D.L.R. (3d) 360; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Strazdins c. Orthopaedic & Arthritic Hospital Toronto* (1978), 7 C.C.L.T. 117.

#### e Doctrine citée

Beatty, Harry. «The Consumer's Right of Access to Health Care Records» (1986), 3:4 *Just Cause* 3.  
 Canada. Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa: Information Canada, 1972.  
 Ellis, Mark Vincent. *Fiduciary Duties in Canada*. Don Mills, Ont.: DeBoo, 1988.  
 Emson, H. E. *The Doctor and the Law: A Practical Guide for the Canadian Physician*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1989.  
 Hopper, Alvin. «The Medical Man's Fiduciary Duty» (1973), 7 *Law Teacher* 73.  
 Knoppers, Bartha. «Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis» (1982), 12 *R.D.U.S.* 395.

Meagher, Arthur J., Peter J. Marr and Ronald A. Meagher. *Doctors and Hospitals: Legal Duties*. Toronto: Butterworths, 1991.

Miller, Robert D. *Problems in Hospital Law*, 4th ed. Rockville, Md.: Aspen Systems Corp., 1983.

Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*, vol. 2. Toronto: The Commission, 1980.

Picard, Ellen I. *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

Rozovsky, Lorne Elkin and Fay Adrienne Rozovsky. *The Canadian Law of Patient Records*. Toronto: Butterworths, 1984.

Westin, Alan F. *Computers, Health Records, and Citizen Rights*. New York: Petrocelli Book, 1976.

Meagher, Arthur J., Peter J. Marr and Ronald A. Meagher. *Doctors and Hospitals: Legal Duties*. Toronto: Butterworths, 1991.

Miller, Robert D. *Problems in Hospital Law*, 4th ed. Rockville, Md.: Aspen Systems Corp., 1983.

Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*, vol. 2. Toronto: The Commission, 1980.

Picard, Ellen I. *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

Rozovsky, Lorne Elkin and Fay Adrienne Rozovsky. *The Canadian Law of Patient Records*. Toronto: Butterworths, 1984.

Westin, Alan F. *Computers, Health Records, and Citizen Rights*. New York: Petrocelli Book, 1976.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1990), 103 N.B.R. (2d) 423, 259 A.P.R. 423, 66 D.L.R. (4th) 736, affirming a judgment of Turnbull J., ordering a physician to provide copies of medical records to a patient. Appeal dismissed.

*B. A. Crane, Q.C.*, and *Wayne Brynaert*, for the appellant.

*J. George Byrne* and *Barry R. Morrison*, as *amici curiae*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—The central issue in this case is whether in the absence of legislation a patient is entitled to inspect and obtain copies of his or her medical records upon request.

#### Facts

The facts are simple. The appellant, Dr. Elizabeth McInerney, is a medical doctor who is licensed to practise in New Brunswick. The respondent, Mrs. Margaret MacDonald, was her patient. Before her consultations with Dr. McInerney, Mrs. MacDonald was treated by various physicians over a period of years. On Dr. McInerney's advice, Mrs. MacDonald ceased taking thyroid pills previously prescribed by other physicians.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1990), 103 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 423, 259 A.P.R. 423, 66 D.L.R. (4th) 736, qui a confirmé le jugement du juge Turnbull, ordonnant à un médecin de fournir à une patiente des copies de ses dossiers médicaux. Pourvoi rejeté.

*B. A. Crane, c.r.*, et *Wayne Brynaert*, pour l'appelante.

*J. George Byrne* et *Barry R. Morrison*, en qualité d'*amici curiae*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Le point central du présent pourvoi consiste à décider si, en l'absence de loi sur ce sujet, un patient a le droit d'examiner ses dossiers médicaux et d'en obtenir des copies sur demande.

#### Les faits

Les faits sont simples. L'appelante, le Dr<sup>e</sup> Elizabeth McInerney, est un médecin autorisé à pratiquer au Nouveau-Brunswick. L'intimée, M<sup>me</sup> Margaret MacDonald, était sa patiente. Avant de consulter le Dr<sup>e</sup> McInerney, M<sup>me</sup> MacDonald a été traitée par divers médecins pendant un certain nombre d'années. Sur le conseil du Dr<sup>e</sup> McInerney, M<sup>me</sup> MacDonald a cessé de prendre des pilules pour la thyroïde que d'autres médecins lui avaient

She then became concerned about her medical care before consulting Dr. McInerney, and wrote the latter requesting copies of the contents of her complete medical file. The doctor delivered copies of all notes, memoranda and reports she had prepared herself but refused to produce copies of consultants' reports and records she had received from other physicians, stating that they were the property of those physicians and that it would be unethical for her to release them. She suggested that Mrs. MacDonald contact the other physicians for release of their records.

An application was then made on behalf of Mrs. MacDonald to the New Brunswick Court of Queen's Bench for an order directing Dr. McInerney to provide a copy of her entire medical file relating to Mrs. MacDonald. Turnbull J. granted the application. The appeal to the Court of Appeal of New Brunswick was dismissed, Rice J.A. dissenting: (1990), 103 N.B.R. (2d) 423, 259 A.P.R. 423, 66 D.L.R. (4th) 736. Dr. McInerney then sought and was granted leave to appeal to this Court, [1990] 2 S.C.R. viii.

Following the judgment of Turnbull J., copies of the requested records were filed with the court, and at some point Mrs. MacDonald obtained a copy of the filed material. That being so, she had no interest in contesting the appeal. Given the importance of the issues, however, her counsel appeared before the Court as *amici curiae*.

### The Courts Below

#### *Court of Queen's Bench (Trial Division)*

Turnbull J. equated the law respecting physicians with that relating to the legal profession. He stated:

Ownership of documents prepared by a lawyer on behalf of a client rests with the client in a solicitor-client relationship and with the patient in a physician-patient relationship. To me it is akin to a person engaging an artist

prescrites antérieurement. C'est alors qu'elle s'est mise à s'inquiéter des soins médicaux qu'elle avait reçus avant de consulter le Dr McInerney et elle lui a écrit pour demander des copies de tout ce qui avait été versé à son dossier médical. Le médecin lui a remis des copies de toutes les notes, mémoires et rapports qu'elle avait elle-même rédigés, mais elle a refusé de fournir des copies des rapports de consultants et des dossiers qu'elle avait reçus d'autres médecins, affirmant qu'ils appartenaient à ces médecins et qu'il serait contraire à la déontologie de les communiquer. Elle a suggéré à M<sup>me</sup> MacDonald de s'adresser aux autres médecins pour obtenir la communication.

Une requête a ensuite été présentée au nom de M<sup>me</sup> MacDonald à la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au Dr McInerney de fournir à M<sup>me</sup> MacDonald une copie de tout son dossier médical. Le juge Turnbull a fait droit à la requête. L'appel interjeté devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a été rejeté, le juge Rice étant dissident: (1990), 103 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 423, 259 A.P.R. 423, 66 D.L.R. (4th) 736. Le Dr McInerney a alors demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, [1990] 2 R.C.S. viii.

Par suite de la décision du juge Turnbull, des copies des dossiers demandés ont été déposées à la cour et, à un moment donné, M<sup>me</sup> MacDonald a obtenu une copie des documents déposés. Elle n'avait donc plus intérêt à contester le pourvoi. Mais étant donné l'importance des questions, ses avocats ont comparu devant notre Cour à titre d'*amici curiae*.

#### h Les tribunaux d'instance inférieure

#### *Cour du Banc de la Reine (Division de première instance)*

Le juge Turnbull a assimilé les règles de droit régissant les médecins à celles applicables aux avocats. Il dit:

[TRADUCTION] Les documents préparés par un avocat pour le compte de son client restent la propriété du client; de même, ceux rédigés par un médecin appartiennent à son patient. Cette situation ressemble, selon moi,



to paint a portrait. When paid for it belongs to that person, and not the artist. The Government pays the doctor in the physician-patient relationship and the patient pays the Government. To me anything further is complicating what should be clear. In our mobile society many people prefer to keep complete dossiers on their medical records, not only for themselves, but their children.

Consequently, Turnbull J. concluded, the patient has a sufficient property interest in the photocopy of documents prepared by other physicians to request an additional photocopy from his or her physician without having to go back to the other physicians to obtain a photocopy of the original.

*Court of Appeal (1990), 103 N.B.R. (2d) 423*

Ryan J.A., Hoyt J.A. concurring, noted that, unlike some provinces, there was no legislation in New Brunswick regulating a patient's access to the information contained in his or her medical record. He also observed that a noticeable trend has developed favouring an individual's right of access to personal information.

Ryan J.A. stated that the issue was not ownership but the right of the patient to have access to his or her medical record. He focused on the contractual relationship between the parties. In his view, Mrs. MacDonald's contract for treatment included an implied contract for information relating to the treatment. He stated, at p. 439:

I imply a right in the patient of access to all the information in her chart which the physician considered in providing professional services to the patient subject only to regulatory legislation and any superintending role which a court may assume. To my mind, the supervisory responsibility must rest with the courts as guided by the common law or regulations adopted by the state. People must generally have access to all the information in their charts. We live in a mobile society with a growing emphasis on access to information. This claim to information is simply one facet of a many sided repository of rights aimed at self-determination insisted upon by Canadians today. To hold otherwise would plunge the

à celle de la personne qui engage un artiste pour peindre un portrait. Une fois payé, le portrait devient la propriété du client et n'est plus celle de l'artiste. L'État paie le médecin traitant et le patient paie l'État. Selon moi, ajouter quoi que ce soit serait compliquer ce qui devrait être clair. Dans notre société mobile, bien des gens préfèrent constituer un dossier complet de leurs antécédents médicaux non seulement pour eux-mêmes, mais aussi pour leurs enfants.

Par conséquent, le juge Turnbull a conclu que le patient a un droit de propriété suffisant sur la photocopie des documents préparés par d'autres médecins pour demander à son médecin une photocopie supplémentaire sans avoir à s'adresser aux autres médecins afin d'obtenir une photocopie de l'original.

*Cour d'appel (1990), 103 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 423*

Le juge Ryan, aux motifs duquel le juge Hoyt a souscrit, a fait observer que, contrairement à certaines provinces, le Nouveau-Brunswick n'avait adopté aucune loi régissant l'accès du patient aux renseignements contenus dans son dossier médical. Il a également fait remarquer qu'il y avait une nette tendance à reconnaître le droit d'accès d'une personne à des renseignements personnels.

Le juge Ryan a dit que ce qui était en cause, ce n'était pas la propriété, mais le droit du patient d'avoir accès à son dossier médical. Il a mis l'accent sur la relation contractuelle entre les parties. À son avis, le contrat de M<sup>me</sup> MacDonald en vue d'un traitement comprenait un contrat tacite touchant les renseignements relatifs au traitement. Voici ce qu'il affirme, à la p. 439:

Je conclus à l'existence d'un droit de la patiente d'avoir accès à tous les renseignements figurant à son dossier dont la médecin a tenu compte dans la prestation de ses services à la patiente, sous réserve uniquement des textes réglementaires et de la fonction de surveillance que peut exercer un tribunal. J'estime que la responsabilité d'exercer une surveillance doit appartenir aux tribunaux, qui doivent se laisser guider par la common law ou les règlements adoptés par l'État. Les gens doivent avoir généralement accès à tous les renseignements figurant à leurs dossiers. Nous vivons dans une société mobile qui met de plus en plus l'accent sur l'accès à l'information. Cette prétention à l'information n'est

judgment making power of whether or not to grant access into a sea of subjective decisions.

Ryan J.A. concluded that, subject to the court's supervisory role, a patient has a right of access to material in his or her record if it relates to the treatment or advice provided by the physician to the patient. Since Mrs. MacDonald had a right to copies of documentation in her record, there was no purpose in forcing her to make individual demands upon the other five doctors or to commence similar lawsuits against them. He, therefore, dismissed the appeal.

Rice J.A., dissenting, observed that even in a solicitor-client relationship, a client does not enjoy a right to the notes made by a solicitor for the benefit of the solicitor in rendering services for a client. He pointed out that the court has ruled in several decisions that the solicitor is the owner of such notes and need not transmit them to the client. Since the contents of the records sought were unknown, it was impossible to ascertain their ownership.

If the question was not one of ownership but one of a right to information, it was not clear to Rice J.A. on what legal basis this right rested. In the absence of legislation, the only possible applicable principle would be that of an implied term to the contract of service between the physician and the patient. Rice J.A. noted that courts, in certain circumstances, have imposed a term to a contract by implying that the parties had intended to agree to what was fair and reasonable having regard to the interest of both parties and the object of the contract. However, he held, at p. 430:

Taking into account the guidelines of the Canadian Medical Association which restrict a physician to disclose the information contained in a physician's record, I cannot conclude that the appellant would have agreed to such a term had the matter been discussed with the respondent.

Notwithstanding, to imply such a term in this contract of service between the appellant and respondent would

qu'une facette d'un ensemble composite de droits visant l'autodétermination à laquelle tiennent aujourd'hui les Canadiens. Le fait de rendre une décision contraire équivaldrait à plonger le pouvoir de rendre jugement en matière d'accès dans une mer de décisions subjectives.

Le juge Ryan a conclu que, sous réserve de la fonction de surveillance du tribunal, un patient a un droit d'accès aux renseignements contenus dans son dossier s'ils concernent le traitement ou les conseils que le médecin lui a donnés. Comme M<sup>me</sup> MacDonald avait droit à des copies des documents contenus dans son dossier, il ne servait à rien de l'obliger à s'adresser à chacun des cinq autres médecins ou à engager des poursuites semblables contre eux. Il a donc rejeté l'appel.

Le juge Rice, dissident, a fait observer que, même dans le cadre de la relation avocat-client, le client n'a pas droit aux notes rédigés par un avocat pour son propre bénéfice dans la prestation des services pour le compte du client. Il a souligné que, dans plusieurs décisions, la cour a statué que l'avocat est le propriétaire de ces notes et qu'il n'est pas tenu de les remettre au client. Comme le contenu des dossiers demandés était inconnu, il était impossible de déterminer qui en était propriétaire.

S'il s'était agi d'une question non pas de propriété mais de droit à l'information, le juge Rice n'aurait pas été certain du fondement juridique de ce droit. Faute de loi sur le sujet, le seul principe susceptible de s'appliquer tiendrait à l'existence d'une condition implicite du contrat de service entre le médecin et la patiente. Le juge Rice a souligné que les tribunaux, dans certains cas, ont assorti des contrats d'une condition implicite selon laquelle les parties avaient l'intention de consentir à ce qui était juste et raisonnable eu égard à leurs intérêts respectifs et à l'objet du contrat. Toutefois, il conclut ainsi, aux pp. 430 et 431:

Compte tenu de la politique de l'Association médicale canadienne qui impose aux médecins certaines restrictions quant à la divulgation des renseignements contenus dans le dossier médical, je ne saurais conclure que l'appelante aurait consenti à une telle condition si elle avait discuté de cette question avec l'intimée.

Néanmoins, ce serait donner une portée excessive aux principes existants du droit des contrats que de conclure

unduly extend the existing principles of contract law. Essentially, the physician (appellant) undertook to provide a service, and the respondent to pay for it through the Medicare provisions of the related legislation in this province. To imply a term in that relationship as suggested would, in my view, go beyond an ordinary and incremental evolution of the law of contract established through precedents, and to transcend the power of the judiciary to change that law.

Although legislation could provide patients with a right of access to their records, in its absence, Rice J.A. did not see fit to alter established rules of law. He would have allowed the appeal and set aside the order of Turnbull J.

### Issues

The appellant raises two issues in this appeal:

1. Are a patient's medical records prepared by a physician the property of that physician or are they the property of the patient?
2. If a patient's medical records are the property of the physician who prepares them, does a patient nevertheless have the right to examine and obtain copies of all documents in the physician's medical record, including records that the physician may have received which were prepared by other physicians?

### Analysis

The current position of the medical profession with respect to the right of patients to information in their medical records is reflected in the policy statement of the Canadian Medical Association published in 1985:

CONFIDENTIALITY, OWNERSHIP AND TRANSFER OF MEDICAL RECORDS

The Canadian Medical Association (CMA) regards medical records as confidential documents, owned by the physician/institution/clinic that compiled them or had them compiled. Patients have a right to medical

qu'une telle condition découlait implicitement de ce contrat de service entre l'appelante et l'intimée. Essentiellement, la médecin (l'appelante) s'est engagée à fournir un service et l'intimée, à payer ce service par l'intermédiaire des dispositions relatives à l'assurance-maladie contenues dans la législation pertinente de cette province. Conclure qu'une condition découlait implicitement de cette relation comme on le laisse entendre, irait à mon sens, au-delà de l'évolution ordinaire et progressive que connaît le droit des contrats à la faveur de la jurisprudence et dépasserait les limites du pouvoir des tribunaux de modifier ce droit.

Certes, une loi pourrait accorder aux patients un droit d'accès à leurs dossiers, mais en l'absence de pareille loi, le juge Rice n'a pas estimé opportun de modifier les règles de droit établies. Il aurait fait droit à l'appel et annulé l'ordonnance du juge Turnbull.

### Les questions en litige

L'appelante soulève deux questions dans le présent pourvoi:

[TRADUCTION]

1. Les dossiers médicaux d'un patient, que le médecin constitue, sont-ils la propriété du médecin ou celle du patient?
2. Si les dossiers médicaux d'un patient sont la propriété du médecin qui les constitue, le patient a-t-il néanmoins le droit de les examiner et d'obtenir des copies de tous les documents contenus dans les dossiers médicaux que détient le médecin, y compris ceux constitués par d'autres médecins, qu'il peut avoir reçus?

### Analyse

La position actuelle des médecins relativement au droit des patients aux renseignements contenus dans leurs dossiers médicaux est reflétée dans l'énoncé de politique que l'Association médicale canadienne a publié en 1985:

LE DOSSIER MÉDICAL: CONFIDENTIALITÉ, TRANSFÉRABILITÉ ET DROIT DE PROPRIÉTÉ

L'Association médicale canadienne (AMC) juge que le dossier médical est un document confidentiel, qui appartient au médecin ou à l'établissement de santé qui l'a dressé ou commandé. Le patient a le droit de connaître

information contained in their records but not to the documents themselves. The first consideration of the physician is the well-being of the patient, and discretion must be used when conveying information contained in a medical record to a patient. This medical information often requires interpretation by a physician or other health care professional. Other disclosures of information contained in medical records to third parties (eg. physician-to-physician transfer for administrative purposes, lawyer, insurance adjuster) require written patient consent or a court order. CMA is opposed to legislation at any level which threatens the confidentiality of medical records.

I am prepared to accept that the physician, institution or clinic compiling the medical records owns the physical records. This leaves the remaining issue of whether the patient nevertheless has a right to examine and obtain copies of all documents in the physician's medical records. The majority of the Court of Appeal based the patient's right of access on an implied contractual term. While it may be possible to pursue the contractual route in the civil law system, I do not find it particularly helpful in the common law context. Accordingly, I am not entirely comfortable with the approach taken by the Court of Appeal. However, I do agree that a patient has a vital interest in the information contained in his or her medical records.

Medical records continue to grow in importance as the health care field becomes more and more specialized. As L. E. Rozovsky and F. A. Rozovsky put it in *The Canadian Law of Patient Records* (1984), at pp. 73-74:

The twentieth century has seen a vast expansion of the health care services. Rather than relying on one individual, a physician, the patient now looks directly and indirectly to dozens and sometimes hundreds of individuals to provide him with the services he requires. He is cared for not simply by his own physician but by a veritable army of nurses, numerous consulting physicians,

les renseignements d'ordre médical qui figurent à son dossier, mais, en ce qui a trait aux pièces qu'il contient, il ne peut se prévaloir d'aucun droit. Le médecin, dont la préoccupation première est le bien-être du patient, doit faire preuve de discernement lorsqu'il est appelé à communiquer à son patient des renseignements provenant de son dossier médical. Par ailleurs, de telles informations doivent souvent être interprétées par un médecin ou par un autre spécialiste des services de santé, et, pour ce qui est de la divulgation, à des fins administratives, de renseignements du dossier médical à des tiers (à un autre médecin, à un avocat ou à un ajusteur d'assurance, par exemple), il faut avoir obtenu au préalable la permission écrite du patient, ou avoir reçu un ordre de la cour à cet effet. L'AMC s'oppose à toute mesure législative qui risquerait de compromettre la confidentialité des dossiers médicaux.

Je suis disposé à convenir que le médecin, l'établissement ou la clinique qui constitue le dossier médical est propriétaire du dossier en tant que support. Reste à déterminer si le patient a néanmoins le droit d'examiner tous les documents versés aux dossiers médicaux du médecin et d'en tirer des copies. La Cour d'appel, à la majorité, a fondé le droit d'accès du patient sur une condition contractuelle implicite. Certes, il peut être possible de recourir aux règles du droit des contrats dans le système du droit civil, mais je ne pense pas que cela soit particulièrement utile dans le contexte de la common law. Par conséquent, le point de vue retenu par la Cour d'appel n'est pas sans m'inquiéter un peu. Toutefois, j'estime qu'un patient a un droit vital sur l'information contenue dans ses dossiers médicaux.

Les dossiers médicaux continuent de prendre une importance grandissante à mesure que croît la spécialisation dans le domaine de la santé. Comme l'affirme L. E. Rozovsky et F. A. Rozovsky dans leur ouvrage *The Canadian Law of Patient Records* (1984), aux pp. 73 et 74:

[TRADUCTION] Le XX<sup>e</sup> siècle assiste à une expansion considérable des services de santé. Plutôt que de se tourner vers une seule personne, un médecin, le patient recourt aujourd'hui directement et indirectement aux services de douzaines et parfois de centaines de personnes. Des soins lui sont prodigués non seulement par son médecin, mais par une multitude d'infirmières et

technologists and technicians, other allied health personnel and administrative personnel.

While a patient may, in the past, have relied primarily upon one personal physician, the trend now tends to favour referrals to a number of professionals. Each of the pieces of information provided by this "army" of health care workers joins with the other pieces to form the complete picture. As the number and use of specialists increase, the more difficult it is for the patient to gain access to that picture. If the patient is only entitled to obtain particular information from each health care provider, the number of contacts he or she may be required to make may become enormous. The problem is intensified when one considers the mobility of patients in modern society.

Medical records are also used for an increasing number of purposes. This point is well made by A. F. Westin, *Computers, Health Records, and Citizen Rights* (1976), at p. 27:

As to medical records, when these were in fact used only by the physician or the hospital, it may have been only curiosity when patients asked to know their contents. But now that medical records are widely shared with health insurance companies, government payers, law enforcement agencies, welfare departments, schools, researchers, credit grantors, and employers, it is often crucial for the patient to know what is being recorded, and to correct inaccuracies that may affect education, career advancement or government benefits.

This then is the general context in which medical records are compiled and the broad purposes they serve in our day. The nature of the information contained in medical records must now be examined.

infirmiers, de nombreux médecins consultants, technologues et techniciens et d'autres employés des services de santé et des services administratifs connexes.

*a* Bien qu'il se puisse que, dans le passé, un patient n'ait compté principalement que sur un seul médecin personnel, la tendance favorise maintenant le renvoi à un certain nombre de professionnels de la santé. Chaque renseignement que fournit cette *b* multitude de travailleurs de la santé s'ajoute aux autres pour donner un tableau complet de la situation. Au fur et à mesure qu'augmentent le nombre de spécialistes et le recours à leurs services, il *c* devient de plus en plus difficile pour le patient d'avoir accès à ce tableau de la situation. Si le patient n'a le droit d'obtenir des renseignements précis que de chaque fournisseur de soins médicaux séparément, le nombre de personnes à qui il *d* devra s'adresser peut alors devenir considérable. Le problème s'accroît si l'on prend en considération la mobilité des patients dans notre société contemporaine.

*e* Les dossiers servent en outre à un nombre croissant de fins. Dans son ouvrage intitulé *Computers, Health Records, and Citizen Rights* (1976), A. F. Westin expose ce point avec justesse, à la *f* p. 27:

[TRADUCTION] Quant aux dossiers médicaux, à l'époque où, en fait, seuls les médecins ou l'hôpital s'en servaient, il se peut que les patients qui s'informaient de leur contenu ne l'aient fait que par simple curiosité. *g* Mais maintenant que les dossiers médicaux sont largement partagés avec les compagnies d'assurances, les pouvoirs publics qui assument les frais, les organismes chargés de l'application de la loi, les services d'aide *h* sociale, les établissements d'enseignement, les chercheurs, les fournisseurs de crédit et les employeurs, il est souvent crucial que le patient sache ce que contient son dossier et qu'il corrige les inexactitudes qui peuvent influencer sur ses études, sa carrière ou l'aide qu'il reçoit de *i* l'État.

Voilà donc le contexte général dans lequel les dossiers médicaux sont constitués et les fins nombreuses auxquelles ils sont utilisés aujourd'hui. Il nous faut maintenant examiner la nature des renseignements contenus dans ces dossiers.

When a patient approaches a physician for health care, he or she discloses sensitive information concerning personal aspects of his or her life. The patient may also bring into the relationship information relating to work done by other medical professionals. The policy statement of the Canadian Medical Association cited earlier indicates that a physician cannot obtain access to this information without the patient's consent or a court order. Thus, at least in part, medical records contain information about the patient revealed by the patient, and information that is acquired and recorded on behalf of the patient. Of primary significance is the fact that the records consist of information that is highly private and personal to the individual. It is information that goes to the personal integrity and autonomy of the patient. As counsel for the respondent put it in oral argument: "[The respondent] wanted access to information on her body, the body of Mrs. MacDonald." In *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 429, I noted that such information remains in a fundamental sense one's own, for the individual to communicate or retain as he or she sees fit. Support for this view can be found in *Halls v. Mitchell*, [1928] S.C.R. 125, at p. 136. There Duff J. held that professional secrets acquired from a patient by a physician in the course of his or her practice are the patient's secrets and, normally, are under the patient's control. In sum, an individual may decide to make personal information available to others to obtain certain benefits such as medical advice and treatment. Nevertheless, as stated in the report of the Task Force on *Privacy and Computers* (1972), at p. 14, he or she has a "basic and continuing interest in what happens to this information, and in controlling access to it".

A physician begins compiling a medical file when a patient chooses to share intimate details about his or her life in the course of medical consultation. The patient "entrusts" this personal information to the physician for medical purposes. It is important to keep in mind the nature of the

Quand un patient consulte un médecin pour se faire soigner, il peut lui divulguer des renseignements délicats au sujet d'aspects personnels de sa vie. Le patient peut aussi lui communiquer des renseignements relatifs au travail accompli par d'autres professionnels de la santé. Il ressort de l'énoncé de politique de l'Association médicale canadienne, précité, que le médecin ne peut avoir accès à ces renseignements sans obtenir le consentement du patient ou une ordonnance du tribunal. Par conséquent, les dossiers médicaux contiennent, du moins en partie, des renseignements concernant le patient que celui-ci a révélés et des renseignements qui ont été obtenus et consignés au nom du patient. Le fait que ces dossiers recèlent des renseignements de nature hautement privée et personnelle sur un individu est d'une importance primordiale. Ce sont des renseignements qui touchent à l'intégrité personnelle et à l'autonomie du patient. Comme l'a dit l'avocat de l'intimée dans sa plaidoirie: [TRADUCTION] «[L'intimée] voulait avoir accès à des renseignements sur son corps, le corps de Mme MacDonald.» Dans l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 429, j'ai fait remarquer que ces renseignements continuent fondamentalement d'appartenir à l'intéressé qui est libre de les communiquer ou de les taire comme il l'entend. Ce point de vue est corroboré dans l'arrêt *Halls c. Mitchell*, [1928] R.C.S. 125, à la p. 136. Le juge Duff y a décidé que les secrets que le médecin apprend d'un patient dans le cadre de sa pratique sont ceux du patient et sont normalement sujets à son contrôle. Bref, une personne peut décider de mettre des renseignements personnels à la disposition d'autrui afin de tirer certains avantages tels que des conseils et un traitement donnés par un médecin. Néanmoins, comme on l'affirme dans le rapport du Groupe d'étude sur *L'ordinateur et la vie privée* (1972), à la p. 14, elle a «intérêt à savoir quel sort sera fait à ces informations, à en contrôler l'accès».

Un médecin commence à constituer un dossier médical quand un patient choisit de lui faire partager des détails intimes sur sa vie pendant une consultation. Le patient «confie» ces renseignements personnels au médecin à des fins médicales. Il importe de ne pas oublier la nature de la relation

physician-patient relationship within which the information is confided. In *Kenny v. Lockwood*, [1932] O.R. 141 (C.A.), Hodgins J.A. stated, at p. 155, that the relationship between physician and patient is one in which “trust and confidence” must be placed in the physician. This statement was referred to with approval by LeBel J. in *Henderson v. Johnston*, [1956] O.R. 789, who himself characterized the physician-patient relationship as “fiduciary and confidential”, and went on to say: “It is the same relationship as that which exists in equity between a parent and his child, a man and his wife, an attorney and his client, a confessor and his penitent, and a guardian and his ward” (p. 799). Several academic writers have similarly defined the physician-patient relationship as a fiduciary or trust relationship; see, for example, E. I. Picard, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 3; A. Hopper, “The Medical Man’s Fiduciary Duty” (1973), 7 *Law Teacher* 73; A. J. Meagher, P. J. Marr and R. A. Meagher, *Doctors and Hospitals: Legal Duties* (1991), at p. 2; M. V. Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* (1988), at p. 10-1. I agree with this characterization.

In characterizing the physician-patient relationship as “fiduciary”, I would not wish it to be thought that a fixed set of rules and principles apply in all circumstances or to all obligations arising out of the doctor-patient relationship. As I noted in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same; these are shaped by the demands of the situation. A relationship may properly be described as “fiduciary” for some purposes, but not for others. That being said, certain duties do arise from the special relationship of trust and confidence between doctor and patient. Among these are the duty of the doctor to act with utmost good faith and loyalty, and to hold information received from or about a patient in confidence. (Picard, *supra*, at pp. 3 and 8; Ellis, *supra*, at pp. 10-1 and 10-12, and Hopper, *supra*, at pp. 73-74.) When a patient releases personal information in the context of the doctor-patient relationship, he or she does so with

médecin-patient dans le cadre de laquelle ces renseignements sont confiés. Dans l’arrêt *Kenny c. Lockwood*, [1932] O.R. 141 (C.A.), le juge Hodgins affirme, à la p. 155, que la relation entre le médecin et son patient en est une dans laquelle il faut faire «confiance» au médecin. Dans l’affaire *Henderson c. Johnston*, [1956] O.R. 789, ces propos ont été mentionnés et approuvés par le juge LeBel qui a lui-même qualifié la relation médecin-patient de [TRADUCTION] «fiduciaire et confidentielle», pour ensuite ajouter: [TRADUCTION] «Il s’agit de la même relation que celle qui existe, en equity, entre un parent et son enfant, un époux et son épouse, un avocat et son client, un confesseur et son pénitent, et un tuteur et son pupille» (p. 799). Plusieurs auteurs ont eux aussi qualifié de fiduciaire la relation entre le médecin et son patient; voir, par exemple, E. I. Picard, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1984), à la p. 3; A. Hopper, «The Medical Man’s Fiduciary Duty» (1973), 7 *Law Teacher* 73; A. J. Meagher, P. J. Marr et R. A. Meagher, *Doctors and Hospitals: Legal Duties* (1991), à la p. 2; M. V. Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* (1988), à la p. 10-1. Je souscris à cette qualification.

En qualifiant de «fiduciaire» la relation entre le médecin et son patient, je ne voudrais pas qu’on s’imagine qu’un ensemble immuable de règles et de principes s’appliquent dans tous les cas ou à toutes les obligations découlant de cette relation. Comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, les relations et les obligations fiduciaires ne sont pas toutes les mêmes; elles sont tributaires des exigences de la situation. Une relation peut être qualifiée à juste titre de «fiduciaire» à certaines fins, mais non à d’autres. Cela étant dit, certains devoirs découlent effectivement de la relation de confiance particulière qui existe entre le médecin et son patient. Parmi ceux-ci, il y a le devoir du médecin d’agir en toute bonne foi et avec le plus grand dévouement, et de préserver le caractère confidentiel des renseignements obtenus d’un patient ou à son sujet. (Picard, *op. cit.*, aux pp. 3 et 8, Ellis, *op. cit.*, aux pp. 10-1 et 10-12, et Hopper, *loc. cit.*, aux pp. 73 et 74.) Quand un

the legitimate expectation that these duties will be respected.

The physician-patient relationship also gives rise to the physician's duty to make proper disclosure of information to the patient; see *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, at p. 884; and *Kenny v. Lockwood*, *supra*, at p. 155. The appellant concedes that a patient has a right to be advised about the information concerning his or her health in the physician's medical record. In my view, however, the fiducial qualities of the relationship extend the physician's duty beyond this to include the obligation to grant access to the information the doctor uses in administering treatment. This approach has been taken by one stream of American cases. In *Emmett v. Eastern Dispensary and Casualty Hospital*, 396 F.2d 931 (D.C. Cir. 1967), Robinson J. held, at p. 935, that the fiducial qualities of the physician-patient relationship impose a duty on the physician "to reveal to the patient that which in his best interests it is important that he should know". Thus, in that case, the decedent patient's son was entitled to inspect the decedent's medical records. Similarly, in *Cannell v. Medical and Surgical Clinic*, 315 N.E.2d 278 (Ill. App. Ct. 1974), the court, having referred to the decision in *Emmett*, held that the fiducial qualities of the physician-patient relationship require the disclosure of medical data to a patient or his agent upon request, and that the patient need not engage in legal proceedings to obtain the information.

The fiduciary duty to provide access to medical records is ultimately grounded in the nature of the patient's interest in his or her records. As discussed earlier, information about oneself revealed to a doctor acting in a professional capacity remains, in a fundamental sense, one's own. The doctor's position is one of trust and confidence. The information conveyed is held in a fashion somewhat akin to a trust. While the doctor is the

patient communique des renseignements personnels dans le contexte d'une relation médecin-patient, il le fait en s'attendant légitimement à ce que ces devoirs soient remplis.

La relation entre le médecin et son patient donne également naissance au devoir du médecin de divulguer de manière appropriée l'information au patient; voir les arrêts *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, à la p. 884, et *Kenny c. Lockwood*, précité, à la p. 155. L'appelante reconnaît qu'un patient a le droit d'être informé des renseignements sur sa santé que contient le dossier médical du médecin. À mon avis, cependant, les attributs fiduciaires de la relation ont pour effet d'élargir le devoir du médecin de manière à inclure l'obligation de donner accès aux renseignements dont il se sert pour donner un traitement. Ce point de vue a été adopté par un certain courant de jurisprudence américaine. Dans l'arrêt *Emmett c. Eastern Dispensary and Casualty Hospital*, 396 F.2d 931 (D.C. Cir. 1967), le juge Robinson a décidé, à la p. 935, qu'en raison des attributs fiduciaires de la relation entre le médecin et son patient, le médecin avait le devoir [TRADUCTION] «de divulguer au patient ce qu'il importe qu'il sache dans son meilleur intérêt». Ainsi, dans cette affaire, le fils du patient décédé avait le droit d'examiner les dossiers médicaux du défunt. De même, dans l'arrêt *Cannell c. Medical and Surgical Clinic*, 315 N.E.2d 278 (Ill. App. Ct. 1974), le tribunal, après avoir mentionné l'arrêt *Emmett*, a décidé qu'en raison des attributs fiduciaires de la relation entre le médecin et son patient, les renseignements médicaux devaient être divulgués, sur demande, au patient ou à son représentant, et que le patient n'avait pas à engager de poursuites judiciaires pour les obtenir.

L'obligation fiduciaire de donner accès aux dossiers médicaux repose en définitive sur la nature du droit qu'a le patient sur ses dossiers. Comme nous l'avons vu, les renseignements qu'une personne divulgue au sujet d'elle-même au médecin, dans le cadre de sa pratique, continuent fondamentalement de lui appartenir. La situation dans laquelle se trouve le médecin en est une de confiance. Le médecin détient l'information transmise



owner of the actual record, the information is to be used by the physician for the benefit of the patient. The confiding of the information to the physician for medical purposes gives rise to an expectation that the patient's interest in and control of the information will continue. <sup>a</sup>

Certain textbooks and case law go further and assert that the patient has a "proprietary" or "property" interest in the medical records. For example, Meagher et al., *supra*, write, at p. 289: <sup>b</sup>

In the absence of an agreement, a doctor or hospital owns the records of the patient, but the patient is considered to have a property interest in the medical information contained in the record, with a right of access to it, but not to its possession. <sup>c</sup>

Judicial support for the "proprietary interest" of the patient can be found in *Re Mitchell and St. Michael's Hospital* (1980), 112 D.L.R. (3d) 360 (Ont. H.C.). Although Maloney J. there held that he did not have jurisdiction to order the release of hospital records on an originating notice of motion, he had this to say, at p. 364: <sup>e</sup>

By virtue of s. 11 of the [*Public Hospitals Act*, R.S.O. 1970, c. 378], medical records are "the property of the hospital and shall be kept in the custody of the administrator", but it seems to me that a patient, or the personal representative of a deceased patient, has something akin to a proprietary interest in the contents of those records and s. 11 should in no way operate to prevent appropriate inspection or provision of copies. <sup>f</sup>

A similar sentiment is expressed in the American text by R. D. Miller, *Problems in Hospital Law* (4th ed. 1983). The author has this to say, at pp. 276-77: <sup>g</sup>

The medical record is an unusual type of property because physically it belongs to the hospital and the hospital must exercise considerable control over access, but the patient and others have an interest in the information in the record. One way of viewing this is that the hospital owns the paper or other material on which the information is recorded, but it is just a custodian of the <sup>j</sup>

un peu comme un fiduciaire. Quoique le médecin soit le propriétaire du dossier en tant que support, il doit se servir de son contenu au profit du patient. Comme l'information est confiée au médecin à des fins médicales, il en résulte une attente de la part du patient qu'il continuera d'avoir un droit et d'exercer un contrôle sur cette information.

Dans certains ouvrages de doctrine et certains précédents, on va plus loin en affirmant que le patient a un droit de «propriété» sur les dossiers médicaux. Par exemple, Meagher et autres, *op. cit.*, écrivent, à la p. 289:

[TRADUCTION] En l'absence d'accord, le médecin ou l'hôpital sont propriétaires des dossiers du patient, mais on estime que ce dernier a un droit de propriété sur l'information médicale que contient le dossier, assorti d'un droit d'accès à ce dossier, mais non d'un droit d'en avoir la possession. <sup>d</sup>

L'arrêt *Re Mitchell and St. Michael's Hospital* (1980), 112 D.L.R. (3d) 360 (H.C. Ont.) étaye la notion du «droit de propriété» du patient. Certes, le juge Maloney y a décidé qu'il n'avait pas compétence pour ordonner la remise de dossiers hospitaliers suite à une requête introductive d'instance, mais il a dit ceci, à la p. 364:

[TRADUCTION] En vertu de l'art. 11 de la [*Loi sur les hôpitaux publics*, L.R.O. 1970, ch. 378], les dossiers médicaux sont «la propriété de l'hôpital et demeurent sous la garde du directeur général», mais il me semble qu'un patient, ou le représentant successoral d'un patient décédé, a un droit quelque peu semblable à un droit de propriété sur le contenu de ces dossiers et l'art. 11 ne devrait d'aucune façon avoir pour effet d'empêcher l'examen ou la fourniture de copies dans les cas appropriés. <sup>h</sup>

Dans l'ouvrage américain *Problems in Hospital Law* (4<sup>e</sup> éd. 1983), R. D. Miller exprime un sentiment semblable. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 276 et 277: <sup>i</sup>

[TRADUCTION] Le dossier médical est un type de bien exceptionnel car il appartient matériellement à l'hôpital qui doit en contrôler strictement l'accès, mais le patient et d'autres personnes ont un droit sur l'information qu'il contient. On peut soutenir que l'hôpital est propriétaire du papier ou autre support sur lequel l'information est consignée, mais qu'il n'est que le gardien de l'informa-

information. Thus, as stated in *Cannell v. Medical and Surgical Clinic*, 21 Ill.App.3d 383, 315 N.E.2d 278 (1974), the patient and others have a right of access to the information in many circumstances, but they do not have a right to possession of the original records.

I find it unnecessary to reify the patient's interest in his or her medical records and, in particular, I am not inclined to go so far as to say that a doctor is merely a "custodian" of medical information. The fiduciary duty I have described is sufficient to protect the interest of the patient. The trust-like "beneficial interest" of the patient in the information indicates that, as a general rule, he or she should have a right of access to the information and that the physician should have a corresponding obligation to provide it. The patient's interest being in the information, it follows that the interest continues when that information is conveyed to another doctor who then becomes subject to the duty to afford the patient access to that information.

There is a further matter that militates in favour of disclosure of patient records. As mentioned earlier, one of the duties arising from the doctor-patient relationship is the duty of the doctor to act with utmost good faith and loyalty. If the patient is denied access to his or her records, it may not be possible for the patient to establish that this duty has been fulfilled. As I see it, it is important that the patient have access to the records for the very purposes for which it is sought to withhold the documents, namely, to ensure the proper functioning of the doctor-patient relationship and to protect the well-being of the patient. If there has been improper conduct in the doctor's dealings with his or her patient, it ought to be revealed. The purpose of keeping the documents secret is to promote the proper functioning of the relationship, not to facilitate improper conduct.

Disclosure is all the more important in our day when individuals are seeking more information about themselves. It serves to reinforce the faith of the individual in his or her treatment. The ability of a doctor to provide effective treatment is closely related to the level of trust in the relationship. A doctor is in a better position to diagnose a medical

tion. Ainsi, comme le dit la cour dans *Cannell c. Medical and Surgical Clinic*, 21 Ill.App.3d 383, 315 N.E.2d 278 (1974), le patient et d'autres personnes ont un droit d'accès à l'information dans bien des cas, mais ils n'ont pas droit à la possession des dossiers originaux.

J'estime inutile de réifier le droit du patient sur ses dossiers médicaux et, en particulier, je ne suis pas enclin à aller jusqu'à affirmer que le médecin n'est que le «gardien» de l'information médicale. L'obligation fiduciaire que j'ai décrite suffit à protéger le droit du patient. Le «droit à titre bénéficiaire», semblable à celui qui découle d'une fiducie, dont jouit le patient sur l'information indique qu'en règle générale, il devrait avoir un droit d'accès à l'information et que le médecin devrait avoir l'obligation correspondante de la lui fournir. Puisque le patient a un droit sur l'information, il s'ensuit que ce droit subsiste quand l'information est transmise à un autre médecin à qui il incombe alors de donner au patient accès à cette information.

Un autre élément milite en faveur de la divulgation des dossiers de patients. Je le répète, l'un des devoirs découlant de la relation entre le médecin et son patient est le devoir du médecin d'agir en toute bonne foi et avec le plus grand dévouement. Si le patient se voit refuser l'accès à ses dossiers, il peut lui être impossible d'établir que ce devoir a été rempli. Quant à moi, il importe que le patient ait accès aux dossiers pour les raisons mêmes qui sont invoquées pour ne pas les divulguer, c'est-à-dire pour assurer le bon fonctionnement de la relation entre le médecin et son patient et protéger le bien-être du patient. Si le médecin s'est conduit de manière irrégulière avec son patient, cela doit être révélé. Si les documents sont gardés secrets, c'est pour favoriser le bon fonctionnement de la relation et non pour faciliter la conduite irrégulière.

La divulgation est d'autant plus importante de nos jours que chacun veut obtenir plus d'information sur ce qui le concerne. Elle permet de renforcer la confiance du patient dans le traitement qu'il subit. La capacité du médecin de donner un traitement efficace est étroitement liée au degré de confiance qui règne dans la relation. Le médecin est

problem if the patient freely imparts personal information. The duty of confidentiality that arises from the doctor-patient relationship is meant to encourage disclosure of information and communication between doctor and patient. In my view, the trust reposed in the physician by the patient mandates that the flow of information operate both ways. As B. Knoppers puts it in "Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis" (1982), 12 *R.D.U.S.* 395, at p. 431:

In a relationship often characterized as fiduciary, that is, based on mutual trust and confidence, reciprocity implies an exchange. The personal privacy of the patient which he entrusts to a certain extent to the physician must be met with a corresponding openness and full disclosure. . . . Personal privacy and access to medical information are not incompatible partners but interchangeable rights.

Robinson J., in *Emmett, supra*, at p. 935, note 19, also notes the link between disclosure of medical records and doctor-patient trust: "The duty of disclosure is a concomitant of the patient's inescapable reliance upon the unadulterated good faith as well as the professional skill of those to whom he has entrusted his treatment." Rather than undermining the trust inherent in the doctor-patient relationship, access to medical records should enhance it. Indeed, H. E. Emson observes that the practice of giving patients their own records "has been said to improve patient understanding, cooperation and compliance"; see *The Doctor and the Law: A Practical Guide for the Canadian Physician* (2nd ed. 1989), at p. 214. In this sense, reciprocity of information between the patient and physician is *prima facie* in the patient's best interests. It strengthens the bond of trust between physician and patient which, in turn, promotes the well-being of the patient.

While patients should, as a general rule, have access to their medical records, this policy need

mieux placé pour diagnostiquer un problème médical si le patient lui communique librement des renseignements personnels. Le devoir de préserver le caractère confidentiel des renseignements qui découle de la relation médecin-patient vise à encourager la divulgation de renseignements et la communication entre le médecin et son patient. À mon sens, la confiance que met le patient en son médecin commande un échange réciproque de renseignements. Comme le dit B. Knoppers, dans son article intitulé «Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis» (1982), 12 *R.D.U.S.* 395, à la p. 431:

[TRADUCTION] Dans une relation souvent qualifiée de fiduciaire, c'est-à-dire comme reposant sur la confiance mutuelle, la réciprocité implique un échange: d'un côté, le patient confie en quelque sorte au médecin des renseignements sur sa vie privée, de l'autre, le médecin lui doit franchise et divulgation intégrale. [. . .] La vie privée d'une personne et l'accès à des renseignements médicaux ne sont pas incompatibles, mais constituent des droits interchangeables.

À la page 935, note 19, de l'arrêt *Emmett*, précité, le juge Robinson souligne également le lien entre la divulgation de dossiers médicaux et la confiance qui règne entre le médecin et son patient: [TRADUCTION] «Il y a concomitance du devoir de divulguer et de la confiance que le patient met inévitablement dans la bonne foi pure et simple et la compétence professionnelle de ceux à qui il a confié le soin de le traiter.» Plutôt que de miner la confiance inhérente qui caractérise la relation médecin-patient, l'accès aux dossiers médicaux devrait la relever. En effet, H. E. Emson fait observer que la communication aux patients de leurs dossiers [TRADUCTION] «augmente, a-t-on dit, leur compréhension, leur coopération et leur acquiescement»; voir *The Doctor and the Law: A Practical Guide for the Canadian Physician* (2<sup>e</sup> éd. 1989), à la p. 214. Dans ce sens, il est, à première vue, dans le meilleur intérêt du patient que la communication de renseignements entre lui et le médecin soit réciproque. Cette réciprocité renforce le lien de confiance entre eux, ce qui, en retour, favorise le bien-être du patient.

Même si les patients devraient, en règle générale, avoir accès à leurs dossiers médicaux, cette

not and, in my mind, should not be pursued blindly. The related duty of confidentiality is not absolute. In *Halls v. Mitchell*, *supra*, at p. 136, Duff J. stated that, *prima facie*, the patient has a right to require that professional secrets acquired by the practitioner shall not be divulged. This right is absolute unless there is some paramount reason that overrides it. For example, "there may be cases in which reasons connected with the safety of individuals or of the public, physical or moral, would be sufficiently cogent to supersede or qualify the obligations *prima facie* imposed by the confidential relation". Similarly, the patient's general right of access to his or her records is not absolute. The patient's interest in his or her records is an equitable interest arising from the physician's fiduciary obligation to disclose the records upon request. As part of the relationship of trust and confidence, the physician must act in the best interests of the patient. If the physician reasonably believes it is not in the patient's best interests to inspect his or her medical records, the physician may consider it necessary to deny access to the information. But the patient is not left at the mercy of this discretion. When called upon, equity will intervene to protect the patient from an improper exercise of the physician's discretion. In other words, the physician has a discretion to deny access, but it is circumscribed. It must be exercised on proper principles and not in an arbitrary fashion. Where a person, in this case a doctor, is under a fiduciary duty to inform another, equity acts *in personam* to prevent that person from acting in a manner inconsistent with the interests of the person to whom the duty is owed. As stated by Dickson J. (as he then was) in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 384:

... where by statute, agreement, or perhaps by unilateral understanding, one party has an obligation to act for the benefit of another, and that obligation carries with it a discretionary power, the party thus empowered becomes a fiduciary. Equity will then supervise the relationship

ligne de conduite n'a pas à être et, selon moi, ne devrait pas être suivie aveuglément. Le devoir connexe de préserver le caractère confidentiel n'est pas absolu. À la page 136 de l'arrêt *Halls c. Mitchell*, précité, le juge Duff affirme qu'à première vue le patient a le droit d'exiger que les secrets que le médecin apprend dans le cadre de sa pratique ne soient pas divulgués. Ce droit est absolu sauf s'il y a une raison primordiale d'y déroger. Par exemple, [TRADUCTION] «il peut se présenter des cas où des motifs liés à la sécurité physique ou morale des personnes ou du public seraient suffisamment convaincants pour supplanter ou limiter les obligations imposées de prime abord par la relation confidentielle». De même, le droit général d'accès du patient à ses dossiers médicaux n'est pas absolu. Le droit que possède le patient sur ses dossiers est un droit d'*equity* qui découle de l'obligation fiduciaire du médecin de divulguer les dossiers sur demande. Dans le cadre de cette relation de confiance, le médecin doit agir dans le meilleur intérêt du patient. Si le médecin croit raisonnablement qu'il n'est pas dans le meilleur intérêt du patient que l'on examine ses dossiers médicaux, il peut juger nécessaire de refuser l'accès à l'information. Mais le patient n'est pas à la merci de ce pouvoir discrétionnaire. Au besoin, l'*equity* interviendra pour protéger le patient contre l'exercice irrégulier de ce pouvoir discrétionnaire du médecin. Autrement dit, le médecin a le pouvoir discrétionnaire de refuser l'accès, mais ce pouvoir est limité. Il doit l'exercer conformément à des principes appropriés et non d'une manière arbitraire. Si une personne, en l'occurrence un médecin, a l'obligation fiduciaire d'informer une autre personne, l'*equity*, qui joue à l'égard des personnes, l'empêche d'agir d'une manière contraire aux intérêts de la personne envers qui elle a un tel devoir. Comme le dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 384:

... lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'*equity* vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de satisfaire aux

by holding him to the fiduciary's strict standard of conduct.

I hasten to add that, just as a relationship may be fiduciary for some purposes and not for others, this characterization of the doctor's obligation as "fiduciary" and the patient's interest in the records as an "equitable interest" does not imply a particular remedy. Equity works in the circumstances to enforce the duty. This foundation in equity gives the court considerable discretion to refuse access to the records where non-disclosure is appropriate.

In my view, the onus properly lies on the doctor to justify an exception to the general rule of access. Not only is the information in some fundamental sense that of the patient; the doctor has primary access to it. In comparison, the records are unavailable to the patient. To some extent, what the documents contain is a matter of speculation for the patient. Consequently, there is a marked disparity in the ability of each party to prove its case. The burden of proof should fall on the party who is in the best position to obtain the facts.

If a physician objects to the patient's general right of access, he or she must have reasonable grounds for doing so. Although I do not intend to provide an exhaustive analysis of the circumstances in which access to medical records may be denied, some general observations may be useful. I shall make these in a response to a number of arguments that have been advanced by the appellant and in the literature for denying a patient access to medical records. These include: (1) disclosure may facilitate the initiation of unfounded law suits; (2) the medical records may be meaningless; (3) the medical records may be misinterpreted; (4) doctors may respond by keeping less thorough notes; and (5) disclosure of the contents of the records may be harmful to the patient or a third party.

normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer.

Je m'empresse d'ajouter que, de même qu'une relation peut être fiduciaire à certaines fins, mais non à d'autres, le fait que l'on qualifie ainsi de «fiduciaire» l'obligation du médecin et de «droit d'*equity*» le droit que le patient a sur les dossiers, n'implique pas un redressement particulier. L'*equity* a pour effet, dans les circonstances, de mettre à exécution ce devoir. Ce fondement en *equity* confère au tribunal un large pouvoir discrétionnaire de refuser l'accès aux dossiers dans les cas où il ne convient pas de les divulguer.

À mon avis, c'est au médecin qu'il incombe à bon droit de justifier toute exception à la règle générale d'accès. Non seulement l'information appartient en quelque sorte fondamentalement au patient, mais c'est avant tout le médecin qui y a accès. Par comparaison, les dossiers sont inaccessibles au patient. Jusqu'à un certain point, le patient ne peut que conjecturer sur ce que peuvent contenir les documents. Par conséquent, les moyens de preuve dont disposent les parties sont nettement inégaux. La charge de la preuve doit incomber à la partie qui est la mieux placée pour recueillir les faits.

Si un médecin s'oppose au droit général d'accès d'un patient, il doit avoir des motifs raisonnables de le faire. Quoique je n'aie pas l'intention de faire une analyse exhaustive des circonstances dans lesquelles l'accès aux dossiers médicaux peut être refusé, il peut être utile de formuler quelques observations générales. Je vais les formuler pour répondre à un certain nombre d'arguments qu'ont avancés l'appelante et des auteurs de doctrine pour refuser au patient l'accès aux dossiers médicaux. Parmi ces arguments, on compte ceux-ci: (1) la divulgation peut faciliter l'engagement de poursuites judiciaires non fondées; (2) les dossiers médicaux peuvent être dénués de sens; (3) les dossiers médicaux peuvent être mal interprétés; (4) les médecins peuvent réagir en prenant des notes moins complètes, et (5) la divulgation du contenu des dossiers peut porter préjudice au patient ou à un tiers.

The argument that patients may commence unfounded litigation if they are permitted to examine their medical records is not a sufficient ground for withholding them. The comments of Eberle J. in *Strazdins v. Orthopaedic & Arthritic Hospital Toronto* (1978), 7 C.C.L.T. 117 (Ont. H.C.), at pp. 119-20, are helpful in this regard. He states:

... I believe that it is part of our system of government and of the administration of justice that persons are entitled to start law suits against persons whom they feel have wronged them. The persons who start such actions do so at the risk of costs, the risk of having the action dismissed at some stage if it turns out that it is groundless or even if not groundless turns out to be unsuccessful, and that right of any person to start a law suit does carry with it a correlative obligation on the part of every person in our society; that is, that any one of us may be subject to groundless law suits and it may be that our only weapon to fight them is the penalty in costs. ... I am not forgetting that if any particular person makes a habit of starting groundless law suits or repetitive law suits against a particular person or persons, there are controls which may be exercised to prevent such matters from occurring.

Denial of access may actually encourage unfounded law suits. If a law suit is started, a patient can generally obtain access to his or her records under rules of civil procedure relating to discovery of documents. Thus, if a patient strongly wishes to see his or her records, one way of achieving this result is to commence an action before ascertaining whether or not there is a valid basis for the action.

The arguments that the records may be meaningless or that they may be misinterpreted do not justify non-disclosure in the ordinary case. If the records are, in fact, meaningless, they will not help the patient but neither will they cause harm. It is always open to the patient to obtain assistance in understanding the file. In the *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (Ontario, 1980) (the "Krever Report"), vol. 2, at p. 469, Krever J. expressed the opinion that habitual use of jargon or technical terminology is not a sufficiently sound reason for denying a patient access to health records. He did

L'argument selon lequel les patients peuvent engager des poursuites judiciaires non fondées s'ils sont autorisés à examiner leurs dossiers médicaux n'est pas suffisant pour refuser de les divulguer. Les commentaires du juge Eberle dans l'arrêt *Strazdins c. Orthopaedic & Arthritic Hospital Toronto* (1978), 7 C.C.L.T. 117 (H.C. Ont.), aux pp. 119 et 120, sont utiles à cet égard:

[TRADUCTION] ... je crois que, dans notre système de gouvernement et d'administration de la justice, tout individu a le droit d'engager des poursuites contre ceux qui, à son avis, lui ont causé du tort. Il engage cette action au risque d'avoir à en supporter les frais, au risque de la voir rejetée à une étape quelconque si elle s'avère non fondée, ou même si elle est fondée, si elle s'avère infructueuse; ce droit de tout individu d'intenter une action en justice emporte une obligation corrélatrice pour tous les individus qui composent la société, savoir que nous sommes tous exposés à des actions non fondées et qu'il se peut que notre seule arme pour nous défendre soit la punition infligée sous forme de dépens. [...] Je n'oublie pas que si une personne a la manie d'engager des poursuites non fondées ou répétées contre une ou des personnes en particulier, il existe des mécanismes conçus pour l'empêcher de le faire.

Refuser l'accès peut en réalité encourager les poursuites non fondées. S'il intente une action, le patient peut généralement avoir accès à ses dossiers en vertu des règles de procédure civile relatives à la communication de la preuve. Par conséquent, si un patient tient fortement à voir ses dossiers, un moyen d'y parvenir est d'intenter une action avant de vérifier si l'action est bien fondée.

Les arguments selon lesquels les dossiers peuvent être dénués de sens ou peuvent être mal interprétés ne justifient pas la non-divulgaration en temps normal. Si les dossiers s'avèrent, en fait, dénués de sens, ils n'aideront pas le patient, mais ils ne lui nuiront pas non plus. Il est toujours loisible au patient de demander à quelqu'un de l'aider à comprendre le dossier. Dans le *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (Ontario, 1980) (le «rapport Krever»), vol. 2, à la p. 469, le juge Krever a émis l'avis que l'emploi habituel de jargon ou de termes techniques n'est pas une raison suffisamment valable

note, however, that a re-evaluation of record keeping methodology may be necessary if a general rule of access is established. If it is possible that the patient will misconstrue the information in the record (for example, misinterpret the relevance of a particular laboratory test), the doctor may wish to advise the patient that the medical record should be explained and interpreted by a competent health-care professional.

The concern that disclosure will lead to a decrease in the completeness, candour and frankness of medical records, can be answered by reference to the obligation of a physician to keep accurate records. A failure to do so may expose the physician to liability for professional misconduct or negligence. It is also easy to exaggerate the importance of this argument. Certainly physicians may become more cautious in what they record, but it cannot be assumed as a natural consequence that this will detrimentally affect the standard of care given to the patient. Generally I doubt that the quality of medical records will be measurably affected by a general rule allowing access to the patient. As Krever J. put it in the "Krever Report", *supra*, at p. 487: "I say, at once, that I do not believe that any responsible and ethical physician would omit from a medical record any information that, in the interests of proper medical care, belongs in it because of the possibility that the patient may ask to inspect it."

Non-disclosure may be warranted if there is a real potential for harm either to the patient or to a third party. This is the most persuasive ground for refusing access to medical records. However, even here, the discretion to withhold information should not be exercised readily. Particularly in situations that do not involve the interests of third parties, the court should demand compelling grounds before confirming a decision to deny access. As H. Beatty

pour refuser à un patient l'accès à ses dossiers médicaux. Il a toutefois fait remarquer que l'établissement d'une règle générale d'accès pourrait nécessiter la réévaluation des méthodes de constitution des dossiers. S'il est possible que le patient interprète mal l'information contenue dans le dossier (par exemple, qu'il interprète mal l'utilité d'une analyse en laboratoire), le médecin peut souhaiter informer le patient qu'il conviendrait de demander à un professionnel de la santé compétent de lui expliquer les renseignements médicaux et de les interpréter.

À ceux qui s'inquiètent que la divulgation fera en sorte que les dossiers médicaux seront rédigés de manière moins complète, moins sincère et moins franche, on peut répondre que le médecin a l'obligation d'établir des dossiers exacts. Toute omission à cet égard peut entraîner la responsabilité du médecin pour manquement ou négligence professionnels. Il est en outre facile d'exagérer l'importance de cet argument. Il est certain que les médecins pourront se montrer plus prudents avant de consigner quoi que ce soit, mais on ne saurait présumer qu'il en résultera naturellement une diminution de la qualité des soins prodigués au patient. Dans l'ensemble, je doute qu'une règle générale permettant aux patients d'avoir accès à leurs dossiers médicaux entraînera une diminution appréciable de la qualité de ces dossiers. Comme le dit le juge Krever dans le «rapport Krever», *op. cit.*, à la p. 487: [TRADUCTION] «Je dis tout de suite que je ne crois pas qu'un médecin responsable et respectueux de la déontologie omettrait de consigner dans un dossier médical un renseignement indispensable au traitement approprié, en raison de la possibilité que le patient demande à l'examiner.»

La non-divulgation peut être justifiée s'il y a un risque réel que le patient ou un tiers subisse un préjudice. Voilà la raison la plus convaincante de refuser l'accès aux dossiers médicaux. Cependant, même dans ce cas, il n'y a pas lieu d'exercer promptement le pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer les renseignements. Surtout dans les cas qui ne mettent pas en cause les intérêts de tiers, le tribunal devrait exiger des raisons sérieu-

observes in "The Consumer's Right of Access to Health Care Records" (1986), 3:4 *Just Cause* 3, at p. 3, paternalistic assumptions such as the "best interests of the patient" may have carried more weight in an era where patients had little education or information with respect to health care and relied upon the trusted family doctor. However, these assumptions "do not apply today, where consumers typically have brief contacts with many health care providers and institutions, none of which knows the person well enough to determine his or her 'best interests'". Assessing the "best interests of the patient" is a complex task. Non-disclosure can itself affect the patient's well-being. If access is denied, the patient may speculate as to what is in the records and imagine difficulties greater than those that actually exist. In addition, the physical well-being of the patient must be balanced with the patient's right to self-determination. Both are worthy of protection. In short, patients should have access to their medical records in all but a small number of circumstances. In the ordinary case, these records should be disclosed upon the request of the patient unless there is a significant likelihood of a substantial adverse effect on the physical, mental or emotional health of the patient or harm to a third party.

If a physician refuses a request for access to a patient's medical records, the patient may apply to the court for a remedy. The court will then exercise its superintending jurisdiction and may order access to the records in whole or in part notwithstanding the physician's refusal. Even though the court may ultimately disagree with the physician's view that access should be denied, I have no doubt that in many cases it will be satisfied that the physician acted in good faith in the performance of his or her fiduciary duties. However, if the court is not satisfied that the physician acted in good faith, it should not hesitate to exercise its discretion to grant appropriate relief by way of costs. The gen-

ses avant d'entériner la décision de refuser l'accès. Comme le fait observer H. Beatty dans son article «The Consumer's Right of Access to Health Care Records» (1986), 3:4 *Just Cause* 3, à la p. 3, des postulats paternalistes tels que «ce qui est dans le meilleur intérêt du patient» avaient peut-être plus de poids à l'époque où les patients étaient peu instruits ou peu renseignés sur les soins de santé et s'en remettaient au médecin de famille en qui ils avaient toute confiance. Toutefois, ces postulats [TRADUCTION] «ne sont plus applicables de nos jours car le consommateur n'a habituellement que de brefs contacts avec un grand nombre de fournisseurs de soins médicaux et d'établissements de santé, dont aucun ne le connaît assez pour déterminer «ce qui est dans son meilleur intérêt»». Évaluer «ce qui est dans le meilleur intérêt du patient» est une tâche complexe. La non-divulgaration peut elle-même nuire au bien-être du patient. Si l'accès est refusé, le patient peut conjecturer sur ce que contiennent les dossiers et s'imaginer des problèmes plus graves que ceux qui existent vraiment. En outre, le bien-être physique du patient doit être soupesé en fonction de son droit de disposer de lui-même. Tous deux méritent d'être protégés. Bref, les patients devraient avoir accès à leurs dossiers médicaux dans tous les cas, sauf de rares exceptions. En temps normal, ces dossiers devraient être divulgués à la demande du patient, sauf s'il est très vraisemblable que leur divulgation aura un effet néfaste important sur la santé physique ou mentale ou sur l'état émotionnel du patient ou qu'elle causera du tort à un tiers.

Si un médecin refuse de faire droit à une demande d'accès aux dossiers médicaux d'un patient, ce dernier peut demander réparation à la cour. La cour exercera alors son pouvoir de surveillance et pourra ordonner l'accès total ou partiel aux dossiers, nonobstant le refus du médecin. Même s'il se peut que la cour ne partage pas en fin de compte l'avis du médecin qu'il y a lieu de refuser l'accès, je n'ai aucun doute que, dans bien des cas, elle sera persuadée que le médecin a agi de bonne foi dans l'exercice de ses fonctions fiduciaires. Toutefois, si la cour n'est pas convaincue que le médecin a agi de bonne foi, elle ne devrait pas hésiter à exercer son pouvoir discrétionnaire de



eral rule of access should not be frustrated by the patient's fear of incurring costs in the pursuit of what is fundamentally his or her right.

Since I have held that the tangible records belong to the physician, the patient is not entitled to the records themselves. Medical records play an important role in helping the physician to remember details about the patient's medical history. The physician must have continued access to the records to provide proper diagnosis and treatment. Such access will be disrupted if the patient is able to remove the records from the premises. Accordingly, the patient is entitled to reasonable access to examine and copy the records, provided the patient pays a legitimate fee for the preparation and reproduction of the information. Access is limited to the information the physician obtained in providing treatment. It does not extend to information arising outside the doctor-patient relationship.

### Conclusion

In the absence of regulatory legislation, the patient is entitled, upon request, to inspect and copy all information in the patient's medical file which the physician considered in administering advice or treatment. Considering the equitable base of the patient's entitlement, this general rule of access is subject to the superintending jurisdiction of the court. The onus is on the physician to justify a denial of access. The majority of the Court of Appeal came to essentially the same conclusion, although, as is evident from the above discussion, for different reasons.

In this case, there is no evidence that access to the records would cause harm to the patient or a third party; nor does the appellant offer other compelling reasons for non-disclosure. Accordingly, in my opinion, the lower courts quite properly held that the respondent was entitled to copies of the documentation in her medical chart.

recourir aux dépens pour accorder une réparation appropriée. La règle générale d'accès ne devrait pas être contrecarrée par la crainte du patient d'engager des frais dans la poursuite de ce qui est fondamentalement son droit.

Comme j'ai conclu que les dossiers, en tant que supports, appartiennent au médecin, le patient n'a pas droit aux dossiers eux-mêmes. Les dossiers médicaux jouent un rôle important car ils aident le médecin à se rappeler les détails des antécédents médicaux du patient. Le médecin doit pouvoir consulter en tout temps les dossiers afin d'être en mesure d'établir un bon diagnostic et de donner le traitement approprié. Il en sera empêché si le patient peut emporter les dossiers. Par conséquent, le patient a droit à un accès raisonnable lui permettant d'examiner les dossiers et d'en tirer des copies, pourvu qu'il paie un tarif légitime pour la préparation et la reproduction des renseignements. L'accès est limité aux renseignements que le médecin a obtenus en donnant un traitement. Il ne vise pas les renseignements obtenus en dehors de la relation médecin-patient.

### Conclusion

En l'absence de loi réglementante, le patient a le droit d'examiner et de reprographier, sur demande, tous les renseignements consignés dans le dossier médical dont le médecin a tenu compte en donnant des conseils ou un traitement. Étant donné que ce droit du patient repose sur l'*equity*, cette règle générale d'accès est assujettie au pouvoir de surveillance des tribunaux. C'est au médecin qu'il incombe de justifier le refus de donner accès. La Cour d'appel, à la majorité, est arrivée essentiellement à la même conclusion, quoique pour des motifs différents, comme nous l'avons vu.

En l'espèce, il n'y a aucune preuve que l'accès aux dossiers porterait préjudice au patient ou à un tiers, et l'appelante n'a pas donné non plus d'autres raisons sérieuses de ne pas en divulguer le contenu. Par conséquent, j'estime que les tribunaux d'instance inférieure ont décidé tout à fait à bon droit que l'intimée avait le droit d'obtenir des copies des documents versés à son dossier médical.

Disposition

I would dismiss the appeal. There should be no order as to costs.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Clark, Drummie & Company, Saint John, New Brunswick.*

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de ne pas adjuger de dépens.

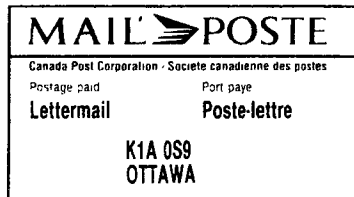
<sup>a</sup>

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelante: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

<sup>b</sup>

*Procureurs de l'intimée: Clark, Drummie & Company, Saint John, Nouveau-Brunswick.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 1992 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 1992 Vol. 2**

**Cited as [1992] 2 S.C.R. 161-319**

**Renvoi [1992] 2 R.C.S. 161-319**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

## CONTENTS

Norberg v. Wynrib (application)..... 224

Practice — Intervention — Applicant raising new argument based on Charter in Supreme Court of Canada — Applicant bringing new perspective to appeal — Charter issue to be decided on the appeal and not on the application to intervene — Application allowed.

Norberg v. Wynrib..... 226

Torts — Battery — Defences — Consent — Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether patient's consent a defence to battery — Whether action barred by reason of illegality or immorality — Determination of damages.

Contracts — Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether breach of contract.

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

## SOMMAIRE

Norberg c. Wynrib (demande)..... 224

Pratique — Intervention — Nouvel argument fondé sur la Charte soulevé par le requérant devant la Cour suprême du Canada — Pourvoi abordé sous un angle différent par le requérant — Question relative à la Charte à examiner lors de l'audition du pourvoi et non dans le cadre de la demande d'intervention — Demande accueillie.

Norberg c. Wynrib..... 226

Responsabilité délictuelle — Voies de fait — Moyens de défense — Consentement — Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Le consentement de la patiente constitue-t-il un moyen de défense opposable à des voies de fait? — Y a-t-il absence de droit d'action pour cause d'illégalité ou d'immoralité? — Détermination des dommages-intérêts.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Trusts — Fiduciary duty — Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether fiduciary relationship — If so, whether breach of relationship.

### **Norberg v. Wynrib (re-hearing)..... 318**

Judgment — Interest — Judgment not addressing issue of interest on award of aggravated damages for sexual assaults — Re-hearing as to interest.

### **R. v. Arnold..... 208**

Criminal law — Secret commissions — Elements of offence — Accused acting as financial planners selling housing units to their clients — Commissions paid to accused by promoters of projects for sale of units — Whether accused guilty of corruptly accepting a benefit under s. 426(1)(a) of Criminal Code — Whether accused made timely and adequate disclosure to their principals — Whether Crown required to prove existence of corrupt bargain between giver and taker — Meaning of word "corruptly" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426(1)(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Accused acting as financial planners selling housing units to their clients — Commissions paid to accused by promoters of projects for sale of units — Statement made by one of the accused to plain-clothes RCMP officer investigating general partner involved in projects — Accused later charged with receiving secret commissions — Whether statement should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

### **R. v. Bennett..... 168**

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay in this case not unreasonable.

### **R. v. D. (S.)..... 161**

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Young offenders — Societal interest in prompt proceedings against young offenders merely one of factors to be balanced — Time required for application for transfer to adult court part of inherent time requirements under Young Offenders Act — Transfer application must be made within reasonable time — Delay in this case not unreasonable.

### **R. v. Guthrie..... 222**

Criminal law — Fraud — Charge to jury — Allegation of misrepresentation of value of strip bonds offered to bank as security — Vital issue as to whom bank relied on when it made the loans adequately dealt with.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Contrats — Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Y a-t-il eu inexécution de contrat?

Fiducies — Obligation fiduciaire — Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Y a-t-il rapport fiduciaire? — Dans l'affirmative, y a-t-il eu violation de ce rapport?

### **Norberg c. Wynrib (nouvelle audition)..... 318**

Jugement — Intérêts — Question des intérêts sur les dommages-intérêts majorés accordés pour les agressions sexuelles non abordée dans le jugement — Nouvelle audition portant sur les intérêts.

### **R. c. Arnold..... 208**

Droit criminel — Commissions secrètes — Éléments de l'infraction — Vente par les accusés agissant à titre de planificateurs financiers d'unités d'habitation à leurs clients — Commissions versées aux accusés par les promoteurs des projets relativement à la vente des unités — Les accusés sont-ils coupables, en vertu de l'art. 426(1)a) du Code criminel, d'avoir, par corruption, accepté un bénéfice? — Les accusés ont-ils fait une divulgation appropriée et en temps opportun à leurs co-mettants? — Le ministère public est-il tenu de prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant? — Signification de l'expression "par corruption" — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1)a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Vente par les accusés agissant à titre de planificateurs financiers d'unités d'habitation à leurs clients — Commissions versées aux accusés par les promoteurs des projets relativement à la vente des unités — Déclaration faite par l'un des accusés à un agent en civil de la GRC qui enquêtait sur le commandité intéressé dans les projets — Accusés inculpés par la suite d'avoir reçu des commissions secrètes — La déclaration devrait-elle être exclue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

### **R. c. Bennett..... 168**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.

### **R. c. D. (S.)..... 161**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Jeunes contrevenants — L'intérêt qu'a la société à ce que les procédures contre des jeunes contrevenants se déroulent promptement n'est qu'un des facteurs qu'il faut soupeser — Le délai nécessaire à une demande de renvoi à un tribunal pour adultes fait partie des délais inhérents à des pour-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. J. (M.A.)** ..... 166

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Young offenders — Societal interest in proceeding expeditiously with charges under Young Offenders Act — Delay in this case not unreasonable.

### **R. v. Kelly**..... 170

Criminal law — Secret commissions — Elements of offence — Accused acting as financial investment advisor selling housing units to his clients — Commissions paid to accused by development company for sale of units not disclosed to clients — Whether accused guilty of corruptly accepting a reward or benefit under s. 426(1)(a) of Criminal Code — Whether Crown required to prove existence of corrupt bargain between giver and taker — Meaning of word "corruptly" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426(1)(a).

### **R. v. Murdock**..... 164

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay in this case not unreasonable.

## SOMMAIRE (Fin)

suites fondées sur la Loi sur les jeunes contrevenants — La demande de renvoi doit être faite dans un délai raisonnable — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.

### **R. c. Guthrie**..... 222

Droit criminel — Fraude — Exposé au jury — Allégation de fausse déclaration quant à la valeur d'obligations résiduelles données en garantie à une banque — A-t-on répondu adéquatement à la question fondamentale de savoir à qui la banque s'est fiée lorsqu'elle a consenti les prêts?

### **R. c. J. (M.A.)** ..... 166

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Jeunes contrevenants — Intérêt de la société à ce que les accusations portées en vertu de la Loi sur les jeunes contrevenants soient instruites promptement — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.

### **R. c. Kelly**..... 170

Droit criminel — Commissions secrètes — Éléments de l'infraction — Vente par l'accusé agissant à titre de conseiller en placements d'unités d'habitation à ses clients — Non-divulgateion aux clients des commissions versées à l'accusé par la société immobilière relativement à la vente des unités — L'accusé est-il coupable, en vertu de l'art. 426(1)a) du Code criminel, d'avoir, par corruption, accepté une récompense ou un bénéfice? — Le ministère public est-il tenu de prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant? — Signification de l'expression "par corruption" — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1)a).

### **R. c. Murdock**..... 164

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Stephen D., Paul C., Wayne B., Wayne S.,  
Wayne H. and Otis R.** *Respondents*

INDEXED AS: R. v. D. (S.)

File No.: 22563.

1992: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Young offenders — Societal interest in prompt proceedings against young offenders merely one of factors to be balanced — Time required for application for transfer to adult court part of inherent time requirements under Young Offenders Act — Transfer application must be made within reasonable time — Delay in this case not unreasonable.*

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; **referred to:** *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199.

#### Statutes and Regulations Cited

*Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 4 O.R. (3d) 225, 48 O.A.C. 1, 66 C.C.C. (3d) 173, 6 C.R. (4th) 96, setting aside convictions for sexual assault and unlawful confinement and entering stays. Appeal allowed.

*C. Jane Arnup*, for the appellant.

*Timothy E. Breen*, for the respondent Stephen D.

*Peter J. Connelly*, for the respondent Paul C.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Stephen D., Paul C., Wayne B., Wayne S.,  
Wayne H. et Otis R.** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: R. c. D. (S.)

<sup>b</sup>

N<sup>o</sup> du greffe: 22563.

1992: 4 juin.

<sup>c</sup>

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

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

<sup>d</sup>

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Jeunes contrevenants — L'intérêt qu'a la société à ce que les procédures contre des jeunes contrevenants se déroulent promptement n'est qu'un des facteurs qu'il faut soupeser — Le délai nécessaire à une demande de renvoi à un tribunal pour adultes fait partie des délais inhérents à des poursuites fondées sur la Loi sur les jeunes contrevenants — La demande de renvoi doit être faite dans un délai raisonnable — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.*

<sup>f</sup>

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; **arrêt mentionné:** *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

<sup>g</sup>

#### Lois et règlements cités

*Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1.

<sup>h</sup>

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 4 O.R. (3d) 225, 48 O.A.C. 1, 66 C.C.C. (3d) 173, 6 C.R. (4th) 96, qui a annulé des déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et de séquestration et ordonné des arrêts de procédures. Pourvoi accueilli.

<sup>i</sup>

*C. Jane Arnup*, pour l'appelante.

*Timothy E. Breen*, pour l'intimé Stephen D.

*Peter J. Connelly*, pour l'intimé Paul C.



*Michelle K. Fuerst*, for the respondents  
Wayne B. and Wayne S.

*Michelle K. Fuerst*, pour les intimés Wayne B.  
et Wayne S.

*Carolyn L. MacDonald*, for the respondent  
Wayne H.

*Carolyn L. MacDonald*, pour l'intimé Wayne H.

*Thomas J. P. Carey*, for the respondent Otis R.

*Thomas J. P. Carey*, pour l'intimé Otis R.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

LAMER C.J.—The Court is ready to hand down  
judgment. The judgment will be pronounced by  
Mr. Justice Sopinka.

LE JUGE EN CHEF LAMER—La Cour est prête à  
rendre jugement. Le jugement sera prononcé par le  
juge Sopinka.

SOPINKA J.—This appeal as of right raises the  
issue of the application to proceedings under the  
*Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, of the  
principles recently expressed by this Court in *R. v.*  
*Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, released March 26,  
1992. While the societal interest recognized in *R.*  
*v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, and affirmed in *R.*  
*v. Morin*, requires that account be taken of the fact  
that charges against young offenders be proceeded  
with promptly, it is merely one of the factors to be  
balanced with others in the manner set out in *R. v.*  
*Morin*. Applying those factors, we agree with the  
conclusion of the trial judge that the delay com-  
plained of was not unreasonable. We agree with  
the conclusion of Catzman J.A. in the Court of  
Appeal that the time required for an application for  
transfer to adult court and appeals relating thereto  
is part of the inherent time requirements of a case  
under the *Young Offenders Act*. The application for  
transfer must, however, be made within a reason-  
able time and pursued meritoriously and in good  
faith. In this case, the trial judge found that the  
application could not have reasonably proceeded  
faster. As did Catzman J.A., we see no reason to  
disturb this finding. The respondents quite prop-  
erly conceded that the delay from January 12, 1989  
to June 5, 1989 was not unreasonable.

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi de plein droit  
soulève la question de l'application, aux procé-  
dures en vertu de la *Loi sur les jeunes contreve-*  
*nants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, des principes  
énoncés récemment par notre Cour dans l'arrêt *R.*  
*c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, rendu le 26 mars  
1992. Bien que l'intérêt de la société, dont l'exis-  
tence a été reconnue dans *R. c. Askov*, [1990]  
2 R.C.S. 1199, et confirmée dans *R. c. Morin*,  
exige que l'on prenne en considération le fait que  
les accusations portées contre des jeunes contreve-  
nants doivent être instruites promptement, ce n'est  
là qu'un seul des facteurs qu'il faut soupeser avec  
d'autres de la manière énoncée dans *R. c. Morin*.  
Appliquant ces facteurs, nous sommes d'accord  
avec la conclusion du juge du procès que le délai  
dont on s'est plaint n'était pas déraisonnable. Nous  
sommes d'accord avec la conclusion du juge  
Catzman de la Cour d'appel que le délai nécessaire  
à une demande de renvoi à un tribunal pour adultes  
et aux appels y relatifs fait partie des délais inhé-  
rents à des poursuites fondées sur la *Loi sur les*  
*jeunes contrevenants*. La demande de renvoi doit  
cependant être faite dans un délai raisonnable, être  
bien motivée et reposer sur la bonne foi. En l'es-  
pèce, le juge du procès a conclu que la demande  
n'aurait pas pu raisonnablement suivre son cours  
plus rapidement. À l'instar du juge Catzman, nous  
ne voyons aucun motif de modifier cette conclu-  
sion. Les intimés ont reconnu tout à fait à bon droit  
que le délai compris entre le 12 janvier 1989 et le 5  
juin 1989 n'était pas déraisonnable.

Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal of Ontario is set aside and the case is remitted to the Court of Appeal for disposition of the other issues.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Stephen D.: Rosen, Fleming, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Paul C.: Danson & Zucker, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Wayne B. and Wayne S.: Gold & Fuerst, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Wayne H.: Carolyn L. MacDonald, Newmarket.*

*Solicitors for the respondent Otis R.: Carey & Froud, Mississauga.*

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario est infirmé et l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur les autres questions.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Stephen D.: Rosen, Fleming, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Paul C.: Danson & Zucker, Toronto.*

*Procureurs des intimés Wayne B. et Wayne S.: Gold & Fuerst, Toronto.*

*Procureur de l'intimé Wayne H.: Carolyn L. MacDonald, Newmarket.*

*Procureurs de l'intimé Otis R.: Carey & Froud, Mississauga.*

**Terrance Murdock** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MURDOCK

File No.: 22632.

1992: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay in this case not unreasonable.***Cases Cited****Applied:** *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered September 5, 1991 allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings ordered by Beaulne Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

*Christopher McAviney*, for the appellant.*Scott C. Hutchison* and *David G. Algie*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Hutchison. The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Mr. Justice Sopinka.

SOPINKA J.—This appeal, which is here as of right, is governed by the principles expressed by this Court in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, released March 26, 1992. Applying those principles, we agree with the conclusion of the Court of**Terrance Murdock** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MURDOCK

<sup>b</sup> N° du greffe: 22632.

1992: 4 juin.

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

<sup>c</sup>

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.***Jurisprudence**<sup>e</sup> **Arrêt appliqué:** *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 5 septembre 1991, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'arrêt des procédures ordonné par le juge Beaulne de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

*Christopher McAviney*, pour l'appellant.<sup>g</sup> *Scott C. Hutchison* et *David G. Algie*, pour l'intimée.<sup>h</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par<sup>i</sup> LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> Hutchison. La Cour est prête à rendre jugement. Le jugement sera prononcé par le juge Sopinka.LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi de plein droit est régi par les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, rendu le 26 mars 1992. Appliquant ces principes, nous sommes d'accord avec la conclusion de la Cour

Appeal that the delay in this case was not unreasonable. Accordingly, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Christopher R. McAviney, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

d'appel que le délai dont il est question ici n'était pas déraisonnable. Le pourvoi est donc rejeté.

*Jugement en conséquence.*

<sup>a</sup> *Procureur de l'appellant: Christopher R. McAviney, Ottawa.*

<sup>b</sup> *Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**M.A.J. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. J. (M.A.)

File No.: 22531.

1992: June 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Young offenders — Societal interest in proceeding expeditiously with charges under Young Offenders Act — Delay in this case not unreasonable.*

**Cases Cited**Applied: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.**Statutes and Regulations Cited***Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 3 O.R. (3d) 241, 46 O.A.C. 136, allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings ordered by Bradley Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

*Frank Addario and Brian Weagant*, for the appellant.

*C. Jane Arnup and David Butt*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—It will not be necessary to hear from you Ms. Arnup. The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Mr. Justice Sopinka.

**M.A.J. Appellant**

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. J. (M.A.)

N° du greffe: 22531.

<sup>b</sup> 1992: 5 juin.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Jeunes contrevenants — Intérêt de la société à ce que les accusations portées en vertu de la Loi sur les jeunes contrevenants soient instruites promptement — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.*

<sup>e</sup> **Jurisprudence**Arrêt appliqué: *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.<sup>f</sup> **Lois et règlements cités***Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1.

<sup>g</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 3 O.R. (3d) 241, 46 O.A.C. 136, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'arrêt des procédures ordonné par le juge Bradley de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

<sup>h</sup> *Frank Addario et Brian Weagant*, pour l'appellant.

*C. Jane Arnup et David Butt*, pour l'intimée.

<sup>i</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>j</sup> LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre Me Arnup. La Cour est prête à rendre jugement. Le jugement sera prononcé par le juge Sopinka.

SOPINKA J.—This appeal as of right is governed by this Court's decision in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, released March 26, 1992. Taking into account the factors referred to in *Morin*, including the societal interest in proceeding expeditiously with charges under the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, we agree with the Court of Appeal that there was no unreasonable delay in this case. The appeal is therefore dismissed.

The application to adduce fresh evidence is dismissed.

The application for costs is dismissed on the undertaking of the respondent to support any application for funding by the appellant.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Canadian Foundation for Children, Youth & the Law, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi de plein droit est régi par l'arrêt de notre Cour *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, rendu le 26 mars 1992. Compte tenu des facteurs mentionnés dans l'arrêt *Morin*, y compris l'intérêt qu'a la société à ce que les accusations portées en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, soient instruites promptement, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'il n'y a pas eu de délai déraisonnable en l'espèce. Le pourvoi est donc rejeté.

La demande de production de nouveaux éléments de preuve est rejetée.

La demande d'adjudication de dépens est rejetée compte tenu de l'engagement de l'intimée à appuyer toute demande de financement de l'appellant.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelant: Canadian Foundation for Children, Youth & the Law, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Reginald Bennett** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BENNETT

File No.: 22532.

1992: June 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay in this case not unreasonable.***Cases Cited****Applied:** *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 3 O.R. (3d) 193, 46 O.A.C. 99, 64 C.C.C. (3d) 449, 6 C.R. (4th) 22, 7 C.R.R. (2d) 145, allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings ordered by Stortini J. (1990), 11 W.C.B. (2d) 461. Appeal dismissed.

*Melvyn Green*, for the appellant.*David Butt*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Butt. The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Mr. Justice Sopinka.

SOPINKA J.—This appeal as of right is governed by the principles expressed by this Court in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, released March 26, 1992. We do not share the views of the appellant with respect to the emphasis placed on statistics.

**Reginald Bennett** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BENNETT

N<sup>o</sup> du greffe: 22532.

1992: 5 juin.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO<sup>d</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.***Jurisprudence**<sup>e</sup> **Arrêt appliqué:** *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 3 O.R. (3d) 193, 46 O.A.C. 99, 64 C.C.C. (3d) 449, 6 C.R. (4th) 22, 7 C.R.R. (2d) 145, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'arrêt des procédures ordonné par le juge Stortini (1990), 11 W.C.B. (2d) 461. Pourvoi rejeté.

<sup>g</sup> *Melvyn Green*, pour l'appelant.*David Butt*, pour l'intimée.

<sup>h</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>i</sup> LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> Butt. La Cour est prête à rendre jugement. Le jugement sera prononcé par le juge Sopinka.

<sup>j</sup> LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi de plein droit est régi par les principes énoncés dans l'arrêt de notre Cour *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, rendu le 26 mars 1992. Nous ne partageons pas les opinions de l'appelant au sujet de l'importance attachée aux

Applying the factors in *Morin*, we agree with the conclusion reached by the Court of Appeal that there was no unreasonable delay in this case. The appeal is therefore dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

statistiques. Appliquant les facteurs de l'arrêt *Morin*, nous sommes d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel qu'il n'y a pas eu de délai déraisonnable en l'espèce. Le pourvoi est donc rejeté.

<sup>a</sup>

*Jugement en conséquence.*

<sup>b</sup> *Procureurs de l'appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*



**William Thomas Kelly** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KELLY

File No.: 21719.

1991: October 31; 1992: June 11.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson\* and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Secret commissions — Elements of offence — Accused acting as financial investment advisor selling housing units to his clients — Commissions paid to accused by development company for sale of units not disclosed to clients — Whether accused guilty of corruptly accepting a reward or benefit under s. 426(1)(a) of Criminal Code — Whether Crown required to prove existence of corrupt bargain between giver and taker — Meaning of word “corruptly” — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426(1)(a).*

The accused was charged with four counts of corruptly accepting a reward or benefit contrary to s. 426(1)(a) of the *Criminal Code*. He was one of the principals of a company (“KPA”) which offers, for a fee, financial planning services, including advice respecting investment in real estate and tax planning strategies. In 1980, the accused persuaded a property development company to give KPA the exclusive right to sell the units of its MURB project. KPA sold all the units, mainly to its clients, within the relatively short time prescribed in the agreement and received a commission from the development company for each unit sold. These commissions were the same as those which the development company would have paid to any salesman. At trial, the evidence indicated that KPA’s clients were unaware of the commissions paid by the development company to KPA. At their initial meeting with new clients, KPA only gave vague and general information as to its sources of remuneration on a “white board”. The accused himself later advised his associates

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**William Thomas Kelly** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. KELLY

<sup>b</sup> N° du greffe: 21719.

1991: 31 octobre; 1992: 11 juin.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson\* et Iacobucci.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Commissions secrètes — Éléments de l'infraction — Vente par l'accusé agissant à titre de conseiller en placements d'unités d'habitation à ses clients — Non-divulgation aux clients des commissions versées à l'accusé par la société immobilière relative-<sup>d</sup> ment à la vente des unités — L'accusé est-il coupable, en vertu de l'art. 426(1)a) du Code criminel, d'avoir, <sup>e</sup> par corruption, accepté une récompense ou un bénéfice? — Le ministère public est-il tenu de prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant? — Signification de l'expression «par corruption» — Code criminel, L.R.C. (1985), <sup>f</sup> ch. C-46, art. 426(1)a).*

L'accusé a fait l'objet de quatre chefs d'accusation d'avoir, par corruption, accepté une récompense ou un bénéfice en contravention de l'al. 426(1)a) du *Code criminel*. Il était l'un des dirigeants d'une société («KPA») qui offre, moyennant des frais, des services de planification financière, y compris des conseils en placements immobiliers ainsi que des renseignements sur des stratégies de planification fiscale. En 1980, l'accusé a convaincu une société immobilière de consentir à KPA le droit exclusif de vente des unités de son projet d'IRLM. KPA a vendu toutes les unités, principalement à ses clients, dans le délai relativement court prévu dans l'entente et a reçu une commission de la société immobilière pour chacune des unités vendues. Les commissions étaient les mêmes que celles que la société immobilière aurait versées à tout vendeur. En première instance, la preuve a révélé que les clients de KPA ne savaient pas que celle-ci recevait des commissions de la société immobilière. Lors de la première rencontre avec un client, KPA inscrivait sur un «tableau blanc» seulement

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

that, with respect to the MURB project, he did not want further disclosures in writing. In defence, the accused testified that the clients purchasing the MURB units should have known of the commissions to be paid to KPA from two small references in the Offering Memoranda on the "Issuing and Sales Costs". The accused was convicted on all four counts. The trial judge found that he had an obligation to make full, frank and fair disclosure of the sales commission. The majority of the Court of Appeal affirmed the conviction. The question raised on this appeal is what the Crown must prove in order to obtain a conviction pursuant to s. 426(1)(a) of the *Criminal Code*. In particular, this Court must determine whether s. 426 has any application where the party making the payments was not part of a corrupt bargain with the taker.

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

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: In preserving the integrity of the agency relationship and protecting the vulnerable principals, s. 426 of the *Code* acknowledges the importance of that relationship in our society. There are three elements to the *actus reus* of the offence set out in s. 426(1)(a)(ii) as they apply to an accused agent/taker with regard to the acceptance of a commission: (1) the existence of an agency relationship; (2) the accepting by the agent of a benefit as consideration for doing or forbearing to do any act in relation to the affairs of the agent's principal; and (3) the failure by the agent to make adequate and timely disclosure of the source, amount and nature of the benefit. The word "corruptly" adds that third element to the *actus reus* of the offence. This word in the context of secret commissions means secretly or without the requisite disclosure. The Crown is not required to prove the existence of a corrupt bargain between the giver and the taker of the reward or benefit. It is thus possible to convict a taker despite the innocence of the giver.

The requisite *mens rea* must also be established for each element of the *actus reus*. Pursuant to s. 426(1)(a)(ii), an accused agent/taker (1) must be aware of the agency relationship, (2) must knowingly accept the benefit as consideration for an act to be undertaken in relation to the affairs of the principal, and

des renseignements vagues et généraux sur ses grandes sources de rémunération. L'accusé a lui-même avisé ses associés qu'il ne voulait pas donner davantage de précisions écrites relativement au projet d'IRLM. En défense, l'accusé a témoigné que les deux courtes mentions traitant des «Frais d'émission et de vente» dans la notice d'offre auraient dû permettre aux clients acheteurs d'IRLM de savoir que KPA recevait des commissions. L'accusé a été déclaré coupable relativement aux quatre chefs d'accusation. Le juge du procès a conclu que l'accusé avait l'obligation de divulguer les commissions d'une manière complète, franche et impartiale. La Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité. La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir quels sont les éléments que le ministère public doit prouver pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 426(1)a) du *Code criminel*. Il s'agit tout particulièrement de déterminer si l'art. 426 est applicable dans le cas où l'auteur des paiements n'a pas conclu une affaire entachée de corruption avec l'acceptant.

*Arrêt* (le juge Sopinka est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: En préservant l'intégrité du mandat et en protégeant les commettants vulnérables, l'art. 426 du *Code* reconnaît l'importance du rapport que le mandat implique dans notre société. L'*actus reus* de l'infraction prévue au sous-al. 426(1)a)(ii) comporte trois éléments qui devront être établis en cas d'accusation contre un agent-acceptant relativement à l'acceptation d'une commission: (1) l'existence d'un mandat; (2) l'acceptation par l'agent d'un bénéfice à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire un acte relatif aux affaires de son commettant; et (3) l'omission de la part de l'agent de divulguer d'une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice. L'expression «par corruption» ajoute ce troisième élément à l'*actus reus* de l'infraction. Dans le contexte des commissions secrètes, cette expression signifie qu'elles ont été versées secrètement ou qu'elles n'ont pas été divulguées comme il se doit. Le ministère public n'est pas tenu de prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant de la récompense ou du bénéfice. L'acceptant peut donc être déclaré coupable malgré l'innocence du donneur.

La *mens rea* requise doit aussi être établie pour chacun des éléments de l'*actus reus*. Conformément au sous-al. 426(1)a)(ii), l'agent-acceptant accusé doit: (1) être au courant de l'existence du mandat; (2) avoir accepté sciemment le bénéfice à titre de contrepartie pour un acte à être fait relativement aux affaires du com-

(3) must be aware of the extent of the disclosure to the principal or lack thereof. When an accused is aware that some disclosure was made, the court must determine whether, in all the circumstances of the particular case, the disclosure was in fact adequate and timely.

Here, the Crown has established all the elements requisite for conviction under s. 426. It is clear that an agency relationship existed between the accused and his clients and that he was aware of the existence of that relationship. It is also clear that the nature of the commission paid by the development company was to encourage the accused to influence his clients to purchase the MURB units and that he was aware of this intention. He accepted the commission secretly and influenced the affairs of his principals. Finally, the payment of the commission was not disclosed in an adequate and timely manner. At the time of the sales, KPA's clients were not aware that KPA would receive a sales commission from the development company for each MURB unit sold to KPA clients. KPA disclosure of its sources of remuneration was vague and general and did not meet the objectives of s. 426. The accused himself made a conscious decision to limit the extent of the disclosure. While the Offering Memoranda for the MURB units contained two one-line references to "Issuing and Sales Costs" for the projects, there was no specific reference to the fact that it was the accused who was to receive these costs as a commission.

*Per McLachlin J.:* Lack of disclosure is an element of the *actus reus* of the offence of taking a secret commission under s. 426(1)(a)(ii) of the *Code*, and awareness of that lack of disclosure is an element of its *mens rea*. No corrupt bargain is required. However, since criminal law must be certain and definitive, the time and the degree of disclosure must be clearly defined. Agents must be given fair notice in advance whether a proposed course of conduct is criminal. With respect to the timing of disclosure, certainty requires that where the gravamen of the offence is the taking of a secret commission disclosure to the principal must be made by the time the commission is accepted. If the agent accepts a commission without beforehand (or simultaneously) advising the principal of the fact, the offence is established. With respect to the degree of disclosure, it is not enough to state at the beginning of a relationship between an agent and his principal that commissions may from time to time be taken. The requirements of s. 426(1)(a)(ii) will only be satisfied if the agent discloses to the principal that he will receive a commission with respect to the

mettant; et (3) être au courant de l'étendue de la divulgation au commettant ou de l'absence de divulgation. Si l'accusé savait qu'il y a eu divulgation, il reviendra alors à la cour de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, elle a été faite de façon appropriée et en temps opportun.

En l'espèce, le ministère public a prouvé tous les éléments requis pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 426. Il n'y a pas de doute qu'il y avait un mandat entre l'accusé et ses clients et que l'accusé était au courant de l'existence de ce mandat. En outre, de toute évidence, la commission payée par la société immobilière visait à inciter l'accusé à influencer ses clients pour qu'ils achètent les unités d'IRLM, et l'accusé était au courant de cette intention. Il a accepté la commission secrètement et a influencé les affaires de ses commettants. Enfin, le paiement de la commission n'a pas été divulgué d'une façon appropriée et en temps opportun. Au moment des ventes, les clients de KPA ne savaient pas que KPA recevrait une commission de la société immobilière relativement à la vente de chaque unité d'IRLM vendue aux clients de KPA. La divulgation faite par KPA de ses sources de rémunération était vague et générale et ne satisfait pas aux objectifs de l'art. 426. L'accusé a pris consciemment la décision de restreindre la divulgation. Bien que les notices d'offre pour les IRLM renfermaient deux mentions d'une ligne traitant des «Frais d'émission et de vente» pour les projets, il n'y avait aucune mention expresse du fait que c'était l'accusé qui devait recevoir ces frais à titre de commissions.

*Le juge McLachlin:* L'absence de divulgation constitue un élément de l'*actus reus* de l'infraction d'acceptation d'une commission secrète aux termes du sous-al. 426(1)(a)(ii) du *Code* et la connaissance de cette absence de divulgation est un élément de la *mens rea*. Il n'est pas nécessaire que l'affaire soit entachée de corruption. Cependant, puisque le droit pénal doit être précis et définitif, le moment et l'étendue de la divulgation doivent être clairement définis. L'agent doit recevoir un avertissement suffisant que l'acte qu'il se propose d'accomplir est criminel. En ce qui a trait au moment de la divulgation, pour qu'il y ait certitude lorsque l'élément essentiel de l'infraction est l'acceptation d'une commission secrète, il faut que la divulgation au commettant soit faite au moment où la commission est acceptée. Si l'agent accepte une commission sans en informer le commettant au préalable (ou simultanément), l'infraction est commise. En ce qui concerne l'étendue de la divulgation, il n'est pas suffisant de mentionner au début d'une relation entre un agent et son commettant qu'il pourra y avoir acceptation de commissions à l'occasion.

transaction in question. The amount of the commission is secondary and need not be disclosed in order to escape liability. The communication that the agent will receive a commission with respect to the particular transaction in issue will put the principal on notice that the agent is in a potential conflict of interest. Here, since there was no disclosure of the particular commission to the principals involved, the offence is made out.

*Per Sopinka J. (dissenting):* When an agent is charged with accepting a benefit under s. 426(1)(a)(ii) of the Code, it must be established that he accepted the benefit as a *quid pro quo* to influence him. To secure a conviction, the Crown must prove two essentials of the mental element of the offence: (1) that the benefit was so accepted with the agent's knowledge or belief that it was given for the purpose of influencing him; and (2) that the agent entered into the transaction *mala fide*. The first requirement looks to the state of mind of the agent at the time of the transaction. The corruption in this action is the belief that the valuable consideration is intended to influence the agent to show favour to some person in relation to the affairs of his principal. The taker is thus caught even if he was mistaken as to the true intention of the giver. The offence is complete without the necessity of showing that the agent was in fact influenced in his actions. It is his state of mind in accepting the consideration that is crucial. The second requirement is most easily satisfied through proof of dishonesty. Non-disclosure by the taker is not synonymous with the terms "corruptly" or *mala fides*, although it may be a strong indicator that the agent has acted in bad faith. In some situations disclosure or the intent to disclose will be highly relevant.

In this case, the accused should be acquitted. While he sold most of the units to his clients, that was not because he was influenced by the development company to do so nor because he believed that this was the intended purpose of either the agreement with that company or the payments. The agreement was entered into at arm's length, the commissions were the same amount as was paid to any other salesmen and they were to be paid regardless of to whom the units were sold. The decision to sell to his clients was one that the accused made unilaterally. His failure to make full disclosure

Les exigences du sous-al. 426(1)(a)(ii) ne seront satisfaites que si l'agent dit au commettant qu'il recevra une commission relativement à l'opération en question. Le montant de la commission est secondaire et n'a pas à être divulgué pour fins d'exonération. La divulgation au commettant du fait que l'agent recevra une commission relativement à une opération donnée l'informerá que l'agent risque d'être dans une situation de conflit d'intérêts. En l'espèce, il n'y a eu aucune divulgation des commissions aux commettants en cause. En conséquence, il y a eu perpétration de l'infraction.

*Le juge Sopinka (dissident):* Lorsqu'un agent est accusé, en vertu du sous-al. 426(1)(a)(ii) du Code, d'avoir accepté une récompense ou un bénéfice, il faut démontrer qu'il l'a accepté à titre de contrepartie pour l'influencer. Pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public doit démontrer deux points essentiels de l'élément moral de l'infraction: (1) que l'agent savait ou croyait que le bénéfice qu'il a accepté visait à l'influencer, et (2) que l'agent a conclu l'opération de mauvaise foi. La première exigence tient compte de l'état d'esprit de l'agent au moment de l'opération. La corruption dans cette action est constituée par la croyance que la contrepartie de valeur est destinée à influencer l'agent afin qu'il favorise une certaine personne relativement aux affaires de son commettant. L'acceptant se fait alors prendre même s'il a mal interprété l'intention véritable du donneur. L'infraction est consommée sans qu'il soit nécessaire de démontrer que les actes de l'agent ont effectivement été influencés. Le facteur décisif réside dans l'état d'esprit de l'agent qui accepte la contrepartie. Il est facile de satisfaire à la seconde exigence par une preuve de malhonnêteté. La non-divulgation par l'acceptant n'est pas synonyme de l'expression «par corruption» ou de la mauvaise foi, bien qu'elle puisse constituer un indicateur important de la mauvaise foi de l'agent. Dans certaines situations, la divulgation ou l'intention de divulguer sera très pertinente.

En l'espèce, l'accusé devrait être acquitté. Certes, il a vendu la plupart des unités à ses clients; toutefois, il n'a pas vendu parce qu'il a été poussé par la société immobilière à le faire ni parce qu'il croyait que c'était là le but de l'accord avec cette société ou des paiements. L'accord a été conclu sans lien de dépendance, le montant des commissions était identique à celui payé à tout autre vendeur et elles devaient être versées peu importe à qui les unités étaient vendues. La décision de vendre à ses clients a été prise unilatéralement. Son défaut de divulguer de manière complète constitue une inexécu-

amounted to a breach of his duty but he is not guilty of the offence charged.

### Cases Cited

By Cory J.

**Distinguished:** *Cooper v. Slade* (1858), 6 H.L.C. 746, 10 E.R. 1488; *R. v. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215; **referred to:** *R. v. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98; *R. v. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287; *R. v. Arnold* (1991), 65 C.C.C. (3d) 171; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541.

By McLachlin J.

**Referred to:** *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123.

By Sopinka J. (dissenting)

*R. v. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287; *R. v. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98; *R. v. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215; *R. v. Gallagher* (1987), 29 A. Crim. R. 33; *R. v. Gross* (1945), 86 C.C.C. 68.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 383(1)(a).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426(1)(a).

### Authors Cited

*Bowstead on Agency*, 14th ed. By F. M. B. Reynolds and B. J. Davenport. London: Sweet & Maxwell, 1976.

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 5th ed. London: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 9, 52 C.C.C. (3d) 137, 73 C.R. (3d) 355, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of accepting a secret commission contrary to s. 426(1)(a) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Sopinka J. dissenting.

*Stephen Tick*, for the appellant.

*Patricia J. Donald*, for the respondent.

tion d'obligation, mais il n'est pas coupable de l'infraction imputée.

### Jurisprudence

<sup>a</sup> Citée par le juge Cory

**Distinction d'avec les arrêts:** *Cooper c. Slade* (1858), 6 H.L.C. 746, 10 E.R. 1488; *R. c. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215; **arrêts mentionnés:** *R. c. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98; *R. c. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287; *R. c. Arnold* (1991), 65 C.C.C. (3d) 171; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541.

Citée par le juge McLachlin

<sup>c</sup> **Arrêt mentionné:** *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

<sup>d</sup> Citée par le juge Sopinka (dissident)

<sup>e</sup> *R. c. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287; *R. c. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98; *R. c. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215; *R. c. Gallagher* (1987), 29 A. Crim. R. 33; *R. c. Gross* (1945), 86 C.C.C. 68.

### Lois et règlements cités

<sup>f</sup> *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 383(1)a).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1)a).

### Doctrine citée

<sup>g</sup> *Bowstead on Agency*, 14th ed. By F. M. B. Reynolds and B. J. Davenport. London: Sweet & Maxwell, 1976.

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 5th ed. London: Butterworths, 1983.

<sup>h</sup> <sup>i</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 9, 52 C.C.C. (3d) 137, 73 C.R. (3d) 355, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations d'acceptation d'une commission secrète en contravention de l'al. 426(1)a) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, le juge Sopinka est dissident.

<sup>j</sup> *Stephen Tick*, pour l'appelant.

*Patricia J. Donald*, pour l'intimée.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

CORY J.—The question raised on this appeal is what the Crown must prove in order to obtain a conviction pursuant to s. 426(1)(a) (formerly s. 383(1)(a)) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Particularly, it must be determined whether the section requires that there be a “corrupt bargain” between the “giver” and “taker” of the reward or benefit.

LE JUGE CORY—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir quels sont les éléments que le ministère public doit prouver pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 426(1)a) (anciennement l'al. 383(1)a)) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il faut notamment déterminer si, en vertu de la disposition, il doit y avoir une «affaire entachée de corruption» entre le «donneur» et l'«acceptant» de la récompense ou du bénéfice.

### Factual Background

The appellant William Kelly was one of the principals of Kelly, Peters and Associates Ltd. (“KPA”). This was the central company of a group of companies which offered financial planning services to the general public. KPA and its related companies offered investment counselling to their clients and provided services to implement their planning advice. Clients of KPA were generally successful business people and professionals who earned a good income and required financial advice.

### Les faits

L'appelant William Kelly était l'un des dirigeants de Kelly, Peters and Associates Ltd. («KPA»), la société centrale d'un groupe de sociétés qui offraient au grand public des services de planification financière. KPA et ses sociétés affiliées offraient à leurs clients des conseils en placements ainsi que des services de mise en œuvre des conseils donnés en matière de planification. Dans l'ensemble, les clients de KPA étaient des gens d'affaires et des professionnels prospères, à revenus élevés, qui avaient besoin de conseils financiers.

New clients were, as a rule, charged an advisory fee of \$2,500 for a personalized “Base Plan”. The Plan set out the client's financial situation and made certain basic recommendations regarding the organization of the client's financial affairs. These basic recommendations related to matters such as having a will drawn, purchasing life insurance and investing in registered retirement savings plans.

En principe, on exigeait des nouveaux clients des frais de consultation de 2 500 \$ pour l'établissement d'un «plan de base» personnalisé. Ce plan dressait un tableau de la situation financière du client et lui présentait certaines recommandations de base quant à l'organisation de ses affaires financières: préparation d'un testament, achat d'assurance-vie et investissements dans des régimes enregistrés d'épargne-retraite.

Clients of KPA paid additional advisory or counselling fees for advice respecting investments in real estate and tax planning strategies. These fees ranged between \$2,000 and \$30,000 annually depending on the nature of the advice.

Les clients de KPA payaient des frais de consultation additionnels pour obtenir des conseils en placements immobiliers ainsi que des renseignements sur des stratégies de planification fiscale. Ces frais variaient entre 2 000 \$ et 30 000 \$ par an en fonction de la nature des conseils.

Kelly was convicted of charges arising out of his dealings with Qualico Developments Ltd.

Kelly a été déclaré coupable relativement à des accusations concernant ses opérations avec Qua-

(“Qualico”), a property development company. Each count related to a specific apartment building development marketed by Qualico. Units in these buildings were sold pursuant to the provisions of Canadian tax law respecting Multiple Use Residential Buildings, commonly referred to as MURBs. There is no question that MURBs were often purchased as tax shelters.

Prior to the fall of 1980, KPA had never recommended the purchase of MURBs to its clients. In October of that year, Kelly approached Qualico with regard to a MURB project being built in Vancouver and referred to as Mirror Development. Kelly told the Vancouver branch manager of Qualico that KPA provided financial advice to “good solid” clients who would be interested in investing in the MURBs of the Mirror Development. He persuaded Qualico to give KPA the exclusive right to sell the 112 units of this development.

Qualico had never before dealt with Kelly. As a result KPA was required to post a performance bond of \$112,000. The terms of the agreement required KPA to sell all the units within a relatively short time. The agreement was signed on November 7, 1980. By the 24th of November, all the units were sold. KPA received \$262,000 for the sale of the units and the performance bond was refunded. The majority of the units were sold to KPA clients, although Kelly, his wife, and some of the associates of KPA bought units as well.

KPA marketed three more Qualico projects in the same manner. It received total commissions from the four projects of \$925,586. The fees paid by Qualico to KPA were the same as those which Qualico would have paid to any agent engaged to sell the units.

#### Evidence at Trial

A cross-section of KPA clients testified. Each one of them had bought units in the Qualico MURBs. They all purchased the MURBs upon the recommendation of Kelly or one of his associates.

lico Development Ltd. («Qualico»), une société immobilière. Chacun des chefs d'accusation portait sur un immeuble d'habitation spécifique mis sur le marché par Qualico. Les unités de ces immeubles étaient vendues conformément aux dispositions du droit fiscal canadien applicables aux immeubles résidentiels à logements multiples, communément appelés IRLM. Il n'y a pas de doute que les IRLM ont souvent été achetés à titre d'abris fiscaux.

Avant l'automne 1980, KPA n'avait jamais recommandé à ses clients d'acheter des IRLM. Cette année-là, en octobre, Kelly a fait des démarches auprès de Qualico relativement à un projet d'IRLM, Mirror Development, en cours de construction à Vancouver. Kelly a dit au gérant du bureau de Vancouver de Qualico que KPA fournissait des conseils financiers à de «solides» clients qui seraient intéressés à investir dans les IRLM de Mirror Development. Il a convaincu Qualico de consentir à KPA le droit exclusif de vente des 112 unités du projet.

Qualico n'avait jamais fait affaire avec Kelly. KPA a donc dû fournir une garantie de bonne exécution de 112 000 \$. Aux termes de l'entente, KPA devait vendre toutes les unités dans un délai relativement court. Cette entente a été signée le 7 novembre 1980. Le 24 novembre, toutes les unités étaient vendues. KPA a reçu la somme de 262 000 \$ pour la vente des unités ainsi que le remboursement de sa garantie de bonne exécution. La majorité des unités ont été vendues à des clients de KPA, mais Kelly, son épouse et certains des associés de KPA en ont aussi acheté.

KPA a de la même façon mis sur le marché trois autres projets de Qualico. Elle a reçu des commissions totalisant 925 586 \$ pour les quatre projets. Qualico a versé à KPA les mêmes frais de commission que ceux qu'elle aurait payés à un agent engagé pour la vente des unités.

#### La preuve présentée au procès

Un échantillon des clients de KPA ont témoigné. Chacun d'entre eux s'était porté acquéreur d'unités dans les IRLM de Qualico, sur la recommandation de Kelly ou de l'un de ses associés. Les clients ont

They all testified that they were unaware that Qualico paid KPA a sales commission for each Qualico MURB unit sold to KPA clients.

At their initial meeting with new clients, KPA personnel outlined the history of the firm, the various professional backgrounds of members of the firm, the investment philosophy of the firm, the services the firm could provide, and the various sources of compensation that KPA received either directly, or indirectly through related companies. The presentation took as a rule from one to one and half hours. The explanation of KPA sources of remuneration took less than five minutes. Disclosure of the sources of KPA remuneration was never put in writing to be given to the clients, nor was it raised as a matter of discussion in the initial meeting with the client. Kelly testified that his practice was to write the general sources of KPA remuneration on a "white board" during the first meeting with a new client. Kelly advised associates in his firm that he did not want to put further disclosures with regard to the MURB project in writing.

Kelly, in his evidence, expressed the opinion that clients purchasing the MURBs should have known, from the Offering Memoranda, of the commissions to be paid to KPA. The Offering Memoranda for each of the four projects were lengthy, somewhat complicated booklets. They contained two one-line references to "Issuing and Sales Costs" for the projects. It is not without significance that the accused in cross-examination had great difficulty finding these references in the booklets despite his reliance upon them as providing disclosure of the commissions. The clients of KPA, on the other hand, indicated that they did not read the Offering Memoranda carefully because they relied upon the advice for which they were paying KPA. Significantly, no MURB projects other than Qualico projects were recommended to clients of KPA.

In 1982, the Canadian economy was beset by recession. Those who had invested in real estate could neither find buyers for their property nor

tous témoigné qu'ils ne savaient pas que KPA recevait de Qualico une commission chaque fois qu'elle vendait à l'un de ses clients une unité d'IRLM.

<sup>a</sup> Au cours de la rencontre initiale avec de nouveaux clients, le personnel de KPA présentait l'historique de l'entreprise, les divers antécédents professionnels de ses membres, la philosophie de l'entreprise en matière de placements, les services offerts ainsi que les diverses sources de la rémunération que KPA recevait directement ou indirectement de sociétés affiliées. En principe, cette présentation durait entre une heure et une heure et demie. L'explication des sources de rémunération de KPA prenait moins de cinq minutes. Ces sources n'ont jamais été mentionnées dans les documents remis aux clients et n'étaient jamais soulevées au cours de la rencontre initiale avec le client. Lorsqu'il rencontrait un client pour la première fois, Kelly a témoigné qu'il avait comme habitude d'inscrire sur «un tableau blanc» les grandes sources de rémunération de KPA. Kelly avait informé les associés de l'entreprise qu'il ne voulait pas donner davantage de précisions écrites relativement au projet d'IRLM.

<sup>f</sup> Selon le témoignage de Kelly, la notice d'offre aurait dû permettre aux clients acheteurs d'IRLM de savoir que KPA recevait des commissions. Pour chacun des quatre projets, les notices d'offre étaient des brochures longues et assez compliquées, qui renfermaient deux mentions d'une ligne traitant des [TRADUCTION] «Frais d'émission et de vente». Il importe de signaler que, lors du contre-interrogatoire, l'accusé a lui-même eu beaucoup de difficulté à retrouver ces passages dans les brochures, même s'il se fondait sur celles-ci pour dire qu'il avait divulgué l'existence des commissions. Par contre, les clients de KPA ont indiqué qu'ils n'avaient pas lu attentivement les notices d'offre, se fiant aux conseils que lui fournissait KPA à titre onéreux. Fait révélateur, on n'a jamais recommandé aux clients de KPA d'autres IRLM que ceux de Qualico.

<sup>j</sup> En 1982, l'économie canadienne était en pleine récession. Les investisseurs immobiliers ne pouvaient pas trouver d'acheteurs ni payer leurs créan-



make payments on their debt load. KPA's clients were thoroughly dissatisfied with their investments and were shocked when they found that the appellant had received substantial commissions for selling the MURBs. The appellant was charged with four counts of corruptly accepting a reward or benefit contrary to s. 383(1)(a) (now s. 426(1)(a)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. He was convicted on all four counts: (1987), 1 W.C.B. (2d) 173. A majority of the Court of Appeal dismissed his appeal from conviction: (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 9, 52 C.C.C. (3d) 137, 73 C.R. (3d) 355. He now appeals as of right to this Court based on the dissenting judgment of Hutcheon J.A.

#### The Judgments Below

##### *Provincial Court of British Columbia*

The trial judge found that the timing of the demand from the clients at KPA for MURBs coincided precisely with the two-week period set out in the Qualico agreement for the sale of the units on the Mirror Development. Further, he noted that no other MURBs were recommended to KPA clients until the next Qualico project was ready.

The trial judge then considered the extent of the disclosure of compensation made to the clients with respect to the Qualico transactions. He found that most of KPA's clients were advised verbally that KPA received income from "real estate transactions". With regard to the terms contained in the Offering Memoranda pertaining to "sales costs" and "marketing costs" he observed that, although some experienced clients might have assumed from reading them that commission fees were being paid to KPA for the sale of the MURBs, not one of the clients testified that there was explicit disclosure with regard to the commissions to be received from Qualico.

The trial judge was satisfied that the appellant Kelly was indeed an agent for his clients. Kelly held himself out as a professional financial planner

ciers. Les clients de KPA étaient fort insatisfaits de leurs placements et ont été choqués d'apprendre que l'appellant avait reçu d'importantes commissions relativement à la vente des IRLM. L'appellant a fait l'objet de quatre chefs d'accusation d'avoir, par corruption, accepté une récompense ou un bénéfice en contravention de l'al. 383(1)a) (maintenant l'al. 426(1)a)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Il a été déclaré coupable relativement aux quatre chefs d'accusation: (1987), 1 W.C.B. (2d) 173. La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel contre la déclaration de culpabilité: (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 9, 52 C.C.C. (3d) 137, 73 C.R. (3d) 355. L'appellant se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour par suite de la dissidence du juge Hutcheon.

#### Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

##### *La Cour provinciale de la Colombie-Britannique*

Le juge du procès a conclu que les démarches faites auprès des clients de KPA intéressés à l'achat d'IRLM coïncidaient exactement avec la période de deux semaines, mentionnée dans l'entente conclue avec Qualico pour la vente des unités de Mirror Development. Le juge a aussi noté que KPA n'a recommandé aucun autre achat d'IRLM à ses clients avant l'achèvement du projet suivant de Qualico.

Le juge du procès a ensuite examiné dans quelle mesure il y avait eu divulgation aux clients de la rémunération tirée des opérations avec Qualico. À son avis, la plupart des clients avaient été informés oralement que KPA recevait des revenus d'«opérations immobilières». En ce qui concerne la mention dans les notices d'offre de [TRADUCTION] «frais de vente» et de «frais de commercialisation», il a fait remarquer que certains clients expérimentés auraient pu, à la lecture des notices, conclure au versement de commissions à KPA pour la vente des IRLM; toutefois, aucun des clients n'a témoigné qu'il y avait eu divulgation explicite des commissions reçues de Qualico.

Le juge du procès était convaincu que l'appellant Kelly était en fait l'agent de ses clients. Kelly se représentait comme un conseiller en planification

with special skills. He gave advice on significant and confidential matters. He specifically set out to establish a long-term fiduciary relationship with his clients. He was both an advisor and the implementor of the advice for his clients who were, in that regard, his principals. <sup>a</sup>

The trial judge emphasized that the appellant conducted himself “in a manner that was calculated to result in enjoying his clients’ fullest confidence and trust”. He also observed that “the Accused went a long way out of his way to deliberately close his clients’ eyes to the possibility of corruption”. It was his opinion that the appellant did not disclose the Qualico commissions to his clients. The essence of the judgment is set out in these words: <sup>c</sup>

... he had an obligation to make *full, frank and fair disclosure* of the Qualico fees. At best on the evidence he deliberately made disclosure of those fees a *remote possibility* and not even a probability. In failing to make *adequate* disclosure, I find that the Accused acted dishonestly, unfaithfully, without integrity and therefore corruptly in accepting the Qualico fees. <sup>e</sup>

If his clients had been provided full, frank and fair disclosure some of them probably would not have acted any differently. But some of them might have been in a better position to negotiate down the amount of advisory fees they were paying. Some of them might have questioned both the quality and quantity of M.U.R.B.s they were told to buy. Some of them might have invested in other M.U.R.B.s, the purchase of which would not have resulted in commissions being paid to the Accused. <sup>h</sup>

By contracting secretly with Qualico, the Accused knowingly fettered what he held out to be his professional judgment and put himself in a criminal conflict of interest. [Emphasis in original.] <sup>i</sup>

The trial judge therefore found the appellant guilty as charged on all four counts of the indictment. <sup>j</sup>

financière possédant des compétences spéciales. Il conseillait ses clients relativement à des questions importantes et confidentielles. Il entendait spécifiquement établir un rapport fiduciaire à long terme avec ses clients. Il était conseiller et s’occupait aussi de la mise en œuvre des conseils fournis à ses clients, qui se trouvaient alors, à cet égard, ses commettants.

<sup>b</sup>

Le juge du procès a fait ressortir que l’appelant s’est conduit [TRADUCTION] «d’une manière visant délibérément à bénéficier de la pleine confiance de ses clients». Le juge a aussi précisé que [TRADUCTION] «l’accusé s’est donné beaucoup de mal pour dissimuler délibérément à ses clients la possibilité de corruption». À son avis, l’appelant n’a pas divulgué à ses clients l’existence des commissions. Voici les points essentiels du jugement: <sup>d</sup>

<sup>e</sup>

[TRADUCTION] ... il avait l’obligation de *divulguer d’une manière complète, franche et impartiale* les commissions que lui versait Qualico. D’après les éléments de preuve, il a tout au mieux délibérément tenté de faire de l’existence de ces commissions une *possibilité lointaine*, même pas une probabilité. En omettant de faire une divulgation *appropriée*, l’accusé a, à mon avis, agi d’une façon malhonnête, déloyale, sans intégrité, et donc par corruption, en acceptant les commissions de Qualico. <sup>f</sup>

<sup>g</sup>

S’il avait divulgué d’une manière complète, franche et impartiale l’existence des commissions à ses clients, certains n’auraient peut-être pas agi autrement. Toutefois, certains auraient peut-être été mieux placés pour négocier une réduction des frais de consultation qu’ils payaient. Certains auraient peut-être mis en doute la qualité et le nombre d’IRLM qu’on leur disait d’acheter. Certains auraient peut-être acheté d’autres IRLM, dont l’achat n’aurait peut-être pas entraîné le versement de commissions à l’accusé.

<sup>i</sup>

En négociant secrètement un contrat avec Qualico, l’accusé a sciemment entravé l’exercice de son jugement professionnel et s’est placé dans une situation de conflit d’intérêts criminel. [En italique dans l’original.]

<sup>j</sup>

En conséquence, le juge du procès a déclaré l’appelant coupable relativement aux quatre chefs d’accusation.

*Court of Appeal* (1989), 52 C.C.C. (3d) 137

Locke J.A., writing for the majority, quoted from the reasons of the Saskatchewan Court of Appeal, in *R. v. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98, at p. 118, where that court found that the provisions of s. 383 (now s. 426) are directed toward the preservation of the integrity of employees and agents of a principal and those who deal with them. To that end society has decreed that secret commissions are not acceptable as they compromise the integrity of our commercial life. The essence of this offence involves the taking of a "secret commission". However, if the agent takes a commission with the full knowledge and consent of his principal then no offence is made out.

In the opinion of Locke J.A. the section is designed to prevent agents from being put in a position of temptation. He cited *R. v. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287, at p. 289, for the proposition that "the act of doing the very thing which the statute forbids is a corrupt act within the meaning of the word 'corruptly' used in the section under consideration" (p. 154).

He also determined that this section does not require a "corrupt bargain". He put his position in this way (at p. 155):

... the statute requires a *transaction*, but that transaction need be no more than the giver paying the taker to do something in relation to his client's affairs, and the taker knowing this. Such a transaction can be completely blameless in so far as the giver is concerned, and in the ordinary course of business. But the crime is committed by the taker who receives the money knowing the reason it is paid. That, in my view, is this case.

As I have said, in my opinion the "corruption" can be one-sided only. The precise words of the section do not literally require that the other party to the transaction also be guilty of an offence. [Emphasis in original.]

He was of the view that the acceptance by Kelly of the commission from Qualico was "corrupt"

*La Cour d'appel* (1989), 52 C.C.C. (3d) 137

Le juge Locke, s'exprimant au nom de la majorité, a cité les motifs de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *R. c. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98, à la p. 118; dans cette affaire, la cour a conclu que les dispositions de l'art. 383 (maintenant l'art. 426) visent à préserver l'intégrité des employés et des agents d'un commettant et de ceux qui font affaire avec eux. C'est pourquoi la société a déclaré inacceptables les commissions secrètes puisqu'elles mettent en péril l'intégrité de l'activité commerciale. L'infraction créée vise essentiellement l'acceptation d'une «commission secrète». Toutefois, si l'agent accepte une commission au su et avec le consentement de son commettant, il ne commet pas d'infraction.

De l'avis du juge Locke, de par sa conception, l'article vise à ne pas placer l'agent dans une situation de tentation. Il cite l'arrêt *R. c. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287, à la p. 289, qui dit que [TRADUCTION] «faire la chose même que la loi interdit est un acte entaché de corruption au sens donné à l'expression «par corruption» dans l'article en question» (p. 154).

Il a aussi conclu que l'article n'exige pas l'existence d'une «affaire entachée de corruption» (à la p. 155):

[TRADUCTION] ... la loi prévoit l'existence d'une *opération*, mais il suffit que le donneur paie l'acceptant pour accomplir quelque chose relativement aux affaires de son client et que l'acceptant le sache. Cette opération peut être complètement inoffensive du point de vue du donneur, et être dans le cours normal des affaires. Toutefois, l'acceptant commet un acte criminel s'il connaît la raison pour laquelle l'argent est versé. Selon moi, c'est le cas en l'espèce.

Comme je l'ai mentionné, à mon avis, l'expression «par corruption» peut viser une partie seulement. Le libellé même de l'article n'exige pas littéralement que l'autre partie à l'opération soit également coupable d'une infraction. [En italique dans l'original.]

De l'avis du juge Locke, l'acceptation par Kelly de la commission versée par Qualico était un acte

unless sufficient disclosure was made to the clients of KPA.

He said “it cannot be successfully contended that there is no basis for the trial judge’s finding that there had not been sufficient disclosure of the Qualico commissions” (p. 159). In his view, “[t]he disclosure must be adequate and full in the sense that the principal must be specifically advised, or it be otherwise made so crystal clear that he could not deny he ought to have known. That was not done in this case” (p. 160). As a result the majority dismissed the appeal.

Hutcheon J.A. dissenting found that this section required proof of a “corrupt bargain” between the agent and the third party. He concluded that this section had no application in the absence of a corrupt bargain between the taker and the giver. He then applied his conclusion to the facts of this case in these words (at p. 146):

... Qualico was not a party to a corrupt bargain. The commissions were paid at the ordinary rate and in the ordinary course of business. Qualico knew nothing of the relations between Kelly/Peters and its clients. As I view s. 383, in every case of a completed offence, there must be a giver of the benefit “in consideration of . . .” and a taker of the benefit “in consideration of . . .”. Qualico did not “give” anything; it *paid* the ordinary commission paid other agents. In these circumstances s. 383 of the *Criminal Code* has no application. [Emphasis in original.]

Hutcheon J.A. would have allowed the appeal and set aside the convictions.

### The Issue

The issue on appeal is relatively narrow. It must be based upon the question of law on which Hutcheon J.A. dissented from the majority. The formal order of the Court of Appeal was carefully drawn and settled by that court. The portion per-

entaché de «corruption», sauf s’il y avait eu divulgation suffisante de l’existence de cette commission aux clients de KPA.

<sup>a</sup> Selon lui, [TRADUCTION] «on ne peut prétendre avec succès que le juge du procès n’était pas fondé à conclure qu’il n’y avait pas eu divulgation suffisante de l’existence des commissions versées par Qualico» (p. 159). Il ajoute que [TRADUCTION] «[l]a divulgation doit être appropriée et complète en ce sens que le commettant doit être expressément informé de l’existence des commissions ou elle doit être tellement limpide que le commettant ne pourrait nier qu’il aurait dû être au courant. Cela n’a pas été fait en l’espèce» (p. 160). En conséquence, la Cour d’appel à la majorité a rejeté l’appel.

<sup>d</sup> Le juge Hutcheon, dissident, a conclu que l’alinéa en question exigeait la preuve de l’existence d’une «affaire entachée de corruption» entre l’agent et la tierce partie. À son avis, l’alinéa n’est pas applicable en l’absence d’une affaire entachée de corruption entre le donneur et l’acceptant de la commission. Il a alors appliqué sa conclusion aux faits de l’espèce, à la p. 146:

[TRADUCTION] . . . Qualico n’était pas partie à une affaire entachée de corruption. Les commissions étaient payées au taux habituel et dans le cours normal des affaires. Qualico n’était pas au courant des relations entre Kelly/Peters et ses clients. Selon mon interprétation de l’art. 383, dans chaque cas d’une infraction consommée, il doit y avoir une personne qui donne un bénéfice «à titre de contrepartie . . .» et une personne qui accepte ce bénéfice «à titre de contrepartie . . .». Qualico n’a pas «donné» quoi que ce soit; elle a *payé* la commission habituelle versée aux autres agents. Dans ces circonstances, l’art. 383 du *Code criminel* n’est pas applicable. [En italique dans l’original.]

Le juge Hutcheon aurait accueilli l’appel et annulé les déclarations de culpabilité.

### <sup>i</sup> La question en litige

La question en litige est relativement restreinte. Elle doit se fonder sur la question de droit soulevée par le juge Hutcheon dans sa dissidence. La Cour d’appel a soigneusement rédigé son ordonnance formelle pour trancher le litige. Voici la partie

taining to the dissenting reasons of Hutcheon J.A. is as follows:

AND BE IT FURTHER RECORDED THAT The Honourable Mr. Justice Hutcheon dissented and would have dismissed the appeal, and his dissent was grounded in whole upon the following questions of law:

1. The essence of the case for the Crown was that the commissions were accepted by Kelly/Peters secretly and contrary to Section 383(1)(a) of the Criminal Code. The main issue on this appeal is whether s. 383 has any application where the person making the payments was not part of a corrupt bargain with Kelly. My conclusion is that s. 383 (now s. 426(1)(a)) has no application in such circumstances and the conviction must be quashed.

Thus, it is apparent that the dissenting reasons give rise to only one question of law. Namely, it must be determined whether s. 383 (now s. 426) has any application where the party making the payments, Qualico, was not part of a corrupt bargain with the taker, Kelly. In answering the "corrupt bargain" question, it is necessary to examine this issue in the context of the elements of the offence and the meaning of "corruptly".

#### The Relevant Statutory Provision

Section 426(1) of the *Criminal Code* provides:

**426.** (1) Every one commits an offence who

(a) corruptly

(i) gives, offers or agrees to give or offer to an agent, or

(ii) being an agent, demands, accepts or offers or agrees to accept from any person,

any reward, advantage or benefit of any kind as consideration for doing or forbearing to do, or for having done or forborne to do, any act relating to the affairs or business of his principal or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person with relation to the affairs or business of his principal;

ayant trait aux motifs de dissidence du juge Hutcheon:

[TRADUCTION] QU'IL SOIT EN OUTRE PRIS ACTE DU FAIT QUE le juge Hutcheon est dissident et aurait rejeté l'appel et que sa dissidence se fonde entièrement sur les questions de droit suivantes:

1. Le ministère public devait essentiellement prouver que les commissions avaient été acceptées secrètement par Kelly/Peters et en contravention de l'al. 383(1)a) du Code criminel. En appel, la principale question est de savoir si l'art. 383 est applicable si l'auteur des paiements n'a pas conclu avec Kelly une affaire entachée de corruption. À mon avis, l'art. 383 (maintenant l'al. 426(1)a)) n'est pas applicable dans ces circonstances et la déclaration de culpabilité doit être annulée.

Il est donc évident que les motifs de dissidence soulèvent une seule question de droit. Il s'agit de déterminer si l'art. 383 (maintenant l'art. 426) est applicable dans le cas où l'auteur des paiements, en l'occurrence Qualico, n'a pas conclu une affaire entachée de corruption avec l'acceptant, Kelly. Pour répondre à cette question, il faut l'examiner dans le contexte des éléments de l'infraction et de l'interprétation donnée à l'expression «par corruption».

#### La disposition législative pertinente

Voici le texte du par. 426(1) du *Code criminel*:

**426.** (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

a) par corruption:

(i) donne ou offre, ou convient de donner ou d'offrir, à un agent,

(ii) étant un agent, exige ou accepte ou offre ou convient d'accepter, de qui que ce soit,

une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque sorte à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire, ou pour avoir fait ou s'être abstenu de faire, un acte relatif aux affaires ou à l'entreprise de son commettant ou pour témoigner ou s'abstenir de témoigner de la faveur ou de la défaveur à une personne quant aux affaires ou à l'entreprise de son commettant;

### The Importance of the Agency Relationship

Before considering the purpose of s. 426, something must be said of the importance of the agency relationship in today's society. Society today simply could not function without the services of agents. The number of the principal/agent relationships is legion. It is difficult to sell a house or commercial property without relying upon a real estate agent. It is difficult to place insurance of any kind without consulting an insurance agent. Holidays are arranged through a travel agent. Brokers act as agents in the most complex and difficult financial transactions. Solicitors act as agents for their clients.

With increasing frequency financial advisors are acting as agents for their clients. Very often business and professional people earning a good income are too busy earning that income to properly arrange their financial affairs. They turn to financial advisors for assistance. The principal/agent relationship is almost invariably based upon the disclosure by the principal to the agent of confidential information. The relationship is founded upon the trust and confidence that the principal can repose in the advice given and the services performed by the agent.

### The Nature of Agency

In *The Law of Agency* (5th ed. 1983), Fridman suggests at p. 9 the following definition of agency:

Agency is the relationship that exists between two persons when one, called the *agent*, is considered in law to represent the other, called the *principal*, in such a way as to be able to affect the principal's legal position in respect of strangers to the relationship by the making of contracts or the disposition of property. [Emphasis in original.]

The principal must be able to place trust and confidence in the agent since the agent has the authority to affect the legal position of the principal. This is perhaps the focus of the relationship. In essence the agent acts to achieve the same results that would have been obtained if the principal had acted on his or her own account. The influence the

### L'importance du mandat

Avant d'examiner l'objet de l'art. 426, je tiens à faire ressortir l'importance du mandat dans la société contemporaine. Celle-ci ne pourrait tout simplement pas fonctionner en l'absence de mandataires ou d'agents. Il existe une multitude de rapports commettant-agent. Mentionnons notamment qu'il est difficile de vendre une maison ou un immeuble commercial sans un agent immobilier ou encore de s'assurer sans consulter un agent d'assurance. Les agents de voyages organisent les vacances, et les courtiers agissent à titre d'agents dans le cadre d'opérations financières fort complexes et difficiles. Les avocats agissent également à titre d'agents pour le compte de leurs clients.

De plus en plus, les conseillers financiers agissent à titre d'agents pour leurs clients. Très souvent, les gens d'affaires et les professionnels qui ont un revenu élevé sont trop accaparés par leur travail pour bien organiser leurs affaires financières. Ils font alors appel aux services de conseillers financiers. Le rapport commettant-agent est presque toujours fondé sur la divulgation de renseignements confidentiels par le commettant à l'agent. Ce rapport repose sur la confiance que le commettant peut avoir dans les conseils et les services que l'agent lui fournit.

### La nature du mandat

Dans *The Law of Agency* (5<sup>e</sup> éd. 1983), Fridman propose, à la p. 9, la définition suivante du mandat:

[TRADUCTION] Le mandat est le rapport qui existe entre deux personnes dont l'une, l'*agent*, est en droit considérée comme la représentante de l'autre, le *commettant*, si bien que cet agent peut, par la conclusion de contrats ou l'aliénation de biens, influencer sur la situation juridique du commettant à l'égard de tierces parties. [En italique dans l'original.]

Le commettant doit pouvoir faire confiance à l'agent car ce dernier peut influencer sur sa situation juridique. C'est peut-être là l'élément central du rapport. Essentiellement, l'agent vise à atteindre les mêmes résultats que ceux qu'aurait atteints le commettant s'il avait agi pour son compte. L'agent peut exercer une si grande influence sur les affaires

agent can have on the affairs of the principal and the power to take action on behalf of the principal are significant. They are of such great significance that it follows as the night the day that the agent must always act in the best interests of the principal. <sup>a</sup>

### The Duties of an Agent

The agent is obliged to perform those duties which he or she has undertaken to perform. The primary consideration in performing the duties of the agent must be to always act in the best interests of the principal. However, in performing them the agent must not exceed the authority which was delegated by the principal.

In the context of the "Secret Commission" cases, the fundamental duties of the agent are those arising from the fiduciary nature of the agency relationship. The relationship of trust focuses on the principal with the result that agents must not let their own personal interests conflict with the obligations owing to their principals. A conflict of interest exists when an agent is faced with a choice between the agent's personal interest and the agent's duty to the principal. Fridman, *supra*, put it in this way (at p. 153):

Where the agent is in a position in which his own interest may affect the performance of his duty to the principal, the agent is obliged to make a full disclosure of all the material circumstances, so that the principal, with such full knowledge, can choose whether to consent to the agent's acting.

The policy of the courts has been stringent in seeking to prohibit not just actual fraud perpetrated by agents on their principals but also in prohibiting the creation of a situation where agents could be tempted into fraud. The text, *Bowstead on Agency* (14th ed. 1976), provides several examples where the agent has a personal interest and, therefore, must make full disclosure (at p. 130):

... an agent may not buy his principal's property or sell his property to his principal because in such a case his interest will be in conflict with his duty. He is not

du commettant et il possède un si grand pouvoir d'agir pour le compte de ce dernier qu'il doit, cela va de soi, agir en tout temps au mieux des intérêts du commettant.

### Les fonctions d'un agent

L'agent doit exécuter les fonctions qu'il s'est engagé à remplir. Dans l'exercice de ses fonctions, l'agent doit avant tout agir au mieux des intérêts du commettant. Toutefois, pour y arriver, l'agent ne doit pas excéder le mandat que lui a confié le commettant.

Dans le contexte des affaires de «commissions secrètes», les fonctions essentielles de l'agent découlent de la nature fiduciaire du mandat. Le rapport de confiance est axé sur le commettant, et l'agent ne doit pas laisser ses intérêts personnels entrer en conflit avec ses obligations envers celui-ci. Il y a conflit d'intérêts quand l'agent doit choisir entre son intérêt personnel et son obligation envers le commettant. Selon Fridman, *op. cit.*, à la p. 153:

[TRADUCTION] Si l'agent se trouve dans une situation où son intérêt personnel peut influencer sur l'exécution de son obligation envers le commettant, il est tenu de faire une divulgation complète de toutes les circonstances pertinentes, pour que le commettant puisse, en pleine connaissance, décider s'il consent à l'acte de l'agent.

Les tribunaux ont adopté une ligne de conduite stricte, cherchant non seulement à interdire les véritables actes frauduleux commis par un agent à l'endroit de son commettant, mais aussi à empêcher que les agents ne se trouvent pas dans une situation qui invite à la corruption. On trouve dans *Bowstead on Agency* (14<sup>e</sup> éd. 1976) plusieurs exemples où l'agent a un intérêt personnel et doit, par conséquent, faire une divulgation complète (à la p. 130):

[TRADUCTION] ... un agent ne peut acheter le bien de son commettant ni vendre son bien à ce dernier parce que dans un tel cas il y aurait conflit entre son intérêt et

allowed to receive a commission from both parties to a transaction; he may not make any secret profits by exploiting his position or the property of his principal; he may not acquire a benefit for himself by dealing with a third party in breach of his relationship with his principal, nor may he compete with his principal.

The agency relationship is extremely important to the functioning of our society. It is a relationship based on trust and it is fiduciary in nature. It is essential that the integrity of that relationship be preserved.

#### The Purpose of Section 426

There can be no doubt that s. 426 acknowledges both the importance of the agency relationship and the necessity of preserving the integrity of that relationship. It confirms that an agent should not be placed in a position which is in conflict with that of the principal. It recognizes that a benefit taken by an agent from a third party will place that agent in a conflict of interest position with the principal unless the benefit is promptly and adequately disclosed. No one should provide an agent with a benefit, knowing the benefit to be secret, in order to influence the agent with regard to the affairs of the principal. To do so corrupts and destroys the agency relationship. The secret benefit renders the advice and services of an agent so suspect that they cannot be accepted.

The position was correctly stated in *R. v. Morris, supra*, where at pp. 112 and 116 the following appears:

The intent of the section is that no one shall make secret use of an agent's position and services by means of giving him any kind of consideration for it. . . . [T]he intent in passing this section was and is to protect the principal, the employer, in the conduct of his affairs and business against people who might make use or attempt to make use of his agent.

son obligation. L'agent ne peut recevoir une commission des deux parties à une opération; il ne peut réaliser de profits secrets en exploitant sa situation ou le bien de son commettant; il ne peut retirer un bénéfice pour lui-même de rapports avec une tierce partie qui sont en contravention de ses rapports avec son principal et il ne peut faire concurrence à son commettant.

Le mandat est extrêmement important pour le fonctionnement de notre société. Ce rapport est fondé sur la confiance et il est de nature fiduciaire. Il est essentiel d'en préserver l'intégrité.

#### L'objet de l'art. 426

Il n'y a pas de doute que l'art. 426 reconnaît à la fois l'importance du mandat et la nécessité de préserver l'intégrité du rapport qu'il implique. Cet article vient confirmer qu'un agent ne devrait pas être placé dans une situation qui entre en conflit avec celle du commettant. Par exemple, le bénéfice qu'un agent accepte d'une tierce partie le placera dans une situation de conflit d'intérêts à l'égard de son commettant, sauf si l'existence de ce bénéfice est divulgué avec diligence et d'une façon appropriée. Il est interdit à quiconque d'offrir à un agent un bénéfice, que l'on sait secret, afin de l'influencer quant aux affaires de son commettant. Une telle action vient corrompre et détruire le rapport découlant d'un mandat. Le versement d'un bénéfice secret rend les conseils et les services fournis par l'agent tellement suspects qu'ils ne peuvent être acceptés.

Cette situation a été bien énoncée dans l'arrêt *R. c. Morris*, précité, aux pp. 112 et 116:

[TRADUCTION] L'article vise à interdire à quiconque de profiter secrètement de la situation et des services d'un agent en lui versant une contrepartie quelconque. [ . . . ] [C]omme au moment de son adoption, l'article continue de viser à protéger le commettant, l'employeur, dans la conduite de ses affaires et de son entreprise, contre les personnes qui pourraient utiliser ou tenter d'utiliser son agent.



The legislative history of this section demonstrates that the purpose and intent of it is to criminalize an agent's or employee's act of accepting "secret commissions" for showing favour or disfavour to any person with relation to the affairs or business of his principal.

There can be no doubt that the commendable aim of s. 426 is to protect the agency relationship, to preserve its integrity and to protect the principal.

Is Section 426 Applicable to the Facts of this Case?

(a) *Agency Relationship — The First Element*

First the Crown must establish that Kelly was acting, and knew he was acting, as an agent for the clients of his company KPA. There can be no doubt in this case that an agency relationship existed between Kelly and his clients and that Kelly was aware of the existence of that relationship. Indeed this element of the offence was not an issue on this appeal or at the trial.

(b) *Accepting a Benefit to Influence One's Principal — The Second Element*

The second element the Crown must prove is that the agent took the benefit as consideration for acting in relation to the affairs of the agent's principal. There can be no doubt that Kelly accepted a commission from a third party. It goes without saying that this commission comes within the category of a "reward, advantage or benefit" required by s. 426. Nor can there be any question that the commissions were accepted as consideration for doing an act in relation to the affairs of the principals. Clearly, Kelly accepted the payment for recommending and eventually selling the MURBs to his clients.

To establish the requisite *mens rea* for this second element, the Crown must prove that the taker, knowingly accepted the commission as consideration for acting in relation to the affairs of his clients or principals. It must be remembered that offences involving "secret commissions" are by their very nature secretive. They arise from operations that are inherently covert. It follows that

L'historique législatif de cet article démontre que son objet et son intention sont de criminaliser l'acceptation par un agent ou un employé de «commissions secrètes» pour témoigner de la faveur ou de la défaveur quant aux affaires ou à l'entreprise de son commettant.

Il ne peut y avoir de doute que l'objet louable de l'art. 426 est de protéger le rapport découlant d'un mandat, d'en préserver l'intégrité et de protéger le commettant.

L'article 426 est-il applicable aux faits de l'es-pèce?

a) *Le mandat — Le premier élément*

Le ministère public doit tout d'abord établir que Kelly agissait et savait qu'il agissait à titre d'agent pour le compte des clients de sa société, KPA. En l'espèce, il n'y a pas de doute qu'il y avait un mandat entre Kelly et ses clients et que Kelly était au courant de l'existence de ce mandat. En fait, cet élément de l'infraction n'a été soulevé ni en appel ni en première instance.

b) *L'acceptation d'un bénéfice pour influencer les affaires du commettant — Le deuxième élément*

Le ministère public doit en deuxième lieu prouver que l'agent a accepté un bénéfice à titre de contrepartie pour agir dans le cadre des affaires de son commettant. Il n'y a pas de doute que Kelly a accepté une commission d'une tierce partie. Il va sans dire que cette commission est comprise dans la catégorie «une récompense, un avantage ou un bénéfice», prévue à l'art. 426. Il est également évident que Kelly a accepté les commissions à titre de contrepartie pour faire un acte relatif aux affaires des commettants. Il est clair que Kelly a accepté le paiement pour recommander et ultérieurement vendre à ses clients les IRLM.

Pour établir la *mens rea* requise relativement à ce deuxième élément, le ministère public doit prouver que l'acceptant a sciemment accepté la commission à titre de contrepartie pour agir dans le cadre des affaires de ses clients ou de ses commettants. Il faut se rappeler que les infractions portant sur les «commissions secrètes» sont, de par leur nature même, secrètes. Elles découlent d'opéra-

courts should in these cases apply common sense and draw the reasonable and appropriate inferences from the proven facts.

Certainly Qualico's purpose in paying commissions to Kelly would be to encourage Kelly to influence his clients to purchase Qualico MURBs. Here it was Kelly who sought out Qualico to negotiate an agreement for selling MURBs and for receiving commissions on those sales. It was Kelly who advised the resident manager of Qualico that he had "good solid" clients to whom he could sell the MURBs. On the first development, Kelly was prepared to incur the risks of a performance bond with a strict time limit as part of the agreement for selling the entire development. The only time that Kelly advised any of his clients to purchase MURBs was when the Qualico developments were put on the market. Thus, it is clear from the inherent nature of commissions and from Kelly's actions that Kelly knowingly accepted the Qualico payments as consideration for influencing his principals (that is to say his clients) to purchase MURBs. He was eminently successful in doing just that.

(c) *Non-Disclosure and the Meaning to be Attributed to "Corruptly" — The Third Element*

(i) Meaning of "Corruptly" in Section 426

It will be remembered that s. 426 covers everyone who corruptly

1. gives, offers or agrees to give or offer to an agent, or
2. being an agent, demands, accepts or offers or agrees to accept from any person, any reward, etc.

What meaning should be given to the word "corruptly" in the context of this section? It is argued that the offence is complete as soon as the agent takes the benefit as consideration for influencing the affairs of the principal. This is based

tions qui sont intrinsèquement clandestines. Il s'ensuit que les tribunaux doivent faire preuve de bon sens et tirer les déductions raisonnables et appropriées des faits.

L'intention de Qualico, en payant les commissions, était certes d'encourager Kelly à inciter ses clients à se porter acquéreurs des IRLM de Qualico. En l'espèce, c'est Kelly qui a demandé à Qualico de négocier une entente concernant la vente des IRLM et la réception des commissions de vente applicables. C'est Kelly qui a informé le gérant local de Qualico qu'il avait des clients «solides» à qui il pourrait vendre les IRLM. Dans le cadre de l'entente visant la vente de toutes les unités comprises dans le premier projet, Kelly était disposé à assumer les risques liés à une garantie de bonne exécution, assortie d'un délai rigoureux. Ce n'est que pendant que les unités de Qualico étaient sur le marché que Kelly recommandait à ses clients d'acheter des IRLM. En conséquence, il ressort clairement de la nature inhérente des commissions et des actes de Kelly que celui-ci acceptait sciemment les paiements de Qualico à titre de contrepartie pour inciter ses commettants (en l'occurrence ses clients) à se porter acquéreurs d'IRLM. Il a fort bien réussi sur ce plan.

(c) *La non-divulgation et l'interprétation de l'expression «par corruption» — Le troisième élément*

(i) Interprétation de l'expression «par corruption» à l'art. 426

On se souviendra que l'art. 426 vise quiconque, selon le cas, par corruption:

1. donne ou offre, ou convient de donner ou d'offrir, à un agent,
2. étant un agent, exige ou accepte ou offre ou convient d'accepter, de qui que ce soit, une récompense, etc.

Quelle interprétation doit-on donner à l'expression «par corruption» dans cet article? On soutient que la perpétration de l'infraction est complète dès que l'agent accepte le bénéfice à titre de contrepartie pour influencer les affaires du commettant.

upon decisions such as *Cooper v. Slade* (1858), 6 H.L.C. 746, 10 E.R. 1488, and *R. v. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215 (Vict. C.C.A.). I cannot accept this position. It stems from the old jurisprudence on the corruption of voters. It is true these cases together with those which deal with the bribery of officials are concerned with the interpretation of "corruption". However, they are readily distinguishable from the secret commissions cases. In bribery cases there is no prerequisite that an agency relationship exists. Yet the whole aim and object of s. 426 is the protection of the vulnerable principal and the preservation of the integrity of the agent/principal relationship. Furthermore, the nature of a commission is very different from that of a bribe.

The interpretation of the word "corruptly" must take place within the context of s. 426 itself. It is a trite rule of statutory interpretation that every word in the statute must be given a meaning. It would be superfluous to include "corruptly" in the section if the offence were complete upon the taking of the benefit in the circumstances described by the section. The word must add something to the offence.

In my view, corruptly, as used in the section, designates secrecy as the corrupting element of the offence. It is the failure to disclose that makes it impossible for the principal to determine whether to act upon the advice of the agent or accept the actions of the agent. It is the non-disclosure which makes the receipt of the commission or reward corrupt. The word corruptly, in this context, adds the element of non-disclosure to the *actus reus* of the offence.

The recognition of secrecy as the corrupting element of s. 426 is consistent with the analysis in *R. v. Brown, supra*. There Laidlaw J.A. discussed the meaning of "corruptly" in the context of s. 368 (now s. 426). He found that the "evil against which that provision in the Criminal Code is directed is secret transactions or dealings with a person in the

Cette thèse se fonde notamment sur les arrêts *Cooper c. Slade* (1858), 6 H.L.C. 746, 10 E.R. 1488, et *R. c. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215 (C.C.A. Vict.). Je ne peux accepter cette prétention car elle se fonde sur une jurisprudence ancienne sur la corruption des électeurs. Il est exact que ces arrêts et ceux qui ont trait à la corruption de fonctionnaires portent sur l'interprétation du terme «corruption». Toutefois, ils se distinguent facilement des affaires de commissions secrètes. Dans les cas de corruption de fonctionnaires, l'existence d'un mandat n'est pas nécessaire. Cependant, l'art. 426 est entièrement axé sur la protection du commettant vulnérable et la préservation de l'intégrité du rapport agent-commettant. De plus, la nature d'une commission est fort différente de celle d'un pot-de-vin.

L'expression «par corruption» doit être interprétée dans le contexte de l'art. 426. Il est bien établi dans le domaine de l'interprétation législative qu'il faut conférer un sens à chaque terme d'une loi. Il serait superflu d'inclure l'expression «par corruption» dans l'article si la perpétration de l'infraction était complète dès l'acceptation du bénéfice dans les circonstances décrites dans l'article. L'expression «par corruption» doit donc ajouter quelque chose à l'infraction.

À mon avis, l'expression «par corruption», au sens où elle est utilisée dans cet article, implique le secret. C'est en raison de la non-divulgaration de l'existence de la commission qu'il est impossible pour le commettant de déterminer s'il doit suivre les conseils de l'agent ou admettre les actes accomplis par ce dernier. C'est la non-divulgaration qui rend la réception de la commission ou de la récompense entachée de corruption. Dans ce contexte, l'expression «par corruption» ajoute l'élément de non-divulgaration à l'*actus reus* de l'infraction.

En reconnaissant que l'expression «par corruption» visée à l'art. 426 implique le secret, on adopte une interprétation compatible avec l'analyse contenue dans l'arrêt *R. c. Brown*, précité. Dans cette affaire, le juge Laidlaw de la Cour d'appel a analysé le sens de l'expression «par corruption» dans le contexte de l'art. 368 (maintenant

position of agent concerning the affairs or business of the agent's principal" (p. 289). (Emphasis added.)

The interpretation of corruptly as secretly or without disclosure reinforces the aim of s. 426 to preserve the integrity of the agent/principal relationship. It is as well supported by the heading "Secret Commission" which precedes this section. It is the secrecy of the benefit and not the benefit itself which constitutes the essence of the offence. The appellant Kelly argued that the words in the heading are merely marginal notes, and as such should not be considered when interpreting the words in the section. I cannot agree with that contention. *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, makes it clear that it is appropriate to consider the statutory heading and the history of a section as an aid in interpreting the aim of a section.

In sum, corruptly, in the context of secret commissions, means without disclosure. This definition provides some symmetry between the two offences created by s. 426(1)(a). Corruptly, with respect to the taker/agent, refers to the agent's failure to disclose the payment to the principal in an adequate and timely manner. With respect to the giver, corruptly means the reward was given with the expectation and intention that the agent would not disclose it to the principal in an adequate and timely manner.

(ii) What is the Appropriate Standard for Disclosure?

What then is the extent of disclosure that is required of an agent? To put it in another way, what degree of non-disclosure is the Crown required to prove in order to establish the guilt of an agent under s. 426? The majority of the British Columbia Court of Appeal in *Kelly* held that the

l'art. 426): [TRADUCTION] «Le problème auquel veut remédier cette disposition du Code criminel est celui des opérations secrètes conclues avec une personne dans la situation d'un agent relativement aux affaires ou à l'entreprise de son commettant» (p. 289). (Je souligne.)

En conférant à l'expression «par corruption» le sens de «secrètement» ou de «non-divulgaration», on renforce l'objet de l'art. 426, qui est de préserver l'intégrité du rapport agent-commettant. Cette interprétation est également appuyée par la rubrique introductive intitulée «Commissions secrètes». C'est le caractère secret du bénéfice et non le bénéfice en soi qui constitue l'élément essentiel de l'infraction. L'appelant Kelly soutient que les termes de cette rubrique sont de simples notes marginales dont on ne doit pas tenir compte dans l'interprétation de l'article. Je ne puis souscrire à cette opinion. L'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, établit clairement qu'il est approprié de tenir compte des rubriques des lois et de l'historique d'un article comme moyen d'en interpréter l'objet.

Bref, dans le contexte des commissions secrètes, l'expression «par corruption» signifie que leur existence n'a pas été divulguée. Cette définition offre une certaine symétrie entre les deux infractions constituées par l'al. 426(1)(a). En ce qui concerne l'acceptant-agent, l'expression «par corruption» signifie que l'agent n'a pas divulgué l'existence du paiement au commettant d'une façon appropriée et en temps opportun. En ce qui concerne le donneur, l'expression «par corruption» signifie que la récompense a été donnée dans l'espoir et avec l'intention que l'agent n'en divulgue pas l'existence au commettant, d'une façon adéquate et en temps opportun.

(ii) Quelle est la norme appropriée de divulgation?

Quelle est alors l'étendue de la divulgation attendue d'un agent? En d'autres termes, jusqu'à quel point le ministère public doit-il prouver la non-divulgaration s'il veut établir la culpabilité d'un agent en vertu de l'art. 426? Dans l'arrêt *Kelly*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la

disclosure “must be adequate and full in the sense that the principal must be specifically advised, or it be otherwise made so crystal clear that he could not deny he ought to have known” (p. 160). The Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division in *R. v. Arnold* (1991), 65 C.C.C. (3d) 171 agreed with this standard. These courts held that there must be full, frank and fair disclosure made by the agent. On the other hand, Hutcheon J.A. dissenting in *Kelly* stated in *obiter*, that a standard of “full, frank and fair disclosure” would be too high for criminal law and that “partial disclosure may be sufficient”.

Once again a consideration of the aim of s. 426 may be of assistance in determining the requisite standard of disclosure. The policy motivating the prohibition of secret commissions is the protection of vulnerable principals and the preservation of the integrity of the agency relationship. A requirement that disclosure of a commission be made by the agent promotes the objective of this section. Indeed, disclosure is essential to alert the principal to the existence of conflict of interest situations. In the absence of disclosure, the principal has no way of knowing if the agent is truly acting in the principal’s best interests and cannot determine whether the advice of the agent should be accepted.

If the object of the section is to be attained, then adequate and timely disclosure must be required of the agent. A general and vague disclosure that the agent is receiving commissions will not meet the objective of this section. The agent must disclose the nature of the benefit which is being received, the amount of that benefit calculated to the best of the agent’s ability and the source of the benefit. It may not be possible for the agent to be exact as to the amount of commission which will be received. It will suffice if a reasonable effort is made to alert the principal as to the approximate amount and source of commission to be received. Obviously, the principal will be influenced by the amount of benefit the agent is receiving. The greater the ben-

majorité, a conclu que la divulgation [TRADUCTION] «doit être appropriée et complète en ce sens que le commettant doit être expressément informé de l’existence des commissions ou elle doit être tellement limpide que le commettant ne pourrait nier qu’il aurait dû être au courant» (p. 160). Dans l’arrêt *R. c. Arnold* (1991), 65 C.C.C. (3d) 171, la Section d’appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a accepté cette norme. Ces tribunaux ont conclu que l’agent doit faire une divulgation complète, franche et impartiale. Par contre, le juge Hutcheon, dissident dans l’arrêt *Kelly*, mentionne en *obiter* qu’une norme de «divulgation complète, franche et impartiale» est trop exigeante du point de vue du droit pénal et qu’une [TRADUCTION] «divulgation partielle pourrait être suffisante».

De nouveau, l’examen de l’objet de l’art. 426 peut nous aider à déterminer la norme requise de divulgation. L’interdiction des commissions secrètes repose sur le principe de la protection des commettants vulnérables et de la préservation de l’intégrité du mandat. En exigeant de l’agent qu’il divulgue la réception d’une commission, on contribue à l’atteinte de l’objectif de l’article. En fait, la divulgation de l’existence d’une commission est essentielle pour attirer l’attention du commettant sur les risques de conflits d’intérêts. En cas de non-divulgation, le commettant n’a aucun moyen de savoir si l’agent agit réellement au mieux des intérêts qu’il représente et il ne peut déterminer s’il devrait accepter les conseils de l’agent.

Pour atteindre l’objet de l’article, on doit exiger de l’agent qu’il divulgue d’une façon appropriée et en temps opportun l’existence d’une commission. Une divulgation générale et vague du fait que l’agent reçoit des commissions ne permet pas d’atteindre cet objectif. L’agent doit divulguer la nature du bénéfice reçu, son montant calculé le mieux possible ainsi que sa source. Il se peut que l’agent ne soit pas en mesure de déterminer avec exactitude le montant de la commission qu’il recevra. Il suffira qu’il déploie des efforts raisonnables pour attirer l’attention du commettant sur le montant approximatif et la source de la commission à recevoir. De toute évidence, le commettant sera influencé par le montant du bénéfice reçu par

efit to the agent, the greater the agent's conflict of interest, and commensurately the greater the risk for the principal. The disclosure must be timely in the sense that the principal must be made aware of the benefit as soon as possible. Certainly the disclosure must be made at the point when the reward may influence the agent in relation to the principal's affairs. It is essential then that the agent clearly disclose to the principal as promptly as possible the source and amount or approximate amount of the benefit.

It is only if the disclosure is both adequate and timely that the agency relationship would be protected. With this knowledge, the principal would then be able to determine whether, and to what extent, to rely upon the advice given by the agent. It would be preferable if the disclosure were made in writing.

It is clear that KPA's clients were not aware that KPA accepted a sales commission from Qualico for each Qualico MURB sold to KPA clients. At their initial meeting with new clients, KPA personnel described the history of the firm, the services that the firm could provide and the various sources of compensation that KPA received. While the entire presentation took approximately one and a half hours, the explanation of sources of remuneration took less than five minutes. Such a vague and general disclosure is not sufficient to meet the objectives of s. 426.

At the time of the Qualico sales, there was no evidence that the clients were told that KPA was to receive commissions from Qualico. Kelly himself advised KPA associates that he did not want to put in writing any further disclosure concerning sources of remuneration for the MURB project. While the Offering Memoranda for the Qualico MURBs contained two one-line references to "Issuing and Sales Costs" for the projects, there was no specific reference to the fact that it was the appellant who was to receive these costs as a commission. Thus, in this case, it certainly could not be said that the disclosure was adequate and

l'agent. Plus le bénéfice de l'agent sera élevé, plus le conflit d'intérêts sera important et, toute proportion gardée, plus le risque sera grand pour le commettant. La divulgation doit être faite en temps opportun en ce sens que le commettant doit être informé de l'existence du bénéfice dès que possible. Certes, la divulgation doit être faite au moment où la récompense risque d'influencer l'agent relativement aux affaires du commettant. En conséquence, il est essentiel que l'agent divulgue clairement au commettant d'une façon aussi diligente que possible la source et le montant, exact ou approximatif, du bénéfice.

Le rapport découlant du mandat ne sera protégé que dans le cas où la divulgation est à la fois appropriée et faite en temps opportun. Muni de ces renseignements, le commettant pourra alors déterminer s'il doit se fier aux conseils de l'agent et dans quelle mesure. Il serait préférable que cette divulgation soit faite par écrit.

Il est évident que les clients de KPA ne savaient pas qu'elle avait accepté une commission de vente de Qualico pour chaque IRLM de cette dernière vendu aux clients de KPA. À la rencontre initiale avec les nouveaux clients, le personnel de KPA faisait l'historique de l'entreprise, décrivait les services qu'elle offrait et ses diverses sources de rémunération. La présentation durait environ une heure à une heure et demie, mais on consacrait moins de cinq minutes aux explications sur les sources de rémunération. Une divulgation aussi vague et générale n'est pas suffisante pour atteindre les objectifs de l'art. 426.

Rien ne prouve que les clients ont été mis au courant des commissions reçues de Qualico au moment où les ventes ont été effectuées. Kelly lui-même a avisé les associés de KPA qu'il ne voulait pas divulguer par écrit des renseignements additionnels concernant les sources de rémunération du projet d'IRLM. Les notices d'offre pour les IRLM de Qualico renfermaient deux mentions d'une ligne traitant des [TRADUCTION] «Frais d'émission et de vente» pour les projets, mais il n'y avait aucune mention expresse du fait que c'était l'appellant qui devait recevoir ces frais à titre de commissions. Par conséquent, en l'espèce, on ne peut cer-

timely. As well it can be seen that Kelly was aware of the extent of the disclosure and made a conscious decision to limit and restrict it. There was then cogent evidence upon which the convictions of the appellant could properly be based.

### (iii) Corrupt Bargain

Is the Crown required to prove that there was a corrupt bargain between the giver and taker of the benefit? I think not. That was the basis of Hutcheon J.A.'s dissent. He held that the existence of a "corrupt bargain" is a pre-requisite to the commission of the offence described in s. 426. Hutcheon J.A.'s position is that there must be a guilty giver and a guilty taker in order for the Crown to secure a conviction under s. 426. The corrupt bargain approach focuses on the relationship between the agent and the third party rather than on the critical relationship which exists between the agent and principal.

The requirement of both a corrupt giver and a corrupt taker collapses the two independent provisions of s. 426(1)(a). The use of the disjunctive "or" in s. 426(1)(a) must mean that the section applies to either the giver or the taker. The provision need not apply to both at the same time. This interpretation I believe is supported by the obvious intent and aim of the section itself.

To repeat, the aim of s. 426 is to protect the principal in the conduct of the principal's affairs against people who might use or attempt to make use of the principal's agent. The section is concerned with the integrity of the agent and the right of the principal to rely upon the agent's integrity. Thus, if the agent/taker secretly accepts a commission to influence the principal's affairs there ought to be a finding of guilt whether or not the expectation and intention of the giver was that the taker would not disclose the benefit to the principal in an adequate and timely manner.

tainement pas dire qu'il y a eu une divulgation faite de façon appropriée et en temps opportun. On peut constater également que Kelly connaissait l'étendue de la divulgation et qu'il a pris consciemment la décision de la restreindre. Il y avait donc une preuve forte pouvant fonder la déclaration de culpabilité de l'appellant.

### (iii) Affaire entachée de corruption

Le ministère public doit-il prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant du bénéfice? À mon avis, il n'a pas à le faire. Il s'agit là du point sur lequel le juge Hutcheon a exprimé sa dissidence. Pour lui, l'existence d'une «affaire entachée de corruption» est une condition préalable à la perpétration de l'infraction prévue à l'art. 426. À son avis, il doit y avoir un donneur coupable et un acceptant coupable pour que le ministère public puisse obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 426. L'analyse fondée sur une affaire entachée de corruption met l'accent sur le rapport entre l'agent et la tierce partie plutôt que sur le rapport essentiel qui existe entre l'agent et le commettant.

Exiger que le donneur et l'acceptant aient tous deux agi par corruption, c'est oublier l'existence des deux dispositions indépendantes de l'al. 426(1)a). L'emploi de «selon le cas» à l'al. 426(1)a) doit vouloir dire que l'article s'applique soit au donneur soit à l'acceptant. La disposition n'a pas besoin de s'appliquer aux deux en même temps. À mon avis, cette interprétation est appuyée par l'intention et l'objet évidents de l'article.

Donc, l'art. 426 a pour objet de protéger le commettant contre les personnes qui pourraient avoir recours ou tenter d'avoir recours à son agent dans la conduite de ses affaires. Cet article s'intéresse à l'intégrité de l'agent et au droit du commettant de se fier à cette intégrité. En conséquence, si l'agent accepte secrètement une commission dans le but d'influencer les affaires du commettant, il doit être déclaré coupable, que le donneur ait ou non eu l'intention que l'acceptant ne divulgue pas au commettant, d'une façon appropriée et en temps opportun, l'existence du bénéfice.

The question of the corrupt bargain requirement is resolved by the definition of the offence contained in the section. Section 426(1)(a)(ii) provides that a crime is committed when the agent/taker knowingly accepts a benefit as consideration for influencing the affairs of the agent's principal without sufficient disclosure. In the case of a prosecution of an agent/taker under this section, the giver of the benefit must have paid the benefit to the taker as consideration for influencing the taker's principal. However, there is no requirement under s. 426(1)(a)(ii) for the Crown to prove that the giver was corrupt in the sense that the giver knew, expected or intended that the agent/taker would not disclose the benefit to the principal in an adequate and timely manner. Section 426 provides for the conviction of a guilty taker regardless of the guilt or innocence of the giver. A corrupt bargain is not required by the section.

### Summary

There are then three elements to the *actus reus* of the offence set out in s. 426(1)(a)(ii) as they apply to an accused agent/taker with regard to the acceptance of a commission:

- (1) the existence of an agency relationship;
- (2) the accepting by an agent of a benefit as consideration for doing or forbearing to do any act in relation to the affairs of the agent's principal; and
- (3) the failure by the agent to make adequate and timely disclosure of the source, amount and nature of the benefit.

The requisite *mens rea* must be established for each element of the *actus reus*. Pursuant to s. 426(1)(a)(ii), an accused agent/taker:

- (1) must be aware of the agency relationship;

La définition de l'infraction contenue dans l'article nous permet de trancher la question de savoir s'il faut prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption. En vertu du sous-al. 426(1)a(ii), commet un acte criminel l'agent qui accepte sciemment un bénéfice, à titre de contrepartie pour influencer les affaires de son commettant, sans l'avoir divulgué d'une façon suffisante. Lorsqu'une poursuite est intentée contre un agent-acceptant en vertu de cet article, le donneur doit avoir versé le bénéfice à l'acceptant à titre de contrepartie pour influencer le commettant de l'acceptant. Toutefois, en vertu du sous-al. 426(1)a(ii), le ministère public n'a pas à établir que le donneur a agi par corruption en ce sens qu'il savait, prévoyait ou s'attendait que l'agent-acceptant ne divulguerait pas l'existence du bénéfice au commettant d'une façon appropriée et en temps opportun. L'article 426 prévoit que l'acceptant peut être déclaré coupable, sans égard à la culpabilité ou à l'innocence du donneur. Cet article n'exige pas l'existence d'une affaire entachée de corruption.

### Sommaire

L'*actus reus* de l'infraction prévue au sous-al. 426(1)a(ii) comporte donc trois éléments qui devront être établis en cas d'accusation contre un agent-acceptant relativement à l'acceptation d'une commission:

- (1) l'existence d'un mandat;
- (2) l'acceptation par l'agent d'un bénéfice à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire un acte relatif aux affaires de son commettant;
- (3) l'omission de la part de l'agent de divulguer d'une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice.

La *mens rea* requise doit être établie pour chacun des éléments de l'*actus reus*. Conformément au sous-al. 426(1)a(ii), l'agent-acceptant accusé doit:

- (1) être au courant de l'existence du mandat;



(2) must knowingly accept the benefit as consideration for an act to be undertaken in relation to the affairs of the principal; and

(3) must be aware of the extent of the disclosure to the principal or lack thereof.

If the accused was aware that some disclosure was made then it will be for the court to determine whether, in all the circumstances of the particular case, it was in fact adequate and timely.

The word "corruptly" in the context of secret commissions means secretly or without the requisite disclosure. There is no "corrupt bargain" requirement. Thus, it is possible to convict a taker of a reward or benefit despite the innocence of the giver of the reward or benefit. Non-disclosure will be established for the purposes of the section if the Crown demonstrates that adequate and timely disclosure of the source, amount and nature of the benefit has not been made by the agent to the principal.

In the case at bar, Qualico paid the standard commission to Kelly. It is clear that the nature of the commission was to encourage Kelly to influence his clients. Kelly was aware of this intention. He accepted the commission secretly and influenced the affairs of his principals. The payment of the commission was not disclosed in an adequate and timely manner. The Crown was not required to prove that Qualico's actions in paying the commissions were corrupt or part of a corrupt bargain with Kelly.

The Crown therefore has established all the elements requisite for conviction under s. 426.

#### Disposition

In the result the appeal must be dismissed.

(2) avoir accepté sciemment le bénéfice à titre de contrepartie pour un acte à être fait relativement aux affaires du commettant;

(3) être au courant de l'étendue de la divulgation au commettant ou de l'absence de divulgation.

Si l'accusé savait qu'il y a eu divulgation, il reviendra alors à la cour de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, elle a été faite de façon appropriée et en temps opportun.

Dans le contexte des commissions secrètes, l'expression «par corruption» signifie qu'elles ont été versées secrètement ou qu'elles n'ont pas été divulguées comme il se doit. L'existence d'une «affaire entachée de corruption» n'est pas nécessaire. En conséquence, l'acceptant d'une récompense ou d'un bénéfice peut être déclaré coupable malgré l'innocence du donneur. Pour l'application de l'article, le ministère public aura établi la non-divulgation s'il démontre que l'agent n'a pas divulgué au commettant d'une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice.

En l'espèce, Qualico a payé la commission habituelle à Kelly. De toute évidence, la commission visait à inciter Kelly à influencer ses clients. Kelly était au courant de cette intention. Il a accepté la commission secrètement et influencé les affaires de ses commettants. Le paiement de la commission n'a pas été divulgué d'une façon appropriée et en temps opportun. Le ministère public n'avait pas à établir que Qualico avait agi par corruption lors du paiement des commissions, ou qu'il s'agissait d'une affaire entachée de corruption conclue avec Kelly.

En conséquence, le ministère public a prouvé tous les éléments requis pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 426.

#### Dispositif

Le pourvoi est par conséquent rejeté.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the opportunity of reading the reasons of Cory J. herein but unfortunately I cannot agree with the result that he has reached. I agree with him that the relationship of principal and agent is an important one and that the trust on which it is dependent should be fostered by the law. I do not agree that this should be done by criminalizing breaches of duty unless Parliament has clearly indicated its intention to do so. More specifically, I cannot accept that the unilateral act of the appellant in failing to make full disclosure converts a breach of duty into criminal conduct.

#### The Purpose and Meaning of Section 426

A review of the history of the section shows that it deals with the giving of secret commissions or bribes to or by an agent. These benefits or rewards must have as their purpose the influencing of the agent in the exercise of his or her duty to the principal. I adopt the following statement of Laidlaw J.A. in *R. v. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287 (Ont. C.A.), at p. 289, as a definitive statement of the purpose of the legislation:

The evil against which that provision in the Criminal Code is directed is secret transactions or dealings with a person in the position of agent concerning the affairs or business of the agent's principal. It is intended that no one shall make secret use of the agent's position and services by means of giving him any kind of consideration for them. The agent is prohibited from accepting or offering or agreeing to accept any consideration from anyone other than his principal for any service rendered with relation to the affairs or business of his principal. It is intended to protect the principal in the conduct of his affairs and business against persons who might make secret use, or attempt to make such use, of the services of his agent. He is to be free at all times and under all circumstances from such mischievous influence. Likewise, it is intended that the agent shall be protected against any person who is willing to make use secretly of his position and services. Everyone is prohibited from entering into secret transactions under which he "gives, offers or agrees to give or offer" consideration to an

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs du juge Cory, mais, malheureusement, je ne peux souscrire à sa conclusion. Je conviens avec lui de l'importance du rapport commettant-agent et de la nécessité de protéger légalement la confiance sur laquelle il repose. Toutefois, contrairement au juge Cory, je ne crois pas que la réponse à cette nécessité réside dans la criminalisation de l'inexécution d'obligation à moins que le législateur n'ait clairement manifesté son intention à cet effet. Plus particulièrement, je ne peux convenir que le défaut de l'appelant de faire une divulgation complète, geste unilatéral, transforme l'inexécution d'obligation en un acte criminel.

#### L'objet et le sens de l'art. 426

On constate, à l'étude de l'historique de l'article, que celui-ci porte sur le versement ou la réception par un agent de commissions secrètes ou de pots-de-vin. Ces bénéfices ou récompenses doivent viser à influencer l'agent dans l'exercice de ses fonctions envers le commettant. Je fais mien, à titre d'énoncé définitif de l'objet de la disposition législative, l'exposé du juge Laidlaw dans *R. c. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287 (C.A. Ont.), à la p. 289:

[TRADUCTION] Le problème auquel veut remédier cette disposition du Code criminel est celui des opérations secrètes conclues avec une personne dans la situation d'un agent relativement aux affaires ou à l'entreprise de son commettant. Elle vise à ce que personne ne profite secrètement de la situation de l'agent et de ses services en retour d'une quelconque contrepartie. L'agent ne peut offrir qu'à son commettant, accepter ou convenir d'accepter que de ce dernier une contrepartie pour tout service rendu relativement à ses affaires ou à son entreprise. L'article est également destiné à protéger le commettant dans la gestion de ses affaires ou de son entreprise contre ceux qui pourraient profiter secrètement, ou tenteraient de profiter des services de son agent. Ce dernier ne doit en aucun temps et dans aucune circonstance subir cette influence malveillante. La disposition cherche également à protéger l'agent contre toute personne disposée à profiter secrètement de sa situation et de ses services. Il est interdit à quiconque de conclure des opérations secrètes en vertu desquelles il

agent for services with relation to the affairs or business of his principal. [Emphasis added.]

What the section proscribes are transactions or dealings designed to influence an agent in his conduct of the principals' affairs. It seeks to proscribe the various stages of such transactions or dealings. It applies at the formative stage by prohibiting an offer or demand. It applies to an agreement and it applies to dealings that are completed by the exchange of benefits or rewards.

What the section seeks to achieve is to keep the agent free of the influence of third parties who seek to reward the agent in return for some act affecting the affairs of the principal. In *R. v. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98 (C.A.), it was stated (at p. 112):

He must be free at all times and under all circumstances from such an influence. Likewise, the intent is to protect the employee from being approached by people who are willing to make use secretly of his position and services and who are willing to reward him or pay him for doing so.

Accordingly, when an agent is charged as the person receiving a benefit or reward, it must be established that he or she accepted it as a *quid pro quo* to influence him or her. This requires proof that it was offered, promised or given for this purpose and that it was within the agent's knowledge or belief that it was given for this purpose.

Considerable reliance was placed by the majority of the Court of Appeal on the judgments of the Court of Criminal Appeal of Victoria in *R. v. Gallagher, infra*. In that case an agent was prosecuted for receipt of gifts in contravention of the Victoria version of the corruption law. Section 176(1)(b) of the *Crimes Act* 1958 (Vict.) provided:

Whosoever being an agent corruptly receives or solicits from any person for himself or for any other person any valuable consideration—

«donne ou offre, ou convient de donner ou d'offrir» une contrepartie à un agent pour ses services relativement aux affaires ou à l'entreprise de son commettant. [Je souligne.]

La disposition interdit toute opération destinée à influencer l'agent dans sa gestion des affaires du commettant. Elle cherche donc à proscrire les différentes étapes de ces opérations. Elle s'applique au stade de la formation en interdisant toute offre ou demande, au stade de l'accord et enfin au stade où les opérations sont complétées par le paiement de bénéfices ou de récompenses.

L'article 426 cherche à mettre l'agent à l'abri de l'influence de tierces parties qui souhaitent le récompenser en retour de quelque acte influant sur les affaires du commettant. Dans *R. c. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98 (C.A.), on dit, à la p. 112:

[TRADUCTION] Il ne doit en aucun temps et dans aucune circonstance subir ce genre d'influence. La disposition cherche également à éviter que l'employé soit sollicité par des personnes disposées à profiter secrètement de sa situation et de ses services en le récompensant ou en le payant en retour.

En conséquence, si un agent est accusé d'avoir reçu une récompense ou un bénéfice, il faut démontrer qu'il l'a accepté à titre de contrepartie visant à l'influencer. Pour ce faire, il faut prouver qu'elle a été offerte, promise ou donnée dans cette intention et que l'agent savait ou croyait qu'elle a été ainsi donnée.

La Cour d'appel, à la majorité, s'est grandement fiée aux jugements de la Court of Criminal Appeal de Victoria rendus dans *R. c. Gallagher*, ci-dessous. Dans cette affaire, un agent était accusé d'avoir reçu des avantages en contravention de la disposition de Victoria en matière de corruption. L'alinéa 176(1)(b) de la *Crimes Act* 1958 (Vict.) est ainsi libellé:

[TRADUCTION] Commet une infraction criminelle [...] quiconque, étant un agent, par corruption, accepte ou exige de qui que ce soit, pour lui-même ou pour une autre personne, une contrepartie de quelque sorte—

(b) the receipt or any expectation of which would in any way tend to influence him to show or to forbear to show favour or disfavour to any person in relation to his principal's affairs or business;

b) dont l'acceptation ou la perspective est susceptible, de quelque façon, d'influencer l'agent ou de l'amener à témoigner ou à s'abstenir de témoigner de la faveur ou de la défaveur à une personne quant aux affaires ou à l'entreprise de son commettant;

a

shall be guilty of an indictable offence. . . .

In the first appeal (1985), 16 A. Crim. R. 215, the following charge to the jury was approved (at p. 222):

b Au cours du premier appel (1985), 16 A. Crim. R. 215, on a approuvé la directive suivante au jury, à la p. 222:

The fourth and final element of the crime alleged in each of the counts is that the agent corruptly received a valuable consideration. This looks to the state of mind of the agent at the time he received the valuable consideration. He acted corruptly if he then believed that the person giving him the valuable consideration intended that it should influence him to show favour or to forbear to show disfavour to some person in relation to his principal's affairs or business. It is irrelevant whether the agent himself intended by the receipt of the valuable consideration to show favour or forbear to show disfavour or not. Indeed, it is irrelevant as to whether or not he did show favour or forbear to show disfavour. If he believed that the person giving him the valuable consideration so intended to influence him, that is enough, because by accepting it he thereby had his loyalty divided. [Emphasis added.]

c [TRADUCTION] Le quatrième et dernier élément du crime présumé dans chaque chef d'accusation porte sur le fait que l'agent a, par corruption, reçu une contrepartie. Cet élément recherche l'état d'esprit de l'agent au moment où il a reçu la contrepartie. Il a agi par corruption s'il croyait alors que la personne lui donnant cette contrepartie avait l'intention de l'influencer pour qu'il témoigne ou s'abstienne de témoigner de la faveur ou de la défaveur à une personne quant aux affaires ou à l'entreprise de son commettant. Le fait que l'agent lui-même ait accepté la contrepartie dans l'intention de témoigner de la faveur ou de s'abstenir de témoigner de la défaveur ou non n'est pas pertinent. En fait, qu'il ait ou non effectivement témoigné de la faveur ou se soit abstenu de témoigner de la défaveur n'est pas pertinent. Il suffit qu'il ait cru que la personne lui donnant la contrepartie cherchait à l'influencer, car en l'acceptant il compromettait sa loyauté. [Je souligne.]

d

e

f

A new trial was, however, ordered on other grounds. The accused was convicted at the new trial and appealed again. See *R. v. Gallagher* (1987), 29 A. Crim. R. 33. The Court of Appeal confirmed in the latter appeal that the recipient must believe that the giver intends that the benefit should influence the taker to show favour to the giver in the taker's dealings with the affairs of the principal. It was on this basis that the taker could be found guilty but the giver not. At page 35 the court stated: "if the recipient mistakenly believed that the giver intended to influence him the giver would not be acting corruptly but the recipient would be."

g Toutefois, on a ordonné un nouveau procès pour des motifs différents. L'accusé a été déclaré coupable et il a de nouveau interjeté appel. Voir *R. c. Gallagher* (1987), 29 A. Crim. R. 33. La Cour d'appel a confirmé dans le deuxième appel que le bénéficiaire doit croire que le donneur cherche à l'influencer pour qu'il lui témoigne de la faveur dans sa gestion des affaires du commettant. Contrairement au donneur, l'acceptant pouvait être déclaré coupable pour ce motif. À la page 35, la cour a dit: [TRADUCTION] «si, par méprise, le bénéficiaire a cru que le donneur souhaitait l'influencer, le donneur n'a pas agi par corruption, mais le bénéficiaire l'a fait.»

h

i

j

Section 426 is more emphatic than the Victoria statute that the purpose of the payment must be to influence the agent to do or forbear from doing some act relating to the affairs of the principal. The

L'article 426 précise davantage que la loi de Victoria que le paiement doit être versé dans le but d'amener l'agent à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte relativement aux affaires du com-

agent is guilty only if the benefit or reward is “as consideration for doing or forbearing to do, or for having done or forborne to do, any act relating to the affairs or business of his principal. . .”. This requires either that the benefit is in fact offered for this purpose or that the recipient believes that it is. A benefit cannot be received in consideration for doing such an act if it is neither intended for that purpose by the giver nor believed to be so by the taker. Ordinarily, in any transaction the “consideration for” is the *quid pro quo* for each party’s obligation. The recipient of a promise or a benefit as a result of a promise does not determine its character unilaterally. Its character is determined by the promisor with the agreement of the promisee.

In most cases, therefore, the offence against the agent will be made out by establishing that he or she accepted a reward offered, promised or given for the purpose of influencing the agent. The offence is complete without the necessity of showing that the agent was in fact influenced in his or her actions. As pointed out by the Court of Appeal in *Gallagher*, it is the state of mind of the agent in accepting the consideration that is crucial. If the agent’s state of mind is affected by the temptation to affect the manner in which his duty is carried out by the expectation of a benefit or reward the evil against which the provision is aimed is engaged. For the same reason if the agent demands a benefit in return for some act or forbearance *vis-à-vis* the principal the section applies. The agent’s loyalty has been compromised by the expectation of reward. It is for this reason that an agent who believes that a benefit is being offered as consideration for affecting the affairs of his principal is guilty even if it was not in fact offered for this purpose.

The use of the word “corruptly” serves to emphasize the requirement that the acts of the giver or taker are not innocently done but *mala fide* in the sense of intentionally doing what the section otherwise forbids. In *R. v. Brown, supra*, at p. 289, “corruptly” was stated to mean “the act of

mettant. L’agent n’est coupable que si la récompense ou le bénéfice est versé «à titre de contrepartie pour faire ou s’abstenir de faire, ou pour avoir fait ou s’être abstenu de faire, un acte relatif aux affaires ou à l’entreprise de son commettant . . .» Le bénéfice doit, en fait, être offert dans cette intention ou le bénéficiaire doit croire qu’il l’est. Si le donneur n’avait pas cette intention et si l’acceptant ne croyait pas qu’il l’avait, le bénéfice ne peut pas être considéré comme contrepartie d’un tel acte. Généralement, dans toute opération, la «contrepartie» est donnée en compensation pour l’obligation de chaque partie. Le bénéficiaire d’une promesse ou d’un bénéfice résultant d’une promesse n’en détermine pas la nature unilatéralement. Celle-ci est déterminée par celui qui fait la promesse avec l’accord de celui à qui elle est faite.

Par conséquent, dans la plupart des cas, on établira la culpabilité de l’agent en démontrant qu’il a accepté une récompense offerte, promise ou donnée dans l’intention de l’influencer. L’infraction est consommée sans qu’il soit nécessaire de démontrer que les actes de l’agent ont effectivement été influencés. Comme l’a souligné la Cour d’appel dans *Gallagher*, le facteur décisif réside dans l’état d’esprit de l’agent qui accepte la contrepartie. Si ce dernier est influencé par la tentation de modifier la façon d’exercer ses fonctions en raison de l’espoir de recevoir un bénéfice ou une récompense, le problème auquel la disposition cherche à remédier se pose. Pour le même motif, si l’agent exige un bénéfice en retour d’un acte ou d’une abstention à l’endroit du commettant, l’article s’applique. La loyauté de l’agent a été affectée par l’espoir d’une récompense. Pour ce motif, l’agent qui croit qu’un bénéfice est offert à titre de contrepartie visant à influencer sur les affaires de son commettant est coupable même si, en fait, il n’a pas été offert dans ce but.

L’utilisation de l’expression «par corruption» vise à souligner la nécessité que le donneur ou l’acceptant n’agisse pas en toute innocence, mais de mauvaise foi, en faisant intentionnellement ce que la disposition interdit par ailleurs. Dans *R. c. Brown*, précité, à la p. 289, on a déclaré que l’ex-

doing the very thing which the statute forbids". In *R. v. Gross* (1945), 86 C.C.C. 68 (Ont. C.A.), Roach J.A., while emphasizing the purpose of the gift or consideration, added that it must be *mala fide*. He stated (at p. 75):

The word "corruptly" in the section sounds the keynote to the conduct at which the section is aimed. The evil is the giving of a gift or consideration, not *bona fide* but *mala fide*, and designedly, wholly or partially, for the purpose of bringing about the effect forbidden by the section.

I do not agree that non-disclosure by the offeree is synonymous with the term "corruptly". While in some situations to which the section applies disclosure or the intention to disclose on the part of the offeree may negative *mala fides*, in others the fact of disclosure or intention to disclose is irrelevant. For example, when the giver is accused he or she may be guilty if he or she simply makes an offer as consideration for affecting the affairs of the principal. Provided that the intention of the giver is that the benefit not be disclosed to the principal, the offence is complete when the offer is made. The intention on the part of the offeree to disclose or indeed actual disclosure on his or her part is irrelevant. Inasmuch as the giver would still have acted corruptly, it cannot be treated as if the two terms were interchangeable. I regard disclosure and non-disclosure as one factor which in some applications of the section may be relevant in respect of the mental element of the offence. In cases in which the giver is charged, the offence is complete when the offer is made, accepted or the benefit or reward taken with the requisite state of mind. The cases to which I have referred make it plain that the gravamen of the offence as regards the recipient is the influence on the mind of the agent at the time at which one of these events takes place. If subsequent conduct is not relevant to show that the agent actually was or was not influenced, subsequent disclosure is also not relevant to excuse an offence which is complete.

pression «par corruption» s'entend de l'acte de [TRADUCTION] «faire la chose même que la loi interdit». Dans *R. c. Gross* (1945), 86 C.C.C. 68 (C.A. Ont.), le juge Roach, en mettant l'accent sur le but de l'avantage ou contrepartie, a ajouté qu'il doit être de mauvaise foi. Il s'est exprimé ainsi (à la p. 75):

[TRADUCTION] L'expression «par corruption» dans l'article donne le ton au comportement visé. Le problème réside dans le fait de donner un avantage ou une contrepartie, non pas de bonne foi, mais de mauvaise foi, et expressément, en tout ou en partie, dans l'intention d'obtenir l'effet interdit par l'article.

Je ne peux convenir que la non-divulgarion par celui qui reçoit l'offre est synonyme de l'expression «par corruption». Bien que dans certaines situations auxquelles l'article s'applique la divulgation ou l'intention de divulguer de la part de celui qui reçoit l'offre puisse neutraliser la mauvaise foi, dans d'autres, la divulgation n'est pas un facteur pertinent. Ainsi, si le donneur est accusé, il peut être coupable s'il a simplement présenté une offre à titre de contrepartie pour influencer sur les affaires du commettant. Pourvu que le donneur ait l'intention que le bénéficiaire ne soit pas divulgué au commettant, l'infraction est perpétrée dès que l'offre est faite. L'intention de divulguer de celui qui reçoit l'offre ou, en fait, la véritable divulgation, n'est pas pertinente. Dans la mesure où le donneur aurait tout de même agi par corruption, on ne peut considérer les deux termes interchangeables. À mon avis, la divulgation et la non-divulgation sont un seul facteur qui, dans certaines applications de l'article, peut être pertinent à l'égard de l'élément moral de l'infraction. Dans les cas où le donneur est accusé, l'infraction est perpétrée dès que l'offre est faite ou acceptée ou que la récompense ou le bénéficiaire est accepté dans l'état d'esprit requis. Il ressort des cas mentionnés précédemment que l'élément essentiel de l'infraction à l'égard du bénéficiaire est l'influence sur l'esprit de l'agent au moment où l'un de ces événements se déroule. Si le comportement subséquent n'est pas pertinent pour démontrer que l'agent a été ou n'a pas été véritablement influencé, la divulgation subséquente est elle aussi non pertinente pour excuser une infraction consommée.

Application to this Case

The words of the charges in this case make it clear that the offences charged are in relation to a transaction with Qualico pursuant to which the appellant accepted consideration for inducing his clients to invest in Mirror Development. Count 1 which is typical reads as follows:

Between the 1st day of June, A.D. 1980, and the 31st day of March, A.D. 1983, at the City of Vancouver, Province of British Columbia, being an agent for Janet BIGA, Michael DRISCOLL, Bruce HARRISON, Garry HENRY, and other clients of KELLY PETERS & ASSOCIATES LTD., did corruptly accept from QUALICO DEVELOPMENTS LTD. a reward or benefit, to wit, Two Hundred Sixty-Two Thousand Dollars (\$262,000), as consideration for doing or having done an act relating to the affairs of Janet BIGA, Michael DRISCOLL, Bruce HARRISON, Garry HENRY, and other clients of KELLY PETERS & ASSOCIATES LTD., concerning the investments by the aforesaid persons in Mirror Developments, contrary to Section 383(1)(a) of the Criminal Code of Canada. [Emphasis added.]

The payments by Qualico were made to the appellant pursuant to an agreement that could not be said to be in consideration of the sale to clients of the appellant. The commissions were to be paid in consideration of a sale to whomever it was made. The agreement was entered into at arm's length and the commissions were the same amount as was paid to any other salesmen. While in many instances the appellant sold to his clients that was not because he was influenced by Qualico to do so nor because he believed that this was the intended purpose of either the agreement with Qualico or of the payments. The decision to sell to his clients was one that he made unilaterally. His failure to make full disclosure amounted to a breach of his duty but he is not guilty of the offence charged.

The majority of the Court of Appeal summed up the case against the appellant as follows:

I think the statute requires a *transaction*, but that transaction need be no more than the giver paying the taker to do something in relation to his client's affairs, and the

Application à l'espèce

Il ressort du libellé des accusations en l'espèce que les infractions imputées sont relatives à une opération effectuée avec Qualico, en vertu de laquelle l'appelant a accepté une contrepartie pour amener ses clients à investir dans Mirror Development. Le premier chef d'accusation est ainsi libellé:

[TRADUCTION] Entre le 1<sup>er</sup> juin 1980 et le 31 mars 1983, en la ville de Vancouver (Colombie-Britannique), étant un agent de Janet BIGA, Michael DRISCOLL, Bruce HARRISON, Garry HENRY et autres clients de KELLY PETERS & ASSOCIATES LTD., a, par corruption, accepté de QUALICO DEVELOPMENTS LTD. une récompense ou bénéfice, à savoir deux cent soixante-deux mille dollars (262 000 \$), à titre de contrepartie pour faire ou avoir fait un acte relativement aux affaires de Janet BIGA, Michael DRISCOLL, Bruce HARRISON, Garry HENRY et autres clients de KELLY PETERS & ASSOCIATES LTD. concernant des investissements par les personnes susdites dans Mirror Developments, en contravention de l'alinéa 383(1)a) du Code Criminel du Canada. [Je souligne.]

Les paiements ont été versés par Qualico à l'appelant conformément à un accord et ne peuvent être considérés comme étant la contrepartie de la vente effectuée à des clients de l'appelant. Les commissions devaient être payées en contrepartie d'une vente faite à qui que ce soit. L'accord a été conclu sans lien de dépendance, et le montant des commissions était identique à celui payé à tout autre vendeur. Dans beaucoup de cas, l'appelant a vendu à ses clients; toutefois, il n'a pas vendu parce qu'il a été poussé par Qualico à le faire ni parce qu'il croyait que c'était là le but de l'accord avec Qualico ou des paiements. La décision de vendre à ses clients a été prise unilatéralement. Son défaut de divulguer de manière complète constitue une inexécution d'obligation, mais il n'est pas coupable de l'infraction imputée.

La Cour d'appel, à la majorité, a résumé l'affaire contre l'appelant de la façon suivante:

[TRADUCTION] Je crois que la loi prévoit l'existence d'une *opération*, mais il suffit que le donneur paie l'acceptant pour accomplir quelque chose relativement aux

taker knowing this. Such a transaction can be completely blameless in so far as the giver is concerned, and in the ordinary course of business. But the crime is committed by the taker who receives the money knowing the reason it is paid. That, in my view, is this case. [Emphasis added.]

((1989), 52 C.C.C. (3d) 137, at p. 155.)

With respect, applying this test to the facts of the case, the appellant ought to have been acquitted. The appellant did not know nor believe that Qualico was paying him to sell to his clients. This element is one that is stressed in the cases to which I have referred and which is totally absent in this case.

In the result I would allow the appeal and direct that an acquittal be entered in regard to each of the charges.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I have read the reasons of Sopinka J. and Cory J. and agree with Cory J. that the appeal should be dismissed. However, I have two concerns with respect to the reasons of Cory J. which require comment. Both are related to the lack of disclosure which constitutes an element of the *actus reus* of the offence, and an awareness of which constitutes an element of its *mens rea*.

I am satisfied that the aspect of the *mens rea* of the offence of taking a secret commission which is imported by the adverb “corruptly” may lie in awareness of the fact of non-disclosure. No corrupt bargain is required, for the reasons given by the majority below and Cory J. in this Court. Indeed, on the clear language of s. 426(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the offence may be committed simply by making a “demand” for or “agreeing to accept” a reward, which alone is sufficient to negate the alleged concluded corrupt bargain requirement.

My difficulty relates to the time and nature of the disclosure necessary to negate this element of

affaires de son client et que l’acceptant le sache. Cette opération peut être complètement inoffensive du point de vue du donneur, et être dans le cours normal des affaires. Toutefois, l’acceptant commet un acte criminel s’il connaît la raison pour laquelle l’argent est versé. Selon moi, c’est le cas en l’espèce. [Je souligne.]

((1989), 52 C.C.C. (3d) 137, à la p. 155.)

Avec égards, si l’on applique ce critère aux faits de l’espèce, j’estime que l’appelant aurait dû être acquitté. Il ne savait ni ne croyait que Qualico le payait pour vendre à ses clients. Les cas mentionnés précédemment ont fait ressortir cet élément et, en l’espèce, il est totalement inexistant.

En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’ordonner qu’un acquittement soit prononcé relativement à chaque accusation.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J’ai lu les motifs des juges Sopinka et Cory et je conviens avec ce dernier que le pourvoi doit être rejeté. Toutefois, les motifs du juge Cory me préoccupent à deux points de vue et je tiens à y apporter mes commentaires. Mes préoccupations visent l’absence de divulgation, qui constitue un élément de l’*actus reus*, et la connaissance de cette absence de divulgation, qui constitue un élément de la *mens rea*.

Je suis convaincue que la connaissance de la non-divulgation peut constituer l’aspect de la *mens rea* de l’infraction d’acceptation d’une commission secrète qui est sous-entendu par l’expression «par corruption». Pour les motifs exprimés par la Cour d’appel à la majorité et le juge Cory de notre Cour, il n’est pas nécessaire que l’affaire soit entachée de corruption. En fait, le sous-al. 426(1)a)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, établit clairement que l’infraction est commise simplement si l’agent «exige» ou «convient d’accepter» une récompense, ce qui en soi est suffisant pour contredire la prétendue nécessité d’une affaire conclue entachée de corruption.

J’éprouve des difficultés relativement au moment et à la nature de la divulgation qui permet-



the *mens rea* of the offence. Cory J. states that there must be “timely” and “adequate” disclosure. In my view, the way he goes on to define these terms extends the ambit of the offence in a way which is inconsistent with the basic principles of criminal law.

The first problem is that of timeliness. Cory J. states that “[i]t is essential . . . that the agent clearly disclose to the principal as promptly as possible the source and amount or approximate amount of the benefit” (emphasis added). He elaborates as follows (at p. 191):

The disclosure must be timely in the sense that the principal must be made aware of the benefit as soon as possible. Certainly the disclosure must be made at the point when the reward may influence the agent in relation to the principal’s affairs.

This passage begs a number of questions. When is the crime complete? What is meant by “as soon as possible”? Is it a defence for the agent to say that the point had not yet been reached when he or she might be influenced? If so, when is that point? To pose these questions is to admit of the possibility of a variety of different answers.

As analyzed by Cory J. this offence is quite different from the general run of criminal offences. An offence is complete upon commission of a particular act or acts, the *actus reus*, accompanied by the requisite blameworthy mental state, the *mens rea*. Thus, for example, the offence of assault is complete when a person without the consent of another applies force to that other person, the *actus reus*, and does so with the intention of applying force to that other person without that other person’s consent. The act is committed with the necessary intent and the offence is complete in a single, unified transaction. Under Cory J.’s analysis of the offence of taking secret commissions the agent may commit part of the *actus reus*, the taking of the commission in the requisite circumstances, and do so with part of the *mens rea*, namely knowledge of the circumstances constituting the *actus reus* to that point. But his ultimate

tent de conclure à l’absence de cet élément de la *mens rea* de l’infraction. Le juge Cory précise que la divulgation doit être faite «de façon appropriée» et «en temps opportun». À mon avis, le juge Cory donne à ces expressions une interprétation qui élargit la portée de l’infraction d’une façon incompatible avec les principes du droit pénal.

La première difficulté vise le moment de la divulgation. Le juge Cory précise qu’«il est essentiel que l’agent divulgue clairement au commettant d’une façon aussi diligente que possible la source et le montant, exact ou approximatif, du bénéfice» (je souligne). Il apporte à ce sujet les précisions suivantes (à la p. 191):

La divulgation doit être faite en temps opportun en ce sens que le commettant doit être informé de l’existence du bénéfice dès que possible. Certes, la divulgation doit être faite au moment où la récompense risque d’influencer l’agent relativement aux affaires du commettant.

Ce passage soulève un certain nombre de questions. Quand l’acte criminel est-il consommé? Qu’entend-on par l’expression «dès que possible»? Comme moyen de défense, l’agent peut-il prétendre que le moment n’était pas encore venu où il pouvait être influencé? Dans l’affirmative, quand arrive ce moment? Ces questions ouvrent la porte à toute une gamme de réponses.

L’analyse du juge Cory montre que cette infraction est fort différente de l’ensemble des infractions criminelles. Une infraction est consommée dès la perpétration d’un acte particulier, l’*actus reus*, accompagnée de l’état d’esprit coupable, la *mens rea*. Par exemple, l’infraction de voies de fait est consommée lorsqu’une personne emploie la force contre une autre personne sans son consentement, l’*actus reus*, et le fait d’une manière intentionnelle. L’acte est commis avec l’intention nécessaire et l’infraction est consommée en une seule opération. Selon l’analyse que fait le juge Cory de l’infraction d’acceptation de commissions secrètes, l’agent peut commettre une partie de l’*actus reus*, c’est-à-dire l’acceptation d’une commission dans les circonstances requises et le faire avec une partie de la *mens rea*, c’est-à-dire la connaissance des circonstances qui constitue jusqu’à ce point l’*actus reus*. Toutefois, la culpabilité de

guilt is at that point uncertain, dependent upon whether he fails “to make adequate and timely disclosure of the source, amount and nature of the benefit”, the remainder of the *actus reus*, with an awareness of “the extent of the disclosure to the principal or lack thereof”, the remainder of the *mens rea*. Under Cory J.’s analysis the commission of part of this offence can be deferred in accordance with the prevailing circumstances. If at that point in time which a trial judge with the benefit of hindsight determines to have been “timely” the agent has not made full disclosure and is aware of the lack of disclosure, the *actus reus* and *mens rea* appear, transforming non-criminal conduct into criminal conduct. It is as if the offence lies dormant, waiting to be brought to germination by the bright light of judicial contemplation.

It is a fundamental proposition of the criminal law that the law be certain and definitive. This is essential, given the fact that what is at stake is the potential deprivation of a person of his or her liberty and his or her subjection to the sanction and opprobrium of criminal conviction. This principle has been enshrined in the common law for centuries, encapsulated in the maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*—there must be no crime or punishment except in accordance with law which is fixed and certain. A crime which offends this fundamental principle may for that reason be unconstitutional. As Lamer J., as he then was, said in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1155:

It would seem to me that since the advent of the *Charter*, the doctrine of vagueness or overbreadth has been the source of attack on laws on two grounds. First, a law that does not give fair notice to a person of the conduct that is contemplated as criminal, is subject to a s. 7 challenge to the extent that such a law may deprive a person of liberty and security of the person in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice. Clearly, it seems to me that if a person is placed at risk of being deprived of his liberty when he has not been given fair notice that his conduct falls within the scope of the offence as defined by Parliament, then surely this would offend the principles of

l’agent est à ce moment-là incertaine et dépendra du fait qu’il n’a pas divulgué «d’une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice», l’autre élément de l’*actus reus*, tout en étant au courant «de l’étendue de la divulgation au commettant ou de l’absence de divulgation», l’autre élément de la *mens rea*. Selon l’analyse du juge Cory, la perpétration d’une partie de l’infraction peut être différée en fonction des circonstances. L’*actus reus* et la *mens rea* nécessaires apparaissent si, au moment que le juge de première instance estime, après coup, «opportun», l’agent n’avait pas fait une divulgation complète et était au courant de cette absence de divulgation, une conduite non criminelle devenant alors une conduite criminelle. C’est un peu comme si l’infraction était latente et ne se concrétiserait que lorsque le tribunal décide qu’elle a été accomplie.

C’est un concept fondamental du droit pénal que les règles de droit doivent être précises et définitives. C’est là un concept essentiel puisqu’une personne risque d’être privée de sa liberté et de subir la sanction et l’opprobre que jette une déclaration de culpabilité criminelle. Ce principe est inscrit dans la common law depuis des siècles, et formulé dans la maxime *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*—il ne saurait exister de crimes ou de sanctions sauf en conformité avec des règles de droit bien établies et précises. La création d’un crime qui ne correspond pas à ce principe fondamental pourrait bien de ce fait être inconstitutionnelle. Comme l’a affirmé le juge Lamer, maintenant Juge en chef, dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1155:

Il me semble que, depuis l’adoption de la *Charte*, la théorie de l’imprécision ou de la portée excessive d’une loi a été à l’origine de deux moyens de contestation des lois. Premièrement, une loi qui ne donne pas un avertissement suffisant que la conduite envisagée est criminelle peut être contestée en vertu de l’art. 7 dans la mesure où cette loi peut priver une personne de sa liberté et de sa sécurité d’une manière qui n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il me semble évident qu’il y a atteinte aux principes de justice fondamentale si une personne risque d’être privée de sa liberté parce qu’elle n’a pas reçu un avertissement suffisant que sa conduite était visée par l’infraction définie

fundamental justice. Second, where a separate *Charter* right or freedom has been limited by legislation, the doctrine of vagueness or overbreadth may be considered in determining whether the limit is “prescribed by law” within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

It is vagueness in the first sense mentioned by Lamer J. which is raised by the “after-the-fact” approach to the determination of when disclosure is timely that is advocated by Cory J.

Dickson C.J., La Forest and Sopinka JJ. concurring, agreed that it would be contrary to the principles of fundamental justice to permit a person to be deprived of his or her liberty for the violation of a vague law. As Dickson C.J. put it (at p. 1141):

Certainly in the criminal context where a person’s liberty is at stake, it is imperative that persons be capable of knowing in advance with a high degree of certainty what conduct is prohibited and what is not. It would be contrary to the basic principles of our legal system to allow individuals to be imprisoned for transgression of a vague law.

A hovering possibility of criminality, which may come into being when in the circumstances it is deemed (after the fact) to have been timely to disclose, offends the fundamental requirement that the criminal law be certain. Simply put, agents will not thereby be given fair notice in advance whether a proposed course of conduct is criminal. Not only is this lack of predictability potentially unfair, it is also calculated to lessen the deterrent effect of the existence of the criminal prohibition, since people may put off disclosure which they ought to make because, as they see the circumstances at the time, no disclosure is necessary. Finally, it raises the question of whether an agent, who, at a certain time ought in all the circumstances to have disclosed a reward, is entitled to be acquitted because he did not realize that it was time to disclose.

In my view, if lack of disclosure is an element of the offence, then the time for disclosure must be clear and certain in law. Rather than holding the offence in suspended animation pending some

par le Parlement. Deuxièmement, lorsqu’une loi restreint une liberté ou un droit distinct garanti par la *Charte*, on peut tenir compte de la théorie de l’imprécision ou de la portée excessive d’une loi pour déterminer si la limite est imposée «par une règle de droit» au sens de l’article premier de la *Charte*.

C’est l’imprécision dans le premier sens mentionné par le juge Lamer que soulève l’analyse «après coup» du moment opportun de la divulgation, que préconise le juge Cory.

Le juge en chef Dickson, avec l’appui des juges La Forest et Sopinka, a convenu qu’il serait contraire aux principes de justice fondamentale de permettre à une personne d’être privée de sa liberté pour avoir violé une règle de droit imprécise. Le juge en chef Dickson affirme, à la p. 1141:

Il est certain que dans le contexte pénal où la liberté d’une personne est en jeu, il est impératif que les personnes soient en mesure de savoir d’avance avec un degré de certitude élevé quelles conduites sont interdites ou permises. Il serait contraire aux principes fondamentaux de notre système judiciaire d’incarcérer des personnes pour la violation d’une loi imprécise.

Le risque qu’une conduite donnée devienne criminelle si l’on juge (après coup) que, dans les circonstances, le moment était opportun aux fins de la divulgation, va à l’encontre de l’exigence fondamentale que les règles de droit pénal soient précises. Bref, un agent ne recevra pas ainsi un avertissement suffisant que l’acte qu’il se propose d’accomplir est criminel. Cette absence de prévisibilité risque non seulement d’être injuste, mais aussi de limiter l’effet de dissuasion associé à l’existence d’une interdiction criminelle, car une personne pourrait différer la divulgation qu’elle était tenue de faire parce que, dans les circonstances de l’époque, elle n’estimait pas nécessaire de la faire. Enfin, il faut aussi déterminer si un agent tenu de divulguer, à un certain moment, une récompense, quelles que soient les circonstances, a droit à un acquittement parce qu’il ne s’est pas rendu compte que le moment était venu de le faire.

À mon avis, si l’absence de divulgation constitue un élément de l’infraction, le moment de la divulgation doit être clair et précis en droit. Plutôt que d’attendre la réalisation d’un événement futur

future event which will determine the timeliness of disclosure, I would fix the time at which disclosure must be made. Where the *actus reus* is the taking of a secret commission, then the relevant time to see whether there has been a failure to disclose is the time the commission is taken. For practical purposes, this means that if the agent accepts a commission without beforehand (or simultaneously, if that can be conceived) advising the principal of the fact, the offence is established. It is up to the agent to refuse the commission unless he or she has first advised the principal of his or her intention to take it.

This, in my view, makes practical sense. To allow an agent to accept a secret commission on the basis that he or she will tell the principal "as soon as possible" is to encourage the acceptance of such commissions: the road to crime, as to hell, may be paved with good intentions. On the other hand, to require the agent to clear the matter with his or her principal before accepting the commission imposes no undue hardship. Assume, for example, the arrival in the mail of an unsolicited commission. The agent cannot accept the cash or cash the cheque, as the case may be, until he or she has advised the principal of the commission. I see only good coming from such a requirement.

I turn from the timing of disclosure to the question of degree of disclosure. Here again the governing consideration is that the criminal law must be clear and certain. Cory J. states that the amount of the commission must be stated to the "best of the agent's ability", and concludes (at p. 194):

If the accused was aware that some disclosure was made then it will be for the court to determine whether, in all the circumstances of the particular case, it was in fact adequate. . . .

This "after-the-fact" standard is, in my opinion, too vague to meet the requirements of the criminal law.

qui servira à déterminer le moment opportun de la divulgation, on devrait, à mon avis, préciser le moment où la divulgation doit être faite. Si l'*actus reus* est l'acceptation d'une commission secrète, alors le moment pertinent qui servira à déterminer s'il y a eu absence de divulgation est celui où la commission est acceptée. En pratique, si l'agent accepte une commission sans en informer le commettant au préalable (ou simultanément à l'acceptation, en admettant que cela soit possible), l'infraction est commise. Il appartient à l'agent de refuser la commission sauf s'il a tout d'abord informé le commettant de son intention de l'accepter.

À mon avis, il est logique de procéder de cette façon. Permettre à un agent d'accepter une commission secrète pour le motif qu'il en divulguera l'existence au commettant «dès que possible» encourage l'acceptation de ces commissions: le «chemin» du crime, tout comme celui de l'enfer, peut être pavé de bonnes intentions. Par contre, exiger de l'agent qu'il obtienne tout d'abord l'accord de son commettant avant d'accepter une commission ne crée aucun préjudice indu. Supposons, par exemple, que l'agent recevrait par courrier une commission non sollicitée. L'agent ne pourra accepter la somme d'argent ou toucher le chèque, selon le cas, tant qu'il n'aura pas informé le commettant de l'existence de la commission. Je suis d'avis qu'une telle exigence ne peut apporter que des résultats positifs.

Je passerai maintenant de l'examen du moment de la divulgation à celui du degré de divulgation. De nouveau, la considération de base est que les règles de droit pénal doivent être claires et précises. Le juge Cory précise que l'agent doit «calcul[er] le mieux possible» le montant de la commission et il conclut, à la p. 194:

Si l'accusé savait qu'il y a eu divulgation, il reviendra à la cour de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, elle a été faite de façon appropriée . . .

Selon moi, cette norme appliquée «après coup» est trop imprécise pour satisfaire aux exigences du droit pénal.

I agree with Cory J. that the extent of disclosure required depends on the purpose which the disclosure requirement is intended to further. I agree with Cory J. as well that “disclosure is essential to alert the principal to the existence of conflict of interest situations” (p. 190). It is to the avoidance of conflicts of interest and the consequent danger that the agent may not act exclusively in the best interests of his or her principals that the disclosure requirement is directed. The amount of the commission is purely secondary. A large commission might tempt one agent; a small one might suffice for another. Moreover, a requirement that the amount of the commission be disclosed poses practical difficulties of calculation, as Cory J. recognizes. These are exacerbated if disclosure is to be made either simultaneously with acceptance of the commission, or, as would be practically necessary under my reasoning, in advance.

In my view, all that is required by the criminal law is that if an agent is contemplating taking a commission from a third party with respect to a transaction with his principal, then the agent must disclose the fact that he will receive the commission to the principal, specifically advising the principal of the transaction to which the commission will relate. Such a communication will put the principal on notice that the agent is in a potential conflict of interest. It will then be open to the principal to decline to enter the transaction, to ask for further details or amounts, or to take such other steps as he or she may choose. The objective of the section will be achieved, and the question as to whether the agent’s conduct is criminal will not hang on arguments over whether the agent has made a “reasonable effort” to state the amount of the commission to the “best of [his or her] ability” “in all the circumstances of the particular case”. I add that it cannot be enough to state at the beginning of a relationship that commissions may from time to time be taken. The offence relates to a particular taking, and so, it follows, must disclosure.

On the facts of this case it is clear that there was no disclosure of the particular commissions to the

Je suis d’accord avec le juge Cory que l’étendue de la divulgation requise dépend de l’objet que vise à atteindre l’obligation de divulgation. Je conviens également avec lui que «la divulgation de l’existence d’une commission est essentielle pour attirer l’attention du commettant sur les risques de conflits d’intérêts» (p. 190). L’obligation de divulgation vise à éviter les conflits d’intérêts et, donc, le risque que l’agent n’agisse pas exclusivement dans l’intérêt de ses commettants. Le montant de la commission est purement secondaire. Certains agents seront tentés par une commission élevée, mais d’autres le seront par une commission moindre. Par ailleurs, obliger la divulgation du montant d’une commission pose des difficultés pratiques de calcul, comme le reconnaît le juge Cory. Ces problèmes sont amplifiés si la divulgation doit être faite simultanément à l’acceptation de la commission ou, comme l’exigerait à toutes fins pratiques mon raisonnement, à l’avance.

À mon avis, le droit pénal exige tout simplement que l’agent qui a l’intention d’accepter une commission d’un tiers relativement à une opération qu’il a conclue avec son commettant en fasse part à ce dernier, et lui indique précisément sur quelle opération portera la commission. Ainsi informé, le commettant saura que l’agent risque d’être dans une situation de conflit d’intérêts. Il lui appartiendra ensuite de refuser de conclure l’opération en question, de demander d’autres détails ou le montant des commissions, ou de prendre d’autres mesures qu’il peut juger nécessaires. L’objectif de la disposition sera atteint et la question de savoir si la conduite de l’agent est criminelle ne tournera pas autour d’arguments visant à déterminer si l’agent a déployé des «efforts raisonnables» pour indiquer le montant de la commission «calculé le mieux possible» «compte tenu de toutes les circonstances de l’affaire». Je tiens à préciser qu’il ne peut être suffisant de mentionner au début d’une relation qu’il pourra y avoir acceptation de commissions à l’occasion. L’infraction porte sur l’acceptation d’une commission donnée et il doit en être de même de la divulgation.

D’après les faits de l’espèce, il est évident qu’il n’y a eu aucune divulgation des commissions aux

principals involved. Therefore the offence is made out.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed, SOPINKA J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Oreck, Chernoff, Tick, Farber & Folk, Vancouver.*

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

commettants en cause. En conséquence, il y a eu perpétration de l'infraction.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté, le juge SOPINKA est dissident.*

*Procureurs de l'appellant: Oreck, Chernoff, Tick, Farber & Folk, Vancouver.*

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

**Peter Arnold and Carl Boswick** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ARNOLD

File No.: 22467.

1991: November 8; 1992: June 11.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Criminal law — Secret commissions — Elements of offence — Accused acting as financial planners selling housing units to their clients — Commissions paid to accused by promoters of projects for sale of units — Whether accused guilty of corruptly accepting a benefit under s. 426(1)(a) of Criminal Code — Whether accused made timely and adequate disclosure to their principals — Whether Crown required to prove existence of corrupt bargain between giver and taker — Meaning of word “corruptly” — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426(1)(a).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Accused acting as financial planners selling housing units to their clients — Commissions paid to accused by promoters of projects for sale of units — Statement made by one of the accused to plain-clothes RCMP officer investigating general partner involved in projects — Accused later charged with receiving secret commissions — Whether statement should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

The accused, who were financial planners, recommended to a substantial number of their clients that they should invest in two development projects. For the sale of each unit in these projects, the accused received from the promoters a 10 percent commission together with a percentage of the profits derived from the sale. The majority of the clients who invested in these projects testified that the accused never mentioned the commissions that were to be paid to them.

**Peter Arnold et Carl Boswick** *Appelants*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ARNOLD

N<sup>o</sup> du greffe: 22467.

<sup>b</sup>

1991: 8 novembre; 1992: 11 juin.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci.

<sup>c</sup>

EN APPEL DE LA SECTION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Commissions secrètes — Éléments de l'infraction — Vente par les accusés agissant à titre de planificateurs financiers d'unités d'habitation à leurs clients — Commissions versées aux accusés par les promoteurs des projets relativement à la vente des unités — Les accusés sont-ils coupables, en vertu de l'art. 426(1)a) du Code criminel, d'avoir, par corruption, accepté un bénéfice? — Les accusés ont-ils fait une divulgation appropriée et en temps opportun à leurs commettants? — Le ministère public est-il tenu de prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant? — Signification de l'expression «par corruption» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1)a).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Vente par les accusés agissant à titre de planificateurs financiers d'unités d'habitation à leurs clients — Commissions versées aux accusés par les promoteurs des projets relativement à la vente des unités — Déclaration faite par l'un des accusés à un agent en civil de la GRC qui enquêtait sur le commandité intéressé dans les projets — Accusés inculpés par la suite d'avoir reçu des commissions secrètes — La déclaration devrait-elle être exclue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

Les accusés, qui étaient des planificateurs financiers, ont recommandé à un grand nombre de leurs clients d'investir dans deux projets de développement. Les accusés ont reçu des promoteurs une commission de 10 p. 100 pour la vente de chacune des unités ainsi qu'un pourcentage des profits tirés de la vente. La majorité des clients qui ont investi dans ces projets ont déposé que les accusés n'avaient jamais mentionné que les commissions devaient leur être payées. Même si les

While the accused did disclose to their clients in the initial interview some general information as to commissions, there was no disclosure of commissions that would be payable to the accused from the projects unless a request for that information was specifically made by a client. In the Offering Memoranda shown to the clients, the commissions payable were included in the global figure for the "initial service cost" of the projects and there was no indication that it was the accused who, as agents for the projects, were to receive the commissions. In 1987, a statement was made by one of the accused to a plain-clothes RCMP officer investigating the general partner involved in the projects. Two years later, the accused were charged with accepting secret commissions contrary to s. 426(1)(a) of the *Criminal Code*. They were acquitted. The trial judge found that although there was no specific disclosure to the clients of amounts of commissions payable to the accused, the clients knew that the initial fees they paid to the accused would not be their sole source of income. He concluded that proof of a corrupt bargain was an essential part of the offence and, since there was no corrupt bargain in this case, the accused could not be found guilty. The Court of Appeal set aside the acquittals and ordered a new trial. This appeal raised substantially the same issues as those before this Court in *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170. The primary issue in this case is whether the accused as agents made timely and adequate disclosure to their principals of the commissions they received from a third party.

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

*Per* L'Heureux-Dubé, Cory and Iacobucci JJ.: The Court of Appeal correctly concluded that the trial judge's finding that the Crown had failed to prove the requisite intent was based on a misapprehension as to the intent required under s. 426(1)(a) of the *Code*. For the reasons set out in *R. v. Kelly*, it was not necessary for the Crown to establish that there was a corrupt bargain between the giver and the taker. The trial judge also erred as to the standard of disclosure that was required. His finding that there was no secrecy on the part of the accused was made only in relation to their books which disclosed all the transactions. The testimony given by clients of the accused was overwhelmingly to the effect that there had been no disclosure to them of the commissions to be paid to the accused by the promoters of the projects. It will be for the judge

accusés ont communiqué à leurs clients lors de l'entrevue initiale certains renseignements généraux relatifs aux commissions, ils n'ont pas divulgué qu'ils recevraient des commissions dans les projets, sauf si un client demandait précisément ce renseignement. Dans les notices d'offre présentées aux clients, les commissions payables étaient comprises dans le montant global pour le «coût de service initial» des projets et il n'était nullement question que c'étaient les accusés qui, à titre d'agents du projet, devaient recevoir les commissions. En 1987, l'un des accusés a fait une déclaration à un agent en civil de la GRC qui enquêtait sur le commandité intéressé dans les projets. Deux ans plus tard, les accusés ont été inculpés d'avoir accepté des commissions secrètes en contravention de l'al. 426(1)(a) du *Code criminel*. Ils ont été acquittés. Le juge du procès a conclu que, bien que les montants des commissions payables aux accusés n'aient pas été expressément divulgués, les clients savaient que les honoraires initiaux qu'ils devaient payer ne seraient pas la seule source de revenu des accusés. Il a conclu que la preuve d'une affaire entachée de corruption était une partie essentielle de l'infraction et que, comme il n'y avait aucune affaire entachée de corruption en l'espèce, les accusés ne pouvaient être déclarés coupables. La Cour d'appel a annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont essentiellement les mêmes que celles dont a été saisie notre Cour dans le pourvoi *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170. La question principale en l'espèce est de savoir si les accusés à titre d'agents ont divulgué d'une façon appropriée et en temps opportun à leurs commettants les commissions qu'ils recevaient d'un tiers.

*Arrêt* (le juge Sopinka est dissident): Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci: La Cour d'appel a eu raison de dire que la conclusion du juge du procès selon laquelle le ministère public n'avait pas démontré l'intention nécessaire était fondée sur une évaluation erronée de l'intention requise par l'al. 426(1)(a) du *Code*. Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Kelly*, il n'était pas nécessaire que le ministère public établisse que l'entente entre le donneur et l'acceptant était entachée de corruption. Le juge du procès a également commis une erreur quant à la norme de divulgation exigée. Sa conclusion selon laquelle il n'y avait aucun secret de la part des accusés n'a été tirée que relativement aux livres des accusés qui indiquaient toutes les opérations. Le témoignage des clients des accusés portait d'une manière écrasante qu'on ne leur avait pas dit que les accusés recevraient des commis-



presiding at the new trial to determine whether, in the circumstances of the case, the disclosure made by the accused to their clients was adequate and timely. Finally, the Court of Appeal correctly determined that the accused who made the statement was not in detention at the time of the statement, that his rights had not been violated by the police and that the statement was therefore admissible. The Court of Appeal's conclusion that an error had been made with regard to the statement did no more than supplement its decision to grant a new trial.

*Per McLachlin J.:* For the reasons given in *R. v. Kelly*, the trial judge's findings in this case were not adequate to resolve the disclosure issue. His reasons do not make clear whether the disclosure by the accused, which he found had been given, was limited to general statements that they would receive commissions with respect to transactions entered into by their clients, or whether there was also specific disclosure of the fact that they would receive commissions with respect to the transactions at issue. The fact that the accused did not make specific disclosure of the amounts to be received is purely secondary. The Court of Appeal's decision setting aside the acquittals and ordering a new trial must be affirmed.

*Per Sopinka J. (dissenting):* For the reasons given in *R. v. Kelly*, the acquittals of the accused should be restored. The offences charged are in relation to a transaction with certain management companies pursuant to which the accused accepted consideration for inducing their clients to invest in certain development projects. While in many instances the accused sold units to their clients, that was not because they were influenced to do so by the management companies nor because they believed that this was the intended purpose of either the agreement or the payments. The agreement was entered into at arm's length, the commissions were the same amount as was paid to any other salesmen and they were to be paid regardless of to whom the units were sold. The decision to sell to their clients was one made unilaterally by the accused. Failure to make full disclosure to the clients may have amounted to a breach of duty but the accused are not guilty of the offence charged. The trial judge made a finding that they had not acted *mala*

sions des promoteurs des projets. Le juge qui présidera le nouveau procès aura à déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, la divulgation par les accusés à leurs clients a été faite de façon appropriée et en temps opportun. Finalement, la Cour d'appel a, à bon droit, conclu que l'accusé qui a fait une déclaration n'était pas détenu au moment où il l'a faite, que le policier n'avait pas violé ses droits et que la déclaration était par conséquent recevable. La conclusion de la Cour d'appel qu'il y a eu erreur quant à la déclaration a seulement ajouté à la décision d'accorder un nouveau procès.

*Le juge McLachlin:* Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Kelly*, les conclusions du juge du procès ne sont pas adéquates pour trancher la question de la divulgation. Il ne ressort pas clairement de ses motifs que la divulgation qui, selon lui, aurait été faite par les accusés se limitait à des déclarations générales qu'ils recevraient des commissions relativement à des opérations conclues par leurs clients ou s'il y a eu également une divulgation précise du fait qu'ils recevraient des commissions relativement aux opérations visées en l'espèce. L'absence de divulgation précise des montants que les accusés devaient recevoir est purement secondaire. La décision de la Cour d'appel qui annule les acquittements et qui ordonne la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

*Le juge Sopinka (dissentant):* Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Kelly*, les acquittements des accusés devraient être rétablis. Les infractions reprochées se rapportent à une opération avec certaines sociétés de gestion en vertu de laquelle les accusés ont accepté une contrepartie dans le but d'inciter leurs clients à investir dans certains projets de développement. Même si dans de nombreux cas les accusés ont effectué des ventes à leurs clients, ce n'était pas parce qu'ils avaient été incités à le faire par les sociétés de gestion ni parce qu'ils croyaient que ce devait être le but de l'entente ou des paiements. L'entente a été conclue sans lien de dépendance, les commissions étaient les mêmes que celles qui étaient versées aux autres vendeurs et elles devaient être versées peu importe à qui les unités étaient vendues. La décision de vendre à leurs clients a été prise unilatéralement par les accusés. L'omission de faire une divulgation complète peut équivaloir à un manquement à une obligation mais les accusés ne sont pas coupables de l'infraction reprochée. Le juge du procès a conclu

*fide* in the dealings giving rise to the charges. This finding was amply supported by the evidence.

### Cases Cited

By Cory J.

**Followed:** *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, aff'g (1989), 52 C.C.C. (3d) 137.

By McLachlin J.

**Followed:** *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170.

By Sopinka J. (dissenting)

*R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 383(1)(a).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 426(1)(a), 691(2).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1991), 102 N.S.R. (2d) 207, 279 A.P.R. 207, 65 C.C.C. (3d) 171, setting aside the acquittals of the accused on charges of accepting secret commissions contrary to s. 426 of the *Criminal Code*, and ordering a new trial. Appeal dismissed, Sopinka J. dissenting.

*David J. Bright, Q.C.*, and *Sandra MacPherson Duncan*, for the appellants.

*Bruce P. Archibald* and *Bernadette Macdonald*, for the respondent.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY J.—The issues raised in this appeal are substantially the same as those that were before the Court in *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170. The primary issue is whether the accused as agents made timely and adequate disclosure to their principals of the commissions they received from a third party.

que les accusés n'avaient pas agi de mauvaise foi dans les arrangements qui ont donné lieu aux accusations. La preuve a largement étayé cette conclusion.

### a Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêt suivi:** *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, conf. (1989), 52 C.C.C. (3d) 137.

b

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt suivi:** *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

c

*R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1)a), 691(2).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 383(1)a).

POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1991), 102 N.S.R. (2d) 207, 279 A.P.R. 207, 65 C.C.C. (3d) 171, qui a annulé les acquittements des accusés relativement à des accusations d'avoir accepté des commissions secrètes en contravention de l'art. 426 du *Code criminel* et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge Sopinka est dissident.

*David J. Bright, c.r.*, et *Sandra MacPherson Duncan*, pour les appelants.

*Bruce P. Archibald* et *Bernadette Macdonald*, pour l'intimée.

h

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY—Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont essentiellement les mêmes que celles dont a été saisie la Cour dans le pourvoi *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170. La question principale est de savoir si les accusés à titre d'agents ont divulgué d'une façon appropriée et en temps opportun à leurs commettants les commissions qu'ils recevaient d'un tiers.

Factual Background

The appellants were financial planners who gave advice regarding tax planning, tax shelters, investments and RRSPs to doctors and dentists. Peter Arnold operated his business under the name of P.R. Arnold and Associates Ltd. while Carl Boswick carried on his business under the name Carl T. Boswick and Associates Ltd.

When clients first came to the appellants, they were informed in a general way about the sources of compensation that the appellants received. In this first interview, a reference was made to a "black binder" which contained a section entitled "How We're Compensated". In it the clients were advised that the appellants would be receiving commissions and fees. In discussions with their clients the accused seem to have used terms such as bonuses, overrides and bonus incentives when referring to their commissions.

There can be no doubt that the appellants recommended to a substantial number of their clients that they should invest in two limited partnerships: Lakewood Manor Ltd. and Oak Street Ltd. The Lakewood offering was composed of 100 units at \$10,000 per unit with a guaranteed return of \$15,000 to investors within two years. That guarantee was met. The Oak Street offering was 200 units at \$10,000 each with a guaranteed return of \$16,000 per unit within two years. This guarantee was not met, although the investors eventually did receive some tax write offs.

For the sale of the units, the appellants received 10 percent commission together with a percentage of the profits derived from the sale from J. & J. Management Limited, Woodrock Management Limited and Rockwood Real Estate Limited. On the two projects, the appellants received in excess of \$450,000 in commissions. In the Offering Memoranda shown to the clients, the commissions payable were included in the global figure for the "ini-

Les faits

Les appellants étaient des planificateurs financiers qui donnaient des avis en matière de planification fiscale, d'abris fiscaux, d'investissements et de REER à des médecins et à des dentistes. Peter Arnold exploitait son entreprise sous le nom de P.R. Arnold and Associates Ltd., Carl Boswick sous le nom de Carl T. Boswick and Associates Ltd.

Lorsque des clients s'adressaient aux appellants pour la première fois, ils étaient informés d'une manière générale au sujet des sources de rémunération des appellants. Lors de cette première entrevue, il était question d'un «classer noir» dont une section était intitulée [TRADUCTION] «Comment nous sommes rémunérés». On y informait les clients que les appellants recevraient des commissions et des honoraires. Dans les discussions avec leurs clients, les accusés semblent avoir utilisé des termes comme gratifications, commissions indirectes et mesures incitatives lorsqu'ils mentionnaient leurs commissions.

Il n'y a aucun doute que les appellants ont recommandé à un grand nombre de leurs clients d'investir dans deux sociétés en commandite: Lakewood Manor Ltd. et Oak Street Ltd. L'offre de Lakewood était composée de 100 unités à 10 000 \$ chacune avec un rendement garanti de 15 000 \$ aux investisseurs dans un délai de deux ans. Cette garantie a été respectée. L'offre d'Oak Street était composée de 200 unités à 10 000 \$ chacune avec un rendement garanti de 16 000 \$ par unité dans un délai de deux ans. Cette garantie n'a pas été respectée, bien que les investisseurs aient finalement bénéficié de certaines réductions d'impôt.

Les appellants ont reçu de J. & J. Management Limited, Woodrock Management Limited et Rockwood Real Estate Limited une commission de 10 p. 100 pour la vente des unités ainsi qu'un pourcentage des profits tirés de la vente. Pour les deux projets, les appellants ont reçu plus de 450 000 \$ de commissions. Dans les notices d'offre présentées aux clients, les commissions payables étaient comprises dans le montant global

tial service cost” of the project. These Offering Memoranda had been reviewed by a law firm and approved by the Nova Scotia Securities Commission before they were distributed to the investors. However, it is significant that there was no refer-  
 a

pour le «coût de service initial» du projet. Ces notices d’offre avaient été examinées par un cabinet d’avocats et autorisées par la commission des valeurs mobilières de la Nouvelle-Écosse avant  
 d’être distribuées aux investisseurs. Toutefois, il est important de souligner que dans les notices il n’était nullement question que c’étaient les appel-  
 lants qui, à titre d’agents du projet, devaient rece-  
 voir les commissions.  
 b

The majority of the clients who invested in the projects testified that the appellants never mentioned the commissions that were to be paid to Arnold and Boswick. The appellants did disclose  
 c to their clients in the initial interview some general information as to commissions. However, there was certainly no disclosure of commissions that would be payable to the appellants from the Lake-  
 wood or Oak Street projects unless a request for  
 d that information was specifically made by a client.

La majorité des clients qui ont investi dans les projets ont déposé que les appelants n’avaient jamais mentionné que les commissions devaient  
 être payées à Arnold et Boswick. Les appelants ont communiqué à leurs clients lors de l’entrevue initiale certains renseignements généraux relatifs aux commissions. Cependant, on n’a certainement pas divulgué que les appelants recevraient des com-  
 missions dans les projets Lakewood ou Oak Street, sauf si un client demandait précisément ce rensei-  
 gnement.

In 1987, the appellant Arnold made a statement to a plain-clothes RCMP officer investigating the  
 e general partner involved in Lakewood and Oak Street projects. Some two years later, the appel-  
 lants were charged with two counts of contravening s. 426(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C.,  
 1985, c. C-46 (formerly s. 383). The trial judge  
 f acquitted the appellants on both counts. On the Crown appeal, the acquittals were set aside and a new trial was ordered: (1991), 102 N.S.R. (2d)  
 207, 279 A.P.R. 207, 65 C.C.C. (3d) 171. The  
 g appellants have brought this appeal as of right pursuant to s. 691(2) of the *Criminal Code*.

En 1987, l’appelant Arnold a fait une déclaration à un agent en civil de la GRC qui enquêtait sur  
 le commandité intéressé dans les projets Lakewood et Oak Street. Environ deux ans plus tard, les appe-  
 llants ont fait l’objet de deux chefs d’accusation d’avoir contrevenu à l’al. 426(1)a) du *Code criminel*,  
 L.R.C. (1985), ch. C-46 (anciennement l’art. 383). Le juge du procès a acquitté les appelle-  
 lants relativement aux deux chefs d’accusation. Lors de l’appel par la poursuite, les acquittements  
 ont été annulés et la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée: (1991), 102 N.S.R. (2d) 207,  
 279 A.P.R. 207, 65 C.C.C. (3d) 171. Les appelants se pourvoient de plein droit devant notre Cour aux  
 termes du par. 691(2) du *Code criminel*.  
 h

### Judgments Below

#### *County Court Judge’s Criminal Court*

The trial judge observed that “the crooks in this  
 i case are probably Rockwood [the general partner of the project, who was later convicted for fraud] and Christopherson [the accountant for Rock-  
 wood]”. He found that, although clients knew the  
 j initial fees which they paid would not be the sole source of income for the appellants, there was no

### Les jugements des tribunaux d’instance inférieure

#### *Cour de comté, Section criminelle*

Le juge du procès a fait remarquer que [TRADUC-  
 TION] «les escrocs en l’espèce sont probablement Rockwood [le commandité du projet, qui a par la suite été déclaré coupable de fraude] et Chris-  
 topherson [le comptable de Rockwood]». Il a conclu que, bien que les clients aient su que les hono-  
 raires initiaux qu’ils devaient payer ne seraient pas

specific disclosure to the clients of amounts of commissions payable to the appellants.

The trial judge, relying on the dissenting reasons of Hutcheon J.A. in *R. v. Kelly* (1989), 52 C.C.C. (3d) 137 (B.C.C.A.), concluded that proof of a corrupt bargain was an essential part of the offence. He determined that as there was no corrupt bargain in this case, the accused could not be found guilty.

*Nova Scotia Court of Appeal* (1991), 65 C.C.C. (3d) 171

Macdonald J.A., writing for the unanimous court, noted that there was no disclosure by Arnold or Boswick that they would receive commissions from the sale of units in the Lakewood or Oak Street projects unless that question was specifically asked of them. When the question was presented the replies they gave were vague and could not be categorized as full, frank and fair. In effect, they did not advise their clients as to the financial arrangements they had with the promoters of the two projects.

He then considered s. 426(1)(a)(ii) and determined that “[t]he element of corruption is simply doing the act enjoined by the section without having first made full disclosure to the principal” (p. 177). He found that it was the agent’s non-disclosure to his principal of the reward or benefit in relation to the principal’s business that made his conduct corrupt. He adopted the standard of disclosure put forward by the majority of the British Columbia Court of Appeal in the *Kelly* case and determined that the disclosure must be crystal clear. That is to say it must be full, frank and fair.

He found that the trial judge had erred in excluding the statement made by Arnold and determined that it should have been admitted. He found that the trial judge, in relying on Hutcheon J.A.’s

la seule source de revenu des appelants, les montants des commissions payables aux appelants n’ont pas été expressément divulgués.

<sup>a</sup> Se fondant sur les motifs dissidents du juge Hutcheon dans l’arrêt *R. c. Kelly* (1989), 52 C.C.C. (3d) 137 (C.A.C.-B.), le juge du procès a conclu que la preuve d’une affaire entachée de corruption était une partie essentielle de l’infraction. Il a déterminé que, comme il n’y avait aucune affaire entachée de corruption en l’espèce, les accusés ne pouvaient être déclarés coupables.

<sup>c</sup> *Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse* (1991), 65 C.C.C. (3d) 171

<sup>d</sup> Le juge Macdonald, au nom de la cour à l’unanimité, a fait remarquer que ni Arnold ni Boswick n’avaient divulgué qu’ils recevraient des commissions pour la vente des unités dans les projets Lakewood ou Oak Street, sauf si cette question leur était précisément posée. Quand la question était posée, les réponses données étaient vagues et ne pouvaient être qualifiées de complètes, franches et impartiales. En effet, les appelants n’ont pas avisé leurs clients au sujet des ententes financières qu’ils avaient conclues avec les promoteurs des deux projets.

<sup>e</sup> Il a ensuite examiné le sous-al. 426(1)(a)(ii) et a déterminé que [TRADUCTION] «[l’]élément de corruption consiste simplement dans l’accomplissement de l’acte visé par l’article sans avoir initialement communiqué tous les renseignements au commettant» (p. 177). Il a conclu que c’est la non-divulgaration de l’agent à son commettant de l’avantage ou du bénéfice retiré relativement à l’entreprise du commettant qui a entaché sa conduite de corruption. Il a adopté la norme de divulgation énoncée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, dans l’arrêt *Kelly* et a déterminé que la communication doit être limpide.

<sup>f</sup> C’est-à-dire qu’elle doit être complète, franche et impartiale.

<sup>g</sup> Il a dit que le juge du procès a commis une erreur lorsqu’il a exclu la déclaration faite par Arnold et il a déterminé qu’elle aurait dû être admise. Il a statué que le juge du procès, en se fon-

dissent in *Kelly*, erroneously focused on the requirement of a corrupt bargain. He concluded that the trial judge had misapprehended the evidence as a result of misdirecting himself as to the *mens rea* required by the offence and by the trial judge's misconception of the word "corruptly". In the result, a new trial was ordered.

### The Elements of Section 426

The elements of s. 426 have been considered in my reasons in *R. v. Kelly* and need not be repeated. It is sufficient to set out the summary of the conclusions in *Kelly* (at pp. 193-94):

#### Summary

There are then three elements to the *actus reus* of the offence set out in s. 426(1)(a)(ii) as they apply to an accused agent/taker with regard to the acceptance of a commission:

- (1) the existence of an agency relationship;
- (2) the accepting by an agent of a benefit as consideration for doing or forbearing to do any act in relation to the affairs of the agent's principal; and
- (3) the failure by the agent to make adequate and timely disclosure of the source, amount and nature of the benefit.

The requisite *mens rea* must be established for each element of the *actus reus*. Pursuant to s. 426(1)(a)(ii), an accused agent/taker:

- (1) must be aware of the agency relationship;
- (2) must knowingly accept the benefit as consideration for an act to be undertaken in relation to the affairs of the principal; and
- (3) must be aware of the extent of the disclosure to the principal or lack thereof.

If the accused was aware that some disclosure was made then it will be for the court to determine whether, in all the circumstances of the particular case, it was in fact adequate and timely.

The word "corruptly" in the context of secret commissions means secretly or without the requisite disclosure. There is no "corrupt bargain" requirement. Thus, it

dant sur la dissidence du juge Hutcheon dans l'arrêt *Kelly*, a de manière erronée mis l'accent sur l'exigence d'une affaire entachée de corruption. Il a conclu que le juge du procès a mal évalué la preuve parce qu'il a commis une erreur quant à la *mens rea* nécessaire pour la perpétration de l'infraction et parce qu'il a mal interprété l'expression «par corruption». Par conséquent, la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

### Les éléments de l'art. 426

J'ai examiné les éléments de l'art. 426 dans mes motifs de l'arrêt *R. c. Kelly* et il n'est pas nécessaire de les répéter. Il suffit de reprendre le résumé des conclusions dans l'arrêt *Kelly* (aux pp. 193 et 194):

#### Sommaire

L'*actus reus* de l'infraction prévue au sous-al. 426(1)a(ii) comporte donc trois éléments qui devront être établis en cas d'accusation contre un agent-acceptant relativement à l'acceptation d'une commission:

- (1) l'existence d'un mandat;
- (2) l'acceptation par l'agent d'un bénéfice à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire un acte relatif aux affaires de son commettant;
- (3) l'omission de la part de l'agent de divulguer d'une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice.

La *mens rea* requise doit être établie pour chacun des éléments de l'*actus reus*. Conformément au sous-al. 426(1)a(ii), l'agent-acceptant accusé doit:

- (1) être au courant de l'existence du mandat;
- (2) avoir accepté sciemment le bénéfice à titre de contrepartie pour un acte à être fait relativement aux affaires du commettant;
- (3) être au courant de l'étendue de la divulgation au commettant ou de l'absence de divulgation.

Si l'accusé savait qu'il y a eu divulgation, il reviendra à la cour de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, elle a été faite de façon appropriée et en temps opportun.

Dans le contexte des commissions secrètes, l'expression «par corruption» signifie qu'elles ont été versées secrètement ou qu'elles n'ont pas été divulguées comme

is possible to convict a taker of a reward or benefit despite the innocence of the giver of the reward or benefit. Non-disclosure will be established for the purposes of the section if the Crown demonstrates that adequate and timely disclosure of the source, amount and nature of the benefit has not been made by the agent to the principal.

il se doit. L'existence d'une «affaire entachée de corruption» n'est pas nécessaire. En conséquence, l'acceptant d'une récompense ou d'un bénéfice peut être déclaré coupable malgré l'innocence du donneur. Pour l'application de l'article, le ministère public aura établi la non-divulgence s'il démontre que l'agent n'a pas divulgué au commettant d'une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice.

*b*

#### Application of Principles to the Facts of this Case

#### Application des principes aux faits de l'espèce

There is no doubt that the facts in this case arouse more sympathy for the appellants than did those in *Kelly*. Nevertheless, the question as to whether the disclosure was adequate in all the circumstances must still be determined. I cannot accept the contention that the findings made at the trial are adequate to resolve the issue. The Court of Appeal was correct in its conclusion that the trial judge's finding that the Crown had failed to prove the requisite intent was based on a misapprehension as to the intent required. For the reasons set out in *Kelly*, it was not necessary for the Crown to establish that there was a corrupt bargain.

*c*

*d*

*e*

*f*

Il n'y a aucun doute que les faits de l'espèce soulèvent plus de sympathie à l'égard des appelants que ceux du pourvoi *Kelly*. Néanmoins, il faut quand même trancher la question de savoir si la divulgation était appropriée dans toutes les circonstances. Je ne peux admettre l'argument selon lequel les conclusions auxquelles on est arrivé au procès sont adéquates pour résoudre la question. La Cour d'appel a eu raison de dire que la conclusion du juge du procès selon laquelle le ministère public n'avait pas démontré l'intention nécessaire était fondée sur une évaluation erronée de cet élément. Pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Kelly*, il n'était pas nécessaire que le ministère public établisse que l'affaire était entachée de corruption.

Nor was the trial judge correct as to the standard of disclosure that was required. The argument that there was a finding made at trial that there was no secrecy on the part of the appellants cannot be accepted. That finding was made only in relation to the appellants' books which disclosed all the transactions. The testimony given by clients of the appellants was overwhelmingly to the effect that no disclosure was made to them that commissions would be received by the appellants from the promoters of the developments for the sale of the units. It will be for the judge presiding at the new trial to determine whether, in the circumstances of the case, the disclosure made by the appellants to their clients was adequate and timely. The Court of Appeal correctly determined that there must be a new trial with regard to that issue.

*g*

*h*

*i*

*j*

La conclusion du juge du procès n'était pas non plus fondée en ce qui a trait à la norme de divulgation exigée. L'argument selon lequel on a conclu au procès qu'il n'y avait aucun secret de la part des appelants ne peut être accepté. Cette conclusion n'a été tirée que relativement aux livres des appelants qui indiquaient toutes les opérations. Le témoignage des clients des appelants portaient d'une manière écrasante qu'on ne leur avait pas dit que les appelants recevraient des commissions des promoteurs des entreprises relativement à la vente des unités. Le juge qui présidera le nouveau procès aura à déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, la divulgation par les appelants à leurs clients a été faite de façon appropriée et en temps opportun. La Cour d'appel a, à bon droit, déterminé qu'il devait y avoir un nouveau procès en ce qui a trait à cette question.

The Admissibility of the Statement of Arnold

Arnold had made a statement to the police two years before the charges were laid. The trial judge had ruled on a *voir dire* that the statement was voluntary but inadmissible under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because Arnold was a suspect at the time the statement was made. The Court of Appeal determined, correctly in my view, that Arnold was not in detention at the time the statement was made, that his rights had not been violated by the police and that the statement was therefore admissible.

In any event, the appellants have not put in issue the correctness of the Court of Appeal's ruling with regard to the admissibility of the statement. Rather the appellants contested the position of the Court of Appeal that the exclusion of the statement constituted a sufficient error to warrant a new trial. I agree that this error alone would not have been sufficient to warrant a new trial. However, it is quite clear that the Court of Appeal's order granting a new trial was based primarily on the trial judge's misconception of the *mens rea* required by s. 426 and of the meaning which he gave to the word "corruptly". The conclusion that an error had been made with regard to the statement did no more than supplement the decision to grant a new trial.

Disposition

In the result, the appeal must be dismissed. The order of the Court of Appeal setting aside the acquittals and ordering a new trial will be affirmed.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the advantage of reviewing the reasons of Cory J. herein but unfortunately I cannot agree with his disposition of this matter. As I have outlined in my reasons in *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, which are being released concurrently, in my view s. 426(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, requires

La recevabilité de la déclaration d'Arnold

Arnold a fait une déclaration à la police deux ans avant le dépôt des accusations. Le juge du procès a décidé après un voir-dire que la déclaration était volontaire mais que, conformément au par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle ne pouvait être utilisée parce qu'Arnold était un suspect au moment où elle a été faite. La Cour d'appel a déterminé, à bon droit à mon avis, qu'Arnold n'était pas détenu au moment où il a fait la déclaration, que le policier n'avait pas violé ses droits et que la déclaration était par conséquent recevable.

De toute façon, les appelants n'ont pas contesté l'exactitude de la décision de la Cour d'appel quant à la recevabilité de la déclaration. Plutôt les appelants ont contesté la position de la Cour d'appel selon laquelle l'exclusion de la déclaration constituait une erreur suffisante pour justifier un nouveau procès. Je suis d'accord que cette erreur prise de façon isolée n'aurait pas été suffisante pour justifier la tenue d'un nouveau procès. Toutefois, il est bien évident que l'ordonnance de la Cour d'appel qui accorde un nouveau procès était fondée principalement sur l'erreur du juge du procès concernant la *mens rea* exigée par l'art. 426 et le sens qu'il a accordé à l'expression «par corruption». La conclusion qu'il y a eu erreur quant à la déclaration a seulement ajouté à la décision d'accorder un nouveau procès.

Dispositif

En conséquence, le pourvoi est rejeté. L'ordonnance de la Cour d'appel qui annule les acquittements et qui ordonne la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'avantage d'examiner les motifs du juge Cory en l'espèce mais malheureusement je ne puis souscrire à la manière dont il règle ce pourvoi. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, qui est déposé en même temps que celui-ci, à mon avis l'al. 426(1)a) du *Code criminel*, L.R.C.



that the Crown prove two essentials of the mental element of the offence before being able to secure a conviction. The first concerns the knowledge or belief of the accused as to the purpose of the transaction. When an agent is charged, it must be established that he or she demanded, accepted or offered or agreed to accept the benefit as a *quid pro quo* to influence him or her. A benefit cannot be demanded or received in consideration for doing an act if the taker did not believe that it was being demanded, offered or given for that purpose. Thus the Crown must prove that the benefit was so demanded, offered or accepted with the agent's knowledge or belief that it was given for that purpose. This requirement looks to the state of mind of the agent at the time of the transaction. The corruption in this action is the belief that the valuable consideration is intended to influence the agent to show favour to some person in relation to the affairs of his or her principal. The taker is thus caught even if he or she was mistaken as to the true intention of the giver.

If the giver is charged, it must be shown that he or she gave, offered or agreed to give or offer a benefit intending that it would influence an agent to show favour to some person in relation to the affairs of the agent's principal. As with the taker, it is the state of mind of the giver at the time of the transaction that is crucial.

The second requirement of the mental element of this offence is that the accused entered into the transaction *mala fide*. This is most easily satisfied through proof of dishonesty. As I indicated in *Kelly*, non-disclosure is not synonymous with the terms "corruptly" or *mala fides*, although it may be a strong indicator that the accused has acted in bad faith. In some situations disclosure or the intent to disclose will be highly relevant. For example, if an agent is offered valuable consideration to influence his or her principal but at all times intended to disclose this fact to his or her principal, such an intention will foreclose a finding of bad faith against the agent. Conversely, if a giver offers valuable

(1985), ch. C-46, exige que le ministère public démontre deux points essentiels de l'élément moral de l'infraction avant d'être en mesure d'obtenir une déclaration de culpabilité. Le premier point concerne la connaissance ou la croyance de l'accusé relativement au but de l'opération. Lorsqu'un agent est accusé, il faut démontrer qu'il a exigé, accepté ou offert ou convenu d'accepter le bénéfice à titre de contrepartie pour l'influencer. Un bénéfice ne peut être exigé ou reçu en contrepartie de l'accomplissement d'un acte si la personne qui le reçoit ne croit pas qu'il est exigé, offert ou donné à cette fin. Par conséquent, le ministère public doit prouver que le bénéfice a été ainsi exigé, offert ou accepté et que l'agent savait ou croyait qu'il était donné à cette fin. Cette exigence tient compte de l'état d'esprit de l'agent au moment de l'opération. La corruption dans cette action est constituée par la croyance que la contrepartie de valeur est destinée à influencer l'agent afin qu'il favorise une certaine personne relativement aux affaires de son commettant. L'acceptant se fait alors prendre même s'il a mal interprété l'intention véritable du donneur.

Si le donneur est accusé, il faut démontrer que celui-ci a donné, offert ou convenu de donner ou d'offrir un bénéfice avec l'intention qu'il influence un agent de manière qu'il favorise certaines personnes relativement aux affaires de son commettant. Comme pour l'acceptant, c'est l'état d'esprit du donneur au moment de l'opération qui est important.

La seconde exigence de l'élément moral de cette infraction est que l'accusé ait conclu l'opération de mauvaise foi. Il est facile de satisfaire à cette exigence par une preuve de malhonnêteté. Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Kelly*, la non-divulgarion n'est pas synonyme de l'expression «par corruption» ou de la mauvaise foi, bien qu'elle puisse constituer un indicateur important de la mauvaise foi de l'accusé. Dans certaines situations, la divulgation ou l'intention de divulguer sera très pertinente. Par exemple, si un agent à qui on a offert une contrepartie de valeur pour influencer son commettant, a toujours eu l'intention d'en faire part à son commettant, cette intention empêchera

consideration to influence an agent with the belief that the agent will not disclose the consideration to the agent's principal, any actual disclosure or non-disclosure on the part of the agent is irrelevant *vis-à-vis* the giver. The offence is complete when the giver makes the offer with the belief that it will not be disclosed.

The words of the charges in this case make it clear that the offences charged are in relation to a transaction with certain management companies pursuant to which the appellants accepted consideration for inducing their clients to invest in certain development projects. As was the case in *Kelly*, the commissions were to be paid regardless of to whom the investments were sold. The payments were made to the appellants pursuant to an agreement that could not be said to be in consideration of the sale to clients of the appellants. The agreement was entered into at arm's length and the commissions were the same amount as was paid to any other salesmen. While in many instances the appellants sold to their clients that was not because they were influenced to do so by the management companies nor because they believed that this was the intended purpose of either the agreement or of the payments. The decision to sell to their clients was one made unilaterally by the appellants. Failure to make full disclosure to the clients may have amounted to a breach of duty but the appellants are not guilty of the offence charged.

It is clear from a review of the record before the Court that the trial judge made a finding that the appellants had not acted *mala fide* in the dealings giving rise to the charges before the Court. This finding was amply supported by the evidence. As noted by Cory J. in his reasons, the trial judge found "that unlike the *Kelly* case . . . the crooks in this case are probably Rockwood and Christopherson". The trial judge implicitly concluded that the appellants had acted in good faith and had not intentionally failed to adequately disclose the commissions they received. In view of this finding the

de conclure à sa mauvaise foi. Inversement, si un donneur offre une contrepartie de valeur pour influencer un agent avec la croyance que celui-ci ne divulguera pas la contrepartie à son commettant, il n'est pas pertinent pour ce qui est du donneur que l'agent le divulgue réellement ou non. L'infraction est complète lorsque le donneur présente l'offre avec la croyance qu'elle ne sera pas divulguée.

Il ressort clairement du texte des accusations en l'espèce que les infractions reprochées se rapportent à une opération avec certaines sociétés de gestion en vertu de laquelle les appelants ont accepté une contrepartie dans le but d'inciter leurs clients à investir dans certains projets de développement. Comme c'était le cas dans l'affaire *Kelly*, les commissions devaient être versées peu importe à qui les investissements étaient vendus. Les paiements ont été faits aux appelants aux termes d'une entente qu'on ne pouvait considérer comme établissant une contrepartie pour la vente faite à leurs clients. L'entente a été conclue sans lien de dépendance et les commissions étaient les mêmes que celles qui étaient versées aux autres vendeurs. Même si dans de nombreux cas les appelants ont effectué des ventes à leurs clients, ce n'était pas parce qu'ils avaient été incités à le faire par les sociétés de gestion ni parce qu'ils croyaient que ce devait être le but de l'entente ou des paiements. La décision de vendre à leurs clients a été prise unilatéralement par les appelants. L'omission de faire une divulgation complète peut équivaloir à un manquement à une obligation mais les appelants ne sont pas coupables de l'infraction reprochée.

Un examen du dossier présenté à la Cour démontre clairement que le juge du procès a conclu que les appelants n'avaient pas agi de mauvaise foi dans les arrangements qui ont donné lieu aux accusations dont la Cour est saisie. La preuve a largement étayé cette conclusion. Comme l'a souligné le juge Cory dans ses motifs, le juge du procès a dit [TRADUCTION] «que contrairement à l'affaire *Kelly* [. . .] les escrocs en l'espèce sont probablement Rockwood et Christopherson». Le juge du procès a implicitement conclu que les appelants avaient agi de bonne foi et n'avaient pas

accused cannot be convicted of the charges as framed.

Accordingly, I would allow the appeal and restore the acquittals.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I have read the reasons of Sopinka J. and Cory J. and agree with Cory J. that the appeal must be dismissed. As I have outlined in my reasons in *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, which are being released concurrently, I agree with Cory J. that lack of disclosure is an element of the *actus reus* of the offence under s. 426(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and that an awareness of that lack of disclosure is an element of its *mens rea*. I depart from Cory J. on two points, however. First, with respect to the timing of disclosure, certainty requires that where the gravamen of the offence is the taking of a secret commission disclosure to the principal must be made by the time the commission is accepted. Second, with respect to the degree of disclosure required, the requirements of s. 426(1)(a)(ii) will, in my view, be satisfied if the agent discloses to the principal that he will receive a commission with respect to the transaction in question. Thus, an agent who advises his principal in advance that he will be receiving a commission with respect to a particular transaction will be innocent of any offence under s. 426(1)(a)(ii).

The trial judge in the present appeal found that “there was no specific disclosure of amounts to the clients. But there was disclosure that fees would be received”. Given my interpretation of the requirements imposed by the section the fact that the appellants did not make specific disclosure of the amounts to be received need not concern us. But unfortunately the trial judge’s reasons do not make clear whether the disclosure which he found the appellants to have given was limited to general

intentionnellement omis de divulguer de façon adéquate les commissions qu’ils recevaient. Compte tenu de cette conclusion, les accusés ne peuvent être déclarés coupables des accusations telles qu’elles sont formulées.

Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir les acquittements.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J’ai lu les motifs des juges Sopinka et Cory et je conviens avec ce dernier que le pourvoi doit être rejeté. Comme je l’ai souligné dans mes motifs de l’arrêt *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, qui est déposé en même temps que celui-ci, je suis d’accord avec le juge Cory que l’absence de divulgation constitue un élément de l’*actus reus* aux termes du sous-al. 426(1)a(ii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et que la connaissance de cette absence de divulgation est un élément de la *mens rea*. Toutefois, je diverge d’opinion avec le juge Cory sur deux points. Premièrement, en ce qui a trait au moment de la divulgation, pour qu’il y ait certitude lorsque l’élément essentiel de l’infraction est l’acceptation d’une commission secrète, il faut que la divulgation au commettant soit faite au moment où la commission est acceptée. Deuxièmement, pour ce qui est du degré de divulgation nécessaire, les exigences du sous-al. 426(1)a(ii) seront, à mon avis, satisfaites si l’agent dit au commettant qu’il recevra une commission relativement à l’opération en question. Par conséquent, l’agent qui avise son commettant d’avance qu’il recevra une commission relativement à une opération en particulier sera innocent à l’égard de toute infraction prévue au sous-al. 426(1)a(ii).

Le juge du procès en l’espèce a conclu qu’ [TRANSDUCTION] «il n’y a eu aucune divulgation précise des montants aux clients. Toutefois, il y a eu divulgation que des honoraires seraient reçus». Compte tenu de mon interprétation des exigences imposées par le sous-alinéa, l’absence de divulgation précise des montants que les appelants devaient recevoir ne devrait pas nous préoccuper. Mais malheureusement, il ne ressort pas clairement des motifs du juge du procès que la divulgation qui, selon lui,

statements that they would receive commissions with respect to transactions entered into by their clients, or whether there was also specific disclosure of the fact that they would receive commissions with respect to the transactions at issue in this appeal. <sup>a</sup>

The Nova Scotia Court of Appeal (1991), 65 C.C.C. (3d) 171 (*per Macdonald J.A.*), held that the evidence was clear that the appellants did not tell their clients they would receive commissions with respect to these transactions unless specifically asked, and that the replies they gave in response were “vague to say the least” and “could not be categorized as full and frank and fair” (p. 174). <sup>b</sup>

Unlike the Court of Appeal, I would not enter into a re-examination of the evidence in an attempt to determine what disclosure was made by the appellants and when. Although we come to different conclusions with respect to the standard of disclosure to which the appellants should be held, I agree with Cory J. that the findings of the trial judge are not adequate to resolve the disclosure issue. As a result the Court of Appeal’s decision setting aside the acquittals and ordering a new trial must be affirmed and the appeal dismissed. <sup>c</sup>

*Appeal dismissed, SOPINKA J. dissenting.* <sup>d</sup>

*Solicitors for the appellants: Boyne Clarke, Dartmouth.*

*Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Halifax.* <sup>e</sup>

aurait été faite par les appelants se limitait à des déclarations générales qu’ils recevraient des commissions relativement à des opérations conclues par leurs clients ou s’il y a eu également une divulgation précise du fait qu’ils recevraient des commissions relativement aux opérations visées en l’espèce.

Le juge Macdonald a conclu, au nom de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (1991), 65 C.C.C. (3d) 171, qu’il ressortait de la preuve que les appelants n’avaient pas dit à leurs clients qu’ils recevraient des commissions relativement à ces opérations, sauf si la question leur était posée de façon précise, et que les réponses qu’ils ont données étaient [TRADUCTION] «à tout le moins vagues» et [TRADUCTION] «ne pouvaient être qualifiées de complètes, franches et impartiales» (p. 174). <sup>f</sup>

Contrairement à la Cour d’appel, je n’examinerais pas de nouveau les éléments de preuve pour tenter de déterminer quelle divulgation les appelants ont faite et à quel moment elle a été faite. Bien que nous arrivions à des conclusions différentes relativement à la norme de divulgation à laquelle les appelants devraient être tenus, je suis d’accord avec le juge Cory que les conclusions du juge du procès ne sont pas adéquates pour trancher la question de la divulgation. En conséquence, il convient de confirmer l’arrêt de la Cour d’appel qui annule les acquittements et ordonne la tenue d’un nouveau procès, et de rejeter le pourvoi. <sup>g</sup>

*Pourvoi rejeté, le juge SOPINKA est dissident.*

*Procureurs des appelants: Boyne Clarke, Dartmouth.*

*Procureur de l’intimé: Le ministère du Procureur général, Halifax.* <sup>h</sup>

**Robert Guthrie** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GUTHRIE

File No.: 22371.

1992: June 16.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Fraud — Charge to jury — Allegation of misrepresentation of value of strip bonds offered to bank as security — Vital issue as to whom bank relied on when it made the loans adequately dealt with.*

APPEAL from a judgment of the Albert Court of Appeal dismissing appeals first from conviction before Wachowich J. and then from the sentence imposed. Appeal dismissed.

*Bryan D. Newton*, for the appellant.

*T. J. Matchett*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Justice Cory.

CORY J.—We are in agreement with the reasoning and conclusion of the majority of the Court of Appeal. The trial judge in his charge to the jury fairly and properly reviewed the relevant evidence. He then placed before them the applicable principles of law. He specifically advised them, on several occasions, that they must decide the vital issue as to whom the bank relied upon when it made the

**Robert Guthrie** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GUTHRIE

<sup>b</sup> N° du greffe: 22371.

1992: 16 juin.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

*Droit criminel — Fraude — Exposé au jury — Allégation de fausse déclaration quant à la valeur d'obligations résiduelles données en garantie à une banque — A-t-on répondu adéquatement à la question fondamentale de savoir à qui la banque s'est fiée lorsqu'elle a consenti les prêts?*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a rejeté des appels interjetés d'abord contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Wachowich et ensuite contre la sentence imposée. Pourvoi rejeté.

*Bryan D. Newton*, pour l'appellant.

<sup>g</sup> *T. J. Matchett*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER—La Cour est prête à rendre jugement. Le jugement sera prononcé par le juge Cory.

<sup>i</sup> LE JUGE CORY—Nous sommes d'accord avec le raisonnement et la conclusion de la Cour d'appel à la majorité. Dans son exposé aux jurés, le juge du procès a examiné de façon appropriée et équitable la preuve pertinente. Il leur a ensuite présenté les principes de droit applicables. Il les a informés, à maintes reprises, qu'ils doivent trancher la question fondamentale de savoir à qui la banque s'est

loans. Looking at the charge as a whole, it cannot be faulted.

fiée lorsqu'elle a consenti les prêts. Si on le considère dans son ensemble, il n'y a rien à redire contre l'exposé du juge aux jurés.

The appeal is therefore dismissed.

<sup>a</sup> Le pourvoi est donc rejeté.

*Judgment accordingly.*

*Jugement en conséquence.*

*Solicitors for the appellant: Lord & Russell, Calgary.*

<sup>b</sup> *Procureurs de l'appellant: Lord & Russell, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: T. J. Matchett (Agent of the Attorney General for Alberta), Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: T. J. Matchett (représentant le procureur général de l'Alberta), Edmonton.*

**Laura Norberg** *Appellant*

v.

**Morris Wynrib** *Respondent*

INDEXED AS: NORBERG v. WYNRIB

File No.: 21924.

1991: February 14.

Present: Sopinka J.

APPLICATION FOR INTERVENTION

*Practice — Intervention — Applicant raising new argument based on Charter in Supreme Court of Canada — Applicant bringing new perspective to appeal — Charter issue to be decided on the appeal and not on the application to intervene — Application allowed.*

APPLICATION FOR LEAVE TO INTERVENE on an appeal from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47, 66 D.L.R. (4th) 553, [1990] 4 W.W.R. 193, dismissing an appeal from a judgment of Oppal J. (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240, 50 D.L.R. (4th) 167, [1988] 6 W.W.R. 305, 44 C.C.L.T. 184, dismissing the action. Application allowed.

*Helena Orton*, for the applicant Women's Legal Education and Action Fund. *g*

*M. Van Dusen*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—This is an application by the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) to intervene in this appeal.

The issue is the legal remedy, if any, which a woman has against a doctor with whom she engaged in sexual intercourse in exchange for a drug to which she was addicted. The issues include whether an action for sexual assault or breach of

**Laura Norberg** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Morris Wynrib** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: NORBERG c. WYNRIB

<sup>b</sup> N° du greffe: 21924.

1991: 14 février.

Présent: Le juge Sopinka.

<sup>c</sup> DEMANDE D'INTERVENTION

*Pratique — Intervention — Nouvel argument fondé sur la Charte soulevé par le requérant devant la Cour suprême du Canada — Pourvoi abordé sous un angle différent par le requérant — Question relative à la Charte à examiner lors de l'audition du pourvoi et non dans le cadre de la demande d'intervention — Demande accueillie.*

<sup>e</sup> DEMANDE D'AUTORISATION D'INTERVENIR dans un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47, 66 D.L.R. (4th) 553, [1990] 4 W.W.R. 193, qui a rejeté l'appel interjeté contre une décision du juge Oppal (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240, 50 D.L.R. (4th) 167, [1988] 6 W.W.R. 305, 44 C.C.L.T. 184, qui avait rejeté l'action. Demande accueillie.

*Helena Orton*, pour le requérant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

*M. Van Dusen*, pour l'intimé.

<sup>h</sup> Version française des motifs rendus par

<sup>i</sup> LE JUGE SOPINKA—Il s'agit d'une requête du Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (le Fonds d'action) en vue d'obtenir l'autorisation d'intervenir dans le présent pourvoi.

Le litige porte sur le recours judiciaire, s'il y a lieu, qu'une femme a contre un médecin avec qui elle a eu des rapports sexuels en contrepartie d'une drogue dont elle était dépendante. Parmi les questions qui se posent, il y a celle de savoir s'il y a

fiduciary duty lie and, in particular, whether the appellant's alleged consent and illegal activity provide defenses to her claim; and further whether any damages lie for breach of the fiduciary duty.

The appellant consents to the application but it is opposed by the respondent. The respondent opposes the application principally on the ground that the applicant will add nothing new to the argument in the appeal and that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* should not be raised for the first time in this Court. I am satisfied that the applicant can present argument from a different perspective with respect to some of the issues and should be allowed to intervene. The respondent will be free to argue on the appeal that the *Charter* should not be raised on the ground that it will occasion prejudice. Whether it can be raised should be decided on the appeal and not on this motion.

In the result, the applicant will be entitled to intervene, file a factum and argue orally, limited to twenty minutes.

*Application allowed.*

*Solicitor for the applicant: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Epstein Wood Logie & Wexler, Vancouver.*

lieu d'intenter une action pour agression sexuelle ou pour manquement à une obligation fiduciaire et, en particulier, celle de savoir si le consentement qu'aurait donné l'appelante et l'activité illégale constituent des moyens de défense opposables à sa demande. Il y a de plus la question de savoir si des dommages-intérêts peuvent être accordés pour manquement à l'obligation fiduciaire.

L'appelante consent à la requête, mais l'intimé s'y oppose. L'intimé s'oppose à la requête principalement pour le motif que le requérant n'ajoutera rien de nouveau à l'argumentation soumise en appel et que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne devrait pas être invoquée pour la première fois en notre Cour. Je suis convaincu que le requérant peut présenter des arguments sous un angle différent en ce qui concerne certaines des questions en litige et qu'il devrait être autorisé à intervenir. Il sera loisible au requérant de faire valoir, lors du pourvoi, que la *Charte* ne devrait pas être invoquée pour le motif que cela va causer un préjudice. La question de savoir si elle peut être invoquée devrait être tranchée au cours de l'audition du pourvoi et non dans le cadre de la présente requête.

En définitive, le requérant est autorisé à intervenir, à produire un mémoire et à plaider oralement pendant vingt minutes.

*Demande accueillie.*

*Procureur du requérant: Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Epstein Wood Logie & Wexler, Vancouver.*



**Laura Norberg** *Appellant*

v.

**Morris Wynrib** *Respondent*

and

**Women's Legal Education and Action Fund** *Intervener*

INDEXED AS: NORBERG v. WYNRIB

File No.: 21924.

1991: June 19; 1992: June 18\*.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Torts — Battery — Defences — Consent — Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether patient's consent a defence to battery — Whether action barred by reason of illegality or immorality — Determination of damages.*

*Contracts — Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether breach of contract.*

*Trusts — Fiduciary duty — Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether fiduciary relationship — If so, whether breach of relationship.*

Appellant became addicted to pain killers, and to one addictive drug in particular. She obtained the drugs from various doctors and from her sister. Eventually she

\* An application for a re-hearing on the issue of interest was allowed, [1992] 2 S.C.R. 318.

\*\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**Laura Norberg** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Morris Wynrib** *Intimé*

et

<sup>b</sup> **Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: NORBERG c. WYNRIB

<sup>c</sup> N° du greffe: 21924.

1991: 19 juin; 1992: 18 juin\*.

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

<sup>d</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Responsabilité délictuelle — Voies de fait — Moyens de défense — Consentement — Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Le consentement de la patiente constitue-t-il un moyen de défense opposable à des voies de fait? — Y a-t-il absence de droit d'action pour cause d'illegalité ou d'immoralité? — Détermination des dommages-intérêts.*

<sup>e</sup> *Contrats — Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Y a-t-il eu inexécution de contrat?*

<sup>f</sup> *Fiducies — Obligation fiduciaire — Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Y a-t-il rapport fiduciaire? — Dans l'affirmative, y a-t-il eu violation de ce rapport?*

L'appelante a développé une dépendance aux analgésiques et, en particulier, à un médicament qui engendre un état de dépendance. Elle a obtenu les médicaments de

\* Une demande de nouvelle audition portant sur la question des intérêts a été accueillie, [1992] 2 R.C.S. 318.

\*\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

began seeing the respondent, an elderly medical practitioner and, using several pretexts, obtained prescriptions for pain killers from him. At some point during this period, respondent confronted appellant about her drug usage and she admitted that she was addicted. He then made suggestions of a sexual nature by pointing upstairs where his apartment was located. Appellant then obtained the drug from other doctors but, when they reduced her supply, sought out respondent and gave in to his demands. Several instances of fondling and simulated intercourse occurred over the course of more than a year. After a time, appellant told respondent that she needed help with her addiction. Respondent advised appellant to "just quit". Appellant became the subject of a criminal investigation and respondent ceased giving her prescriptions but continued to give her pills after her visits upstairs. After being charged with "double doctoring" — obtaining narcotic prescription drugs from a doctor without disclosing particulars of prescriptions from other doctors — appellant went to a rehabilitation centre on her own initiative.

Appellant sought general and punitive damages against the respondent on the grounds of sexual assault, negligence, breach of fiduciary duty and breach of contract. At trial, appellant admitted that respondent did not at any time use physical force. She also testified that he did things for her, that she "played" on the fact that he liked her and that she knew throughout the relationship that he was lonely. The action was dismissed at trial and on appeal.

At issue here was whether appellant should be allowed to recover damages.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per La Forest, Gonthier and Cory JJ.:* The sexual assault alleged here fell under the tort of battery — the intentional infliction of unlawful force on another person. One defence to this tort is consent, express or implied. It has long been held that consent will be vitiated where it is obtained by force or threat of force, by fraud or deceit as to the nature of the defendant's conduct, or where it is given under the influence of drugs. The vitiating factors, however, are not limited to these. The concept of consent as it operates in tort law is based

divers médecins et de sa sœur. Finalement, elle a commencé à consulter l'intimé, un médecin âgé, et recourant à plusieurs prétextes, elle a obtenu de lui des ordonnances d'analgésiques. Au bout d'un certain temps, l'intimé a questionné l'appelante au sujet de sa consommation de médicaments et elle lui a avoué sa dépendance. Il a alors fait des allusions de nature sexuelle en pointant du doigt l'étage supérieur du cabinet, là où il habitait. L'appelante a obtenu les médicaments d'autres médecins, mais lorsqu'ils ont diminué son approvisionnement, elle est retournée consulter l'intimé et a accédé à ses demandes. Il y a eu plusieurs épisodes de caresses et de rapports sexuels simulés au cours d'une période de plus d'un an. À un moment donné au cours de cette période, l'appelante a dit à l'intimé qu'elle avait besoin d'aide pour surmonter sa dépendance. L'intimé lui a conseillé de «simplement s'arrêter». L'appelante a fait l'objet d'une enquête criminelle et l'intimé a cessé de lui délivrer des ordonnances, mais il a continué de lui donner des comprimés après ses visites à l'étage supérieur. Après avoir été accusée d'obtention d'ordonnances multiples, une infraction consistant à se faire délivrer par un médecin une ordonnance de stupéfiants sans lui divulguer les détails des ordonnances délivrées par d'autres médecins, l'appelante s'est rendue de son propre chef dans un centre de réadaptation.

L'appelante a demandé que l'intimé soit condamné à verser des dommages-intérêts généraux et des dommages-intérêts punitifs pour agression sexuelle, négligence, manquement à une obligation fiduciaire et inexécution de contrat. Au procès, elle a reconnu que l'intimé n'avait en aucun temps employé la force physique. Elle a également témoigné qu'il avait fait des choses pour elle, qu'elle avait «misé» sur le fait qu'elle lui plaisait et que, pendant toute la durée de leur relation, elle savait qu'il se sentait seul. L'action a été rejetée en première instance et en appel.

Il s'agit, en l'espèce, de déterminer si l'appelante peut obtenir des dommages-intérêts.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges La Forest, Gonthier et Cory:* L'agression sexuelle qui aurait été commise en l'espèce constitue un délit de voies de fait, lequel consiste à recourir délibérément à une force illégale contre une autre personne. Le consentement exprès ou implicite peut être opposé comme moyen de défense à ce délit. On juge depuis longtemps que le consentement est entaché de nullité s'il est obtenu grâce à l'emploi de la force ou à des menaces d'employer la force, par la fraude ou la supercherie quant à la nature de la conduite du défendeur, ou

on a presumption of individual autonomy and free will. In some circumstances, a position of relative weakness can interfere with the freedom of a person's will. Accordingly, our notion of consent must involve an appreciation of the power relationship between the parties.

In certain circumstances, consent will be considered to be legally ineffective if it can be shown that there was such a disparity in the relative positions of the parties that the weaker party was not in a position to choose freely. Ordinarily, a special "power dependency" relationship will be required. The existence of one of these special relationships, however, is not necessarily determinative of an overwhelming power imbalance. The factual context of each case must be evaluated to determine if there has been legally effective consent. The doctrine of unconscionability used to address the issue of voluntariness in contract law provides insight into the issue of consent in tort law which, to be genuine, must be voluntary.

In "power dependency" relationships, a two-step process is involved in determining whether or not there has been legally effective consent to a sexual assault. An inequality between the parties must first be proved, and then exploitation. A consideration of the type of relationship at issue may provide a strong indication of exploitation. Community standards of conduct may also be of some assistance.

There was a marked inequality in the respective powers of the parties here. The appellant was addicted to the heavy use of tranquilizers and pain killers. Her drug dependence placed her in a vulnerable position and diminished her ability to make a real choice.

An unequal distribution of power is frequently a part of the doctor-patient relationship. The respondent's medical knowledge and knowledge of the appellant's addiction, combined with his authority to prescribe drugs, gave him power over her. The second step of exploitation was also satisfied. The respondent abused his power over the appellant and exploited the information he obtained concerning her weakness to pursue his own personal interests. The sex-for-drugs relationship

encore s'il est donné par une personne sous l'effet de stupéfiants. Cependant, ce ne sont pas là les seuls facteurs qui rendent nul le consentement. En matière de responsabilité délictuelle, la notion de consentement se fonde sur une présomption d'autonomie individuelle et de libre arbitre. Une situation de faiblesse relative peut parfois limiter le libre arbitre d'une personne. Notre notion de consentement doit donc comporter une appréciation du rapport de force entre les parties.

Dans certaines circonstances, le consentement sera considéré comme sans effet en droit s'il peut être prouvé qu'il existait une telle disparité dans la situation relative des parties que la partie plus faible n'était pas en mesure de choisir librement. Ordinairement, un rapport «de force et de dépendance» spécial sera nécessaire. Toutefois, l'existence de l'un de ces rapports spéciaux n'est pas nécessairement déterminante quant à l'existence d'une inégalité écrasante du rapport de force. Il faut évaluer les faits de chaque cas pour déterminer si un consentement efficace sur le plan juridique a été donné. Le principe de l'iniquité dont on se sert pour aborder la question du caractère volontaire en matière de droit des contrats nous permet de comprendre la question du consentement en matière délictuelle qui, pour être véritable, doit avoir été donné volontairement.

Dans les rapports «de force et de dépendance», on a recours à un processus à deux étapes pour déterminer si un consentement efficace sur le plan juridique a été donné à une agression sexuelle. Il faut d'abord prouver l'inégalité des parties et ensuite l'existence d'une exploitation. L'examen du genre de relation en cause peut indiquer fortement qu'il y a exploitation. Les normes sociales de conduite peuvent également avoir une certaine utilité.

Il y avait, en l'espèce, une inégalité marquée du rapport de force entre les parties. L'appelante était une consommatrice invétérée de calmants et d'analgésiques. Sa pharmacodépendance la rendait vulnérable et limitait sa capacité d'exercer un véritable choix.

L'inégalité du rapport de force caractérise fréquemment la relation médecin-patient. Les connaissances médicales de l'intimé et le fait que ce dernier était au courant de la dépendance de l'appelante, conjugués à son pouvoir de prescrire des médicaments, sont à l'origine de l'empire qu'il exerçait sur elle. La deuxième condition, celle qu'il y ait eu exploitation, est également remplie. L'intimé a abusé du pouvoir qu'il exerçait sur l'appelante et profité des renseignements qu'il avait obtenu au sujet de sa faiblesse pour servir ses intérêts personnels. L'échange de faveurs sexuelles contre des

was markedly divergent from what the community would consider acceptable.

Respondent's assertions of compassion and interest in appellant's well-being did not square with his flagrant disregard for her need for treatment. If he were truly interested in her well-being, he would have helped her overcome her addiction. The argument that appellant took advantage of an old and lonely doctor would have had more credence had appellant initiated the sex-for-drugs arrangement.

The principle of *ex turpi causa non oritur actio* did not apply so as to bar the appellant's recovery for damages. To apply this doctrine would be to deny the appellant's claim on the same basis that she succeeded in the tort action: because she acted out of her desperation for the addictive drug. Public policy would not countenance giving to the appellant with one hand and then taking away with the other. The offence of "double-doctoring" was irrelevant here because no causative link existed between the injury and the crime. The appellant, if she had been relying on the respondent alone for her drug supply rather than "double-doctoring", would have suffered the same harm.

The tort of battery is actionable without proof of damage and liability is not confined to foreseeable consequences. Aggravated damages, where general damages are assessed taking into account any aggravating features of the case, may be awarded if the battery has occurred in humiliating or undignified circumstances. These must be distinguished from punitive or exemplary damages which are awarded to punish the defendant and make an example of him or her to deter others from committing the same tort. Here the appellant was entitled to aggravated damages for the indignity of the sexual assault. Respondent's conduct merited condemnation by the court. Although not harsh, vindictive or malicious, it was nevertheless reprehensible and it offended the ordinary standards of decent conduct in the community. Further, the exchange of drugs for sex by a doctor in a position of power is conduct that cries out for deterrence and an award of punitive damages was accordingly appropriate.

médicaments est une relation fort divergente de ce que la société jugerait acceptable.

Les affirmations de l'intimé voulant qu'il ait démontré de la compassion et de l'intérêt pour le bien-être de l'appelante sont incompatibles avec son mépris flagrant du besoin de l'appelante d'être traitée. Si le bien-être de l'appelante lui avait vraiment tenu à cœur, il l'aurait aidée à surmonter sa dépendance. L'argument selon lequel l'appelante a profité de la solitude d'un médecin âgé aurait été plus crédible si c'était elle qui avait été l'instigatrice de l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments.

Le principe *ex turpi causa non oritur actio* n'a pas pour effet d'empêcher l'appelante de réclamer des dommages-intérêts. L'application de ce principe reviendrait à rejeter la demande de l'appelante pour la même raison qu'elle a eu gain de cause dans l'action délictuelle, c'est-à-dire parce qu'elle a agi sous l'empire de son besoin désespéré du médicament qui engendre une dépendance. L'ordre public ne saurait permettre que l'on donne d'une main à l'appelante pour ensuite lui retirer de l'autre ce qu'on lui a donné. L'infraction consistant à obtenir des ordonnances multiples n'est pas pertinente en l'espèce parce qu'il n'y a aucun lien de causalité entre le préjudice subi et l'infraction commise. Si l'appelante n'avait compté que sur l'intimé pour se procurer des médicaments au lieu d'obtenir des ordonnances multiples, elle aurait subi le même préjudice.

Le délit de voies de fait confère un droit d'action sans qu'il ne soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice et la responsabilité n'est pas limitée aux conséquences prévisibles. Lorsque des dommages-intérêts généraux sont évalués en tenant compte des circonstances aggravantes de l'espèce, des dommages-intérêts majorés peuvent être accordés si les voies de fait ont été commises dans des circonstances humiliantes ou portant atteinte à la dignité. Ces dommages-intérêts doivent être distingués des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires qui sont accordés pour punir le défendeur et pour en faire un exemple afin de dissuader d'autres personnes de commettre le même délit. L'appelante, en l'espèce, a droit à des dommages-intérêts majorés pour l'affront découlant de l'agression sexuelle. La conduite de l'intimé justifie sa condamnation par la cour. Même si elle n'était pas dure, vengeresse ou malicieuse, elle était néanmoins répréhensible et contraire aux normes sociales habituelles en matière de décence. En outre, l'échange de médicaments contre des faveurs sexuelles, par un médecin en position de force, est une conduite qu'il faut à tout prix décourager et il convient donc d'accorder des dommages-intérêts punitifs.

*Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.:* The fiduciary duty which existed here was breached. The plaintiff was entitled to recover the appropriate damages at equity.

The doctor-patient relationship can be conceptualized as a creature of contract or of tort but its most fundamental characteristic, rooted in the trust inherent in the relationship, is its fiduciary nature. The foundation and ambit of the fiduciary obligation are conceptually distinct from the foundation and ambit of contract and tort. In negligence and contract the parties are taken to be independent and equal actors, concerned primarily with their own self-interest. Consequently, the law seeks a balance between enforcing obligations by awarding compensation when those obligations are breached, and preserving optimum freedom for those involved in the relationship in question. The essence of a fiduciary relationship, by contrast, is that one party exercises power on behalf of another and pledges himself or herself to act in the best interests of the other. When breach occurs, the balance favours the person wronged.

A fiduciary relationship is marked by the following characteristics: (1) the fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power; (2) the fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests; and (3) the beneficiary is peculiarly vulnerable or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power. A physician owes his or her patient the classic duties associated with a fiduciary relationship — "loyalty, good faith, and avoidance of conflict of duty and self-interest".

That one party in a fiduciary relationship holds power over the other is not in and of itself wrong. Wrong occurs, however, if the risk inherent in entrusting the fiduciary with such power is realized and the fiduciary abuses the power entrusted to him or her.

A fiduciary duty arises because that power or discretion may be used to affect the beneficiary in a damaging way. Fiduciary duties are not confined to the exercise of power which can affect the legal interests of the beneficiary, but extend to the beneficiary's "vital non-legal or 'practical' interests". Fiduciary obligation is not confined to legal rights such as confidentiality and conflict of interest and undue influence in the business sphere. Here, societal and personal interests which are vital and

*Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin:* Il y a eu manquement à l'obligation fiduciaire qui existait en l'espèce. La demanderesse avait droit à des dommages-intérêts adéquats sur le fondement de l'*equity*.

La relation entre un médecin et son patient peut être assimilée à un contrat ou à la responsabilité délictuelle, mais sa caractéristique la plus fondamentale, qui découle de la confiance inhérente à la relation, est son caractère fiduciaire. L'obligation fiduciaire, dans sa portée et son fondement, diffère sur le plan notionnel de l'obligation contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Dans les cas de négligence et en matière contractuelle, les parties sont considérées comme des acteurs égaux et indépendants, soucieux principalement de leur propre intérêt personnel. Par conséquent, le droit recherche l'équilibre entre faire respecter des obligations en accordant une indemnité en cas d'inobservation des obligations et préserver une liberté optimale pour les parties au rapport en question. Par contre, le rapport fiduciaire se caractérise essentiellement par le fait que l'une des parties exerce un pouvoir au nom de l'autre et s'engage à agir dans le meilleur intérêt de celle-ci. En cas de manquement, la balance penche en faveur de la personne lésée.

Le rapport fiduciaire se distingue par les caractéristiques suivantes: (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire, (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire et (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. Le médecin a, envers son patient ou sa patiente, les obligations qui découlent traditionnellement du rapport fiduciaire, savoir «la loyauté, la bonne foi et l'absence de conflits d'intérêts et d'obligations».

Le fait que, dans un rapport fiduciaire, une personne ait un tel pouvoir vis-à-vis d'une autre n'est pas répréhensible en soi. La faute survient cependant lorsque se réalise le risque qui découle de l'attribution d'un tel pouvoir au fiduciaire et que ce dernier abuse du pouvoir dont il est investi.

Il y a obligation fiduciaire du fait que le pouvoir discrétionnaire peut être exercé de manière à avoir un effet préjudiciable sur le bénéficiaire. Les obligations fiduciaires ne se limitent pas à l'exercice de pouvoir qui peut porter atteinte aux intérêts juridiques du bénéficiaire, mais elles s'étendent également à ses «intérêts vitaux non juridiques ou «pratiques»». L'obligation fiduciaire ne vise pas que les intérêts juridiques, comme le secret, les conflits d'intérêts et les pressions indues

substantial are being protected, and not what have been traditionally regarded as legal interests.

The third requirement is that of vulnerability. The beneficiary of a fiduciary relationship need not be *per se* vulnerable. It is only where there is a material discrepancy, in the circumstances of the relationship in question, between the power of one person and the vulnerability of the other that the fiduciary relationship is recognized by the law. Where the parties are on a relatively equal footing, contract and tort provide the appropriate analysis.

The doctrine applied notwithstanding a number of alleged conditions of defeasibility.

The short answer to the arguments based on wrongful conduct of the plaintiff is that she did nothing wrong in the context of this relationship. She was not a sinner, but a sick person, suffering from an addiction which proved to be uncontrollable in the absence of a professional drug rehabilitation program. The law might accuse the plaintiff of "double doctoring" and moralists might accuse her of licentiousness; but she did no wrong because not she but the doctor was responsible for this conduct. He had the power to cure her of her addiction, as her successful treatment after leaving his "care" demonstrated, but instead chose to use his power to keep her in her addicted state and to use her for his own sexual purposes. An application of the clean hands maxim here amounts to nothing more than "blaming the victim".

Treating this case on the basis of breach of fiduciary duty adds a great deal, besides perhaps a duty of confidence and non-disclosure, to an action in tort or contract. The scope of the fiduciary obligation is not narrowly confined to matters akin to the duty not to disclose confidential information. Fiduciary obligations "must be reserved for situations that are truly in need of the special protection that equity affords", and the situation here is precisely one that is "truly in need of the special protection that equity affords". Given that the principles apply here to protect the plaintiff's interest in receiving medical care free of exploitation at the hands of her physician, the consequences are most significant. The defences based on the alleged fault of the plaintiff, so pressing in tort, may carry little weight when raised against the beneficiary of a fiduciary relationship.

dans le domaine commercial. En l'espèce, les intérêts sociaux et personnels qui sont vitaux et importants sont protégés, mais non pas ce qui est considéré traditionnellement comme des intérêts juridiques.

<sup>a</sup> La troisième exigence est liée à la vulnérabilité. Il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire d'un rapport fiduciaire soit vulnérable en soi. Ce n'est qu'en cas de déséquilibre important, tenant aux circonstances du rapport en cause, entre le pouvoir de l'un et la vulnérabilité de l'autre, que l'existence d'un rapport fiduciaire est reconnue en droit. Lorsque les parties sont relativement égales, le droit des contrats et le droit de la responsabilité délictuelle s'appliquent.

<sup>b</sup> Le principe s'applique malgré l'existence d'un certain nombre de prétendus motifs qui s'y opposent.

<sup>c</sup> La réponse à ces arguments fondés sur les actes fautifs de la demanderesse est que celle-ci n'a commis aucune faute dans le cadre de la relation établie. Il ne s'agissait pas d'une pécheresse, mais d'une personne malade, souffrant d'une dépendance qu'elle ne pouvait surmonter sans recourir à un programme structuré de désintoxication. On pourrait reprocher à la demanderesse, du point de vue juridique, d'avoir obtenu des ordonnances multiples et, du point de vue moral, d'avoir agi de manière licencieuse. Elle n'a cependant commis aucune faute, puisque c'est le médecin, et non elle, qui était responsable de cette conduite. Il avait le pouvoir de la guérir de sa dépendance, comme l'a prouvé le traitement fructueux suivi après qu'eurent cessé ses «soins»; au lieu de cela, il a choisi d'exercer son pouvoir pour maintenir l'état de dépendance de sa patiente et se servir de celle-ci pour assouvir ses propres besoins sexuels. Appliquer la théorie des mains nettes équivaut en l'espèce à rien de plus que «blâmer la victime».

<sup>d</sup> L'application, en l'espèce, du manquement à une obligation fiduciaire ajoute beaucoup, en plus peut-être d'une obligation de secret et de non-divulgaration, par rapport à une action fondée sur le droit de la responsabilité délictuelle ou le droit des contrats. L'étendue de l'obligation fiduciaire ne se limite pas étroitement à l'obligation de ne pas divulguer des renseignements confidentiels. «On ne doit avoir recours [à l'obligation fiduciaire] que dans les situations où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire», et les circonstances de la présente affaire constituent justement une situation «où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire». Étant donné que ces principes s'appliquent ici pour protéger le droit de la demanderesse d'obtenir des soins médicaux à l'exclusion de toute exploitation par son médecin, il en résulte

Equity has always held trustees strictly accountable in a way the tort of negligence and contract have not. Foreseeability of loss is not a factor in equitable damages. Certain defences, such as mitigation, may not apply.

Viewing the relationship at issue here as fiduciary will not open the floodgates to unfounded claims based on the abuse of real or perceived inequality of power. The ambit of the fiduciary obligation must be defined in a way that encompasses meritorious claims while excluding those without merit. The prospect of the law's recognizing meritorious claims by the powerless and exploited against the powerful and exploitive should not alone serve as a reason for denying just claims.

Damages should be assessed according to the principles which generally govern damages for breach of fiduciary duty, keeping in mind that the remedy awarded need not be confined to that given in previous situations if the requirements of fairness and justice demand more, and that reference to the principles of assessment in contract and tort may be of assistance in so far as they are relevant. The goal of equity is to restore the plaintiff as fully as possible to the position he or she would have been in had the equitable breach not occurred. Where the traditional equitable remedies of restitution and account are not available, equity awards compensation in their stead. In awarding damages the same generous, restorative remedial approach, which stems from the nature of the obligation in equity, applies. The fiduciary, being the person with the advantage of power, assumes full responsibility and cannot be heard to complain that the victim of his or her abuse cooperated in his or her defalcation or failed to take reasonable care for his or her own interests.

Punitive damages were appropriate here.

*Per Sopinka J.:* Consent, either express or implied by conduct, is a defence to a claim of battery. Consent must be genuine and cannot be obtained by force, duress, or fraud or deceit as to the nature of the defendant's con-

des conséquences des plus importantes. Les moyens de défense fondés sur le prétendu comportement fautif de la demanderesse, qui revêtent une grande importance en responsabilité délictuelle, peuvent n'avoir que peu d'incidence lorsqu'ils sont opposés au bénéficiaire dans des rapports fiduciaires. Contrairement au droit applicable en matière de négligence et au droit des contrats, l'*equity* a toujours imputé une responsabilité plus stricte au fiduciaire. La prévisibilité de la perte n'est pas un facteur pertinent dans l'octroi de dommages-intérêts en *equity*. Certains moyens de défense, comme la limitation du dommage, ne peuvent s'appliquer.

Le fait de qualifier de fiduciaire le rapport en cause en l'espèce ne suscitera pas une avalanche de demandes non fondées concernant des abus de pouvoir découlant d'une inégalité réelle ou perçue comme telle. Il faut déterminer la portée de l'obligation fiduciaire de manière à inclure les demandes fondées et à exclure les demandes non fondées. La possibilité que le droit reconnaisse des demandes fondées formulées par les faibles et les exploités contre les puissants et les exploités ne devrait pas justifier, à elle seule, le rejet de demandes justes.

Il y a lieu d'évaluer les dommages-intérêts selon les principes applicables habituellement aux cas de manquement à une obligation fiduciaire, tout en gardant à l'esprit que la réparation accordée ne se limite pas nécessairement à ce qui a été accordé dans d'autres affaires lorsque l'équité et la justice exigent davantage, et que l'application des principes d'évaluation en matière contractuelle et délictuelle dépend de leur pertinence. L'*equity* vise à remettre, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé, n'eût été le manquement à cette obligation. Lorsque les redressements traditionnels, en *equity*, de la restitution et de la reddition de compte ne peuvent pas être accordés, l'*equity* commande l'indemnisation. Aux fins de l'octroi de dommages-intérêts, il convient d'appliquer la même approche généreuse et compensatrice qui découle de la nature même de l'obligation en *equity*. La personne qui a l'avantage du pouvoir, le fiduciaire, assume l'entière responsabilité et ne peut faire valoir que la victime a collaboré au détournement ou a omis de protéger adéquatement ses propres intérêts.

Il convient, en l'espèce, d'accorder des dommages-intérêts punitifs.

*Le juge Sopinka:* Le consentement exprès ou implicite qui découle de la conduite constitue un moyen de défense contre une allégation de voies de fait. Ce consentement doit être véritable et ne peut pas être obtenu

duct, or under the influence of drugs. The factors relating to consent must be applied on a case-by-case basis rather than by the establishment of categories of individuals or relationships where apparent consent will never or rarely be considered valid. Certain relationships, particularly those in which there is a significant imbalance in power or those involving a high degree of trust and confidence, may require the trier of fact to be particularly careful in assessing the reality of consent.

The sexual contact, although clearly against appellant's wishes, was not without her consent. Her addiction, while it clearly inspired her willingness to engage in sexual activity, did not interfere with her ability to reason or her capacity to consent to the sexual activity which took place. The doctor did not exercise such control or authority that her submission could not be considered genuine consent. Indeed, appellant admitted to playing on respondent's loneliness. There is no basis on which to set aside the conclusion of the courts below on the issue of consent.

There is a fundamental difference between the issue of consent in tort law and the doctrine of unconscionability. The weight of academic and judicial opinion is that the doctrine of unconscionability operates to set aside transactions even though there may have been consent or agreement to the terms of the bargain. It is not that this doctrine vitiates consent; rather fairness requires that the transaction be set aside notwithstanding consent. The doctrine of unconscionability and the related principle of inequality of bargaining power are still evolving and are not yet completely settled areas of contract law. Importing the principles of unconscionability into the context of a battery claim has the potential to obscure the real question of whether, in all the circumstances, the plaintiff actually consented to the touching which constituted the alleged battery. The facts of this case are more accurately reflected by acknowledging that the appellant consented to the sexual contact and by considering the respondent's conduct in light of his professional duty towards the appellant.

par la force, par la contrainte ou par la fraude ou la tromperie quant à la nature de la conduite du défendeur, ni être donné sous l'influence de drogues. Les facteurs relatifs au consentement doivent être appliqués dans chaque cas en particulier plutôt que par la création de catégories de personnes ou de relations à l'égard desquelles le consentement apparent ne sera jamais considéré comme valide ou le sera rarement. Certaines relations, particulièrement celles dans lesquelles il existe une inégalité importante du rapport de force ou celles qui comportent un haut degré de confiance, peuvent obliger le juge des faits à prendre un soin particulier pour évaluer le caractère réel du consentement.

Bien qu'il soit clair que l'appelante ne désirait pas ces contacts sexuels, ceux-ci n'ont pas eu lieu sans son consentement. Bien que sa dépendance ait de toute évidence motivé son acceptation de s'adonner à des activités sexuelles, elle n'a pas porté atteinte à sa capacité de raisonner ou à sa capacité de consentir à l'activité sexuelle qui a eu lieu. Le médecin n'a pas exercé un contrôle ou une influence sur elle au point qu'il n'était pas possible de considérer sa soumission comme un consentement véritable. En fait, l'appelante a reconnu avoir misé sur la solitude de l'intimé. Il n'y a aucun motif de rejeter la conclusion des tribunaux d'instance inférieure relativement à la question du consentement.

Il existe une différence fondamentale entre la question du consentement en matière de responsabilité délictuelle et le principe de l'iniquité. Il ressort de façon prépondérante de la doctrine et de la jurisprudence que le principe de l'iniquité s'applique pour annuler des opérations même s'il a pu y avoir consentement ou entente à l'égard des modalités du marché. Ce n'est pas que ce principe vicie le consentement mais plutôt que l'équité exige que l'opération soit annulée nonobstant le consentement. Le principe de l'iniquité et le principe connexe de l'inégalité du pouvoir de négociation continuent d'évoluer et ne constituent pas encore un domaine du droit des contrats entièrement établi. Le fait d'introduire les principes de l'iniquité dans le contexte d'une allévation de voies de fait est susceptible de dissimuler la véritable question qui est de savoir si, dans toutes les circonstances, la demanderesse a réellement consenti aux atouchements qui constituent les voies de fait alléguées. Cela peut détourner l'attention des faits d'une affaire en particulier vers une position catégorique et attirer l'attention sur les questions qui ne se rapportent pas au consentement. Il est plus conforme aux faits de l'espèce de reconnaître que l'appelante a consenti aux contacts sexuels et d'examiner la conduite de l'intimé en tenant compte de son obligation professionnelle envers l'appelante.



Respondent's professional duty arose out of the doctor-patient relationship which is essentially based in contract. Breach, however, can be subject to action in either contract or tort. While certain obligations that arise from a doctor-patient relationship are fiduciary in nature, other obligations are contractual or based on the neighbourhood principle which underlies the law of negligence. Fiduciary duties should not be superimposed on common law duties. Whether the appellant relies on contract or negligence, the duty to treat was not vacated by consent. The abandonment of the contractual relationship between the parties required their mutual consent supported by consideration. The doctor-patient relationship here, notwithstanding any relationship independent of it, continued and was not abandoned. Neither the parties nor the medical community had any reason to believe that the parties had mutually abandoned their contract. Even if the contract were ended, the duty subsisted independently and formed the basis of the action in tort.

The plaintiff's consent to the defendant's conduct did not excuse the defendant from the obligations of his duty. He owed a professional responsibility both to the plaintiff and to the state not to mistreat her in a medical way by extending her period of addiction without proper treatment regardless of her wishes. Absent a clear statement by the respondent to the appellant that he was no longer treating her as her physician and an unequivocal consent to the cessation of treatment, the duty to treat the appellant continued until she attended at the rehabilitation centre on her own initiative and was treated.

The appellant's claim was not barred by *ex turpi*. Its application to defeat a tort action has been rare. Emphasis is now placed on preserving the administration of justice from the taint that would result from the approval of a transaction that a court ought not to countenance.

The sexual acts were causally connected to the failure to treat and must form part of the damage suffered by the appellant. Punitive damages, however, should not be awarded because the basis of liability is the breach of

L'obligation professionnelle de l'intimé découlait de la relation médecin-patient qui est essentiellement fondée sur un contrat. Toutefois, le manquement à cette obligation peut faire l'objet d'une action fondée sur le contrat ou sur la négligence. Bien que certaines obligations qui découlent d'une relation médecin-patient soient de nature fiduciaire, d'autres obligations sont contractuelles ou fondées sur le principe du prochain qui constitue le fondement du droit en matière de négligence. Les obligations fiduciaires ne devraient pas être superposées à des obligations de common law. Que l'appelante se fonde sur le contrat ou la négligence, l'obligation de traiter n'a pas été annulée par consentement. L'abandon de la relation contractuelle entre les parties exigeait leur consentement mutuel moyennant contrepartie. La relation en l'espèce entre le médecin et sa patiente, nonobstant l'existence de toute relation indépendante de celle-ci, s'est poursuivie et n'a pas été abandonnée. Ni les parties, ni le milieu médical n'avaient de raisons de croire qu'ils avaient mutuellement abandonné leur contrat. Même si le contrat avait été résilié, l'obligation subsistait indépendamment et constituait le fondement de l'action en responsabilité délictuelle.

Le fait que la demanderesse ait consenti à la conduite du défendeur ne le relevait pas des exigences qui découlent de cette obligation. Il avait envers la demanderesse et l'État la responsabilité professionnelle de ne pas lui donner de mauvais traitements médicaux en prolongeant sa période de dépendance sans lui prodiguer de traitement convenable, nonobstant ce qu'elle souhaitait. En l'absence d'une déclaration claire de l'intimé à l'appelante qu'il ne la traitait désormais plus à titre de médecin et d'un consentement non équivoque à la cessation du traitement, l'obligation de traiter l'appelante s'est poursuivie jusqu'à ce qu'elle se rende au centre de désintoxication de son propre gré et qu'elle y soit traitée.

La maxime *ex turpi* ne fait pas obstacle à la demande de l'appelante. Il est rare que cette maxime ait été appliquée pour rejeter une action délictuelle. On insiste maintenant sur la protection de l'administration de la justice contre la déconsidération qui pourrait résulter de l'approbation d'une opération qu'un tribunal ne saurait permettre.

Il y a eu un lien causal entre les actes sexuels et l'omission de traiter et ces actes sexuels doivent faire partie du préjudice subi par l'appelante. Il ne devrait pas cependant être accordé de dommages-intérêts punitifs car la responsabilité est fondée sur le manquement à l'obligation professionnelle. Bien que les épisodes

professional duty. While the sexual episodes are an element of damage, they are not the basis of liability.

### Cases Cited

By La Forest J.

**Considered:** *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *W.(B.) v. Mellor*, [1989] B.C.J. No. 1393 (QL Systems); *Lyth v. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; **referred to:** *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10; *Harry v. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166; *Black v. Wilcox* (1976), 70 D.L.R. (3d) 192; *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; *N. (J.L.) v. L. (A.M.)* (1988), 47 C.C.L.T. 65; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *Stewart v. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683; *Glendale v. Drozdik*, [1990] B.C.W.L.D. 1839; *Q. v. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581; *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Myers v. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604.

By McLachlin J.

**Considered:** *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; **referred to:** *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507; *College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Gillen* (1990), 1 O.R. (3d) 710; *Mazza v. Huffaker*, 300 S.E.2d 833 (1983); *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Myers v. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604; *W.(B.) v. Mellor*, [1989] B.C.J. No. 1393 (QL Systems); *Szarfer v. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663.

By Sopinka J.

**Referred to:** *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Morrow v. Hôpital Royal Victoria* (1989), 3 C.C.L.T. (2d) 87; *Cowan v. Brushett* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195; *Freeman v. Home Office*, [1984] 1 All E.R. 1036; *Lyth v. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977),

sexuels représentent un élément du préjudice, ils ne constituent pas le fondement de la responsabilité.

### Jurisprudence

<sup>a</sup> Citée par le juge La Forest

**Arrêts examinés:** *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *W.(B.) c. Mellor*, [1989] B.C.J. n° 1393 (QL Systems); *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; **arrêts mentionnés:** *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Waters c. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *R. c. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10; *Harry c. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166; *Black c. Wilcox* (1976), 70 D.L.R. (3d) 192; *Ciment Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; *N. (J.L.) c. L. (A.M.)* (1988), 47 C.C.L.T. 65; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *Stewart c. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683; *Glendale c. Drozdik*, [1990] B.C.W.L.D. 1839; *Q. c. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581; *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Myers c. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604.

<sup>e</sup> Citée par le juge McLachlin

**Arrêt examiné:** *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; **arrêts mentionnés:** *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Reading c. Attorney-General*, [1951] A.C. 507; *College of Physicians and Surgeons of Ontario c. Gillen* (1990), 1 O.R. (3d) 710; *Mazza c. Huffaker*, 300 S.E.2d 833 (1983); *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Myers c. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604; *W.(B.) c. Mellor*, [1989] B.C.J. n° 1393 (QL Systems); *Szarfer c. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663.

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Morrow c. Hôpital Royal Victoria* (1989), 3 C.C.L.T. (2d) 87; *Cowan c. Brushett* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195; *Freeman c. Home Office*, [1984] 1 All E.R. 1036; *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Davidson c. Three Spruces*

79 D.L.R. (3d) 481; *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231; *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361; *Mack v. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337; *Hegarty v. Shine* (1878), 4 L.R. Ir. 288.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(1), (2), (3)(a), (b), (c), (d), 244(3).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 3.1(1) [ad. 1985, c. 19, s. 198].

### Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1979.  
 Boyle, Christine and David R. Percy. *Contracts: Cases and Commentaries*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1989.  
 Coleman, Phyllis. "Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex" (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95.  
 College of Physicians and Surgeons of Ontario. Task Force on Sexual Abuse of Patients. *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*. Toronto: College of Physicians and Surgeons of Ontario, 1991.  
 Cope, Malcolm. "The Review of Unconscionable Bargains in Equity" (1983), 57 *Aust. L.J.* 279.  
 Dorland, William Alexander Newman. *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*, 27th ed. Philadelphia: Saunders, 1988.  
 Ellis, Mark Vincent. *Fiduciary Duties in Canada*. Don Mills, Ont.: Richard DeBoo, 1988.  
 Feldman-Summers, Shirley. "Sexual Contact in Fiduciary Relationships", in Glen O. Gabbard, ed. *Sexual Exploitation in Professional Relationships*. Washington, D.C.: American Psychiatric Press, 1989.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.  
 Frankel, Tamar. "Fiduciary Law" (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795.  
*Grand dictionnaire encyclopédique médical*, vol. 1. Paris, 1986.  
 Jorgenson, Linda and Rebecca M. Randles. "Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases" (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.  
 Klippert, George B. *Unjust Enrichment*. Toronto: Butterworths, 1983.

*Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481; *Harry c. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231; *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Girardet c. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361; *Mack c. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337; *Hegarty c. Shine* (1878), 4 L.R. Ir. 288.

### Lois et règlements cités

*Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 3.1(1) [aj. 1985, ch. 19, art. 198].  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1), (2), (3)a), b), c), d), 244(3).

### Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1979.  
 Boyle, Christine and David R. Percy. *Contracts: Cases and Commentaries*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1989.  
 Coleman, Phyllis. «Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex» (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95.  
 College of Physicians and Surgeons of Ontario. Task Force on Sexual Abuse of Patients. *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*. Toronto: College of Physicians and Surgeons of Ontario, 1991.  
 Cope, Malcolm. «The Review of Unconscionable Bargains in Equity» (1983), 57 *Aust. L.J.* 279.  
 Dorland, William Alexander Newman. *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*, 27th ed. Philadelphia: Saunders, 1988.  
 Ellis, Mark Vincent. *Fiduciary Duties in Canada*. Don Mills, Ont.: Richard DeBoo, 1988.  
 Feldman-Summers, Shirley. «Sexual Contact in Fiduciary Relationships», in Glen O. Gabbard, ed. *Sexual Exploitation in Professional Relationships*. Washington, D.C.: American Psychiatric Press, 1989.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.  
 Frankel, Tamar. «Fiduciary Law» (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795.  
*Grand dictionnaire encyclopédique médical*, vol. 1. Paris, 1986.  
 Jorgenson, Linda and Rebecca M. Randles. «Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases» (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.  
 Klippert, George B. *Unjust Enrichment*. Toronto: Butterworths, 1983.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.

Salmond, John William, Sir. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.

Waddams, S. M. "Unconscionability in Contracts" (1976), 39 *Mod. L. Rev.* 369.

Waters, Donovan. "Banks, Fiduciary Obligations and Unconscionable Transactions" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 37.

Wilford, Bonnie Baird. *Drug Abuse, A Guide for the Primary Care Physician*. Chicago: American Medical Association, 1981.

Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.

Salmond, John William, Sir. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.

Waddams, S. M. «Unconscionability in Contracts» (1976), 39 *Mod. L. Rev.* 369.

Waters, Donovan. «Banks, Fiduciary Obligations and Unconscionable Transactions» (1986), 65 *R. du B. can.* 37.

Wilford, Bonnie Baird. *Drug Abuse, A Guide for the Primary Care Physician*. Chicago: American Medical Association, 1981.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47, 66 D.L.R. (4th) 553, [1990] 4 W.W.R. 193, dismissing an appeal from a judgment of Oppal J. (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240, 50 D.L.R. (4th) 167, [1988] 6 W.W.R. 305, 44 C.C.L.T. 184, dismissing the action. Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47, 66 D.L.R. (4th) 553, [1990] 4 W.W.R. 193, qui a rejeté l'appel interjeté à l'encontre d'une décision du juge Oppal (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240, 50 D.L.R. (4th) 167, [1988] 6 W.W.R. 305, 44 C.C.L.T. 184, qui avait rejeté l'action. Pourvoi accueilli.

*J. J. Camp, Q.C.*, and *Patrick Foy*, for the appellant.

*J. J. Camp, c.r.*, et *Patrick Foy*, pour l'appelante.

*I. E. Epstein*, for the respondent.

*I. E. Epstein*, pour l'intimé.

*Victoria Gray*, for the intervener.

*Victoria Gray*, pour l'intervenant.

The judgment of *La Forest*, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges *La Forest*, Gonthier et Cory rendu par

LA FOREST J.—This case concerns the civil liability of a doctor who gave drugs to a chemically dependent woman patient in exchange for sexual contact. The central issue is whether the defence of consent can be raised against the intentional tort of battery in such circumstances. The case also raises the issue whether the action is barred by reason of illegality or immorality.

LE JUGE LA FOREST—La présente affaire porte sur la responsabilité civile d'un médecin qui a fourni des médicaments à une patiente pharmacodépendante en échange de contacts sexuels. La question principale est de savoir si le consentement peut, en pareil cas, constituer un moyen de défense opposable au délit intentionnel des voies de fait (*battery*). Il s'agit également de déterminer s'il y a absence de droit d'action pour cause d'illégalité ou d'immoralité.

### Facts

In 1978, the appellant, then a modestly educated young woman in her late teens, began to experience severe headaches and pains in her jaw. She

### Les faits

En 1978, l'appelante, une jeune femme approchant alors la vingtaine et ayant peu d'instruction, a commencé à éprouver de violents maux de tête et

went to doctors and dentists but none of them could diagnose the cause of her excruciating pain. They prescribed various types of painkillers. However, the medication provided no relief. The headaches became worse. More and more medication was prescribed in increasing amounts and dosages. In addition to this medication, her sister, a drug addict, gave her Fiorinal, a painkiller drug. Finally in December 1978, a dentist diagnosed her difficulty as being related to an abscessed tooth. It was extracted and at last her pain was relieved.

But now the appellant had a new problem. She had a craving for painkillers. Her sister gave her more Fiorinal. In 1981, when she broke her ankle, she found a doctor who was willing to prescribe Fiorinal for her. She continued to obtain prescriptions from him until he retired. However, his replacement refused to give her more pills. She discussed the situation with her sister and in March 1982 she commenced to see Dr. Wynrib, an elderly medical practitioner in his seventies. She told him she was experiencing pain in the ankle she had broken in 1981 and asked for Fiorinal. He gave her the prescription. She kept going back to him using the ankle injury and other illnesses as a pretext for obtaining prescriptions. Her dependence on Fiorinal continued to increase as did her dependence on Dr. Wynrib. But the pretext could not continue. Later in 1982, Dr. Wynrib confronted the appellant. The appellant described this confrontation as follows:

I had gone into his office one day and I asked him—I asked him for a prescription of Fiorinal, and I remember that he sat back in his chair and he pulled out like the medical file and he looked at me and he asked me come on, Laura, why is the real reason you're taking the Fiorinal. I told him because it's for my back or my ankle, whatever it was that I had been asking him for,

de vives douleurs à la mâchoire. Elle a consulté médecins et dentistes, mais nul n'a pu déterminer la cause de la douleur atroce qu'elle éprouvait. On lui a néanmoins prescrit différents types d'analgésiques, mais ces médicaments ne lui ont procuré aucun soulagement. Les maux de tête ont empiré et une augmentation progressive de la quantité et de la posologie des médicaments prescrits s'est ensuivie. Outre ces médicaments, la sœur toxicomane de l'appelante lui a donné du Fiorinal, un analgésique. Finalement, en décembre 1978, un dentiste a établi un diagnostic selon lequel les problèmes de l'appelante étaient attribuables à un abcès dentaire. Il a procédé à l'extraction de la dent malade et la douleur a enfin disparu.

Or, l'appelante était désormais aux prises avec un nouveau problème. En effet, elle éprouvait un besoin impérieux de consommer des analgésiques. Sa sœur lui a donné d'autres comprimés de Fiorinal. En 1981, après s'être cassé la cheville, elle a trouvé un médecin qui était disposé à lui prescrire du Fiorinal. Elle a pu ainsi obtenir de lui des ordonnances jusqu'à ce qu'il prenne sa retraite. Toutefois, son remplaçant a refusé de lui donner d'autres comprimés. Après avoir discuté de la situation avec sa sœur, en mars 1982, elle a commencé à consulter le Dr Wynrib, un praticien septuagénaire. Elle lui a dit que sa cheville cassée en 1981 la faisait souffrir et elle lui a demandé du Fiorinal. Le praticien lui a délivré l'ordonnance demandée. L'appelante a continué de le consulter prétextant la blessure à la cheville et d'autres maux afin d'obtenir de nouvelles ordonnances. Sa dépendance au Fiorinal a continué de s'accroître tout comme sa dépendance vis-à-vis du Dr Wynrib. Toutefois, ce manège ne pouvait durer indéfiniment. Plus tard, en 1982, le Dr Wynrib a sommé l'appelante de lui dire la vérité. Voici comment celle-ci décrit les propos qui ont alors été échangés:

[TRADUCTION] Un jour, je me suis rendue à son cabinet et je lui ai demandé—je lui ai demandé de me prescrire du Fiorinal et je me souviens qu'il s'est calé dans son fauteuil et qu'il a consulté ce qui m'a semblé être mon dossier médical. Puis il m'a regardée en me demandant de lui révéler quel était le véritable motif pour lequel je prenais du Fiorinal. Je lui ai dit que c'était pour mon dos

and he said—no he said. And he looked again over my file. He said you can't be taking them for this long and not be addicted to them. Why is the real reason. And I denied it again. I said it's for the pain. And he told me that if I didn't admit to him that I was addicted to the Fiorinal that he wouldn't give me any more prescriptions. And I remember that I had started crying and I had denied [sic] to him, and he had told me to leave the office. And I wouldn't leave the office and finally I admitted to him that I was addicted to the Fiorinal.

Dr. Wynrib responded by giving the appellant another prescription.

After the appellant admitted to Dr. Wynrib that she was addicted to Fiorinal, she testified that he told her that "if I was good to him he would be good to me" and he made suggestions by pointing upstairs where he lived above his office. The appellant recognized this for what it was and sought her drugs elsewhere. She managed to secure Fiorinal through other doctors and by buying them off the street. Her tolerance and dependence grew. Eventually the other doctors reduced her supply. She was, as she put it, desperate. Near the end of 1983 she went back to Dr. Wynrib because she knew he would give her Fiorinal. She gave in to his demands.

Initially the sexual encounters took place in the back examination room of his office. He kissed her and fondled her breasts. In time, he required her to meet him upstairs in his bedroom where he kept a bottle of Fiorinal in his dresser drawer beside the bed. She managed to stall him for awhile by asking for the Fiorinal first and then leaving after she obtained it. But this device did not work long. Dr. Wynrib told her that he would not give her the Fiorinal until she complied with his demands. The pattern was that he would tell her to undress and put the bottle of Fiorinal by his bed for her to see. Both parties would lie on the bed. Dr. Wynrib would kiss the appellant, touch her and then get on top of her. He would go through the motions of intercourse. There was no penetration, however,

ou ma cheville, selon ce que je lui avais dit auparavant, et il a rétorqué que ce n'était pas vrai. Puis, il a consulté à nouveau mon dossier. Il a dit que je ne pouvais en prendre depuis si longtemps sans avoir développé une dépendance à ce médicament. Il m'a demandé quel était le vrai motif. Et, à nouveau, j'ai nié l'existence d'un autre motif. Je lui ai dit que c'était pour la douleur. Ensuite, il m'a dit que si je ne lui avouais pas ma dépendance au Fiorinal, il ne me délivrerait plus d'ordonnances. Je me souviens avoir commencé à pleurer tout en continuant de nier, et il m'a dit de quitter son cabinet. J'y suis restée et, finalement, je lui ai avoué ma dépendance au Fiorinal.

Le Dr Wynrib a alors consenti à délivrer une autre ordonnance à l'appelante.

L'appelante a témoigné qu'après qu'elle lui eut avoué sa dépendance au Fiorinal, le Dr Wynrib lui a dit que [TRADUCTION] «si [elle] étai[t] gentille avec lui, il serait gentil avec [elle]» et il a alors fait des allusions en pointant du doigt l'étage supérieur du cabinet, là où il habitait. Ayant bien saisi le message, l'appelante a cherché à s'approvisionner ailleurs. Elle a réussi à se procurer du Fiorinal auprès d'autres médecins et sur le marché noir. Sa tolérance et sa dépendance se sont accrues. Les autres médecins ont fini par diminuer son approvisionnement. Elle était, selon ses propres propos, désespérée. Vers la fin de 1983, elle est retournée au cabinet du Dr Wynrib parce qu'elle savait qu'il lui donnerait du Fiorinal. Elle a alors accédé à ses demandes.

Au début, les attouchements sexuels ont eu lieu dans la salle d'examen située à l'arrière du cabinet du médecin. Il l'embrassait et lui caressait les seins. Puis, il lui a demandé d'aller l'attendre dans sa chambre à coucher, à l'étage supérieur, où il conservait un flacon de Fiorinal dans le tiroir de sa commode, à côté du lit. L'appelante a réussi à se défilier pendant un certain temps en demandant d'abord qu'il lui donne du Fiorinal, puis en quittant les lieux dès qu'elle l'avait obtenu. Mais ce stratagème n'a pas fonctionné longtemps. Le Dr Wynrib lui a dit qu'il ne lui donnerait le Fiorinal que lorsqu'elle aurait accédé à ses demandes. Suivant le scénario habituel, il lui demandait de se déshabiller et mettait le flacon de Fiorinal près du lit afin qu'elle le voie. Ils s'étendaient tous deux

because he could not sustain an erection. On at least one occasion, however, he penetrated her with his fingers. He would give her pills each time she visited him in his apartment. She then would go back to his office the next day and he would write out a prescription. When the encounters began, the appellant did not want to believe what was happening. She thought he would do it once and then stop. However, the appellant testified that these incidences of simulated intercourse occurred 10 or 12 times, up to the early part of 1985.

During this period, the appellant was obtaining Fiorinal from a number of other sources: other doctors, off the street and from her sister. In February 1985, she left her job. She became depressed and no longer had the money to buy the drugs she needed off the street. She told Dr. Wynrib that she needed help. Her evidence at trial was:

A. . . . I remember telling him that I needed help, and he told me to just quit. He said just quit. I said I can't. The pills were on my mind all the time.

Q. Did he direct you anywhere else apart from telling you to quit, giving you advice?

A. No, no.

At some point in 1985, the appellant became the subject of a criminal investigation leading the RCMP to visit Dr. Wynrib in April 1985. After this visit, Dr. Wynrib told the appellant that he could no longer give her prescriptions in the office. However, he still gave her pills from the bottle in his dresser drawer when she visited him upstairs. Eventually, she was charged with the summary conviction offence of "double doctoring" under s. 3.1(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 198, i.e.,

sur le lit. Le Dr Wynrib embrassait l'appelante, la caressait puis se plaçait au-dessus d'elle. Il simulait alors le déroulement de rapports sexuels. Aucune pénétration n'avait lieu, car il ne pouvait maintenir une érection. Toutefois, à au moins une occasion, il a pénétré l'appelante au moyen de ses doigts. Il lui donnait des comprimés chaque fois qu'elle se rendait à son appartement. L'appelante se rendait à son cabinet le lendemain et il lui rédigeait alors une ordonnance. Au début de ces rencontres, l'appelante refusait de croire à ce qui se passait. Elle pensait qu'il le ferait une fois et que ce serait tout. Cependant, l'appelante, a témoigné que ces rapports sexuels simulés se sont produits à 10 ou 12 reprises, jusqu'au début de 1985.

Pendant cette période, l'appelante se procurait du Fiorinal auprès d'un certain nombre d'autres sources: d'autres médecins, le marché noir et sa sœur. En février 1985, elle a quitté son emploi. Elle est devenue dépressive et n'avait plus les moyens de se procurer sur le marché noir les médicaments dont elle avait besoin. Elle a alors dit au Dr Wynrib qu'elle avait besoin d'aide. Voici ce qui ressort de son témoignage au procès:

[TRADUCTION]

R. . . . je me souviens de lui avoir dit que j'avais besoin d'aide, et il m'a répondu que je n'avais qu'à cesser d'en prendre. Il m'a dit de simplement arrêter. Je lui ai dit que je ne pouvais pas. Je pensais aux comprimés tout le temps.

Q. À part le fait de vous dire d'arrêter, vous a-t-il dit de vous adresser ailleurs ou vous a-t-il donné des conseils?

R. Non, non.

En 1985, l'appelante a fait l'objet d'une enquête criminelle qui a amené la GRC à rendre visite au Dr Wynrib en avril de la même année. Après cette visite, le Dr Wynrib a dit à l'appelante qu'il ne pourrait plus lui délivrer des ordonnances à son cabinet. Toutefois, il a continué de lui donner des comprimés à même le flacon qui se trouvait dans le tiroir de sa commode, lorsqu'elle le visitait à l'étage supérieur. L'appelante a fini par être accusée, en vertu de l'art. 3.1(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, mod. par L.C. (1985),

obtaining narcotic prescription drugs from a doctor without disclosing particulars of prescriptions from other doctors. In July 1985, she went to a rehabilitation centre for drug addicts on her own initiative. She left the centre after one month and has not taken any drugs for non-medical reasons since. In September 1985, the appellant pleaded guilty to the offences for which she was charged and received an absolute discharge.

At trial, the respondent did not testify. However, the appellant admitted that Dr. Wynrib did not at any time use physical force. She also testified that he did things for her such as giving her money as well as coffee and cookies. She agreed that she “played” on the fact that he liked her and that she knew throughout the relationship that he was lonely.

The appellant continues to attend Narcotics Anonymous and other similar programs. She has done volunteer work at the crisis and counselling centre in the area where she lives and has completed credits towards a social worker program. Her hope is to work in the area of drug rehabilitation. She daily thinks with shame and remorse about what happened with Dr. Wynrib. She returned to the rehabilitation centre for more treatment after her first child was born. She felt that she did not deserve to have a child because of what she had done with Dr. Wynrib. Her craving for drugs continues but she has learned to live without them.

### Judicial History

*Supreme Court of British Columbia* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240

At trial, the appellant sought general and punitive damages against the respondent on the

ch. 19, art. 198, d’avoir obtenu des ordonnances multiples, une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et consistant à se faire délivrer par un médecin une ordonnance de stupéfiants sans lui divulguer les détails des ordonnances délivrées par d’autres médecins. En juillet 1985, elle s’est rendue de son propre chef dans un centre de réadaptation pour toxicomanes. Elle en est repartie au bout d’un mois et n’a, depuis lors, pris aucun médicament à des fins non médicales. En septembre 1985, l’appelante a plaidé coupable à l’égard des infractions qui lui étaient reprochées et elle a obtenu une libération inconditionnelle.

Au procès, l’intimé n’a pas témoigné. Cependant, l’appelante a reconnu que le Dr Wynrib n’avait en aucun temps employé la force physique. Elle a également témoigné qu’il avait fait des choses pour elle comme lui donner de l’argent et lui servir du café et des biscuits. Elle a reconnu avoir «misé» sur le fait qu’elle lui plaisait et que, pendant toute la durée de leur relation, elle savait qu’il se sentait seul.

L’appelante continue de participer à des programmes conçus pour les toxicomanes, comme Narcotics Anonymous. Elle a fait du bénévolat au centre de consultation d’urgence du secteur où elle vit et elle a accumulé des crédits aux fins d’un programme d’études en travail social. Elle espère travailler dans le domaine de la réadaptation des toxicomanes. Elle éprouve quotidiennement de la honte et des remords au sujet de ce qui s’est produit avec le Dr Wynrib. Elle a dû retourner au centre de réadaptation après la naissance de son premier enfant, car elle se jugeait indigne d’être mère à cause de ce qu’elle avait fait avec le Dr Wynrib. Elle éprouve toujours un besoin impérieux de médicaments, mais elle a appris à s’en passer.

### i Historique des procédures judiciaires

*Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240

Au procès, l’appelante a demandé que l’intimé soit condamné à verser des dommages-intérêts



grounds of sexual assault, negligence and breach of fiduciary duty.

The trial judge, Oppal J., rejected the appellant's claim of sexual assault holding that she had consented to it. At page 244, he stated:

By apparently voluntarily submitting to the doctor's advances on the various occasions, the plaintiff gave her implied consent to the sexual contact that constitutes the alleged battery. She obviously had deep misgivings about engaging in this conduct with the defendant. Clearly, she did not wish to do so. However, at no time did she express her feelings to the defendant that she did not wish to engage in sexual activities with him. In fact she went along with his demands.

Oppal J. recognized that for consent to be genuine, it must not be extorted by force or threats of force, or be obtained from an individual under the influence of drugs, but he held that these factors were not present in this case. The respondent did not exercise or threaten to use force, and there was no evidence that the appellant's addiction interfered with her capacity to consent to the sexual activity or with her ability to reason.

Oppal J. next considered the appellant's claim that the respondent was professionally negligent in continuing to prescribe Fiorinal to her. He held that the respondent's continued prescribing of Fiorinal to a known addict breached the standard of care required by law. However, since the appellant was not physically injured by this conduct, her action in negligence failed.

With respect to the appellant's claim that the respondent breached his fiduciary duty by engaging in sexual relations with her and by continuing to prescribe Fiorinal, Oppal J. held, at p. 246:

A relationship between a physician and a patient is one in which trust and confidence must be placed in the physician. Clearly, in the case at bar, the doctor breached a duty which was owed to his patient and, in

généraux et des dommages-intérêts punitifs pour agression sexuelle, négligence et manquement à une obligation fiduciaire.

<sup>a</sup> Le juge Oppal, siégeant au procès, a débouté l'appelante de sa demande fondée sur l'agression sexuelle pour le motif qu'elle avait consenti aux rapports sexuels. Voici ce qu'il déclare, à la p. 244:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] En acquiesçant à maintes reprises, de son plein gré, semble-t-il, aux avances du médecin, la demanderesse a tacitement consenti aux contacts sexuels qui constituent les prétendues voies de fait. De toute évidence, elle avait de sérieuses réticences à s'adonner à de tels actes avec le défendeur. Manifestement, elle ne le souhaitait pas. Cependant, elle n'a jamais laissé savoir au défendeur qu'elle ne voulait pas avoir de rapports sexuels avec lui. En fait, elle a accédé à ses demandes.

<sup>c</sup> Le juge Oppal a reconnu que, pour qu'il y ait véritablement consentement, celui-ci ne doit pas avoir été arraché grâce à l'emploi de la force ou à des menaces d'employer la force, ni obtenu d'une personne sous l'effet de stupéfiants, mais il a statué que ces facteurs ne s'appliquaient pas en l'espèce. L'intimé n'a pas employé la force ni menacé de le faire, et rien ne prouvait que la dépendance de l'appelante avait nui à sa capacité de consentir aux rapports sexuels ou de raisonner.

<sup>d</sup> Le juge Oppal a ensuite examiné la prétention de l'appelante que l'intimé avait fait preuve de négligence professionnelle en continuant de lui prescrire du Fiorinal. Il a conclu qu'en continuant de prescrire du Fiorinal à une toxicomane notoire, l'intimé avait violé la norme de diligence requise par la loi. Toutefois, comme la conduite de l'intimé n'a pas causé de lésions corporelles à l'appelante, il a rejeté l'action fondée sur la négligence.

<sup>e</sup> Voici ce que statue le juge Oppal, à la p. 246, au sujet de la prétention de l'appelante que l'intimé a manqué à son obligation fiduciaire en ayant des rapports sexuels avec elle et en continuant de lui prescrire du Fiorinal:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] La relation entre un médecin et son patient est une relation dans laquelle le patient doit faire confiance au médecin. Il est manifeste, en l'espèce, que le médecin a manqué à une obligation qu'il avait envers

the ordinary course of events, she should be entitled to damages.

Oppal J., however, went on to find that the defence of *ex turpi causa non oritur actio* was available to the respondent. In this case, both parties voluntarily participated in an illicit relationship. Any injury the appellant sustained was a direct, natural consequence of her illegal and immoral acts.

The action was accordingly dismissed, and the appellant appealed to the Court of Appeal.

*Court of Appeal* (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47

The majority of the Court of Appeal, McEachern C.J. and Gibbs J.A., accepted, at p. 244, the trial judge's finding that the appellant "gave her implied consent to the sexual contact that constitutes the alleged battery" and that there was no evidence that her addiction to Fiorinal interfered with her capacity to consent to the sexual activity. It further agreed that the appellant was not at any time deprived of her ability to reason. In the majority's view, Oppal J. was correct in dismissing the appellant's sexual assault claim on the basis of consent.

The majority rejected, as well, the appellant's claim of breach of fiduciary duty. McEachern C.J. set forth his view in this way, at p. 52:

If the defendant breached a duty to the plaintiff in this case it was a breach of the duty which a physician owes to his patient to treat her professionally and, unless the breach relates to an improper disclosure of confidential information or something like that, it adds nothing to describe the breach as a fiduciary one.

With respect to the appellant's claim in negligence, McEachern C.J. noted that Oppal J. found that the respondent had breached his professional duty to the appellant. He agreed with this finding and further found that the physical harm done by the appellant's continued addiction was sufficient to support a cause of action. However, he held that

sa patiente et, normalement, celle-ci devrait avoir droit à des dommages-intérêts.

Le juge Oppal a ensuite conclu que l'intimé pouvait, en l'espèce, invoquer le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio*, les deux parties s'étant livrées de leur plein gré à des rapports illicites. Tout préjudice subi par l'appelante découlait directement et naturellement de ses actes illégaux et immoraux.

En conséquence, l'action a été rejetée et l'appelante a interjeté appel devant la Cour d'appel.

*Cour d'appel* (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47

La Cour d'appel à la majorité (le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique et le juge Gibbs) a accepté, à la p. 244, la conclusion du juge du procès que l'appelante [TRADUCTION] «a tacitement consenti aux contacts sexuels qui constituent les prétendues voies de fait» et qu'il n'était pas prouvé que sa dépendance au Fiorinal l'avait empêchée de consentir aux rapports sexuels. Elle a également convenu qu'à aucun moment l'appelante n'avait été privée de sa capacité de raisonner. Selon la majorité, c'est à bon droit que le juge Oppal a rejeté, pour cause de consentement, la demande de l'appelante fondée sur l'agression sexuelle.

La majorité a également rejeté la demande de l'appelante fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire. Voici comment s'exprime à ce sujet le juge en chef McEachern, à la p. 52:

[TRADUCTION] Si le défendeur a, en l'espèce, manqué à une obligation envers la demanderesse, il s'agit de l'obligation de traiter professionnellement sa patiente et, à moins que le manquement ne porte sur la communication inopportune de renseignements confidentiels ou sur quelque chose de semblable, il ne sert à rien de le qualifier de manquement à une obligation fiduciaire.

En ce qui concerne la demande de l'appelante fondée sur la négligence, le juge en chef McEachern a fait remarquer que le juge Oppal a conclu que l'intimé avait manqué à son obligation professionnelle envers l'appelante. Reprenant cette conclusion à son compte, il a jugé par ailleurs que le préjudice physique causé par la dépendance pro-

the compensable period would only begin at the date the respondent became aware of her addiction, and damages would be reduced to account for the other drug sources and the appellant's own contributory negligence as a "knowing participant in her own misfortune".

At all events, the majority concluded that Oppal J. was correct in applying the principle *ex turpi causa non oritur actio* to bar the appellant's right to recover damages. McEachern C.J. stated, at p. 54:

In my view, the plaintiff and defendant in this case were both engaged in a joint or common criminal enterprise to traffic unlawfully in a prohibited drug at least from the end of 1983. Since I have already found that the plaintiff is nevertheless entitled to proper medical treatment from the defendant, this removes at least one branch from the *ex turpi* principle, that is that participants in a joint criminal activity do not owe a duty of care to each other.

That, however, does not exclude the other ground, namely that the court's assistance will not be furnished to a plaintiff who seeks damages for injuries resulting from illegal and immoral activity or out of an arrangement or transaction which had as one of its incidents an illegal or immoral consideration. The court, as Lord Mansfield said, will not lend its aid to such a plaintiff. In this case, of course, I rely far more heavily upon illegal than upon immoral conduct.

Locke J.A., dissenting, agreed with Oppal J. that the sexual assault claim failed because of the appellant's consent. Turning to the appellant's claim in negligence, he held that the respondent failed in his professional duty as a physician. Supplying medically unnecessary drugs to a known addict was a negligent act. There was sufficient damage to sustain the action in that the respondent's conduct "assisted in keeping [the appellant] addicted for a year or more when she might have

longée de l'appelante suffisait à conférer un droit d'action. Il a cependant statué que la période à l'égard de laquelle il pouvait y avoir indemnisation ne débutait qu'à la date à laquelle l'intimé a pris connaissance de la dépendance de l'appelante, et que les dommages-intérêts seraient réduits de manière à tenir compte des autres sources de médicaments et de la propre négligence contributive de l'appelante qui a [TRADUCTION] «contribué sciemment à son propre malheur».

Quoi qu'il en soit, la majorité a conclu que le juge Oppal avait eu raison d'appliquer le précepte *ex turpi causa non oritur actio* pour faire obstacle au droit de l'appelante de toucher des dommages-intérêts. Voici ce que dit le juge en chef McEachern, à la p. 54:

[TRADUCTION] J'estime que, dans la présente affaire, la demanderesse et le défendeur prenaient tous deux part à une entreprise criminelle conjointe ou commune consistant à faire illégalement le trafic d'une drogue prohibée, à tout le moins depuis la fin de 1983. Comme j'ai déjà conclu que la demanderesse avait néanmoins droit à des soins médicaux appropriés de la part du défendeur, cela a au moins pour effet de supprimer un volet du précepte *ex turpi*, savoir que les participants à une activité criminelle commune n'ont aucune obligation de diligence l'un envers l'autre.

Cela n'exclut cependant pas l'autre moyen, savoir qu'un tribunal ne saurait faire droit à une demande de dommages-intérêts fondée sur un préjudice qui résulte d'une activité illégale et immorale ou d'un arrangement ou d'une opération auxquels se rattache une considération illégale ou immorale. Comme l'a dit lord Mansfield, la cour n'accordera pas son soutien à l'auteur d'une telle demande. En l'espèce, je m'appuie beaucoup plus sur la conduite illégale que sur la conduite immorale.

Le juge Locke, dissident, a souscrit à l'avis du juge Oppal que la demande fondée sur l'agression sexuelle ne pouvait tenir en raison du consentement de l'appelante. Quant à la demande de l'appelante fondée sur la négligence, il a statué que l'intimé avait manqué à l'obligation professionnelle qui lui incombait à titre de médecin. Fournir à une toxicomane notoire des médicaments inutiles du point de vue médical constitue un acte négligent. Le préjudice subi était suffisant pour justifier

been receiving treatment” (at p. 60). The fact that she was subject to the disability of drug addiction for an extended period of time was foreseeable and inevitable.

Locke J.A. held that recovery on the basis of “breach of fiduciary duty” was not available. In his opinion, the evidence did not support any equitable rule operating to show the respondent in a fiduciary relationship with the appellant. He revealed her affairs to no one and he did not unduly influence her.

Locke J.A. disagreed with the majority that the maxim *ex turpi causa non oritur actio* barred the appellant’s claim. Although there was joint sexual activity, there was no common purpose and there was no one criminal illegality to which both were parties. He observed that sexual intercourse between consenting adults is not a crime. Locke J.A. rejected the respondent’s argument that immorality alone was sufficient to bar recovery. He held that sexual immorality is not relevant to the wrongful supply of drugs.

As to damages, Locke J.A. held that the appellant could succeed for her extended drug dependency as caused by the respondent’s supply of drugs. He awarded only nominal damages of \$1,000, noting that the appellant had recovered from her drug addiction except for her craving which was not the sole fault of the respondent. He held that this was not an appropriate case for punitive damages.

The court, by majority, thus dismissed the appeal.

l’action, étant donné que la conduite de l’intimé [TRADUCTION] «a contribué à maintenir la dépendance [de l’appelante] pendant un an ou plus alors qu’elle aurait pu bénéficier d’un traitement» (à la p. 60). L’incapacité de l’appelante résultant de sa pharmacodépendance, pendant une période prolongée, était à la fois prévisible et inévitable.

Le juge Locke a statué qu’il n’y avait pas lieu d’accorder une indemnité fondée sur le «manquement à une obligation fiduciaire». Selon lui, la preuve ne révélait pas l’existence, en *equity*, d’une règle qui permettrait de démontrer l’existence d’un rapport fiduciaire entre l’intimé et l’appelante. L’intimé n’a pas communiqué de renseignements personnels sur celle-ci à qui que ce soit et il n’a pas exercé d’influence indue sur elle.

Contrairement à la majorité des juges, le juge Locke a conclu que la maxime *ex turpi causa non oritur actio* ne faisait pas obstacle à l’action de l’appelante. Même s’il y avait eu activité sexuelle commune, il y avait absence d’objectif commun et d’acte criminel auquel ils avaient participé à tous les deux. Il a fait remarquer que les rapports sexuels entre adultes consentants ne constituent pas un crime. Le juge Locke a rejeté l’argument de l’intimé selon lequel l’immoralité suffisait, à elle seule, à empêcher l’indemnisation. Il a statué que l’immoralité sexuelle n’a rien à voir avec la fourniture illégale de médicaments.

En ce qui a trait aux dommages-intérêts, le juge Locke a statué que l’appelante pouvait avoir gain de cause quant à la prolongation de sa pharmacodépendance imputable à la fourniture de médicaments par l’intimé. Il n’a accordé que des dommages-intérêts symboliques de 1 000\$ en faisant remarquer que l’appelante avait surmonté sa pharmacodépendance, à l’exception du besoin impérieux qu’elle continuait de ressentir et qui n’était pas imputable à l’intimé seulement. Il a conclu qu’il n’y avait pas lieu, en l’espèce, d’accorder des dommages-intérêts punitifs.

La cour, à la majorité, a rejeté l’appel.

*The Appeal to This Court*

The appellant then appealed to this Court. In addition to the parties, the Women's Legal Education and Action Fund appeared as intervener. At trial and in the Court of Appeal, the appellant sought recovery on a number of grounds: sexual assault, negligence, breach of fiduciary duty, and breach of contract. In this Court, however, counsel particularly stressed the assault claim and I am content to dispose of the case on this basis. The other claims would appear to give rise to difficulties that would not arise in the ordinary doctor-client case. In particular, the appellant here did not come to the doctor for treatment. Rather she intended to use him to obtain drugs. Given the manner in which I propose to deal with the case, however, it is unnecessary for me to explore these matters.

Assault — The Nature of Consent

The alleged sexual assault in this case falls under the tort of battery. A battery is the intentional infliction of unlawful force on another person. Consent, express or implied, is a defence to battery. Failure to resist or protest is an indication of consent "if a reasonable person who is aware of the consequences and capable of protest or resistance would voice his objection": see Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at pp. 72-73. However, the consent must be genuine; it must not be obtained by force or threat of force or be given under the influence of drugs. Consent may also be vitiated by fraud or deceit as to the nature of the defendant's conduct. The courts below considered these to be the only factors that would vitiate consent.

In my view, this approach to consent in this kind of case is too limited. As Heuston and Buckley,

*Le pourvoi devant notre Cour*

L'appelante a ensuite formé un pourvoi devant notre Cour. Outre les parties au litige, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes a comparu à titre d'intervenant. Au procès et en Cour d'appel, l'appelante a demandé à être indemnisée pour un certain nombre de motifs: agression sexuelle, négligence, manquement à une obligation fiduciaire et inexécution de contrat. Or, devant notre Cour, les avocats ont surtout mis l'accent sur la demande fondée sur l'agression et je me contente de statuer sur la présente affaire en fonction de ce moyen. Les autres demandes sembleraient soulever des difficultés qui ne se poseraient pas dans le cadre d'une relation ordinaire entre un médecin et son patient. Plus précisément, l'appelante en l'espèce n'est pas venue voir le médecin pour se faire traiter. Elle s'en est plutôt servi pour obtenir des médicaments. Compte tenu de la manière dont je compte statuer sur l'affaire, il ne m'est pas nécessaire d'examiner ces questions.

e Agression — La nature du consentement

L'agression sexuelle qui aurait été commise en l'espèce constitue un délit de voies de fait. Les voies de fait consistent à recourir délibérément à une force illégale contre une autre personne. Le consentement, exprès ou implicite, est opposable comme moyen de défense aux voies de fait. L'omission de résister ou de protester est un signe de consentement [TRADUCTION] «lorsqu'une personne raisonnable consciente des conséquences et capable de protester ou de résister exprimerait son opposition»: voir Fleming, *The Law of Torts* (7<sup>e</sup> éd. 1987), aux pp. 72 et 73. Le consentement doit toutefois être véritable; il ne doit pas avoir été obtenu grâce à l'emploi de la force ou à des menaces d'employer la force, ni donné par une personne sous l'effet de stupéfiants. Il peut également être entaché de nullité par la fraude ou la supercherie quant à la nature de la conduite du défendeur. Les tribunaux d'instance inférieure ont jugé qu'il s'agissait là des seuls facteurs susceptibles de rendre nul le consentement.

Selon moi, cette façon d'aborder le consentement dans ce genre de cas est trop limitée. Comme

*Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19th ed. 1987), at pp. 564-65, put it: "A man cannot be said to be 'willing' unless he is in a position to choose freely; and freedom of choice predicates the absence from his mind of any feeling of constraint interfering with the freedom of his will". A "feeling of constraint" so as to "interfere with the freedom of a person's will" can arise in a number of situations not involving force, threats of force, fraud or incapacity. The concept of consent as it operates in tort law is based on a presumption of individual autonomy and free will. It is presumed that the individual has freedom to consent or not to consent. This presumption, however, is untenable in certain circumstances. A position of relative weakness can, in some circumstances, interfere with the freedom of a person's will. Our notion of consent must, therefore, be modified to appreciate the power relationship between the parties.

An assumption of individual autonomy and free will is not confined to tort law. It is also the underlying premise of contract law. The supposition of contract law is that two parties agree or consent to a particular course of action. However, contract law has evolved in such a way that it recognizes that contracting parties do not always have equality in their bargaining strength. The doctrines of duress, undue influence, and unconscionability have arisen to protect the vulnerable when they are in a relationship of unequal power. For reasons of public policy, the law will not always hold weaker parties to the bargains they make. Professor Klippert in his book *Unjust Enrichment* refers to the doctrines of duress, undue influence, and unconscionability as "justice factors". He lumps these together under the general term "coercion" and states, at p. 156, that "[i]n essence the common thread is an illegitimate use of power or unlawful pressure which vitiates a person's freedom of choice". In a situation where a plaintiff is induced to enter into an unconscionable transaction because of an inequitable disparity in bargaining strength,

le précisent Heuston et Buckley, dans *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19<sup>e</sup> éd. 1987), aux pp. 564 et 565: [TRADUCTION] «On ne peut dire d'une personne qu'elle est «consentante» à moins qu'elle ne soit en mesure de choisir librement, et la liberté de choix suppose l'absence, dans son esprit, de tout sentiment de contrainte limitant l'exercice du libre arbitre». Un «sentiment de contrainte» de nature à «limiter l'exercice du libre arbitre d'une personne» peut naître dans un certain nombre de cas où il n'est pas question d'emploi de la force, de menaces d'employer la force, de fraude ou d'incapacité. En matière de responsabilité délictuelle, la notion de consentement se fonde sur une présomption d'autonomie individuelle et de libre arbitre. On présume que chacun a la liberté de consentir ou de ne pas consentir. Toutefois, cette présomption ne saurait tenir dans certains cas. Une situation de faiblesse relative peut parfois limiter le libre arbitre d'une personne. Notre notion de consentement doit donc être modifiée de manière à tenir compte du rapport de force entre les parties.

La présomption d'autonomie individuelle et de libre arbitre n'est pas limitée au droit de la responsabilité délictuelle. Elle est également le principe fondamental du droit des contrats. En droit des contrats, on suppose que deux parties ont consenti à adopter une ligne de conduite donnée. Le droit des contrats a cependant évolué de manière à reconnaître que les parties contractantes ne jouissent pas toujours d'un pouvoir de négociation égal. Les théories de la contrainte, de l'abus d'influence et de l'iniquité ont été invoquées pour protéger la partie vulnérable lorsqu'il y a un rapport de force inégal. Pour des motifs d'ordre public, les parties plus faibles ne seront pas toujours juridiquement tenues de respecter les contrats qu'elles ont signés. Dans son ouvrage intitulé *Unjust Enrichment*, le professeur Klippert qualifie de [TRADUCTION] «facteurs de justice» les théories de la contrainte, de l'abus d'influence et de l'iniquité. Il les rassemble sous la notion générale de «coercition» et ajoute que [TRADUCTION] «[e]ssentiellement, elles ont en commun un recours illégitime à la force ou à la pression qui porte atteinte au libre arbitre d'une personne» (p. 156). Lorsqu'un demandeur est incité à conclure une opération inique en raison

it cannot be said that the plaintiff's act is voluntary: see Klippert, *supra*, at p. 170.

If the "justice factor" of unconscionability is used to address the issue of voluntariness in the law of contract, it seems reasonable that it be examined to address the issue of voluntariness in the law of tort. This provides insight into the issue of consent: for consent to be genuine, it must be voluntary. The factual context of each case must, of course, be evaluated to determine if there has been genuine consent. However, the principles that have been developed in the area of unconscionable transactions to negate the legal effectiveness of certain contracts provide a useful framework for this evaluation.

An unconscionable transaction arises in contract law where there is an overwhelming imbalance in the power relationship between the parties. In *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.), at p. 713, Davey J.A. outlined the factors to be considered in a claim of unconscionability:

... a plea that a bargain is unconscionable invokes relief against an unfair advantage gained by an unconscientious use of power by a stronger party against a weaker. On such a claim the material ingredients are proof of inequality in the position of the parties arising out of the ignorance, need or distress of the weaker, which left him in the power of the stronger, and proof of substantial unfairness of the bargain obtained by the stronger. On proof of those circumstances, it creates a presumption of fraud which the stronger must repel by proving that the bargain was fair, just and reasonable. ...

In *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326, at p. 339, Lord Denning M.R. took a wider approach and developed the general principle of "inequality of bargaining power":

... I would suggest that through all these instances [i.e. duress of goods, unconscionable transactions, undue influence, undue pressure, salvage agreements] there

d'une disparité injuste quant au pouvoir de négociation, on ne saurait dire qu'il a agi volontairement: voir Klippert, *op. cit.*, à la p. 170.

Si on se sert du «facteur de justice» qu'est l'iniquité pour aborder la question du caractère volontaire en matière de droit des contrats, il semble raisonnable que l'on puisse également le faire pour aborder cette même question en matière délictuelle. Cela nous permet de comprendre la question du consentement qui, pour être véritable, doit avoir été donné volontairement. Il faut évidemment évaluer les faits de chaque cas pour déterminer si un consentement véritable a été donné. Les principes qui ont été dégagés en matière d'opérations iniques pour annuler l'effet juridique de certains contrats fournissent toutefois un cadre utile pour procéder à cette évaluation.

En droit des contrats, une opération est inique lorsqu'il y a inégalité écrasante du rapport de force entre les parties. Dans *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (C.A.C.-B.), à la p. 713, le juge Davey expose les facteurs qui doivent être pris en considération dans une demande fondée sur l'iniquité:

[TRADUCTION] ... la partie qui allègue l'iniquité d'un contrat cherche à obtenir un redressement à l'égard d'un avantage injuste découlant du fait qu'une partie a profité inéquitablement de la situation de force dans laquelle elle se trouvait par rapport à l'autre. Il importe alors de prouver l'inégalité entre les parties qui résulte de l'ignorance de la partie plus faible ou de l'indigence ou du désarroi dans lequel se trouve celle-ci, et qui l'a mise à la merci de la partie plus forte, et de prouver le caractère foncièrement inéquitable du contrat obtenu par cette dernière. La preuve de ces éléments a pour effet de créer une présomption de fraude que la partie plus forte doit repousser en établissant que le contrat passé était juste et raisonnable ...

Dans *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326, à la p. 339, le maître des rôles lord Denning propose une approche plus large et explique le principe général de l'«inégalité du pouvoir de négociation»:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que, dans tous ces exemples [c.-à-d. la contrainte sur les biens, les opérations iniques, l'influence ou les pressions indues, les

runs a single thread. They rest on “inequality of bargaining power”. By virtue of it, the English law gives relief to one who, without independent advice, enters into a contract upon terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other. When I use the word “undue” I do not mean to suggest that the principle depends on proof of any wrongdoing. The one who stipulates for an unfair advantage may be moved solely by his own self-interest, unconscious of the distress he is bringing to the other. I have also avoided any reference to the will of the one being “dominated” or “overcome” by the other. One who is in extreme need may knowingly consent to a most improvident bargain, solely to relieve the straits in which he finds himself. Again, I do not mean to suggest that every transaction is saved by independent advice. But the absence of it may be fatal.

The Court of Appeal in the instant case was unwilling to characterize the relationship between the appellant and the respondent as a fiduciary relationship. Since I am dealing with the case on the basis of the assault claim, I need not consider this point. A fiduciary or confidential relationship is not a necessary ingredient for a claim involving inequality of bargaining power, even though such a relationship may be present. This principle was stated by Boyd C. in the early Ontario case of *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391, at p. 401:

... if two persons, no matter whether a confidential relationship exists between them or not, stand in such a relation to each other that one can take an undue advantage of the other, whether by reason of distress, or recklessness, or wildness, or want of care, and when the facts shew that one party has taken undue advantage of the other by reason of the circumstances I have mentioned, a transaction resting upon such unconscionable dealing will not be allowed to stand. . . . [Emphasis added.]

An inequality of bargaining power may arise in a number of ways. As Boyle and Percy, *Contracts*:

conventions de sauvetage], il existe un lien commun. Ils reposent sur l’«inégalité du pouvoir de négociation». À cause de cela, le droit anglais accorde un recours à celui qui, sans avoir obtenu les conseils d’une personne indépendante, conclut un contrat dont les conditions sont très inéquitables ou cède un bien moyennant une contrepartie extrêmement inadéquate, lorsque son pouvoir de négociation est sérieusement compromis par ce dont il a besoin ou ce qu’il désire, ou encore, par sa propre ignorance ou faiblesse, conjugués à des influences ou à des pressions indues de la part de l’autre partie ou au profit de celle-ci. Lorsque j’utilise le terme «indues», je ne veux pas laisser entendre que l’application de ce principe dépend de la preuve d’un méfait. Il se peut que celui qui convient expressément d’un avantage injuste ne soit motivé que par son propre intérêt personnel sans être conscient du désarroi qu’il cause à l’autre partie. J’ai omis également de mentionner la volonté de la partie «dominée» ou «subjuguée» par l’autre. La personne qui se trouve dans un état d’indigence extrême peut, en toute connaissance de cause, consentir à un marché fort imprudent, uniquement aux fins de surmonter les difficultés auxquelles elle fait face. Encore là, je ne veux pas laisser entendre que toute opération est sauvegardée par les conseils d’une personne indépendante, mais plutôt leur absence peut être fatale.

Dans la présente affaire, la Cour d’appel s’est refusée à qualifier de fiduciaire le rapport entre l’appelante et l’intimé. Vu que j’examine l’affaire sous l’angle de la demande fondée sur l’agression, je n’ai pas à examiner ce point. L’existence d’un rapport fiduciaire ou de confiance n’est pas un élément nécessaire d’une demande mettant en cause l’inégalité du pouvoir de négociation, bien qu’un tel rapport puisse exister. Le chancelier Boyd énonce ce principe dans l’ancien jugement ontarien *Waters c. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391, à la p. 401:

[TRADUCTION] . . . lorsque deux personnes, peu importe qu’il existe ou non une relation de confiance entre elles, ont des rapports qui permettent à l’une d’elle de tirer indûment avantage de l’autre en raison de son désarroi, de son insouciance, de sa témérité ou de son manque de diligence, et lorsqu’il ressort des faits qu’une partie a profité des circonstances que j’ai mentionnées pour tirer indûment avantage de l’autre, on ne saurait confirmer la validité de l’opération qui découle d’une telle conduite inique. . . . [Je souligne.]

L’inégalité du pouvoir de négociation peut revêtir un certain nombre de formes. Comme le souli-



*Cases and Commentaries* (4th ed. 1989), note, at pp. 637-38:

[A person] may be intellectually weaker by reason of a disease of the mind, economically weaker or simply situationally weaker because of temporary circumstances. Alternatively, the "weakness" may arise out of a special relationship in which trust and confidence has been reposed in the other party. The comparative weakness or special relationship is, in every case, a fact to be proven.

As the last sentence of this passage suggests, the circumstances of each case must be examined to determine if there is an overwhelming imbalance of power in the relationship between the parties.

It may be argued that an unconscionable transaction does not, in fact, vitiate consent: the weaker party retains the power to give real consent but the law nevertheless provides relief on the basis of social policy. This may be more in line with Lord Denning's formulation of "inequality of bargaining power" in *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, *supra*, when one takes into account his statement that it is not necessary to establish that the will of the weaker party was "dominated" or "overcome" by the other party. But whichever way one approaches the problem, the result is the same: on grounds of public policy, the legal effectiveness of certain types of contracts will be restricted or negated. In the same way, in certain situations, principles of public policy will negate the legal effectiveness of consent in the context of sexual assault. In particular, in certain circumstances, consent will be considered legally ineffective if it can be shown that there was such a disparity in the relative positions of the parties that the weaker party was not in a position to choose freely.

There is some support in the criminal law for an approach that takes into account the relative positions of the parties. This can be seen from the definition of assault, which includes assault, sexual assault, under s. 265 of the *Criminal Code*, R.S.C.,

gnent Boyle et Percy, dans *Contracts: Cases and Commentaries* (4<sup>e</sup> éd. 1989), note, aux pp. 637 et 638:

[TRADUCTION] Il se peut qu'[une personne] soit plus faible sur le plan intellectuel à cause d'une maladie mentale, ou plus faible sur le plan économique ou tout simplement conjoncturel, à cause de circonstances temporaires. Subsidiairement, cette «faiblesse» peut découler d'un rapport spécial fondé sur la confiance de l'une des parties envers l'autre. L'existence d'une faiblesse relative ou d'un rapport spécial doit, dans tous les cas, être prouvée.

Comme le laisse entendre la dernière phrase de cet extrait, il faut examiner les circonstances de chaque cas pour déterminer s'il y a inégalité écrasante du rapport de force entre les parties.

On peut soutenir que, dans les faits, une opération inique ne rend pas nul le consentement: la partie plus faible demeure en mesure de donner un consentement véritable, mais la loi prévoit néanmoins un redressement pour des motifs de politique sociale. Cela est peut-être davantage compatible avec la notion d'«inégalité du pouvoir de négociation» formulée par lord Denning dans *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, précité, si on tient compte de ses propos selon lesquels il n'est pas nécessaire de prouver que la volonté de la partie plus faible était «dominée» ou «subjuguée» par l'autre partie. Mais quel que soit l'angle sous lequel on aborde le problème, le résultat est le même: pour des raisons d'ordre public, l'effet juridique de certains types de contrats sera restreint ou annulé. De même, dans certaines circonstances, des principes d'ordre public annuleront l'effet juridique d'un consentement dans le cas d'une agression sexuelle. Dans certains cas, en particulier, le consentement sera considéré comme sans effet en droit s'il peut être prouvé qu'il existait une telle disparité dans la situation relative des parties que la partie plus faible n'était pas en mesure de choisir librement.

On peut, jusqu'à un certain point, s'appuyer sur le droit criminel pour justifier la prise en considération de la situation relative des parties. C'est ce qui ressort de la définition des voies de fait, qui comprennent une attaque, une agression et une

1985, c. C-46. That provision, so far as relevant, reads:

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 . . . .

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority. . . . [Emphasis added.]

Although s. 265 is a statutory provision, the principles underlying it are not irrelevant to an analysis of assault at common law since the offence was derived from the common law crimes of assault and battery (*R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at pp. 727-28).

Section 265(3) expressly specifies the circumstances in which consent is vitiated on the basis of a coerced or ill-informed will, thereby rendering the consent legally ineffective. Although this provision was added to the *Criminal Code* in 1983 by amendment (S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19), the circumstances outlined in the provision were not new to the law. As Gonthier J. explains in *Jobidon*, *supra*, at p. 730: “[These factors] had already been part of the law previous to the proclamation of the *Code* of 1892. Any novelty of s. 244(3) [now s. 265(3)] lay in its more explicit and general expression in the *Code*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19.” As an example of the principle enunciated in s. 265(3)(c), Gonthier J., at p. 740 of

agression sexuelle, qui figure à l’art. 265 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dont voici la partie pertinente:

a 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;

b

(2) Le présent article s’applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles . . .

c (3) Pour l’application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

a) soit de l’emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

d

b) soit des menaces d’emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

e

d) soit de l’exercice de l’autorité . . . [Je souligne.]

Bien que l’art. 265 soit une disposition législative, ses principes sous-jacents peuvent être pris en considération aux fins d’une analyse des voies de fait en common law, étant donné que cette infraction a pour origine les crimes, prévus en common law, des voies de fait (*assault*) et des coups et blessures (*battery*) (*R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, aux pp. 727 et 728).

Le paragraphe 265(3) précise les circonstances dans lesquelles le consentement est vicié parce qu’il a été donné par contrainte ou d’une manière mal informée, de sorte qu’il est dénué de tout effet juridique. Bien que cette disposition soit le fruit d’une modification apportée au *Code criminel* en 1983 (S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19), les circonstances qu’elle mentionne ne sont pas nouvelles en droit. Comme l’explique le juge Gonthier dans l’arrêt *Jobidon*, précité, à la p. 730, «[Ces éléments] faisaient déjà partie de la loi avant la promulgation du *Code* de 1892. Ce qui serait nouveau dans le par. 244(3) [maintenant le par. 265(3)], c’est leur énoncé plus explicite et général dans le *Code*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.» À

*Jobidon*, cites the case of *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10, in which it was held that:

... eight-year-old boys were too young to understand the nature of a sexual act with a grown man to be able to consent to it. Submission by a young child to an older, stronger person, an authority figure, would not be considered consensual. The consent would in all probability have been obtained under a coerced and ill-informed will.

The general notion of submission to an “authority” figure indicates an inequality of power between the parties such that the existence of genuine consent is questionable. Section 265(3) is an expression of the fact that in certain circumstances, considerations of public policy will negate the legal validity of consent as a defence to a charge of assault. The analogy between developments in contract law and the issue of consent in the criminal offence of assault is referred to in *Jobidon*, *supra*, at p. 735:

Just as the common law has built up a rich jurisprudence around the concepts of agreement in contract law, and *volenti non fit injuria* in the law of negligence, it has also generated a body of law to illuminate the meaning of consent and to place certain limitations on its legal effectiveness in the criminal law. It has done this in respect of assault. In the same way that the common law established principles of public policy negating the legal effectiveness of certain types of contracts — contracts in restraint of trade for example — it has also set limits on the types of harmful actions to which one can validly consent, and shelter an assailant from the sanctions of our criminal law.

There has been some recognition in the lower courts that an unequal power relationship is a relevant consideration in cases of sexual misconduct. *W.(B.) v. Mellor*, [1989] B.C.J. No. 1393 (S.C.) (QL Systems), has some similarities with the present case. There the plaintiff sued for damages in contract and tort for unwelcome sexual conduct by her doctor extending over two years. At the time the doctor-patient relationship was established, the

titre d'exemple de l'application du principe énoncé à l'al. 265(3)c), le juge Gonthier mentionne, à la p. 740 de l'arrêt *Jobidon*, l'arrêt *R. c. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10, où on a jugé que:

... des garçons de huit ans étaient trop jeunes pour comprendre la nature d'un acte sexuel avec un homme mûr de façon à pouvoir y consentir. La soumission d'un jeune enfant à une personne plus âgée et plus forte, représentant l'autorité, ne serait pas considérée comme un consentement car il aurait probablement été donné par contrainte et d'une manière mal informée.

La notion générale de soumission à une personne représentant l'«autorité» indique une inégalité du rapport de force entre les parties susceptible de remettre en question l'existence d'un consentement véritable. Le paragraphe 265(3) traduit le fait que, dans certains cas, des considérations d'ordre public annuleront la validité juridique d'un consentement invoqué comme moyen de défense à l'égard d'une accusation de voies de fait. L'analogie entre l'évolution du droit des contrats et la question du consentement dans le cadre de l'infraction criminelle de voies de fait est évoquée dans l'arrêt *Jobidon*, précité, à la p. 735:

De même que la common law s'est exprimée dans une abondante jurisprudence sur les notions de consentement en droit des contrats et le principe *volenti non fit injuria* en matière de négligence, elle a également engendré un ensemble de règles juridiques visant à faire la lumière sur le sens du consentement et à imposer certaines limites à son effet juridique en droit criminel. Elle l'a fait à l'égard des voies de fait. De la même manière qu'elle a établi des principes d'intérêt public annulant l'effet juridique de certains types de contrats, comme ceux portant sur la restriction du commerce, par exemple, la common law a également fixé des limites au genre d'actions préjudiciables auxquelles il est légitimement possible de consentir et de protéger ainsi l'assailant contre les sanctions de notre droit criminel.

Dans une certaine mesure, les tribunaux d'instance inférieure ont reconnu que l'inégalité du rapport de force entre les parties est une considération pertinente dans les cas d'inconduite sexuelle. L'affaire *W.(B.) c. Mellor*, [1989] B.C.J. n° 1393 (C.S.) (QL Systems), s'apparente quelque peu à la présente instance. Dans cette affaire, la demanderesse avait intenté une action en dommages-intérêts sur les plans contractuel et délictuel, pour la conduite

plaintiff was in a vulnerable state owing to matrimonial, financial and personal problems. The first sexual advance occurred when the plaintiff asked the doctor for medication to help her calm down. She testified that the doctor directed her into one of his examining rooms where he said he would give her medication. In the examining room, he kissed her and touched her breasts and lower body. She "stormed out of his office" on that occasion but continued to see the doctor. When asked why, she responded that she needed medication and counselling to help her cope. The intimacy between them progressed and eventually led to intercourse. She testified that she had considered changing doctors and that she had discussed this with the defendant. However, she was afraid that he would fix her file to make her appear mentally ill. McKenzie J. found for the plaintiff on the basis that the doctor was in breach of his fiduciary duty of care to his patient and that he breached his contract of professional services. In the course of his reasons, however, he had made the following remarks that show the effect of a power relationship on consent:

I find that he dominated her when she was in a vulnerable state wholly to satisfy his sexual desires and with no intention to carry the relationship beyond that.

On the other hand she offered little or no resistance. While she may not have welcomed the crude opening gestures of this seduction she gave him the opportunity to accomplish and perpetuate it. She could and should have left him for another doctor upon his first approach. Instead she lingered for two years to be subjected to repeated sexual acts which she apparently consented to after being excited by him. Had it not been for his initiative an affair would have been unlikely.

This lady had her problems which I do not pretend to diagnose but I believe that Dr. Mellor knew what he was

sexuelle importune que son médecin avait adoptée pendant plus de deux ans. Au moment où la relation entre le médecin et sa patiente a été établie, la demanderesse était vulnérable en raison de difficultés conjugales, financières et personnelles. Les premières avances sexuelles avaient été faites lorsque la patiente avait demandé à son médecin de lui prescrire un sédatif. La demanderesse a témoigné que le médecin l'avait alors dirigée vers une de ses salles d'examen pour lui remettre le sédatif. Une fois dans la salle d'examen, il l'avait embrassée et lui avait caressé les seins et la partie inférieure du corps. Elle était alors «sortie en coup de vent de son cabinet», mais elle avait néanmoins continué de le consulter. Lorsqu'on lui a demandé pourquoi, la demanderesse a répondu qu'elle avait besoin de médicaments et de conseils pour l'aider à surmonter ses difficultés. Leur liaison a évolué et a finalement abouti à des rapports sexuels. La demanderesse a témoigné qu'elle avait envisagé de changer de médecin et qu'elle en avait parlé avec le défendeur. Elle avait craint toutefois que celui-ci ne trafique son dossier de manière à la faire passer pour une malade mentale. Le juge McKenzie a tranché en faveur de la demanderesse pour le motif que le médecin avait manqué à son obligation fiduciaire de diligence envers sa patiente et qu'il n'avait pas respecté son contrat de prestation de services professionnels. Dans ses motifs, il a cependant formulé les observations suivantes qui montrent l'effet d'un rapport de force sur le consentement:

[TRADUCTION] Je conclus qu'il l'a dominée au moment où elle était vulnérable, uniquement aux fins d'assouvir ses besoins sexuels et sans intention d'approfondir la relation.

Par contre, elle n'a pas opposé de résistance, ou très peu. Quoiqu'elle n'ait peut-être pas bien accueilli les gestes grossiers posés en vue de la séduire, elle lui a permis de les accomplir et de les répéter. Elle aurait pu et aurait dû, dès les premières avances, changer de médecin. Au lieu de cela, elle a persisté, pendant deux ans, à se prêter à des actes sexuels répétés auxquels elle consentait apparemment après avoir été excitée par le défendeur. N'eût été l'initiative du défendeur, une liaison entre les parties aurait été improbable.

Cette dame avait ses problèmes que je ne prétends pas diagnostiquer, mais je crois que le Dr Mellor savait à

dealing with and from his advantageous position as her doctor he thought he could get away with what he did.

Viewed in human terms they both bear responsibility for this affair — he for initiating and perpetuating it and she for allowing him to perpetuate it. But he has special responsibilities and obligations of care imposed upon him as a doctor. He committed himself to an elevated duty of care upon entering the medical profession. This was spelled out for him in several ways and prominent among them was the Hippocratic Oath he swore. . . . [Emphasis added.]

*Lyth v. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25 (B.C.S.C.), is another lower court decision in which the defence of consent was rejected even though there was no evidence of force or threat of force and the plaintiff did not actively resist the sexual advances. This case involved a sexual relationship between a teacher and a 15-year-old student. In reaching his decision, Trainor J., at pp. 31-32, considered the following factors:

Sexual abuse is merely one particular way in which one person can assault another. It demands careful examination of the relationship between the parties to appreciate whether both had capacity to consent, understanding the nature and consequences of the conduct, and also whether one of the parties had such a greater amount of power or control over the other as to be in a position to force compliance. This is an examination to determine whether, in all the circumstances, force was applied by one person to another and whether any consent apparently given was genuine. [Emphasis added.]

Trainor J. concluded that no genuine consent was given to the first sexual contact between the parties. The defendant “dominated and influenced” the plaintiff.

The respondent contends that *Lyth v. Dagg* is distinguishable from the present case in that it involved the sexual exploitation of a child by a teacher. I do not agree. In my view, it was the ability of the defendant to “dominate and influence”

quoi s’en tenir et, vu l’avantage dont il bénéficiait en qualité de médecin de celle-ci, il a cru qu’il pourrait faire impunément ce qu’il a fait.

Du point de vue humain, les deux parties sont responsables de la liaison — lui pour en avoir été l’instigateur et l’avoir fait durer et elle, pour avoir permis au défendeur de la faire durer. Or, le défendeur assume, à titre de médecin, des responsabilités et des obligations particulières en matière de diligence. En accédant à la profession médicale, il a contracté une lourde obligation de diligence, ce qui lui a été expliqué bien clairement de diverses manières, surtout lorsqu’il a prêté le serment d’Hippocrate. . . . [Je souligne.]

L’affaire *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25 (C.S.C.-B.) est une autre décision d’un tribunal d’instance inférieure où on a rejeté le moyen de défense fondé sur le consentement malgré l’absence de preuve concernant l’emploi de la force ou la menace d’emploi de la force et même si le demandeur n’avait pas activement résisté aux avances sexuelles. Il s’agissait dans ce cas de rapports sexuels entre un enseignant et un élève de 15 ans. Pour arriver à sa décision, le juge Trainor a examiné les facteurs suivants, aux pp. 31 et 32:

[TRADUCTION] L’agression sexuelle n’est que l’une des manières dont une personne peut en agresser une autre. Elle requiert l’examen attentif du lien existant entre les parties afin de déterminer si chacune d’elles avait la capacité de consentir, compte tenu de la nature et des conséquences de la conduite en cause et, également, si l’une des parties avait plus de pouvoir ou d’ascendant que l’autre de manière à être en mesure de forcer l’autre à se soumettre à sa volonté. L’examen vise à déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances, une personne a eu recours à la force à l’égard d’une autre et si tout consentement apparemment donné était véritable. [Je souligne.]

Le juge Trainor a conclu que les premiers contacts sexuels entre les parties n’avaient été précédés d’aucun consentement véritable, car le défendeur avait [TRADUCTION] «dominé et influencé» le demandeur.

L’intimé fait valoir que la décision *Lyth c. Dagg* peut être distinguée de la présente affaire du fait qu’elle porte sur l’exploitation sexuelle d’un enfant par un enseignant. Je ne suis pas d’accord. Selon moi, ce qui importait dans l’affaire *Lyth c. Dagg*,

the plaintiff that was the important element in the *Lyth v. Dagg* case. This is borne out by Trainor J.'s assessment that this was more than a student-teacher relationship. He stated, at p. 32:

... Dagg rose in importance and stature in the eyes of his young student. Lyth wanted to be accepted in the performing arts group which drank and smoked marijuana. He had talents in that field and was ambitious to further himself. Dagg is an intelligent person and must have perceived Lyth's devotion to his schoolwork and a keen desire to be accepted by Dagg. In those circumstances, Dagg became much more than the teacher in a student-teacher relationship. He dominated and influenced the 15-year-old Lyth, who did not want to offend Dagg or do anything which would disrupt their relationship [Emphasis added.]

An ability to "dominate and influence" is not restricted to the student-teacher relationship. Professor Coleman outlines a number of situations which she calls "power dependency" relationships: see Coleman, "Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex" (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95. Included in these relationships are parent-child, psychotherapist-patient, physician-patient, clergy-penitent, professor-student, attorney-client, and employer-employee. She asserts that "consent" to a sexual relationship in such relationships is inherently suspect. She notes, at p. 96:

The common element in power dependency relationships is an underlying personal or professional association which creates a significant power imbalance between the parties. ...

Exploitation occurs when the "powerful" person abuses the position of authority by inducing the "dependent" person into a sexual relationship, thereby causing harm.

While the existence of one of these special relationships is not necessarily determinative of an

c'était la capacité du défendeur de «dominer et d'influencer» le demandeur. C'est ce qui ressort de la conclusion du juge Trainor selon laquelle il s'agissait de quelque chose de plus que des rapports entre un élève et un enseignant. Voici ce qu'il dit, à la p. 32:

[TRADUCTION] ... l'importance et l'envergure de Dagg se sont accrues aux yeux de son jeune élève. Lyth voulait être accepté au sein du groupe des arts d'interprétation dont les membres consommaient de l'alcool et fumaient de la marijuana. Il avait des aptitudes dans ce domaine et il était ambitieux. Dagg, qui est une personne intelligente, a dû se rendre compte de l'ardeur que mettait Lyth à ses travaux scolaires ainsi que de son profond désir d'être accepté par lui. Dans ces circonstances, Dagg est devenu beaucoup plus qu'un enseignant dans le cadre d'une relation entre un élève et un enseignant. Il a dominé et influencé Lyth qui était âgé de 15 ans et qui ne voulait pas contrarier Dagg ni faire quoi que ce soit susceptible de perturber leurs rapports. [Je souligne.]

La capacité de «dominer et d'influencer» n'est pas limitée à la relation entre un élève et un enseignant. Le professeur Coleman énumère un certain nombre de situations qu'elle qualifie de rapports [TRADUCTION] «de force et de dépendance»; voir Coleman, «Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex» (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95. Au nombre de ces rapports, il y a ceux existant entre le parent et l'enfant, le psychothérapeute et le patient, le médecin et le patient, le membre du clergé et le fidèle, l'enseignant et l'élève, l'avocat et le client ainsi que l'employeur et l'employé. Elle soutient que le «consentement» à des relations sexuelles dans le cadre de tels rapports est douteux en soi. Elle fait remarquer, à la p. 96:

[TRADUCTION] Le point commun dans les rapports de force et de dépendance est l'existence d'une association personnelle ou professionnelle sous-jacente qui engendre un déséquilibre marqué quant à la force respective des parties. ...

L'exploitation survient lorsque la personne «puissante» profite de sa situation d'autorité pour amener la personne «dépendante» à avoir des relations sexuelles et lui cause ainsi un préjudice.

Bien que l'existence de l'un de ces rapports spéciaux ne soit pas nécessairement déterminante

overwhelming power imbalance, it will, at least in the ordinary case, be required.

It must be noted that in the law of contracts proof of an unconscionable transaction involves a two-step process: (1) proof of inequality in the positions of the parties, and (2) proof of an improvident bargain. Similarly, a two-step process is involved in determining whether or not there has been legally effective consent to a sexual assault. The first step is undoubtedly proof of an inequality between the parties which, as already noted, will ordinarily occur within the context of a special "power dependency" relationship. The second step, I suggest, is proof of exploitation. A consideration of the type of relationship at issue may provide a strong indication of exploitation. Community standards of conduct may also be of some assistance. In *Harry v. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166 (C.A.), an unconscionable transaction case dealing with the sale of a commercial fishing boat for less than its value, Lambert J.A., at p. 177, approached the issue of unconscionability from a different angle:

... questions as to whether use of power was unconscionable, an advantage was unfair or very unfair, a consideration was grossly inadequate, or bargaining power was grievously impaired, to select words from both statements of principle, the *Morrison* case and the *Bundy* case, are really aspects of one single question. That single question is whether the transaction, seen as a whole, is sufficiently divergent from community standards of commercial morality that it should be rescinded.

If the type of sexual relationship at issue is one that is sufficiently divergent from community standards of conduct, this may alert the court to the possibility of exploitation.

#### Application to This Case

The trial judge held that the appellant's implied consent to the sexual activity was voluntary. Dr. Wynrib, he stated, exercised neither force nor

quant à l'existence d'une inégalité écrasante du rapport de force, elle est nécessaire tout au moins dans les circonstances normales.

<sup>a</sup> Il convient de remarquer qu'en droit des contrats, la preuve de l'existence d'une opération inique est un processus à deux étapes: (1) la preuve de l'inégalité des situations respectives des parties et (2) celle d'un marché imprudent. Il en est de même lorsqu'il s'agit de déterminer si le consentement à une agression sexuelle était efficace sur le plan juridique. La première étape consiste sans aucun doute à prouver l'existence d'une inégalité entre les parties, laquelle survient normalement, comme nous l'avons vu, dans le contexte d'un rapport spécial «de force et de dépendance». La seconde étape, selon moi, consiste à prouver qu'il y a eu exploitation. L'examen du genre de relation en cause peut indiquer fortement qu'il y a exploitation. Les normes sociales de conduite peuvent également avoir une certaine utilité. Dans l'arrêt *Harry c. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166 (C.A.), portant sur une opération inique relative à la vente d'un bateau de pêche commerciale à un prix inférieur à sa valeur, le juge Lambert aborde, à la p. 177, la question de l'iniquité sous un angle différent:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] ... les questions de savoir si l'utilisation d'une situation de force est inique, si un avantage est injuste ou très injuste, si une contrepartie est nettement insuffisante ou si le pouvoir de négociation est sérieusement compromis, pour reprendre les termes employés dans les deux énoncés de principe, les affaires *Morrison* et *Bundy*, constituent en réalité des aspects d'une seule et même question. Cette unique question est celle de savoir si l'opération, dans son ensemble, est à ce point contraire aux normes sociales d'éthique commerciale qu'elle doit être annulée.

<sup>g</sup> Si le genre de relation sexuelle en cause s'écarte suffisamment des normes sociales de conduite, cela peut faire prendre conscience à la cour de la possibilité qu'il y ait eu exploitation.

#### Application à la présente affaire

<sup>j</sup> Le juge du procès a statué que le consentement tacite de l'appelante aux activités sexuelles était volontaire. Selon lui, le Dr Wynrib n'avait pas

threats of force and the appellant's capacity to consent was not impaired by her drug use. The Court of Appeal agreed that the appellant voluntarily engaged in the sexual encounters. However, it must be asked if the appellant was truly in a position to make a free choice. It seems clear to me that there was a marked inequality in the respective powers of the parties. The appellant was a young woman with limited education. More important, she was addicted to the heavy use of tranquilizers and painkillers. On this ground alone it can be said that there was an inequality in the position of the parties arising out of the appellant's need. The appellant's drug dependence diminished her ability to make a real choice. Although she did not wish to engage in sexual activity with Dr. Wynrib, her reluctance was overwhelmed by the driving force of her addiction and the unsettling prospect of a painful, unsupervised chemical withdrawal. That the appellant's need for drugs placed her in a vulnerable position is evident from the comments of the trial judge, at p. 243:

[The appellant] stated that at first she ignored his suggestions and managed to stall him off. For a short period of time she stopped seeing him and managed to secure her drugs through other doctors. However, when the other doctors reduced her supply, she returned to Dr. Wynrib. She stated that she was desperate. She said that she complied with his demands.

And at p. 244, he added:

She obviously had deep misgivings about engaging in this conduct with the defendant. Clearly, she did not wish to do so.

... her willingness to engage in sexual activity was obviously inspired by the prescriptions which the doctor would provide. . . .

The appellant's vulnerability on the basis of need is also evident from the following report of Dr. Fleming of the Department of Psychiatry, Faculty of Medicine, University of British Columbia and entered as expert evidence:

employé la force ni menacé de le faire et la consommation de médicaments par l'appelante n'avait pas nui à sa capacité de consentir. La Cour d'appel a convenu que l'appelante avait, de son plein gré, participé aux rapports sexuels. Toutefois, il faut se demander si l'appelante était vraiment en mesure de choisir librement. Il me semble évident qu'il y avait une inégalité marquée du rapport de force entre les parties. L'appelante était une jeune femme peu instruite. Qui plus est, elle était une consommatrice invétérée de calmants et d'analgésiques. On peut conclure, pour ce seul motif, qu'il y avait inégalité quant à la situation des parties en raison du besoin de médicaments de l'appelante. Cette pharmacodépendance de l'appelante limitait sa capacité d'exercer un véritable choix. Même si elle ne voulait pas s'adonner à des activités sexuelles avec le Dr Winrib, sa réticence s'est dissipée sous l'impulsion de sa dépendance et en raison de la perspective inquiétante d'un sevrage pénible non contrôlé. Il ressort clairement des observations du juge du procès, à la p. 243, que c'est le besoin de médicaments de l'appelante qui l'a rendue vulnérable:

[TRADUCTION] [L'appelante] a déclaré qu'au début elle avait feint de ne pas comprendre ses allusions et avait réussi à se soustraire à ses avances. Pendant une courte période, elle a cessé de le consulter et s'est arrangée pour se procurer ses médicaments auprès d'autres médecins. Toutefois, lorsque ceux-ci ont réduit son approvisionnement, elle est retournée voir le Dr Wynrib. Elle a déclaré qu'elle était désespérée. Elle a affirmé qu'elle avait accédé à ses demandes.

Et d'ajouter, à la p. 244:

[TRADUCTION] Elle était, de toute évidence, très réticente à faire cela avec le défendeur. Manifestement, elle ne voulait pas le faire.

... son acceptation d'avoir des rapports sexuels était certainement motivée par les ordonnances que le médecin lui délivrerait. . . .

La vulnérabilité de l'appelante, due à son besoin de médicaments, ressort également du rapport suivant du Dr Fleming du département de psychiatrie de la Faculté de médecine de l'Université de la Colombie-Britannique, qui a été inscrit comme témoignage d'expert:



As she herself states, she wished to obtain a supply at any cost, and was willing to compromise her beliefs concerning appropriate behaviour in order to obtain supply. In the absence of dependence on and tolerance to Fiorinal it is my impression that Ms. Norberg would not have consented to have any social or sexual activity with Dr. Wynrib. On the basis of my clinical examination and the material provided it is my belief that she did so in order to obtain a supply of medication.

On the other side of the equation was an elderly, male professional — the appellant's doctor. An unequal distribution of power is frequently a part of the doctor-patient relationship. As it is stated in *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*, An Independent Task Force Commissioned by The College of Physicians and Surgeons of Ontario (November 25, 1991) (Chair: Marilou McPhedran), at p. 11:

Patients seek the help of doctors when they are in a vulnerable state — when they are sick, when they are needy, when they are uncertain about what needs to be done.

The unequal distribution of power in the physician-patient relationship makes opportunities for sexual exploitation more possible than in other relationships. This vulnerability gives physicians the power to exact sexual compliance. Physical force or weapons are not necessary because the physician's power comes from having the knowledge and being trusted by patients.

In this case, Dr. Wynrib knew that the appellant was vulnerable and driven by her compulsion for drugs. It is likely that he knew or at least strongly suspected that she was dependant upon Fiorinal before she admitted her addiction to him. It was he who ferreted out that she was addicted to drugs. As a doctor, the respondent knew how to assist the appellant medically and he knew (or should have known) that she could not "just quit" taking drugs without treatment. Dr. Fleming stated:

It is known that withdrawal from continuous use of short-acting barbiturates is an extremely unpleasant experience and it is natural that Ms. Norberg would attempt to maintain her supply in the absence of a com-

[TRADUCTION] Comme elle le dit elle-même, elle voulait se procurer des médicaments à tout prix et elle était disposée à mettre de côté ses principes moraux à cette fin. Il me semble que, si M<sup>me</sup> Norberg n'avait eu ni dépendance ni tolérance à l'égard du Fiorinal, elle n'aurait jamais accepté de s'adonner à des activités sociales ou sexuelles avec le D<sup>r</sup> Wynrib. Compte tenu de mon examen clinique et des documents fournis, je crois qu'elle l'a fait pour obtenir des médicaments.

De l'autre côté, il y avait un homme âgé, un professionnel de sexe masculin — le médecin de l'appelante. L'inégalité du rapport de force caractérise fréquemment la relation médecin-patient. Voici ce que mentionne à cet égard le *Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*, rédigé par un groupe de travail indépendant mandaté par l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario (25 novembre 1991) (présidente: Marilou McPhedran), à la p. 11:

[TRADUCTION] Un patient demande l'aide d'un médecin lorsqu'il est vulnérable, c'est-à-dire lorsqu'il est malade, lorsqu'il est dans le besoin, lorsqu'il n'est pas sûr de ce qui doit être fait.

L'inégalité du rapport de force dans la relation entre un médecin et son patient rend davantage possible l'exploitation sexuelle que dans toute autre relation. Cette vulnérabilité confère au médecin le pouvoir d'obtenir des faveurs sexuelles de l'autre partie. L'emploi de la force physique ou d'une arme est inutile, car le pouvoir du médecin découle de ses connaissances et de la confiance qu'il inspire au patient.

En l'espèce, le D<sup>r</sup> Wynrib savait que l'appelante était vulnérable et qu'elle était animée par le désir de se procurer des médicaments. Il est probable qu'il était au courant de sa dépendance au Fiorinal ou qu'il avait, tout au moins, de forts soupçons à ce sujet, avant qu'elle ne le lui avoue. C'est lui qui a découvert qu'elle était pharmacodépendante. À titre de médecin, l'intimé connaissait les soins médicaux dont l'appelante avait besoin et il savait (ou aurait dû savoir) qu'elle ne pouvait pas «simplement arrêter» de prendre des médicaments sans subir de traitement. Le D<sup>r</sup> Fleming a affirmé:

[TRADUCTION] On sait que le sevrage de la consommation continue de barbituriques à action brève constitue une expérience extrêmement déplaisante et il est normal que M<sup>me</sup> Norberg ait tenté de maintenir son approvi-

prehensive treatment program that would address her needs (pharmacological and psychological) during a withdrawal program.

The respondent's medical knowledge and knowledge of the appellant's addiction, combined with his authority to prescribe drugs, gave him power over her. It was he who suggested the sex-for-drugs arrangement.

However, it must still be asked if there was exploitation. In my opinion there was. Dr. Herbert of the Department of Family Practice, Faculty of Medicine, University of British Columbia, expressed the opinion that "a reasonable practitioner would have taken steps to attempt to help Ms. Norberg end her addiction by, for example, suggesting drug counselling, or, at the very least, by discontinuing her prescriptions of Fiorinal". However, Dr. Wynrib did not use his medical knowledge and expertise to address the appellant's addiction. Instead, he abused his power over her and exploited the information he obtained concerning her weakness to pursue his own personal interests. It seems to me that a sex-for-drugs arrangement initiated by a doctor with his drug addict patient is a relationship which is divergent from what the community would consider acceptable. The trial judge (at p. 246) stated that "Dr. Wynrib's conduct would in all likelihood be regarded by members of the medical profession and the community at large as disgraceful and unprofessional". McEachern C.J. (at p. 51) referred to the relationship as a "sordid arrangement".

There is also a body of opinion which regards sexual contact in any doctor-patient relationship as exploitative. In the opinion of the Task Force on Sexual Abuse of Patients, *supra*, at p. 12:

Due to the position of power the physician brings to the doctor-patient relationship, there are NO circumstances—NONE—in which sexual activity between a physician and a patient is acceptable. Sexual activity

sionnement en l'absence d'un programme de traitement complet adapté à ses besoins (tant pharmacologiques que psychologiques) pendant un sevrage.

Les connaissances médicales de l'intimé et le fait que ce dernier était au courant de la dépendance de l'appelante, conjugués à son pouvoir de prescrire des médicaments, sont à l'origine de l'empire qu'il exerçait sur elle. C'est lui qui a proposé d'échanger des services sexuels contre des médicaments.

Cependant, il reste encore à déterminer s'il y a eu exploitation. Selon moi, il y en a eu. Le Dr Herbert du département de médecine familiale de la Faculté de médecine de l'Université de la Colombie-Britannique a exprimé l'avis qu' [TRADUCTION] «un praticien raisonnable aurait pris des mesures pour tenter d'aider M<sup>me</sup> Norberg à mettre fin à sa dépendance en lui recommandant, par exemple, de faire appel à des services de consultation en toxicomanie ou, à tout le moins, en cessant de lui prescrire du Fiorinal». Toutefois, le Dr Wynrib n'a pas mis à contribution ses connaissances et sa compétence médicales pour aider l'appelante à surmonter sa dépendance. Il a plutôt abusé du pouvoir qu'il exerçait sur elle et profité des renseignements qu'il avait obtenu au sujet de sa faiblesse pour servir ses intérêts personnels. Il me semble que l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments, à l'instigation d'un médecin, avec une patiente pharmacodépendante, est une relation divergente de ce que la société jugerait acceptable. Le juge du procès (à la p. 246) a affirmé que [TRADUCTION] «[s]elon toute vraisemblance, les membres du corps médical et la société en général jugeraient la conduite du Dr Wynrib honteuse et contraire à la déontologie». Pour sa part, le juge en chef McEachern (à la p. 51) qualifie la relation d' [TRADUCTION] «entente sordide».

Il existe également un courant de pensée selon lequel tout contact sexuel dans le cadre d'une relation entre médecin et un patient constitue de l'exploitation. Selon le Task Force on Sexual Abuse of Patients, *op. cit.*, à la p. 12:

[TRADUCTION] En raison de la position de force dont jouit le médecin dans la relation entre le médecin et son patient, il n'existe AUCUNE circonstance—AUCUNE—où les rapports sexuels entre un médecin et son

between a patient and a doctor ALWAYS represents sexual abuse, regardless of what rationalization or belief system the doctor chooses to use to excuse it. Doctors need to recognize that they have power and status, and that there may be times when a patient will test the boundaries between them. It is ALWAYS the doctor's responsibility to know what is appropriate and never to cross the line into sexual activity.

Indeed, the Hippocratic Oath indicates that sexual contact between a doctor and his or her patient is fundamentally improper:

In every house where I come I will enter only for the good of my patients, keeping myself far from all intentional ill-doing and all seduction, and especially from the pleasures of love with women or with men, be they free or slaves.

(*Dorland's Illustrated Medical Dictionary* (27th ed. 1988), at p. 768.)

These observations were directed at the regulation of the doctor-patient relationship, rather than civil liability and I need not consider their precise implications in the latter context. For we are not here dealing with just a doctor-patient relationship but a doctor-drug addict relationship, and it was not just a sexual relationship but a sex-for-drugs relationship. These circumstances suggest that the appellant's consent was not genuine for the purposes of the law.

The respondent argues that the appellant exploited the weakness and loneliness of an elderly man to obtain drugs. While Dr. Wynrib, no doubt, had vulnerabilities of his own, it seems to me that the determining factor in this case is that he instigated the relationship — it was he, not the appellant, who used his power and knowledge to initiate the arrangement and to exploit her vulnerability. The respondent's argument might be more persuasive if it had been the appellant who had suggested that she would exchange sex for drugs. I am also not convinced by assertions that the respondent showed compassion and interest in the appellant's well-being. This does not square with his flagrant

patient sont acceptables. Les rapports sexuels entre un patient et un médecin représentent TOUJOURS une agression sexuelle, peu importe l'explication ou le système de valeurs invoqué par le médecin pour se justifier. Les médecins doivent admettre qu'ils ont du pouvoir et du prestige et qu'il peut arriver qu'un patient mette à l'épreuve l'étanchéité de la frontière qui les sépare. Il appartient TOUJOURS au médecin de savoir ce qui est opportun et de ne jamais permettre que la relation en vienne à revêtir un caractère sexuel.

En fait, selon le serment d'Hippocrate, tout contact sexuel entre un médecin et son patient est foncièrement répréhensible:

Dans quelque maison que j'entre, j'y entrerai pour l'utilité des malades, me préservant de tout méfait volontaire et corrupteur, et surtout de la séduction des femmes et des garçons libres ou esclaves.

(*Grand dictionnaire encyclopédique médical*, vol. 1, 1986, Paris, à la p. 608.)

Ces observations visent à régir les rapports entre le médecin et son patient, et non la responsabilité civile, et je n'ai pas à examiner leur incidence précise dans ce dernier contexte. En effet, il ne s'agit pas simplement, en l'espèce, d'une relation entre un médecin et son patient, mais d'une relation entre un médecin et une personne pharmacodépendante, et il ne s'agit pas simplement non plus de rapports sexuels, mais d'un échange de services sexuels contre des médicaments. Compte tenu des circonstances, je crois que le consentement de l'appelante n'était pas véritable du point de vue juridique.

L'intimé prétend que l'appelante a tiré profit de la faiblesse et de la solitude d'un homme âgé pour obtenir des médicaments. Bien que, sans aucun doute, le Dr Wynrib ait eu ses propres points faibles, il me semble déterminant, en l'espèce, qu'il ait été l'instigateur de la relation, c'est-à-dire que ce soit lui, et non l'appelante, qui s'est servi de sa position de force et de ses connaissances pour proposer l'échange et tirer parti de sa vulnérabilité. L'argument de l'intimé pourrait être plus convaincant si c'était l'appelante qui avait proposé d'échanger des services sexuels contre des médicaments. Je ne suis pas persuadé non plus que l'intimé ait démontré de la compassion et de l'intérêt

disregard for her need for treatment. If he were truly interested in her well-being, he would have helped her overcome her addiction.

The respondent argues that the position of the plaintiff is tantamount to an assertion that an addict cannot give consent. An addict, he continues, will thus not be held responsible for his or her actions. Although an addiction may indicate an inequality in power, this will not by itself render consent legally ineffective. Under the formulation I have suggested, there must also be exploitation. In *Black v. Wilcox* (1976), 70 D.L.R. (3d) 192 (Ont. C.A.), at p. 197, Evans J.A., in discussing the principle of unconscionability stated:

... the Court will invoke the equitable rule that a person who is not equal to protecting himself will be protected, not against his own folly or carelessness, but against his being taken advantage of by those in a position to do so by reason of their commanding and superior bargaining position. The combination of inequality of position and improvidence is the foundation upon which the doctrine is based. [Emphasis added.]

The aim is not to absolve an addict from all responsibility; rather it is to protect an addict from abuse from those in special positions of power.

To summarize, in my view, the defence of consent cannot succeed in the circumstances of this case. The appellant had a medical problem—an addiction to Fiorinal. Dr. Wynrib had knowledge of the problem. As a doctor, he had knowledge of the proper medical treatment, and knew she was motivated by her craving for drugs. Instead of fulfilling his professional responsibility to treat the appellant, he used his power and expertise to his own advantage and to her detriment. In my opinion, the unequal power between the parties and the exploitative nature of the relationship removed the possibility of the appellant's providing meaningful consent to the sexual contact.

pour le bien-être de l'appelante. Cela est incompatible avec son mépris flagrant du besoin de l'appelante d'être traitée. Si le bien-être de l'appelante lui avait vraiment tenu à cœur, il l'aurait aidée à surmonter sa dépendance.

L'intimé prétend que la thèse de l'appelante revient à dire qu'un toxicomane ne saurait donner de consentement. Un toxicomane, poursuit-il, ne serait donc pas jugé responsable de ses actes. Même si un état de dépendance peut indiquer une inégalité du rapport de force, cela n'a pas pour effet en soi de dépouiller un consentement de tout effet juridique. Suivant la formulation que j'ai proposée, il doit également y avoir une exploitation. Dans *Black c. Wilcox* (1976), 70 D.L.R. (3d) 192 (C.A. Ont.), à la p. 197, le juge Evans affirme au sujet de l'iniquité:

[TRADUCTION] ... la cour invoquera la règle d'*equity* selon laquelle la personne dont la situation d'infériorité l'empêche d'assurer elle-même sa protection sera protégée non pas contre sa propre sottise ou insouciance, mais contre son exploitation par une personne ayant une position dominante ou supérieure en matière de négociation. La combinaison de l'inégalité de la position des parties et de l'imprudence est à la base de ce principe. [Je souligne.]

Il s'agit non pas de dégager le toxicomane de toute responsabilité, mais de le protéger contre toute oppression de la part de personnes jouissant d'une position de force particulière.

En résumé, selon moi, le moyen de défense fondé sur le consentement ne saurait tenir en l'espèce. L'appelante avait un problème médical—la dépendance au Fiorinal. Le Dr Wynrib connaissait l'existence de ce problème. À titre de médecin, il connaissait le traitement médical approprié et il savait que l'appelante agissait sous l'empire de sa pharmacodépendance. Au lieu de s'acquitter de son devoir de médecin, c'est-à-dire de traiter l'appelante, il s'est servi de sa position de force et de sa compétence à son propre bénéfice et au détriment de l'appelante. J'estime que l'inégalité du rapport de force entre les parties et l'exploitation qui caractérise la relation ont empêché l'appelante de donner un consentement significatif aux contacts sexuels.

Ex Turpi Causa

In my opinion, the principle of *ex turpi causa non oritur actio* does not bar the appellant's recovery for damages. It is wise to recall the statement of Estey J. in *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at p. 476, that "cases where a tort action has been defeated by the *ex turpi causa* maxim are exceedingly rare". In my view, this is not one of those "rare" cases. The respondent forced the sex-for-drugs transaction on the appellant by virtue of her weakness. He initiated the arrangement for his own sexual gratification and then impelled her to engage in it. She was unwilling to participate but did so because of her addiction to drugs. It was only because the respondent prolonged the appellant's chemical dependency that the illicit relationship was available to him. The respondent has been found liable in this appeal because he took advantage of the appellant's addiction. To apply the doctrine of *ex turpi causa* in this case would be to deny the appellant damages on the same basis that she succeeded in the tort action: because she acted out of her desperation for Fiorinal. Surely public policy would not countenance giving to the appellant with one hand and then taking away with the other.

It is true that the appellant engaged in the offence of "double-doctoring" during the period in question. However, Estey J. in *Canada Cement LaFarge Ltd.*, *supra*, p. 477, indicated that there must be a sufficient causal link between the appellant's participation in the illegal activity and the injury suffered. In my view, the offence of "double-doctoring" was irrelevant to the transaction between the appellant and the respondent. There was no causative link between the injury and the crime committed by the appellant. If the appellant had been relying on the respondent alone

Ex turpi causa

À mon avis, le principe *ex turpi causa non oritur actio* n'empêche pas l'appelante de réclamer des dommages-intérêts. Il est sage de rappeler les propos tenus par le juge Estey dans *Ciment Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, à la p. 476, selon lesquels «les affaires où une action délictuelle a été rejetée par l'application de la maxime *ex turpi causa* sont extrêmement rares». Je ne crois pas qu'il s'agisse, en l'occurrence, d'un de ces «rares» cas. L'intimé a profité de la faiblesse de l'appelante pour la contraindre à consentir à un échange de services sexuels contre des médicaments. Il a proposé l'échange pour assouvir ses propres besoins sexuels, puis il l'a incitée à s'y livrer. Elle ne voulait pas y participer, mais elle l'a fait en raison de sa pharmacodépendance. L'intimé n'a pu établir la relation illicite qu'en prolongeant la pharmacodépendance de l'appelante. On a jugé, dans le présent pourvoi, que l'intimé était responsable parce qu'il a profité de la dépendance de l'appelante. L'application du principe *ex turpi causa* en l'espèce reviendrait à refuser d'accorder des dommages-intérêts à l'appelante pour la même raison qu'elle a eu gain de cause dans l'action délictuelle, c'est-à-dire parce qu'elle a agi sous l'empire de son besoin désespéré de Fiorinal. L'ordre public ne saurait certes pas permettre que l'on donne d'une main à l'appelante pour ensuite lui retirer de l'autre ce qu'on lui a donné.

Il est vrai que, pendant la période en cause, l'appelante a commis l'infraction consistant à obtenir des ordonnances multiples. Toutefois, le juge Estey, dans *Ciment Canada LaFarge Ltée*, précité, a indiqué, à la p. 477, qu'il doit exister un lien de causalité suffisant entre la participation de l'appelante à l'activité illégale et le préjudice subi. Je suis d'avis que l'infraction consistant à obtenir des ordonnances multiples n'a rien à voir avec le marché intervenu entre l'appelante et l'intimé. Il n'y a pas de lien de causalité entre le préjudice subi et l'infraction commise par l'appelante. Si l'appelante n'avait compté que sur l'intimé pour se procurer des médicaments au lieu d'obtenir des ordon-

for her drug supply rather than “double-doctoring”, she would have suffered the same harm.

In sum, I do not believe that it is in the public interest to absolve a doctor of civil liability where he deliberately abuses his position of power and influence by suggesting and pursuing a sex-for-drugs arrangement with a self-admitted drug addict. Accordingly, the *ex turpi causa* maxim does not operate in the circumstances of this case to bar relief.

### Damages

The appellant asks for an award of damages which includes the following: (1) compensatory damages for wrongful supply of drugs and prolongation of addiction, (2) aggravated damages for the remorse, shame, damaged self-confidence and emotional harm caused by the continued supply of drugs and the sexual exploitation of the appellant, and (3) punitive damages for the respondent’s breach of trust. The courts below were unwilling to award damages. Only Locke J.A., dissenting, would have awarded \$1,000 nominal damages for the respondent’s negligence which prolonged the appellant’s chemical dependence. I am concerned here, however, with damages for the sexual assault, which I have held constitutes the tort of battery at common law.

I begin by noting that the battery is actionable without proof of damage. Moreover, liability is not confined to foreseeable consequences. Aggravated damages may be awarded if the battery has occurred in humiliating or undignified circumstances. These damages are not awarded in addition to general damages. Rather, general damages are assessed “taking into account any aggravating features of the case and to that extent increasing the amount awarded”: see *N. (J.L.) v. L. (A.M.)* (1988), 47 C.C.L.T. 65 (Man. Q.B.), at p. 71, *per* Lockwood J. These must be distinguished from punitive or exemplary damages. The latter are awarded to punish the defendant and to make an

nances multiples, elle aurait subi le même préjudice.

Somme toute, je ne crois pas qu’il soit dans l’intérêt public de dégager de toute responsabilité civile le médecin qui, délibérément, abuse de sa position de force et de son influence en proposant un échange de services sexuels contre des médicaments à une personne qui lui a révélé être pharmacodépendante, et qui donne suite à sa proposition. En conséquence, la maxime *ex turpi causa* n’empêche pas, en l’espèce, de demander réparation.

### Les dommages-intérêts

L’appelante sollicite des dommages-intérêts comprenant: (1) des dommages-intérêts compensatoires pour la fourniture illégale de médicaments et la prolongation de sa dépendance, (2) des dommages-intérêts majorés pour les remords, la honte, la perte de confiance en soi et les troubles émotifs causés par la continuation de l’approvisionnement en médicaments et pour l’exploitation sexuelle de l’appelante, et (3) des dommages-intérêts punitifs pour l’abus de confiance commis par l’intimé. Les tribunaux d’instance inférieure ont refusé d’accorder des dommages-intérêts. Seul le juge Locke, dissident, de la Cour d’appel aurait accordé des dommages-intérêts symboliques de 1 000\$ pour la négligence dont a fait preuve l’intimé en prolongeant la pharmacodépendance de l’appelante. Cependant, je m’intéresse ici aux dommages-intérêts pour l’agression sexuelle qui constitue, selon moi, le délit de voies de fait en common law.

Je fais d’abord remarquer que les voies de fait confèrent un droit d’action sans qu’il ne soit nécessaire de prouver l’existence d’un préjudice. De plus, la responsabilité n’est pas limitée aux conséquences prévisibles. Des dommages-intérêts majorés peuvent être accordés si les voies de fait ont été commises dans des circonstances humiliantes ou portant atteinte à la dignité. Ils ne sont pas accordés en sus des dommages-intérêts généraux. La façon d’évaluer ces derniers consiste plutôt [TRADUCTION] «à tenir compte des circonstances aggravantes de l’espèce et à augmenter en conséquence le montant accordé»: voir *N. (J.L.) c. L. (A.M.)* (1988), 47 C.C.L.T. 65 (B.R. Man.), à la

example of him or her in order to deter others from committing the same tort; see Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at pp. 54-55. In *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, at pp. 1107-8, McIntyre J. thus set forth the circumstances where the defendant's conduct would merit punishment:

... punitive damages may only be awarded in respect of conduct which is of such nature as to be deserving of punishment because of its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. I do not suggest that I have exhausted the adjectives which could describe the conduct capable of characterizing a punitive award, but in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment.

Although aggravated damages will frequently cover conduct which could also be the subject of punitive damages, as I noted, the two types of damages are distinguishable; punitive damages are designed to punish whereas aggravated damages are designed to compensate. See *Vorvis*, at pp. 1098-99.

An award of damages should reflect the nature of the assault. In *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, this Court noted that a sexual assault results in a greater impact on the complainant than a non-sexual assault. Given that one can obtain considerable damages for an assault of a non-sexual nature, the appellant, in my opinion, is entitled to significant aggravated damages for the indignity of the coerced sexual assault. For example, in *Stewart v. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683 (Sask. C.A.), the defendant was found liable for grabbing the plaintiff by the nose even though there was no evidence that the plaintiff was physically injured. The court held that the plaintiff could recover substantial damages for injury to his personal dignity. Clearly the indignity of a sexual assault outweighs the

p. 71, le juge Lockwood. Les dommages-intérêts généraux doivent être distingués des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires. Ces derniers sont accordés pour punir le défendeur et pour en faire un exemple afin de dissuader d'autres personnes de commettre le même délit; voir Linden, *La responsabilité civile délictuelle* (4<sup>e</sup> éd. 1988), aux pp. 67 et 68). Dans *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, aux pp. 1107 et 1108, le juge McIntyre précise les circonstances dans lesquelles la conduite du défendeur justifierait une peine:

... il n'est possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs qu'à l'égard d'un comportement qui justifie une peine parce qu'il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Je ne prétends pas avoir énuméré tous les qualificatifs aptes à décrire un comportement susceptible de justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, mais de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d'être condamné et puni.

Même s'il arrive fréquemment, comme je l'ai souligné, que des dommages-intérêts majorés soient accordés à l'égard d'une conduite qui pourrait également justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, les deux types de dommages-intérêts peuvent être distingués: les dommages-intérêts punitifs visent à punir alors que les dommages-intérêts majorés ont pour but d'indemniser. Voir *Vorvis*, aux pp. 1098 et 1099.

Les dommages-intérêts accordés devraient refléter la nature de l'agression. Dans l'arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, notre Cour a fait remarquer qu'une agression sexuelle a un effet plus important sur la plaignante qu'une agression qui n'est pas de nature sexuelle. Comme il est possible d'obtenir des dommages-intérêts considérables pour une agression qui n'est pas de nature sexuelle, je suis d'avis que l'appelante a droit à des dommages-intérêts majorés importants pour l'affront découlant de l'agression sexuelle sous la contrainte. Par exemple, dans *Stewart c. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683 (C.A. Sask.), le défendeur a été condamné pour avoir saisi le demandeur par le nez malgré l'absence de toute preuve de lésion corporelle. Le tribunal a statué que le demandeur avait

indignity of having one's nose pulled. In *McCraw*, *supra*, Justice Cory stated, at p. 85, that "[i]t is hard to imagine a greater affront to human dignity" than non-consensual sexual intercourse. Although this statement was made in the context of rape, it has relevance to the circumstances at issue here as well.

General damages (including aggravated damages in some cases) have been awarded by the lower courts in a number of recent sexual assault cases. In *N. (J.L.) v. L. (A.M.)*, *supra*, the plaintiff was repeatedly sexually abused by the common law husband of the plaintiff's mother over a period of six years beginning when the plaintiff was six. Evidence was adduced as to the actual and expected effects of the abuse. Damages were assessed at \$65,000. In *Glendale v. Drozdzik*, [1990] B.C.W.L.D. 1839 (S.C.), the plaintiff was forcibly raped. After the incident, the plaintiff became frequently depressed and suffered from post-traumatic shock syndrome. She became reclusive for almost two years, was unable to cope with work or her family, drank excessively for a time, and did not seek counselling for six months. The evidence showed that she suffered humiliation and loss of dignity. Taking into account the aggravated damages to which the plaintiff was entitled, general damages were assessed at \$15,000. In *Q. v. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581 (Ont. H.C.), the landlord's employee raped the plaintiff in her apartment. The plaintiff underwent pain, suffering, indignity and humiliation and suffered emotional and psychological injury including fear, distress and anxiety and continued to do so over two years later. General damages were assessed at \$40,000. In *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (B.C.S.C.), the plaintiff, when still a minor, was sexually assaulted a number of times over a seven-year period by the defendant, an elderly friend of her grandfather. The assaults consisted of kissing, fondling and attempted intercourse. The defendant also required the plaintiff to undress and took photographs of her during the

droit à des dommages-intérêts importants pour atteinte à sa dignité personnelle. Il est évident qu'une agression sexuelle porte davantage atteinte à la dignité que le fait d'être tiré par le nez. Dans l'arrêt *McCraw*, précité, le juge Cory a d'ailleurs dit, à la p. 85, qu'«[i]l est difficile d'imaginer un plus grand affront à la dignité humaine» qu'un rapport sexuel sans consentement. Bien que ces propos aient été tenus dans le contexte d'une affaire de viol, ils s'appliquent tout autant dans les circonstances de la présente affaire.

Les tribunaux d'instance inférieure ont accordé des dommages-intérêts généraux (y compris, dans certains cas, des dommages-intérêts majorés) dans un certain nombre de décisions récentes en matière d'agression sexuelle. Dans *N. (J.L.) c. L. (A.M.)*, précité, la plaignante avait, depuis l'âge de six ans, été agressée sexuellement par le conjoint de fait de sa mère, à maintes reprises, et ce, pendant six années. Des éléments de preuve ont été présentés quant aux conséquences réelles et prévues de l'agression. Des dommages-intérêts de 65 000\$ ont été accordés. Dans *Glendale c. Drozdzik*, [1990] B.C.W.L.D. 1839 (C.S.), on avait eu recours à la force pour violer la demanderesse qui avait souffert par la suite de dépression chronique et d'un syndrome de choc post-traumatique. Elle s'était repliée sur elle-même pendant presque deux ans, elle avait été incapable de travailler ou de s'occuper de sa famille, elle avait bu à l'excès pendant un certain temps et elle n'avait pas cherché à obtenir des conseils pendant six mois. La preuve a révélé qu'elle souffrait d'humiliation et de perte de dignité. Compte tenu des dommages-intérêts majorés auxquels la demanderesse avait droit, des dommages-intérêts généraux de 15 000\$ lui ont été accordés. Dans *Q. c. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581 (H.C. Ont.), l'employé du locateur avait violé la demanderesse dans son appartement. La demanderesse avait éprouvé douleur, souffrance, perte de dignité et humiliation et avait subi un préjudice émotif et psychologique comportant des sentiments de crainte, de désarroi et d'angoisse qu'elle continuait d'éprouver deux ans plus tard. Des dommages-intérêts généraux de 40 000\$ lui ont été accordés. Dans *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (C.S.C.-B.), au



assaults. As a result of the assaults, the plaintiff felt worthless and dirty, lost the capacity to trust people, particularly men, found it difficult to form intimate and lasting relationships, and had flashbacks and recurrent nightmares. Wood J. held that the circumstances of the case aggravated the plaintiff's general damages and awarded \$40,000 general damages. *Myers v. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604 (Sask. Q.B.), was another case involving a brutal rape. After the rape, the plaintiff had difficulty in her sexual relations with her husband (fiancé at the time of the rape), experienced anxiety, insecurity, embarrassment, humiliation and loss of self-worth, lost sleep, no longer trusted men, and experienced periods of depression. General damages of \$10,000 were awarded. In *Lyth v. Dagg*, the student-teacher case cited earlier, general damages of \$5,000 were awarded. In *W.(B.) v. Mellor*, *supra*, damages of \$10,000 were awarded for the additional emotional stress the defendant-doctor caused the plaintiff for two years of improper sexual conduct.

In the present case, there were repeated sexual encounters over a substantial period of time with a person in a position of power. The respondent used his power as a doctor to take advantage of the fact that the appellant was addicted to drugs. There is some distinction between this case and the rape cases cited above in that the assault here was not physically violent. However, the respondent's conduct has caused the appellant humiliation and loss of dignity as is evident from her testimony. She testified at trial that she thinks about the events with Dr. Wynrib on a daily basis and that she has

cours d'une période de sept ans, la demanderesse, qui était encore mineure, avait été agressée sexuellement un certain nombre de fois par le défendeur, un vieil ami de son grand-père. Les agressions avaient consisté en des baisers, des caresses et des tentatives de rapports sexuels. Le défendeur avait également exigé de la demanderesse qu'elle se déshabille et il l'avait photographiée pendant les agressions. Suite à ces agressions, la demanderesse s'était sentie méprisable et sale, ne pouvait plus faire confiance aux gens, en particulier aux hommes, avait éprouvé de la difficulté à établir des relations intimes et durables et avait été aux prises avec des mauvais souvenirs et des cauchemars fréquents. Le juge Wood a statué que les circonstances de l'affaire justifiaient la majoration des dommages-intérêts généraux de la demanderesse et il les a fixés à 40 000\$. L'affaire *Myers c. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604 (B.R. Sask.) portait également sur un viol brutal. Après le viol, la demanderesse avait éprouvé des difficultés à avoir des rapports sexuels avec son mari (qui était son fiancé au moment du viol), de l'angoisse, de l'insécurité, de la gêne, de l'humiliation, une perte d'estime de soi, de l'insomnie, de la méfiance à l'égard des hommes et avait connu des périodes de dépression. Des dommages-intérêts généraux de 10 000\$ ont été accordés. Dans l'affaire *Lyth c. Dagg*, précitée, mettant en cause un élève et un enseignant, des dommages-intérêts généraux de 5 000\$ ont été accordés. Dans *W.(B.) c. Mellor*, précité, des dommages-intérêts de 10 000\$ ont été accordés pour le stress émotionnel supplémentaire que le défendeur, un médecin, avait causé à la demanderesse suite à deux années de comportement sexuel inopportun.

Dans la présente affaire, des contacts sexuels ont eu lieu à maintes reprises, pendant une longue période, avec une personne en position de force. L'intimé s'est servi de sa position de force en tant que médecin pour tirer profit de la pharmacodépendance de l'appelante. La présente affaire se distingue, jusqu'à un certain point, des affaires de viol susmentionnées du fait que l'agression n'a comporté ici aucune violence physique. Cependant, la conduite de l'intimé a humilié l'appelante et lui a fait perdre sa dignité, comme le révèle le témoignage de celle-ci. Au procès, l'appelante a

felt a great deal of shame. In fact, she felt that she did not deserve to have her son because of what she had done with Dr. Wynrib. In view of the circumstances, I would award general damages of \$20,000.

In several of the sexual assault cases, punitive damages were not awarded because the defendant had been convicted. An award of punitive damages in such circumstances would have amounted to double punishment. Punitive damages in the amount of \$10,000 were, however, awarded in *Harder v. Brown, supra*, in the amount of \$15,000 in *W.(B.) v. Mellor, supra*, and in the amount of \$40,000 in *Myers v. Haroldson, supra*. In awarding damages in the latter case, Osborn J. noted, at p. 614, that punitive damages are often awarded "where the tortfeasor has offended the ordinary standards of morality or decent conduct in the community, or is guilty of moral turpitude. . . . They are also awarded where the defendant's conduct amounts to arrogance and callousness". He held that the defendant's conduct attracted punitive damages for a number of reasons including the facts that the sexual assault involved excessive force, the defendant acted arrogantly and callously in carrying out the assault, and the defendant offended the ordinary standards of morality and decency in a cold and calculating way. He concluded, at p. 614, that the defendant's conduct was

. . . conduct needing deterrence as the predominance of sexual assaults primarily by adult males upon females in our society is real and unabating. This court is aware of the many studies and reports as will evidence the number of sexual assaults upon women in Canada, many of which go unreported, and others reported but where requisite evidence is lacking, allowing the offender to escape without penalty of law;

témoigné qu'elle pensait quotidiennement à ce qui s'était passé avec le Dr Wynrib et qu'elle ressentait une très grande honte. En fait, elle se croyait indigne d'être la mère de son fils à cause de ce qu'elle avait fait avec le médecin. Étant donné les circonstances, j'accorderais des dommages-intérêts généraux de 20 000\$.

Dans plusieurs des cas d'agression sexuelle, des dommages-intérêts punitifs n'ont pas été accordés parce que le défendeur avait été déclaré coupable. En pareil cas, l'attribution de dommages-intérêts punitifs aurait équivalu à imposer une double peine. On a toutefois accordé des dommages-intérêts punitifs de 10 000\$ dans *Harder c. Brown*, précité, de 15 000\$ dans *W.(B.) c. Mellor*, précité, et de 40 000\$ dans *Myers c. Haroldson*, précité. En accordant les dommages-intérêts dans cette dernière affaire, le juge Osborn fait remarquer, à la p. 614, que des dommages-intérêts punitifs sont souvent consentis [TRADUCTION] «lorsque l'auteur du délit a agi au mépris des normes sociales habituelles en matière de moralité et de décence, ou lorsqu'il a fait preuve de turpitude morale [. . .] Ils sont également accordés lorsque la conduite du défendeur est empreinte d'arrogance ou d'insensibilité . . .» Il a statué que la conduite du défendeur justifiait l'attribution de dommages-intérêts punitifs, pour un certain nombre de raisons, dont le fait que l'agression sexuelle avait comporté l'emploi d'une force excessive, que le défendeur avait agi de façon arrogante et impitoyable en commettant l'agression et qu'il avait enfreint les normes habituelles de moralité et de décence d'une manière impassible et calculée. Il a conclu, à la p. 614, que la conduite du défendeur était

[TRADUCTION] . . . une conduite devant être découragée puisqu'il est constant, dans notre société, que les agressions sexuelles sont essentiellement le fait d'adultes de sexe masculin dont les victimes sont des personnes de sexe féminin. Le tribunal est conscient des multiples études et rapports qui font état des innombrables agressions sexuelles dont sont victimes les femmes au Canada, dont bon nombre ne sont pas signalées et d'autres, qui sont signalées mais qui n'entraînent pas la condamnation du contrevenant à cause de l'absence de preuve requise;

The question that must be asked is whether the conduct of Dr. Wynrib was such as to merit condemnation by the Court. It was not harsh, vindictive or malicious to use the terms cited in *Vorvis, supra*. However, it was reprehensible and it was of a type to offend the ordinary standards of decent conduct in the community. Further, the exchange of drugs for sex by a doctor in a position of power is conduct that cries out for deterrence. As is stated in *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients, supra*, at p. 80:

The limited understanding of sexual abuse involving a breach of trust has been a major barrier to effective self-regulation. Both the actual harm and the risk of harm to other patients posed by a physician who chooses to abuse his position of power to sexually exploit and abuse are rarely identified; moreover, when harm and risk of harm are identified, both are profoundly underestimated.

An award of punitive damages is of importance to make it clear that this trend of underestimation cannot continue. Dr. Wynrib's use of power to gain sexual favours in the context of a doctor-patient relationship is conduct that is offensive and reprehensible. In all the circumstances, I would award an additional \$10,000 in punitive damages.

#### Disposition

I would allow the appeal and enter judgment for the plaintiff against the defendant. The plaintiff is entitled to aggravated damages in the amount of \$20,000 and punitive damages in the amount of \$10,000, the whole with costs throughout.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues Justice La Forest and Justice Sopinka. With respect, I do not find that the doctrines of tort or contract capture

Il faut se demander si la conduite du Dr Wynrib était de nature à justifier sa condamnation par notre Cour. Sa conduite n'était pas, pour reprendre les termes employés dans *Vorvis*, précité, dure, vengeance ou malicieuse. Elle était toutefois répréhensible et contraire aux normes sociales habituelles en matière de décence. En outre, l'échange de médicaments contre des services sexuels, par un médecin en position de force, est une conduite qu'il faut à tout prix décourager. Voici à ce sujet un extrait du *Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*, précité, à la p. 80:

[TRADUCTION] Le manque de compréhension manifesté à l'endroit des agressions sexuelles comportant un abus de confiance est l'un des principaux obstacles à une autoréglementation efficace. L'existence d'un préjudice réel ou d'un préjudice susceptible d'être causé à d'autres patients par le médecin qui choisit d'abuser de sa position de force pour s'adonner à l'exploitation sexuelle, est rarement établie; de plus, lorsque le préjudice et le risque de préjudice sont prouvés, ils sont largement sous-estimés.

Il importe d'accorder des dommages-intérêts punitifs afin de signifier clairement que cette tendance à la sous-estimation ne saurait continuer. Le fait que le Dr Wynrib se soit servi de sa position de force pour obtenir des faveurs sexuelles dans le cadre d'une relation médecin-patiente est choquant et répréhensible. Compte tenu de toutes les circonstances, j'accorderais, en outre, des dommages-intérêts punitifs de 10 000\$.

#### Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre jugement en faveur de la demanderesse contre le défendeur. La demanderesse a droit à 20 000\$ de dommages-intérêts majorés et à 10 000\$ de dommages-intérêts punitifs, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Après avoir pris connaissance des motifs de mes collègues les juges La Forest et Sopinka, je ne puis conclure, en toute déférence, que les théories de la responsabilité

the essential nature of the wrong done to the plaintiff. Unquestionably, they do catch aspects of that wrong. But to look at the events which occurred over the course of the relationship between Dr. Wynrib and Ms. Norberg from the perspective of tort or contract is to view that relationship through lenses which distort more than they bring into focus. Only the principles applicable to fiduciary relationships and their breach encompass it in its totality. In my view, that doctrine is clearly applicable to the facts of this case on principles articulated by this Court in earlier cases. It alone encompasses the true relationship between the parties and the gravity of the wrong done by the defendant; accordingly, it should be applied.

The facts, recited in detail by La Forest J., need not detain me at length. The plaintiff was a young woman, who began under prescription to take painkillers to alleviate the pain associated with an abscessed tooth. By the time her dental problem was diagnosed and properly treated, she was addicted. Her physicians at that time did nothing to assist her in making a gradual withdrawal from the painkillers. She no longer had any medical condition which would indicate the continued ingestion of analgesics, but her craving for the drugs continued. Her drug of choice was Fiorinal, a pharmaceutical legally obtainable only on prescription, whose active ingredients include both codeine, an opiate, and butalbital, a barbiturate. Her life became one long search for the drug. It was illegal; it was hard to get. At first she was able to get it from her sister, but the best way to get it was through doctors. So the plaintiff consulted doctors, many doctors. The doctor who had been supplying her sister with prescriptions proved a fertile source, but then he retired. His replacement refused to give her more pills. She went to Dr. Wynrib with a tale of a painful ankle and asked for Fiorinal. He gave her the prescription. She kept going back for more, on the pretext of this and other illnesses. Dr. Wynrib quickly realized that she was addicted to Fiorinal and confronted her with the addiction. But he coupled the confrontation with a request: "if

délictuelle ou des contrats permettent de cerner la nature fondamentale du méfait commis à l'égard de la demanderesse. Bien que ces théories s'appliquent manifestement à certains aspects du méfait, l'analyse des événements qui se sont produits pendant la durée de la relation établie entre le Dr Wynrib et M<sup>me</sup> Norberg sous l'angle de la responsabilité délictuelle ou contractuelle fausse l'image au lieu d'y apporter l'éclairage voulu. Seuls les principes applicables aux rapports fiduciaires et à leur violation permettent de l'analyser intégralement. Selon moi, cette théorie s'applique indiscutablement aux faits de l'espèce compte tenu des principes établis par notre Cour dans d'autres arrêts. Elle seule rend compte de la véritable relation établie entre les parties et de la gravité du méfait commis par le défendeur, et c'est pourquoi notre Cour devrait l'appliquer.

Le juge La Forest ayant déjà relaté les faits en détail, je ne m'y attarderai pas. La demanderesse, une jeune femme, a commencé à prendre des analgésiques sur ordonnance, afin de soulager la douleur causée par un abcès dentaire. Avant même que le diagnostic ait été établi et le traitement appliqué, la demanderesse était pharmacodépendante. Ses médecins n'ont rien fait à cette époque pour l'aider à se soustraire progressivement à cette dépendance. Son état de santé ne justifiait plus la prise d'analgésiques, mais le besoin impérieux persistait. Son médicament de prédilection était le Fiorinal, un produit pharmaceutique ne pouvant légalement être obtenu que sur ordonnance, dont les ingrédients actifs comprennent la codéine, un opiacé et le butalbital, un barbiturique. Sa vie s'est alors transformée en une longue recherche du moyen de s'en procurer. S'agissant d'une substance illégale, il était difficile d'en trouver. Au début, sa sœur lui en a fourni, mais il était plus commode de s'en procurer par l'entremise d'un médecin. La demanderesse s'est donc adressée à plusieurs médecins. Jusqu'à ce qu'il prenne sa retraite, le médecin de sa sœur lui a fourni de nombreuses ordonnances, mais un remplaçant a refusé de lui prescrire d'autres comprimés. Elle est alors allée voir le Dr Wynrib pour obtenir une ordonnance de Fiorinal, prétextant une douleur à la cheville. Le médecin lui a remis une ordonnance. Elle

you're good to me I will be good to you", a request whose meaning was made clear by his pointing upstairs where he lived. The plaintiff refused and left. He continued to make similar suggestions to her and she stopped seeing him. For a while she got Fiorinal from other doctors and off the street. As the other doctors reduced both her supply and the strength of the medication prescribed, she became, as she put it, desperate. She went back to Dr. Wynrib. She gave him what he wanted — sexual favours. He gave her Fiorinal. At one point she begged Dr. Wynrib for help. He did not advise treatment. He merely told her "to quit". The medical evidence establishes that it is virtually impossible "to quit" without the aid of a professional anti-addiction program. After being charged with the offence of "double-doctoring", the plaintiff of her own initiative went to a rehabilitation centre for drug addicts. She left the centre after one month and has not taken any drugs for non-medical reasons since.

It is not disputed that Dr. Wynrib abused his duty to the plaintiff. He provided her with drugs he knew she should not have. He failed to advise her to enrol in an anti-addiction program, thereby prolonging her addiction. Instead, he took advantage of her addiction to obtain sexual favours from her over a period of more than two years.

The relationship of physician and patient can be conceptualized in a variety of ways. It can be viewed as a creature of contract, with the physician's failure to fulfil his or her obligations giving rise to an action for breach of contract. It undoubt-

y est retournée par la suite en se plaignant de la même douleur ou d'autres malaises. Rapidement, le Dr Wynrib s'est rendu compte que la demanderesse avait une dépendance à l'égard du Fiorinal et il l'a interrogée à ce sujet. Or, ce faisant, il a ajouté [TRADUCTION] «si tu es gentille avec moi, je serai gentil avec toi», pointant alors du doigt l'étage supérieur où il résidait, de manière à préciser la nature de son offre. La demanderesse a refusé et a quitté les lieux. Le défendeur persistant à faire des offres similaires, la demanderesse a cessé de le consulter. Pendant un certain temps, elle s'est procuré des comprimés Fiorinal auprès d'autres médecins et sur le marché noir. Mais lorsque les autres médecins consultés ont diminué la quantité et la dose des médicaments prescrits, la demanderesse est devenue, selon ses propres dires, désespérée. Elle est donc retournée voir le Dr Wynrib et elle a accepté d'avoir des rapports sexuels avec lui. Il lui a alors donné des comprimés Fiorinal. À un moment donné, elle a supplié le médecin de l'aider, mais celui-ci ne lui a conseillé aucun traitement, lui disant seulement «d'arrêter». Selon la preuve médicale, il est presque impossible «d'arrêter» sans participer à un programme de désintoxication sous surveillance. Après avoir été accusée d'avoir obtenu des ordonnances multiples, la demanderesse s'est rendue, de son propre chef, dans un centre de réadaptation pour toxicomanes. Elle en est repartie au bout d'un mois et s'abstient, depuis lors, de prendre des médicaments à des fins non thérapeutiques.

Le fait que le Dr Wynrib a manqué à ses obligations envers la demanderesse n'est pas contesté. Il lui a prescrit des médicaments dont il savait qu'elle n'avait pas médicalement besoin. Il a omis de lui conseiller de s'inscrire à un programme de désintoxication, prolongeant ainsi sa dépendance. Au lieu de cela, il a tiré avantage de sa dépendance pour avoir des rapports sexuels avec la demanderesse pendant plus de deux ans.

La relation entre un médecin et son patient peut être analysée de diverses manières. On peut l'assimiler à un contrat où l'omission du médecin de s'acquitter de ses obligations confère un droit d'action pour inexécution de contrat. Par ailleurs, elle

edly gives rise to a duty of care, the breach of which constitutes the tort of negligence. In common with all members of society, the doctor owes the patient a duty not to touch him or her without his or her consent; if the doctor breaches this duty he or she will have committed the tort of battery. But perhaps the most fundamental characteristic of the doctor-patient relationship is its fiduciary nature. All the authorities agree that the relationship of physician to patient also falls into that special category of relationships which the law calls fiduciary.

The recent judgment of La Forest J. in *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at pp. 148-49, a case recognizing a patient's right of access to her medical records, canvasses those authorities and confirms the fiduciary nature of the doctor-patient relationship. I can do no better than to quote the following passage from his judgment:

A physician begins compiling a medical file when a patient chooses to share intimate details about his or her life in the course of medical consultation. The patient "entrusts" this personal information to the physician for medical purposes. It is important to keep in mind the nature of the physician-patient relationship within which the information is confided. In *Kenny v. Lockwood*, [1932] O.R. 141 (C.A.), Hodgins J.A. stated, at p. 155, that the relationship between physician and patient is one in which "trust and confidence" must be placed in the physician. This statement was referred to with approval by LeBel J. in *Henderson v. Johnston*, [1956] O.R. 789, who himself characterized the physician-patient relationship as "fiduciary and confidential", and went on to say: "It is the same relationship as that which exists in equity between a parent and his child, a man and his wife, an attorney and his client, a confessor and his penitent, and a guardian and his ward" (p. 799). Several academic writers have similarly defined the physician-patient relationship as a fiduciary or trust relationship: see, for example, E. I. Picard, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 3; A. Hopper, "The Medical Man's Fiduciary Duty" (1973), 7 *Law Teacher* 73; A. J. Meagher, P. J. Marr and R. A. Meagher, *Doctors and Hospitals: Legal Duties* (1991), at p. 2; M. V. Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* (1988) at p. 10-1. I agree with this characterization.

fait naître, sans aucun doute, une obligation de diligence dont le non-respect correspond au délit de négligence. Comme tout citoyen, le médecin a l'obligation de ne toucher un patient qu'avec son consentement; le médecin qui manque à cette obligation commet le délit de voies de fait (*battery*). Toutefois, ce qui distingue peut-être le plus la relation médecin-patient de tout autre rapport, c'est son caractère fiduciaire. Il est bien établi que la relation entre un médecin et son patient appartient également à cette catégorie particulière de rapports que la loi qualifie de fiduciaires.

Le récent jugement prononcé par le juge La Forest dans *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, aux pp. 148 et 149, une affaire où est reconnu le droit d'une patiente de consulter son dossier médical, fait état de la jurisprudence et de la doctrine en la matière et confirme le caractère fiduciaire de la relation médecin-patient. Voici un extrait de ce jugement:

Un médecin commence à constituer un dossier médical quand un patient choisit de lui faire partager des détails intimes sur sa vie pendant une consultation. Le patient «confie» ces renseignements personnels au médecin à des fins médicales. Il importe de ne pas oublier la nature de la relation médecin-patient dans le cadre de laquelle ces renseignements sont confiés. Dans l'arrêt *Kenny c. Lockwood*, [1932] O.R. 141 (C.A.), le juge Hodgins affirme, à la p. 155, que la relation entre le médecin et son patient en est une dans laquelle il faut faire «confiance» au médecin. Dans l'affaire *Henderson c. Johnston*, [1956] O.R. 789, ces propos ont été mentionnés et approuvés par le juge LeBel qui a lui-même qualifié la relation médecin-patient de [TRADUCTION] «fiduciaire et confidentielle», pour ensuite ajouter: [TRADUCTION] «Il s'agit de la même relation que celle qui existe, en *equity*, entre un parent et son enfant, un époux et son épouse, un avocat et son client, un confesseur et son pénitent, et un tuteur et son pupille» (p. 799). Plusieurs auteurs ont eux aussi qualifié de fiduciaire la relation entre le médecin et son patient; voir, par exemple, E. I. Picard, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1984), à la p. 3; A. Hopper, «The Medical Man's Fiduciary Duty» (1973), 7 *Law Teacher* 73; A. J. Meagher, P. J. Marr et R. A. Meagher, *Doctors and Hospitals: Legal Duties* (1991), à la p. 2, M. V. Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* (1988), à la p. 10-1. Je souscris à cette qualification.

So do I. I think it is readily apparent that the doctor-patient relationship shares the peculiar hallmark of the fiduciary relationship — trust, the trust of a person with inferior power that another person who has assumed superior power and responsibility will exercise that power for his or her good and only for his or her good and in his or her best interests. Recognizing the fiduciary nature of the doctor-patient relationship provides the law with an analytic model by which physicians can be held to the high standards of dealing with their patients which the trust accorded them requires. This point has been well made by Jorgenson and Randles in “Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases” (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.

The foundation and ambit of the fiduciary obligation are conceptually distinct from the foundation and ambit of contract and tort. Sometimes the doctrines may overlap in their application, but that does not destroy their conceptual and functional uniqueness. In negligence and contract the parties are taken to be independent and equal actors, concerned primarily with their own self-interest. Consequently, the law seeks a balance between enforcing obligations by awarding compensation when those obligations are breached, and preserving optimum freedom for those involved in the relationship in question. The essence of a fiduciary relationship, by contrast, is that one party exercises power on behalf of another and pledges himself or herself to act in the best interests of the other.

Frankel, in “Fiduciary Law” (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795, compares the fiduciary relationship with status and contract relationships, with both of which fiduciary relationships may overlap. Like a status relationship (the relationship of parent and child is perhaps the archetypical status relationship), the fiduciary relationship is characterized by dependency, but the scope of that dependency is usually not as all-encompassing and pervasive as that obtaining in a status relationship. The benefi-

J’y souscris également. Il me semble évident que la relation médecin-patient comporte la caractéristique propre au lien fiduciaire, soit la confiance, la confiance d’une personne, ayant des pouvoirs restreints, qu’une autre personne, investie de pouvoirs et de responsabilités plus grands, exercera ce pouvoir pour son bien et uniquement pour son bien et agira au mieux de ses intérêts. La reconnaissance du caractère fiduciaire de la relation médecin-patient permet de recourir, en droit, à des paramètres d’analyse qui assujettissent les médecins à des normes élevées dans leurs rapports avec les patients, comme l’exige la confiance qu’ils accordent aux médecins. C’est ce que font valoir Jorgenson et Randles dans «Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases» (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.

L’obligation fiduciaire, dans sa portée et son fondement, diffère sur le plan notionnel de l’obligation contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Elles peuvent parfois se chevaucher dans leur application, mais leurs fondements théoriques et leur fonctions demeurent distincts. Dans les cas de négligence et en matière contractuelle, les parties sont considérées comme des acteurs égaux et indépendants, soucieux principalement de leur propre intérêt personnel. Par conséquent, le droit recherche l’équilibre entre faire respecter des obligations en accordant une indemnité en cas d’inobservation des obligations et préserver une liberté optimale pour les parties au rapport en question. Par contre, le rapport fiduciaire se caractérise essentiellement par le fait que l’une des parties exerce un pouvoir au nom de l’autre et s’engage à agir dans le meilleur intérêt de celle-ci.

Dans son ouvrage «Fiduciary Law» (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795, Frankel compare le rapport fiduciaire avec le rapport fondé sur le statut et celui issu d’un contrat, entre lesquels il peut y avoir des chevauchements. À l’instar des rapports fondés sur le statut (la relation entre parent et enfant constituant peut-être l’archétype de tels rapports), le rapport fiduciaire se caractérise par la dépendance, bien que celle-ci ne soit habituellement pas aussi étendue et générale que celle qui est

ciary entrusts the fiduciary with information or other sources of power over the beneficiary, but does so only within a circumscribed area, for example entrusting his or her lawyer with power over his or her legal affairs or his or her physician with power over his or her body. Although fiduciary relationships may properly be recognized in the absence of consent by the beneficiary—the consent of a child to his or her parents' acting in a fiduciary capacity for the child's benefit is not required—they are more typically the product of the voluntary agreement of the parties that the beneficiary will cede to the fiduciary some power, and are always dependent on the fiduciary's undertaking to act in the beneficiary's interests. In this respect fiduciary relationships resemble contractual relationships. In contrast to both status and contract relationships, however,

... fiduciary relations are designed not to satisfy both parties' needs, but only those of the entrustor. Thus, a fiduciary may enter into a fiduciary relation without regard to his own needs. Moreover, an entrustor does not owe the fiduciary anything by virtue of the relation except in accordance with the agreed-upon terms or legally fixed status duties. Therefore, in a fiduciary relation, the entrustor is free from domination by the fiduciary, although he may still be coerced in parallel status relation. Thus, fiduciary relations combine the bargaining freedom inherent in contract relations with a limited form of the power and dependence of status relations.

Accordingly, the law of fiduciary relations should, if possible, preserve the best aspects of status and contract relations. It is desirable for the entrustor to depend on the fiduciary to satisfy certain needs. But it would not be desirable for fiduciary law to impose the relation on either party or to allow the fiduciary to abuse his power. Therefore, fiduciary law should permit the parties to enter into the relation freely and ensure that the fiduciary will not coerce the entrustor. [At p. 801.]

propre au rapport fondé sur le statut. Le bénéficiaire confie au fiduciaire des renseignements le concernant ou lui fournit d'autres moyens d'exercer un pouvoir sur lui, mais seulement dans un domaine bien précis, par exemple, en confiant à son avocat un pouvoir sur ses affaires d'ordre juridique et à son médecin un pouvoir sur son corps. Bien que l'on puisse conclure, à juste titre, à l'existence d'un rapport fiduciaire malgré l'absence de consentement du bénéficiaire—le consentement de l'enfant à ce que ses parents agissent à titre fiduciaire à son bénéfice n'est pas requis—ce rapport résulte le plus souvent d'un accord entre les parties, aux termes duquel le bénéficiaire investit le fiduciaire d'un certain pouvoir et il dépend toujours du fait que le fiduciaire s'engage à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire. De ce point de vue, le rapport fiduciaire s'apparente au lien contractuel. Toutefois, contrairement au lien fondé sur le statut ou issu d'un contrat,

[TRADUCTION] ... le rapport fiduciaire ne vise pas à satisfaire les besoins des deux parties, mais seulement ceux du bénéficiaire. Ainsi, un fiduciaire peut établir un rapport fiduciaire sans égard à son intérêt personnel. De plus, le bénéficiaire n'est nullement redevable de quoi que ce soit envers le fiduciaire en raison du rapport établi, sous réserve de ce que prévoit la loi ou quelque entente à ce sujet. Par conséquent, dans un rapport fiduciaire, le fiduciaire n'exerce aucune domination sur le bénéficiaire, même s'il peut exercer une certaine coercition dans le cadre d'un rapport parallèle fondé sur le statut. Partant, le rapport fiduciaire joint à la liberté de négociation, qui caractérise le rapport contractuel, le pouvoir et la dépendance, sous une forme plus restreinte, qui sont inhérents au rapport fondé sur le statut.

En conséquence, le droit régissant les rapports fiduciaires devrait, dans la mesure du possible, retenir les aspects les plus positifs du droit applicable aux rapports fondés sur le statut ou issus d'un contrat. Il importe que le bénéficiaire puisse compter sur le fiduciaire pour la satisfaction de certains besoins, mais il n'est pas souhaitable que le droit applicable en la matière impose le rapport à l'une ou l'autre des parties ou permette que le fiduciaire abuse de son pouvoir. Ainsi, le droit applicable aux rapports fiduciaires devrait permettre aux parties d'établir le rapport de leur gré et faire en sorte que le fiduciaire n'exerce aucune coercition à l'égard du bénéficiaire. [À la p. 801.]



The fiduciary relationship has trust, not self-interest, at its core, and when breach occurs, the balance favours the person wronged. The freedom of the fiduciary is limited by the obligation he or she has undertaken—an obligation which “betokens loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest”: *Canadian Aero Service Ltd. v. O’Malley*, [1974] S.C.R. 592, at p. 606. To cast a fiduciary relationship in terms of contract or tort (whether negligence or battery) is to diminish this obligation. If a fiduciary relationship is shown to exist, then the proper legal analysis is one based squarely on the full and fair consequences of a breach of that relationship.

As La Forest J. went on to note in *McInerney*, *supra*, at p. 149, characterizing the doctor-patient relationship as fiduciary is not the end of the analysis: “not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same; these are shaped by the demands of the situation. A relationship may properly be described as “fiduciary” for some purposes, but not for others”. So the question must be asked, did a fiduciary relationship exist between Dr. Wynrib and Ms. Norberg? And assuming that such a relationship did exist, is it properly described as fiduciary for the purposes relevant to this appeal?

Wilson J. in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 136, (approved by Sopinka and La Forest JJ. in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 598 and 646, and by McLachlin J., Lamer C.J. and L’Heureux-Dubé J. concurring, in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at pp. 543-44), attributed the following characteristics to a fiduciary relationship: “(1) [t]he fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power; (2) the fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary’s legal or practical interests; (3) the beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the

C’est la confiance, et non l’intérêt personnel, qui est au cœur du rapport fiduciaire et, en cas de manquement, la balance penche en faveur de la personne lésée. La liberté du fiduciaire est restreinte par la nature de l’obligation contractée, savoir une obligation qui «commande [...] la loyauté, la bonne foi et l’absence de conflits d’intérêts et d’obligations» (*Canadian Aero Service Ltd. c. O’Malley*, [1974] R.C.S. 592, à la p. 606). L’analyse d’un rapport fiduciaire en fonction du droit des contrats ou du droit de la responsabilité délictuelle (qu’il s’agisse de négligence ou de voies de fait) a pour effet d’atténuer l’obligation qui en découle. Lorsque l’existence d’un rapport fiduciaire est établie, l’analyse juridique qui convient est celle qui se fonde franchement sur toutes les conséquences d’un manquement à l’obligation qui découle de ce rapport.

Comme le fait remarquer le juge La Forest, à la p. 149 de l’arrêt *McInerney*, précité, le fait de qualifier de fiduciaire la relation médecin-patient ne marque pas la fin de l’analyse, car «les relations et les obligations fiduciaires ne sont pas toutes les mêmes; elles sont tributaires des exigences de la situation. Une relation peut être qualifiée à juste titre de «fiduciaire» à certaines fins, mais non à d’autres». On doit alors poser la question de savoir si un rapport fiduciaire existait entre le Dr Wynrib et M<sup>me</sup> Norberg. Et en supposant que tel ait été le cas, est-il juste de qualifier ce rapport de fiduciaire aux fins du présent pourvoi?

Dans *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 136 (jugement auquel ont souscrit les juges Sopinka et La Forest dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, aux pp. 598 et 646, ainsi que le juge McLachlin, le juge en chef Lamer et le juge L’Heureux-Dubé dans *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, aux pp. 543 et 544), le juge Wilson attribue les caractéristiques suivantes au rapport fiduciaire: «(1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire; (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à influencer sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire;

mercy of the fiduciary holding the discretion or power.”

Dr. Wynrib was in a position of power vis-à-vis the plaintiff; he had scope for the exercise of power and discretion with respect to her. He had the power to advise her, to treat her, to give her the drug or to refuse her the drug. He could unilaterally exercise that power or discretion in a way that affected her interests. And her status as a patient rendered her vulnerable and at his mercy, particularly in light of her addiction. So Wilson J.’s test appears to be met. All the classic characteristics of a fiduciary relationship were present. Dr. Wynrib and Ms. Norberg were on an unequal footing. He pledged himself—by the act of hanging out his shingle as a medical doctor and accepting her as his patient—to act in her best interests and not permit any conflict between his duty to act only in her best interests and his own interests—including his interest in sexual gratification—to arise. As a physician, he owed her the classic duties associated with a fiduciary relationship—the duties of “loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest”.

Closer examination of the principles enunciated by Wilson J. in *Frame* confirms the applicability of the fiduciary analysis in this case. The possession of power or discretion needs little elaboration. That one party in a fiduciary relationship holds such power over the other is not in and of itself wrong; on the contrary, “the fiduciary must be entrusted with power in order to perform his function”: Frankel, *supra*, at p. 809. What will be a wrong is if the risk inherent in entrusting the fiduciary with such power is realized and the fiduciary abuses the power which has been entrusted to him or her. As Wilson J. noted in *Frame*, at p. 136, in the absence of such a discretion or power and the possibility of abuse of power which it entails, “there is no need for a superadded obligation to

(3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.»

Le Dr Wynrib se trouvait en situation d’autorité vis-à-vis de la demanderesse et pouvait exercer un certain pouvoir discrétionnaire à l’égard de celle-ci. Il avait le pouvoir de la conseiller, de la traiter et de lui prescrire ou non des médicaments. Il pouvait exercer cette autorité ou ce pouvoir discrétionnaire unilatéralement de manière à avoir un effet sur les intérêts de sa patiente. À titre de patiente et, surtout, en raison de sa dépendance, la demanderesse était vulnérable et à la merci du médecin. Les critères énoncés par le juge Wilson semblent donc respectés, et toutes les caractéristiques classiques du rapport fiduciaire sont réunies. Le Dr Wynrib et M<sup>me</sup> Norberg n’étaient pas sur un pied d’égalité. En offrant ses services à titre de médecin et en acceptant M<sup>me</sup> Norberg comme patiente, le défendeur s’est engagé à agir au mieux des intérêts de celle-ci et à faire en sorte que son obligation d’agir uniquement au mieux des intérêts de sa patiente n’entre jamais en conflit avec son intérêt personnel, y compris son désir de gratification sexuelle. En sa qualité de médecin, il était tenu au respect des obligations qui découlent traditionnellement du rapport fiduciaire, savoir «la loyauté, la bonne foi et l’absence de conflits d’intérêts et d’obligations».

Un examen plus attentif des principes énoncés par le juge Wilson dans *Frame* confirme l’applicabilité en l’espèce de l’analyse fondée sur l’existence d’un rapport fiduciaire. Point n’est besoin d’élaborer sur l’existence d’un pouvoir discrétionnaire ou d’une autorité. Le fait que, dans un rapport fiduciaire, une personne ait un tel pouvoir vis-à-vis d’une autre n’est pas en soi répréhensible. Au contraire, [TRADUCTION] «le fiduciaire doit être investi de pouvoirs pour s’acquitter de son mandat»: (Frankel, précité, à la p. 809). La faute survient lorsque se réalise le risque qui découle de l’attribution d’un tel pouvoir au fiduciaire et que ce dernier abuse du pouvoir dont il est investi. Comme le fait remarquer le juge Wilson à la p. 136 de l’arrêt *Frame*, précité, en l’absence d’un tel pouvoir discrétionnaire et du risque d’abus qu’il implique, «il n’est pas nécessaire d’ajouter l’obli-

restrict the damaging use of the discretion or power”.

As to the second characteristic, it is, as Wilson J. put it at p. 136, “the fact that the power or discretion may be used to affect the beneficiary in a damaging way that makes the imposition of a fiduciary duty necessary”. Wilson J. went on to state that fiduciary duties are not confined to the exercise of power which can affect the legal interests of the beneficiary, but extend to the beneficiary’s “vital non-legal or ‘practical’ interests”. This negates the suggestion inherent in some of the other judgments which this case has engendered that the fiduciary obligation should be confined to legal rights such as confidentiality and conflict of interest and undue influence in the business sphere. Wilson J. cited the following examples, at p. 137:

... in *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.), a British soldier who was able to smuggle items past Egyptian guards because these guards excused uniformed soldiers from their inspections was held to be a fiduciary. The Crown’s interest was a “practical” or even a “moral” one, namely that its uniform should not be used in corrupt ways. The soldier-fiduciary had no power to change the legal position of the British Crown, so how could the Crown’s legal interests have been affected by the soldier’s action? The same can be said of the Crown’s interest in *Attorney-General v. Goddard* (1929), 98 L.J. (K.B.) 743, where the Crown was able to recover bribes which had been paid to its employee, a sergeant in the Metropolitan Police. In my view, what was protected in that case was not a “legal” interest but a vital and substantial “practical” interest.

The case at bar is not concerned with the protection of what has traditionally been regarded as a legal interest. It is, however, concerned with the protection of interests, both societal and personal, of the highest importance. Society has an abiding interest in ensuring that the power entrusted to physicians by us, both collectively and individually, not be used in corrupt ways, to borrow the language of *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.). On the other side of the coin, the

gation de limiter l’utilisation abusive du pouvoir discrétionnaire».

En ce qui concerne la deuxième caractéristique, il s’agit, selon les termes du juge Wilson, à la p. 136, du «fait que le pouvoir discrétionnaire peut être exercé de manière à avoir un effet préjudiciable sur le bénéficiaire qui rend nécessaire l’imposition d’un devoir fiduciaire». Le juge Wilson ajoute que l’obligation fiduciaire ne se limite pas à l’exercice de pouvoir qui peut porter atteinte aux intérêts juridiques du bénéficiaire, mais elle s’étend également à ses «intérêts vitaux non juridiques ou »pratiques«», ce qui va à l’encontre de la proposition issue d’autres jugements dans cette affaire, selon laquelle l’obligation fiduciaire ne vise que les intérêts juridiques, comme le secret, les conflits d’intérêts et les pressions indues dans le domaine commercial. Le juge Wilson donne les exemples suivants, à la p. 137:

... dans *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.), on a conclu qu’un soldat britannique qui a pu passer des marchandises en contrebande devant les gardes égyptiens parce que ceux-ci n’inspectaient pas les soldats en uniforme, était un fiduciaire. L’intérêt du gouvernement était «pratique» ou même «moral», c’est-à-dire que son uniforme ne devrait pas être utilisé de manière malhonnête. Puisque le soldat-fiduciaire n’avait pas le pouvoir de modifier la position juridique du gouvernement britannique, de quelle manière les intérêts juridiques du gouvernement avaient-ils pu être touchés par l’action du soldat? On peut dire la même chose de l’intérêt du gouvernement dans *Attorney-General v. Goddard* (1929), 98 L.J. (K.B.) 743, où Sa Majesté a été en mesure de recouvrer des pots-de-vin qui avaient été versés à son employé, un sergent de la police métropolitaine. À mon avis, ce qui était protégé dans cette affaire n’était pas un intérêt «juridique» mais un intérêt «pratique» vital et important.

La présente affaire ne porte pas sur la protection d’intérêts juridiques au sens traditionnel. Il s’agit plutôt de la protection d’intérêts sociaux et personnels de la plus haute importance. La société a un intérêt permanent à ce que la confiance dont nous investissons les médecins, tant collectivement qu’individuellement, ne soit pas employée, pour reprendre les termes de l’arrêt *Reading c. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.), de manière malhonnête. Pour sa part, la demanderesse, comme

plaintiff, as indeed does every one of us when we put ourselves in the hands of a physician, has a striking personal interest in obtaining professional medical care free of exploitation for the physician's private purposes. These are not collateral duties and rights created at the whim of an aggrieved patient. They are duties universally recognized as essential to the physician-patient relationship. The Hippocratic Oath reflects this universal concern that physicians not exploit their patients for their own ends, and in particular, not for their own sexual ends:

The regimen I adopt shall be for the benefit of my patients according to my ability and judgment, and not for their hurt or for any wrong. . . . Whatsoever house I enter, there will I go for the benefit of the sick, refraining from all wrongdoing or corruption, and especially from any act of seduction, of male or female, of bond or free. Whatsoever things I see or hear concerning the life of men, in my attendance on the sick or even apart therefrom, which ought not to be noised abroad, I will keep silence thereon, counting such things to be as sacred secrets. [Quoted in Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* (1988), at p. 10-1.]

To the extent that the law requires that physicians who breach them be disciplined, these duties have legal force. The interests which the enforcement of these duties protect are, to be sure, different from the legal and economic interests which the law of fiduciary relationships has traditionally been used to safeguard. But as Wilson J. said in *Frame v. Smith* at p. 143, "[t]o deny relief because of the nature of the interest involved, to afford protection to material interests but not to human or personal interests would, it seems to me, be arbitrary in the extreme". At the very least, the societal and personal interests at issue here constitute "a vital and substantial "practical" interest" (at p. 137), within the meaning of the second characteristic of a fiduciary duty set out in *Frame v. Smith*.

The third requirement is that of vulnerability. This is the other side of the differential power equation which is fundamental to all fiduciary relationships. In order to be the beneficiary of a fiduci-

chacun d'entre nous lorsque nous nous en remettons aux soins d'un médecin, a un intérêt personnel particulier quant à l'obtention de soins médicaux adéquats excluant toute forme d'exploitation à des fins personnelles par le médecin. Il ne s'agit pas d'obligations et de droits accessoires créés au gré des caprices d'un patient qui souffre. Ce sont des obligations universellement reconnues comme fondamentales au rapport médecin-patient. Le serment d'Hippocrate traduit cette réprobation universelle de l'exploitation du patient par le médecin à des fins personnelles, notamment pour assouvir ses besoins sexuels.

Je dirigerai le régime des malades à leur avantage, suivant les forces et mon jugement et je m'abstiendrai de tout mal et de toute injustice. [ . . . ] Dans quelque maison que j'entre, j'y entrerai pour l'utilité des malades, me préservant de tout méfait volontaire et corrupteur, et surtout de la séduction des femmes et des garçons libres ou esclaves. Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas. [*Grand dictionnaire encyclopédique médical*, vol. 1, 1986, Paris, à la p. 608.]

Dans la mesure où le droit exige que les médecins qui ne les respectent pas s'exposent à des sanctions disciplinaires, ces obligations ont force obligatoire en droit. Les intérêts que l'exécution de ces obligations protègent diffèrent bien sûr des intérêts juridiques et économiques que le droit applicable aux rapports fiduciaires a traditionnellement préservés. Mais comme le précise le juge Wilson à la p. 143 de l'arrêt *Frame c. Smith*, «[r]efuser un redressement en raison de la nature de l'intérêt visé, accorder protection à des intérêts matériels mais non à des intérêts humains et personnels serait, à mon avis, extrêmement arbitraire». Les intérêts sociaux et personnels qui sont en cause en l'espèce constituent, à tout le moins, «un intérêt «pratique» vital et important» (à la p. 137) au sens de la deuxième caractéristique de l'obligation fiduciaire énoncée dans cet arrêt.

La troisième exigence est liée à la vulnérabilité. Il s'agit de l'autre élément du déséquilibre des pouvoirs qui est à la base de tout rapport fiduciaire. Toutefois, il n'est pas nécessaire que le bénéfici-

ary relationship a person need not be *per se* vulnerable. As Frankel put it, at p. 810:

... the entrustor's vulnerability to abuse of power does not result from an initial inequality of bargaining power between the entrustor and the fiduciary. . . . The relation may expose the entrustor to risk even if he is sophisticated, informed and able to bargain effectively. Rather, the entrustor's vulnerability stems from the *structure* and *nature* of the fiduciary relation. [Emphasis in original.]

It is only where there is a material discrepancy, in the circumstances of the relationship in question, between the power of one person and the vulnerability of the other that the fiduciary relationship is recognized by the law. Where the parties are on a relatively equal footing, contract and tort provide the appropriate analysis. As Wilson J. put it in *Frame* at pp. 137-38:

Because of the requirement of vulnerability of the beneficiary at the hands of the fiduciary, fiduciary obligations are seldom present in the dealings of experienced businessmen of similar bargaining strength acting at arm's length: see, for example, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (Ont. C.A.), aff'd [1975] 1 S.C.R. 2. The law takes the position that such individuals are perfectly capable of agreeing as to the scope of the discretion or power to be exercised, i.e., any "vulnerability" could have been prevented through the more prudent exercise of their bargaining power and the remedies for the wrongful exercise or abuse of that discretion or power, namely damages, are adequate in such a case.

In the case at bar, this requirement too is fulfilled. A physician holds great power over the patient. The recent decision of the Ontario Court (General Division) in *College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Gillen* (1990), 1 O.R. (3d) 710, contains a reminder that a patient's vulnerability may be as much physical as emotional, given the fact that a doctor (at p. 713) "has the right to examine the patient in any state of dress or undress and to administer drugs to render the patient unconscious". Visits to doctors occur in private: the door is closed, there is rarely a third party present, everything possible is done to encourage the

ciaire d'un rapport fiduciaire soit vulnérable en soi. Voici ce que dit à ce sujet Frankel, à la p. 810:

[TRADUCTION]. . . la vulnérabilité du bénéficiaire face à l'abus du pouvoir ne découle d'une inégalité initiale du pouvoir de négociation entre le bénéficiaire et le fiduciaire [. . .] Le rapport établi peut exposer le bénéficiaire à un risque même lorsque celui-ci est une personne avertie et capable de négocier véritablement. La vulnérabilité du bénéficiaire résulte plutôt de la *structure* et de la *nature* même du rapport fiduciaire. [En italique dans l'original.]

Ce n'est qu'en cas de déséquilibre important, tenant aux circonstances du rapport en cause, entre le pouvoir de l'un et la vulnérabilité de l'autre, que l'existence d'un rapport fiduciaire est reconnue en droit. Lorsque les parties sont relativement égales, le droit des contrats et le droit de la responsabilité délictuelle s'appliquent. Dans *Frame*, le juge Wilson exprime ce principe de la manière suivante, aux pp. 137 et 138:

Étant donné l'exigence de vulnérabilité du bénéficiaire devant le fiduciaire, les obligations fiduciaires sont rarement présentes dans les opérations entre hommes d'affaires d'expérience ayant des pouvoirs de négociation semblables et agissant sans lien de dépendance: voir, par exemple, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (C.A. Ont.), conf. [1975] 1 R.C.S. 2. Le droit a adopté la position que ces personnes sont parfaitement capables de venir à un accord sur la portée du pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé, c'est-à-dire que toute «vulnérabilité» aurait pu être empêchée par l'exercice plus prudent de leur pouvoir de négociation et les recours contre l'exercice injustifié ou l'abus de ce pouvoir discrétionnaire, savoir les dommages-intérêts, sont adéquats dans un tel cas.

Dans la présente affaire, cette exigence est également remplie. Un médecin détient un pouvoir important à l'égard du patient. Dans la récente décision *College of Physicians and Surgeons of Ontario c. Gillen* (1990), 1 O.R. (3d) 710, la Cour de l'Ontario (Division générale) rappelle que la vulnérabilité du patient peut être tant physique qu'émotionnelle, puisque le médecin (à la p. 713) [TRADUCTION] «a le droit d'examiner un patient vêtu ou dévêtu et de lui administrer un médicament de nature à le rendre inconscient». La consultation d'un médecin se déroule en privé; la porte est fermée, il est rare qu'un tiers soit présent et tout

patient to feel that the patient's privacy will be respected. This is essential to the meeting of the patient's medical and emotional needs; the unfortunate concomitant is that it also creates the conditions under which the patient may be abused without fear of outside intervention. Whether physically vulnerable or not, however, the patient, by reason of lesser expertise, the "submission" which is essential to the relationship, and sometimes, as in this case, by reason of the nature of the illness itself, is typically in a position of comparative powerlessness. The fact that society encourages us to trust our doctors, to believe that they will be persons worthy of our trust, cannot be ignored as a factor inducing a heightened degree of vulnerability: see Feldman-Summers, "Sexual Contact in Fiduciary Relationships", in Gabbard, ed., *Sexual Exploitation in Professional Relationships*, at pp. 204-5. The recently issued *Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*, commissioned by The College of Physicians and Surgeons of Ontario, makes highly instructive reading in this regard. In the words of the Task Force, at p. 79:

Patients seek the help of doctors when they are vulnerable—when the [sic] are sick, when they are needy, when they are uncertain about their physical or emotional health. The physician has the knowledge, the skills, and the expertise the patient needs to heal. The patient often suspends both judgement and personal power idealizing the doctor in order to feel secure. The physician, therefore, has more power than the patient, and this power can be used to invade sexual boundaries and to force sexual compliance. Physical force is not necessary.

Women, who can so easily be exploited by physicians for sexual purposes, may find themselves particularly vulnerable. That female patients are disproportionately the targets of sexual exploitation by physicians is borne out by the Task Force's report. Of the 303 reports they received of sexual exploitation at the hands of those in a position of trust (the vast majority of whom were physicians), 287 were by female patients, 16 by males: at p. 10. On this point see also Feldman-Summers, *supra*, at p. 195. Relying in part on the work of Morgan in

incite le patient à croire que sa vie privée sera protégée. Ces mesures sont essentielles à la satisfaction des besoins médicaux et émotionnels du patient, mais elles ont malheureusement pour effet de créer des conditions favorables à l'exploitation du patient sans risque d'intervention extérieure. Toutefois, qu'il soit physiquement vulnérable ou non, en raison de son manque de connaissances, de la «soumission» nécessaire au rapport établi et parfois, comme en l'espèce, de la nature de la maladie elle-même, le patient est en situation d'impuissance relative. Le fait que la société nous incite à faire confiance aux médecins et à croire qu'ils sont dignes de notre confiance doit être pris en considération comme un facteur de vulnérabilité accrue; voir Feldman-Summers, «Sexual Contact in Fiduciary Relationships», dans Gabbard, dir., *Sexual Exploitation in Professional Relationships*, aux pp. 204 et 205. Le récent rapport commandé par l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario, intitulé *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*, renferme une analyse très intéressante à cet égard. Voici un extrait du rapport, à la p. 79:

[TRADUCTION] Un patient demande l'aide d'un médecin lorsqu'il est vulnérable, c'est-à-dire lorsqu'il est malade, lorsqu'il est en état de faiblesse et lorsqu'il est dans l'incertitude quant à sa santé physique ou psychologique. Le médecin a les connaissances et la compétence dont le patient a besoin pour guérir. Le patient renonce souvent à exercer son jugement et son pouvoir personnel pour s'en remettre totalement au médecin qu'il idéalise pour se sécuriser. Ainsi, le médecin a plus de pouvoir que le patient et peut tirer avantage de cet état de fait pour sexualiser la relation et obtenir des faveurs sexuelles. Le recours à la force physique n'est pas nécessaire.

Les femmes, qui peuvent facilement être exploitées à des fins sexuelles par des médecins, peuvent être particulièrement vulnérables à cet égard. Le rapport du groupe de travail révèle en effet que, parmi les victimes d'exploitation sexuelle par des médecins, le nombre de femmes est disproportionné. Sur 303 cas portés à la connaissance du groupe de travail, concernant l'exploitation sexuelle par des personnes en situation de confiance (dont la très grande majorité étaient des médecins), 287 des patients en cause étaient des

*Philosophical Analysis: Permissibility of Sexual Contact Between Physicians and Patients* (Part III)—Department of Philosophy and Centre for Bioethics, University of Toronto, the Task Force noted (at Legal Appendix, p. 2) that the power imbalance inherent in the physician-patient relationship:

... is exacerbated when the doctor/patient roles are combined with certain other factors relating to the personal characteristics of the parties. For example, an adult doctor and a child patient have a relationship with an even greater element of vulnerability present. The same may be argued for other groups in society, such as the handicapped and visible minorities, etc. Since the overwhelming majority of sexual abuse/impropriety cases involve female patients and male doctors, the gender dynamic cannot be ignored. Professor Kathleen Morgan has argued that the stereotypical norms of behaviour for males and females throughout society correlate to the paternalistic model of doctor/patient relationships. [Emphasis added.]

The principles outlined by Wilson J. in *Frame v. Smith* may apply with varying force depending on the nature of the particular doctor-patient relationship. For example, the uniquely intimate nature of the psychotherapist-patient relationship, the potential for transference, and the emotional fragility of many psychotherapy patients make the argument for a fiduciary obligation resting on psychotherapists, and in particular an obligation to refrain from any sexualizing of the relationship, especially strong in that context: see Jorgenson and Randles, *supra*. American courts have, as a result, imposed higher duties on psychiatrists than they have on other physicians: *Mazza v. Huffaker*, 300 S.E.2d 833 (1983). The Task Force of the Ontario College of Physicians and Surgeons has in its report also recognized the greater danger of breach of trust inherent in psychotherapeutic relationships, and has as a consequence recommended even more stringent guidelines for appropriate psychotherapist behaviour than it has for physicians practising

femmes et 16 des hommes (à la p. 10). Se reporter également, à ce sujet, à Feldman-Summers, *loc. cit.*, à la p. 195. S'appuyant en partie sur les travaux de Morgan dans *Philosophical Analysis: Permissibility of Sexual Contact Between Physicians and Patients* (partie III), département de philosophie et centre de bioéthique, Université de Toronto, le groupe de travail fait remarquer (à Legal Appendix, p. 2) que l'inégalité des pouvoirs inhérente à la relation médecin-patient:

[TRADUCTION] ... s'accroît lorsque, aux rôles respectifs de médecin et de patient, s'ajoutent d'autres facteurs liés aux caractéristiques personnelles des personnes en cause. Par exemple, une plus grande vulnérabilité caractérise la relation établie entre un médecin adulte et un patient en bas âge. On peut soutenir qu'il en est de même pour d'autres catégories de personnes, comme les personnes handicapées et les minorités visibles. Étant donné que la très grande majorité des cas d'exploitation ou d'inconduite sexuelle mettent en cause des patients de sexe féminin et des médecins de sexe masculin, on ne peut écarter l'effet de la sexualité. Le professeur Kathleen Morgan soutient que les stéréotypes concernant les modèles de comportement des hommes et des femmes qui ont cours dans notre société sont en corrélation avec le modèle paternaliste des rapports entre médecins et patientes. [Je souligne.]

Les principes énoncés par le juge Wilson dans *Frame c. Smith* s'appliquent à des degrés divers, selon la nature de la relation médecin-patient en cause. Par exemple, le caractère particulièrement intime du rapport établi entre un psychothérapeute et un patient, le risque de transfert et la fragilité émotionnelle de bon nombre de patients en psychothérapie militent en faveur de l'imposition d'une obligation fiduciaire au psychothérapeute et, en particulier, une obligation, particulièrement stricte dans un tel contexte, de s'abstenir de sexualiser la relation: (voir Jorgenson and Randles, précité). En conséquence, les tribunaux américains ont imposé des obligations plus contraignantes aux psychiatres qu'aux autres médecins: *Mazza c. Huffaker*, 300 S.E.2d 833 (1983). Le groupe de travail mandaté par l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario a également reconnu, dans son rapport, que le risque d'abus de confiance était plus grand en psychothérapie; il a donc recommandé l'application de normes de conduite encore plus

in other areas: at pp. 139-40. While the medical relationship between Dr. Wynrib and Ms. Norberg was not psychotherapeutic in orientation, the treatment of a patient dependent on drugs would seem to me to share many of the same characteristics, thereby rendering the addicted patient even more vulnerable and in need of the protection which the law of fiduciary obligations can afford than other patients might be.

Why then have so many of the jurists who looked at this case declined to consider it as an example of breach of fiduciary duty? The trial judge, Oppal J. ((1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240, at p. 246), while finding in the end that the plaintiff was barred from recovering by her own illegal and immoral acts, clearly felt the relationship was one of trust, traditionally the hallmark of a fiduciary duty:

A relationship between a physician and a patient is one in which trust and confidence must be placed in the physician. Clearly, in the case at bar, the doctor breached a duty which was owed to his patient and, in the ordinary course of events, she should be entitled to damages.

The majority of the Court of Appeal ((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47), per McEachern C.J., addressed the question only in passing, stating at p. 52:

If the defendant breached a duty to the plaintiff in this case it was a breach of the duty which a physician owes to his patient to treat her professionally and, unless the breach relates to an improper disclosure of confidential information or something like that, it adds nothing to describe the breach as a fiduciary one.

The majority went on to find that there was no compensable breach of any duty owed by Dr. Wynrib to Ms. Norberg until after such time as Dr. Wynrib discovered her addiction, and that in any event the plaintiff's conduct barred her from recovering. Locke J.A., dissenting, would have

strictes à l'égard des psychothérapeutes, par rapport aux médecins exerçant dans d'autres domaines (aux pp. 139 et 140). Même si la relation médicale établie entre le Dr Wynrib et M<sup>me</sup> Norberg n'était pas de caractère psychothérapique, le traitement requis à l'égard d'un patient pharmacodépendant me semble avoir de nombreux points communs avec la psychothérapie, de sorte que le patient pharmacodépendant est encore plus vulnérable et a davantage besoin de la protection assurée par le droit applicable aux rapports fiduciaires que tout autre patient.

Mais alors, pourquoi les nombreux juristes qui ont étudié la présente affaire ont-ils refusé de la considérer comme un cas de manquement à une obligation fiduciaire? En première instance, le juge Oppal ((1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240, à la p. 246), même s'il conclut en fin de compte que la demanderesse ne peut obtenir réparation en raison de ses propres actes illégaux et immoraux, estime clairement qu'il s'agit d'une relation de confiance, ce qui est traditionnellement la marque d'une obligation fiduciaire:

[TRADUCTION] La relation entre un médecin et son patient est une relation dans laquelle le patient doit faire confiance au médecin. Il est manifeste, en l'espèce, que le médecin a manqué a une obligation qu'il avait envers sa patiente et, normalement, celle-ci devrait avoir droit à des dommages-intérêts.

Au nom de la majorité de la Cour d'appel ((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47), le juge en chef McEachern ne fait qu'effleurer la question, affirmant, à la p. 52:

[TRADUCTION] Si le défendeur a, en l'espèce, manqué à une obligation envers la demanderesse, il s'agit de l'obligation de traiter professionnellement sa patiente et, à moins que le manquement ne porte sur la communication inopportune de renseignements confidentiels ou sur quelque chose de semblable, il ne sert à rien de qualifier l'obligation de fiduciaire.

La majorité a statué alors qu'il n'y avait pas eu manquement aux obligations du Dr Wynrib envers M<sup>me</sup> Norberg donnant droit à indemnisation avant que le Dr Wynrib ait pris conscience de la pharmacodépendance et que, quoi qu'il en soit, le comportement de la demanderesse faisait obstacle à toute



allowed the plaintiff's claim in negligence. He held that recovery on the basis of breach of fiduciary duty was not available because Dr. Wynrib had revealed Ms. Norberg's affairs to no one and did not unduly influence her, effectively confining fiduciary obligations in the doctor-patient relationship to the duty of confidence and the duty to avoid undue influence, and construing "undue influence" in such a narrow fashion that the obvious influence which Dr. Wynrib exercised over Ms. Norberg was excluded from consideration.

In this Court, La Forest J. (at p. 249) says with respect to the Court of Appeal's refusal to characterize the relationship between the parties as fiduciary simply that, "[s]ince I am dealing with the case on the basis of the assault claim, I need not consider this point." He goes on to treat the plaintiff's claim under the rubric of the tort of battery, using the equitable doctrine of unconscionable transactions to negate the defence of consent. As Sopinka J. notes, this approach is not without difficulty. First, the doctrine of unconscionable transactions has hitherto been confined to setting aside unconscionable contracts, not negating defences to tort actions. Second, where applicable, it serves not to negate the consent, but to set aside a consensual agreement on grounds of inequality of bargaining power and fairness: *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326 (C.A.), per Lord Denning M.R.

Having rejected, by reason of the plaintiff's consent, La Forest J.'s battery approach, Sopinka J. treats the matter simply as the contractual or tortious breach of the physician's duty to his patient. He recognizes that some aspects of the physician-patient relationship may be fiduciary, but finds no such duty relevant to the acts alleged by the plaintiff. He adopts the conclusion of McEachern C.J., at p. 52, that "unless the breach relates to an improper disclosure of confidential information or something like that, it adds nothing to describe the breach as a fiduciary one." The only applicable

indemnisation. Dissident, le juge Locke aurait fait droit à l'action de la demanderesse sur le fondement de la négligence. Il conclut qu'il n'y avait pas eu manquement à une obligation fiduciaire puisque le Dr Wynrib n'avait divulgué à personne des renseignements sur M<sup>me</sup> Norberg ni exercé de pressions indues sur celle-ci, limitant ainsi l'obligation fiduciaire, dans le cadre du rapport médecin-patient, au respect du secret et à l'interdiction des pressions indues, et interprétant les mots «pressions indues» de manière tellement étroite que l'influence que le Dr Wynrib avait exercée sur M<sup>me</sup> Norberg n'avait pas été prise en considération.

En ce qui concerne le refus de la Cour d'appel de qualifier de fiduciaire la relation entre les parties, le juge La Forest de notre Cour dit simplement, à la p. 249, que «[v]u que j'examine l'affaire sous l'angle de la demande fondée sur l'agression, je n'ai pas à examiner ce point». Il analyse ensuite l'action de la demanderesse sous l'angle du délit des voies de fait en ayant recours à la théorie de l'*equity* en matière d'opérations iniques pour écarter la défense de consentement. Comme le fait remarquer le juge Sopinka, cette approche n'est pas exempte de difficultés. Tout d'abord, la théorie de l'iniquité n'a servi, jusqu'à ce jour, qu'à annuler des contrats iniques, et non à repousser des moyens de défense à des actions en responsabilité délictuelle. Deuxièmement, lorsqu'elle s'applique, elle n'a pas pour effet d'annuler le consentement, mais plutôt une entente consensuelle sur le fondement de l'inégalité du pouvoir de négociation et de l'équité: *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326 (C.A.), le maître des rôles lord Denning.

Après avoir rejeté l'approche adoptée par le juge La Forest, fondée sur les voies de fait, en raison du consentement de la demanderesse, le juge Sopinka traite la question simplement comme un cas de violation, selon le droit des contrats ou le droit de la responsabilité délictuelle, des obligations du médecin envers sa patiente. Il reconnaît que certains aspects du rapport médecin-patient peuvent revêtir un caractère fiduciaire, mais conclut qu'il n'existe aucune obligation pertinente aux actes reprochés par la demanderesse. Il adhère plutôt au point de vue du juge en chef McEachern, à la

duty, according to Sopinka J. (at p. 313) "is the obligation of a physician to treat the patient in accordance with standards in the profession".

I would summarize the situation as follows: the trial judge appears to have found a duty of trust and confidence and abuse thereof. None of the appellate judges who have written on the case offers a convincing demonstration of why it is wrong to characterize the relationship between Dr. Wynrib and Ms. Norberg as a fiduciary relationship; indeed none of the judgments seriously discusses the legal requirements for establishing the existence of a fiduciary duty or its breach, much less considers the facts in relation to those requirements. While the majority of the Court of Appeal and Sopinka J. suggest that the fiduciary duties to which Dr. Wynrib was subject go no further than his duties in tort or contract, they offer no basis for this suggestion in principle, policy or authority, appearing to rest their case on the assumption that the only additional duties which a fiduciary relationship could impose would be akin to the duty of confidence. This closed, commercial view of fiduciary obligations is neither defended nor reconciled with the authorities, including those of this Court. Nor can thorough consideration of the plaintiff's rights as the victim of a breach of fiduciary obligation be avoided, with respect, on the ground that it was not a live issue or argued; it has been a central issue since the trial judge found the relationship to be one of trust, it was alluded to by all the judgments below, and it was argued before us.

I proceed then to consider the matter on the footing that the essential elements of breach of a

p. 52, selon lequel [TRADUCTION] «à moins que le manquement ne porte sur la communication inopportune de renseignements confidentiels ou sur quelque chose de semblable, il ne sert à rien de qualifier l'obligation de fiduciaire». Selon le juge Sopinka (à la p. 313), la seule obligation dont il faille tenir compte est «l'obligation du médecin de traiter son patient conformément aux normes de la profession».

Voici comment je résumerais la situation. Le juge de première instance semble avoir conclu à l'existence d'une obligation de confiance et à l'abus de cette confiance. Aucun des juges de la Cour d'appel qui ont rédigé des motifs dans cette affaire n'établit de manière convaincante qu'il est erroné de qualifier de fiduciaire la relation établie entre le Dr Wynrib et M<sup>me</sup> Norberg; en fait, les jugements n'abordent pas sérieusement les exigences juridiques qui permettent de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire ou d'un manquement à son égard, et ils examinent encore moins les faits en fonction de ces exigences. Même si la majorité en Cour d'appel, et le juge Sopinka laissent entendre que les obligations fiduciaires du Dr Wynrib n'allaient pas au-delà de ses obligations en matière contractuelle ou délictuelle, ils ne s'appuient sur aucun principe ni aucune doctrine ou jurisprudence, semblant tenir pour acquis que les seules obligations supplémentaires imposées par un rapport fiduciaire s'apparenteraient à l'obligation de garder le secret. Cette vision étroite, strictement commerciale, de l'obligation fiduciaire n'est pas appuyée par la jurisprudence, y compris celle de notre Cour, ni compatible avec elle. En toute déférence, l'examen approfondi des droits de la demanderesse en tant que victime d'un manquement à une obligation fiduciaire ne peut être mis de côté pour le motif que la question n'a été ni soulevée ni plaidée; cette question est au cœur même de la présente affaire puisque le juge de première instance a conclu que la relation en cause en était une de confiance, que tous les jugements des tribunaux d'instance inférieure y ont fait allusion et qu'on l'a plaidée devant notre Cour.

Partant, je trancherai la question en tenant pour acquis que les éléments fondamentaux du manque-

fiduciary relationship are made out. Dr. Wynrib, in accepting Ms. Norberg as his patient, pledged himself to act in her best interests and undertook a duty of loyalty, good faith and avoidance of conflict of interest. Theirs was, as the trial judge observed, a relationship of trust, obliging him to exercise his power—including the power to provide or refuse drugs—solely to her benefit. The doctor breached that relationship when he prescribed drugs which he knew she should not have, when he failed to advise her to obtain counselling when her addiction became or should have become apparent to him, and most notoriously, when he placed his own interest in obtaining sexual favours from Ms. Norberg in conflict with and above her interest in obtaining treatment and becoming well.

But, it is said, there are a number of reasons why the doctrine of breach of fiduciary relationship cannot apply in this case. I turn then to these alleged conditions of defeasibility.

The first factor which is said to prevent application of the doctrine of breach of fiduciary duty is Ms. Norberg's conduct. Two terms have been used to raise this consideration to the status of a legal or equitable bar—the equitable maxim that he who comes into equity must come with clean hands and the tort doctrine of *ex turpi causa non oritur actio*. For our purposes, one may think of the two respectively as the equitable and legal formulations of the same type of bar to recovery. The trial judge found that although Dr. Wynrib was under a trust obligation to Ms. Norberg, she was barred from claiming damages against him because of her "immoral" and "illegal" conduct. While he referred to the doctrine of *ex turpi*, there seems to be little doubt that in equity the appropriate term is "clean hands" and consequently that is the expression I will use.

ment à l'obligation fiduciaire sont réunis. En acceptant M<sup>me</sup> Norberg comme patiente, le Dr Wynrib s'est engagé à agir au mieux de ses intérêts ainsi qu'à faire preuve de loyauté et de bonne foi et à éviter tout conflit d'intérêts. Comme le fait remarquer le juge de première instance, une relation de confiance a été établie entre les parties, obligeant le médecin à exercer son pouvoir, y compris celui de fournir ou non des médicaments à sa patiente, au seul bénéfice de cette dernière. Le médecin a manqué à cette obligation en prescrivant en toute connaissance de cause un médicament qu'il n'aurait pas dû prescrire à sa patiente, en omettant de lui dire de faire appel à des services spécialisés lorsqu'il s'est rendu compte ou aurait dû se rendre compte de sa dépendance et surtout en privilégiant son propre intérêt personnel, soit l'obtention des faveurs sexuelles de M<sup>me</sup> Norberg, par rapport à l'intérêt de sa patiente, soit l'obtention d'un traitement et la guérison.

Or, on prétend qu'un certain nombre de motifs s'opposent à ce que la théorie du manquement à une obligation fiduciaire s'applique en l'espèce. J'examinerai donc maintenant ces prétendus motifs.

Le premier facteur qui empêcherait l'application de la théorie du manquement à l'obligation fiduciaire est la conduite de M<sup>me</sup> Norberg. Ce facteur a été qualifié de deux manières afin de justifier l'empêchement en common law ou en *equity*, soit la maxime selon laquelle quiconque invoque l'*equity* doit «avoir les mains nettes» et le principe *ex turpi causa non oritur actio*, en responsabilité délictuelle. Aux fins de la présente affaire, on pourrait considérer qu'il s'agit d'un même empêchement à l'indemnisation qui est formulé, dans un cas, sur le fondement de l'*equity* et, dans l'autre, en common law. Selon le juge de première instance, même si le Dr Wynrib avait une obligation de confiance envers M<sup>me</sup> Norberg, celle-ci ne pouvait réclamer des dommages-intérêts en raison de ses actes «immoraux» et «illégaux». Bien qu'il fasse mention de la maxime *ex turpi*, il semble assez certain que, en *equity*, il s'agisse en fait de la théorie des «mains nettes», de sorte que j'emploierai plutôt cette expression.

The short answer to the arguments based on wrongful conduct of the plaintiff is that she did nothing wrong in the context of this relationship. She was not a sinner, but a sick person, suffering from an addiction which proved to be uncontrollable in the absence of a professional drug rehabilitation program. She went to Dr. Wynrib for relief from that condition. She hoped he would give her relief by giving her the drug; "hustling" doctors for drugs is a recognized symptom of her illness: Wilford, *Drug Abuse, A Guide for the Primary Care Physician* (1981), at pp. 280-82. Such behaviour is commonly seen by family physicians. Patients may, as did Ms. Norberg, feign physical problems which, if *bona fide*, would require analgesic relief. They may, as Ms. Norberg also did, specify the drug they wish to receive. Once a physician has diagnosed a patient as an addict who is "hustling" him for drugs the recommended response is to "(1) maintain control of the doctor-patient relationship, (2) remain professional in the face of ploys for sympathy or guilt and (3) regard the drug seeker as a patient with a serious illness": Wilford, at p. 282.

We do not know when Dr. Wynrib first identified Ms. Norberg as a person suffering from drug addiction; we do know that he confronted her with his knowledge in the first year of their doctor-patient relationship. But whenever he became aware of the true nature of her medical condition, at that point only one form of relief was appropriate: Dr. Wynrib, if he were to discharge properly the trust relationship he had assumed, was obliged to refuse Ms. Norberg further drugs and to refer her for professional addiction treatment. He did neither, but instead took advantage of her sickness to obtain sexual favours in exchange for the drugs she craved. While there is no doubt that he maintained control of the relationship following his realization, he did so not by retaining a professional attitude and treating Ms. Norberg as the suf-

La réponse à ces arguments fondés sur les actes fautifs de la demanderesse est que celle-ci n'a commis aucune faute dans le cadre de la relation établie. Il ne s'agissait pas d'une pécheresse, mais d'une personne malade, souffrant d'une dépendance qu'elle ne pouvait surmonter sans recourir à un programme structuré de désintoxication. Elle a consulté le Dr Wynrib pour obtenir un soulagement. Elle espérait qu'il lui prescrirait le médicament voulu; la «sollicitation» de médecins en vue d'obtenir des médicaments est un symptôme reconnu de la maladie dont elle était atteinte: Wilford, *Drug Abuse, A Guide for the Primary Care Physician* (1981), aux pp. 280 à 282. Les médecins de famille sont souvent aux prises avec de tels comportements. Le patient peut, comme l'a fait M<sup>me</sup> Norberg, prétexter un problème d'ordre physique qui, s'il était réel, nécessiterait la prise d'un analgésique. Il peut également, à l'instar de M<sup>me</sup> Norberg, demander une ordonnance pour un médicament précis. Au médecin qui détermine qu'un patient est un pharmacodépendant qui le «sollicite» pour obtenir des médicaments, on recommande ce qui suit: [TRADUCTION] «(1) demeurer maître de la relation médecin-patient, (2) continuer d'agir de manière professionnelle malgré tout stratagème visant à susciter la compassion ou la culpabilité et (3) considérer la personne pharmacodépendante comme un patient atteint d'une maladie grave»: Wilford, à la p. 282.

Nous ne savons pas à quel moment le Dr Wynrib a déterminé que M<sup>me</sup> Norberg souffrait de pharmacodépendance, mais nous savons qu'il lui a fait part de ce diagnostic au cours de la première année de la relation médecin-patiente. Mais quel que soit le moment où il a pris conscience de la véritable nature de ses problèmes médicaux, dès ce moment, une seule mesure s'imposait. En effet, pour s'acquitter adéquatement de l'obligation issue de la relation de confiance établie, le Dr Wynrib devait refuser de fournir d'autres comprimés à M<sup>me</sup> Norberg et l'orienter vers un centre de désintoxication reconnu. Il ne l'a pas fait. Au lieu de cela, il a tiré avantage de son état pour obtenir des faveurs sexuelles en échange du médicament dont elle avait un besoin impérieux. Il ne fait aucun doute qu'il est demeuré maître de la situation après

ferer of a serious illness who needed his help, but by exploiting his knowledge, position and the power they gave him over her to coerce her to satisfy his sexual desires. A more grievous breach of the obligations, legal and ethical, which he owed her as his patient can scarcely be imagined.

The law might accuse Ms. Norberg of “double doctoring” and moralists might accuse her of licentiousness; but she did no wrong because not she but the doctor was responsible for this conduct. He had the power to cure her of her addiction, as her successful treatment after leaving his “care” demonstrated; instead he chose to use his power to keep her in her addicted state and to use her for his own sexual purposes.

It is difficult not to see the attempt to bar Ms. Norberg from obtaining redress for the wrong she has suffered through the application of the clean hands maxim as anything other than “blaming the victim”. While for the purposes of this case we need not decide whether any and all sexual contact between a doctor and his patient is a breach of the doctor’s fiduciary obligation, I do note that the Task Force on Sexual Abuse of Patients, at p. 73, has recommended that any sexual contact between a patient and physician be sanctioned as “sexual violation” under the Ontario *Regulated Health Professions Act, 1991* and, whether initiated by the patient or not, subject to a mandatory penalty of the revocation of the physician’s licence for a minimum of five years. The philosophy which underlies this recommendation—aptly named “Zero Tolerance”—has already been adopted by the Council of the College of Physicians and Surgeons of Ontario. In essence, the Task Force has asked us to recognize that there is a power imbalance inherent in any doctor-patient relationship, and that that imbalance means that any sexualizing of that relationship will always be a breach of the patient’s

avoir établi son diagnostic, mais il ne l’a pas fait en agissant de manière professionnelle ni en traitant M<sup>me</sup> Norberg comme une personne atteinte d’une maladie grave et qui avait besoin de son aide, mais en tirant avantage de ses connaissances, de sa situation et du pouvoir qui s’y rattachait pour la contraindre à assouvir ses propres besoins sexuels. Il est difficile d’imaginer plus grave manquement à ses obligations juridiques et déontologiques envers sa patiente.

On peut reprocher à M<sup>me</sup> Norberg, du point de vue juridique, d’avoir obtenu des ordonnances multiples et, du point de vue moral, d’avoir agi de manière licencieuse. Elle n’a cependant commis aucune faute, puisque c’était le médecin, et non elle, qui était responsable de cette conduite. Il avait le pouvoir de la guérir de sa dépendance, comme l’a prouvé le traitement fructueux suivi après qu’eurent cessé ses «soins»; au lieu de cela, il a choisi d’exercer son pouvoir pour maintenir l’état de dépendance de sa patiente et se servir d’elle pour assouvir ses propres besoins sexuels.

Il est difficile de ne pas considérer le prétendu obstacle à l’octroi d’une réparation à M<sup>me</sup> Norberg, fondé sur la théorie des mains nettes, comme une manière de «blâmer la victime». Bien que, aux fins de la présente affaire, nous n’ayons pas à déterminer si tout contact sexuel entre un médecin et son patient constitue un manquement à l’obligation fiduciaire du médecin, je constate que le Task Force on Sexual Abuse of Patients recommande, à la p. 73, que tout contact sexuel entre un patient et son médecin soit considéré comme un «manquement de caractère sexuel» au sens de la *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées* de l’Ontario, et ce, que le patient en ait été l’instigateur ou non, et que la peine prescrite soit la révocation du droit d’exercice pendant au moins cinq ans. L’Ordre des médecins et chirurgiens de l’Ontario a déjà fait siens les principes sous-jacents à cette recommandation que l’on appelle, avec justesse, «tolérance zéro». En somme, le groupe de travail nous exhorte à reconnaître qu’il existe, dans toute relation médecin-patient, un déséquilibre quant aux pouvoirs respectifs des parties, de telle sorte que le

trust, and that the responsibility to at all costs avoid such exploitation rests at all times with the doctor. Such a bright, bold line approach to the question of doctor-patient sexual involvement may be appropriate to the statutory regulation of the medical profession—on this difficult question I do not offer an opinion. But I tend not to think it appropriate to the delineation of a physician's fiduciary obligations, particularly given that the scope of such obligations can only be determined on a case by case basis, having reference to the degree of power imbalance and patient vulnerability present in the relationship under examination. Even taking a somewhat more cautious approach than that recommended by the Task Force as to when a doctor-patient relationship is characterized by sufficient power imbalance to render sexual contact between the parties a breach of the physician's fiduciary obligations, I can only agree that where such a power imbalance exists it matters not what the patient may have done, how seductively she may have dressed, how compliant she may have appeared, or how self-interested her conduct may have been—the doctor will be at fault if sexual exploitation occurs. In the words of a victim of physician sexual exploitation heard by the Task Force, at p. 120: "Abuse is abuse, regardless of the reason the patient walked into the office".

In my opinion those words apply with full force to the relationship between Ms. Norberg and Dr. Wynrib. It matters not that she walked into his office in an attempt to obtain drugs to which she was addicted. Even if that purpose had not been merely symptomatic of her illness, but in some sense immoral, Dr. Wynrib's conduct in exploiting her dependency for his own ends would have in any event constituted a breach of that aspect of his fiduciary obligation enshrined, thousands of years ago, in the words of the Hippocratic Oath: "Whatsoever house I enter, there will I go for the benefit of the sick, refraining from all wrongdoing or cor-

fait de sexualiser cette relation constitue toujours un abus de la confiance du patient et qu'il incombe toujours au médecin d'éviter à tout prix une telle exploitation. Cette façon claire et catégorique d'aborder la question des rapports sexuels entre médecin et patient peut convenir à la réglementation de l'exercice de la profession médicale mais je m'abstiens de me prononcer sur ce sujet épineux. Toutefois, je ne crois pas qu'elle doive servir à déterminer quelles sont les obligations fiduciaires du médecin, étant donné, tout particulièrement, que l'étendue de ces obligations ne peut être établie qu'en fonction des circonstances de chaque cas, compte tenu de l'ampleur du déséquilibre des pouvoirs respectifs et de la vulnérabilité du patient dans le cadre de la relation en cause. Même en privilégiant une approche plus modérée que celle proposée par le groupe de travail lorsqu'il s'agit de déterminer si une relation médecin-patient comporte un déséquilibre des pouvoirs suffisamment important pour que les rapports sexuels entre les parties deviennent un manquement aux obligations fiduciaires du médecin, je suis d'accord pour dire que lorsqu'un tel déséquilibre existe, peu importe ce que le patient a fait ou qu'il se soit vêtu de manière séduisante ou ait pu sembler consentant ou personnellement intéressé, le médecin sera toujours fautif s'il y a exploitation sexuelle. Pour citer ce que dit une victime d'exploitation sexuelle par un médecin, entendue par le groupe de travail (à la p. 120): [TRADUCTION] «l'exploitation est l'exploitation, indépendamment du motif pour lequel le patient consulte le médecin».

Selon moi, ces dires s'appliquent tout à fait aux rapports qui existaient entre M<sup>me</sup> Norberg et le Dr Wynrib. Peu importe que la demanderesse soit allée voir ce médecin dans le but d'obtenir le médicament dont elle était dépendante. Même si la fin poursuivie n'était pas seulement symptomatique de sa maladie, mais était en quelque sorte immorale, le fait que le Dr Wynrib ait tiré avantage de la dépendance de M<sup>me</sup> Norberg à des fins personnelles constituait néanmoins un manquement à l'aspect de l'obligation fiduciaire que prévoit, depuis des milliers d'années, le serment d'Hippocrate: «Dans quelque maison que j'entre, j'y entre-

ruption, and especially from any act of seduction, of male or female, of bond or free.”

rai pour l'utilité des malades, me préserverai de tout méfait volontaire et corrupteur, et surtout de la séduction des femmes et des garçons libres ou esclaves».

a

The matter may appear in clearer perspective if we consider an example from the paradigmatic trust situation—that of a trustee holding a minor's estate. Assume the 14-year-old minor develops an addiction to cocaine. He asks his trustee to supply it out of the trust funds held for him. The trustee does so. Five years later, the youth enters an addiction clinic of his own volition and is successful in controlling his addiction. He sues his trustee for having dissipated his estate. Would equity say that the youth is debarred from claiming damages because of his own illegal or immoral act? I think not. The essence of trust and all fiduciary relationships is that the trustee, the person in power, assumes responsibility for the welfare of the cestui qui trust for matters falling within the scope of the trust relationship. Having assumed that responsibility, the fiduciary cannot rely on the other party's weakness or infirmity as a defence to an action grounded on his failure to discharge his fiduciary duty properly.

L'optique pourrait être plus nette si nous prenons un exemple du paradigme de la situation de confiance: celle d'un tuteur chargé de la gestion des biens d'un mineur. Supposons que le mineur âgé de 14 ans devienne cocaïnoman. Il demande au tuteur de l'approvisionner en prélevant pour lui des fonds sur la somme en fiducie. Le tuteur accède à la demande. Cinq ans plus tard, l'adolescent se rend en clinique de désintoxication de son propre gré et réussit à vaincre sa dépendance. Il poursuit alors le tuteur pour dilapidation de ses biens. Le mineur serait-il empêché, en *equity*, d'obtenir des dommages-intérêts en raison de ses propres actes illégaux ou immoraux? Je ne pense pas. L'essence même du rapport de confiance ou fiduciaire est que le fiduciaire, qui est investi de pouvoirs, assume la responsabilité d'assurer le bien-être du bénéficiaire dans les domaines qui relèvent du rapport de confiance. Ayant assumé cette responsabilité, le fiduciaire ne peut invoquer la faiblesse ou l'incapacité de l'autre partie pour se défendre contre une action fondée sur son défaut de s'acquitter convenablement de son obligation fiduciaire.

g

This brings us to a second objection to treating this case on the basis of breach of fiduciary duty—that nothing that the law would not otherwise accord flows from categorizing the duty as fiduciary; in short, that the fiduciary obligation adds nothing, except perhaps a duty of confidence and non-disclosure, to an action in tort or contract. This appears to have been the view of the majority of the Court of Appeal below, per McEachern C.J. Sopinka J. adopts that same view. Neither authority nor principle is offered in support of this proposition.

Cela nous amène à la deuxième objection à l'application, en l'espèce, du manquement à une obligation fiduciaire qui consiste à dire que le fait de qualifier l'obligation de fiduciaire n'apporterait rien de plus que ce que le droit prévoit par ailleurs. En bref, que l'obligation soit fiduciaire n'ajoute rien, sinon peut-être une obligation de secret et de non-divulgaration, par rapport à une action fondée sur le droit des contrats ou le droit de la responsabilité délictuelle. Tel paraît être le point de vue de la majorité de la Cour d'appel, exprimé par le juge en chef McEachern. Le juge Sopinka adopte le même point de vue. Aucune jurisprudence ni aucun principe juridique n'ont été invoqués à l'appui de cette proposition.

j

What is really at issue here is the scope of the fiduciary obligation. The majority in the Court of Appeal and Sopinka J. would confine it to matters akin to the duty not to disclose confidential information, the situation dealt with in *Lac Minerals Ltd.* If that restriction is accepted, then they are right; there is little reason to refer to it in this case. But I do not think that narrow view of the scope of the fiduciary obligation is correct. Accepting Sopinka J.'s statement for the majority in *Lac Minerals Ltd.* (cited by him at p. 312 of his reasons in this case) that fiduciary obligations "must be reserved for situations that are truly in need of the special protection that equity affords", I assert that the situation at issue in the present case is precisely one that is "truly in need of the special protection that equity affords". The principles alluded to by Wilson J. in *Frame v. Smith* and applied by this Court in its earlier decision in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, are principles of general application, translatable to different situations and the protection of different interests than those hitherto recognized. They are capable of protecting not only narrow legal and economic interests, but can also serve to defend fundamental human and personal interests, as recognized by Wilson J. in *Frame v. Smith*.

If we accept that the principles can apply in this case to protect the plaintiff's interest in receiving medical care free of exploitation at the hands of her physician, as I think we must, then the consequences are most significant. As we have just seen, the defences based on the alleged fault of the plaintiff, so pressing in tort, may carry little weight when raised against the beneficiary of a fiduciary relationship. This is because the fiduciary approach, unlike those based on tort or contract, is founded on the recognition of the power imbalance inherent in the relationship between fiduciary and beneficiary, and to giving redress where that power imbalance is abused. Another consequence that flows from considering the matter on the basis of

La véritable question en litige en l'espèce est l'étendue de l'obligation fiduciaire. La majorité de la Cour d'appel et le juge Sopinka la limiteraient aux questions liées à l'obligation de ne pas divulguer des renseignements confidentiels comme dans l'affaire *Lac Minerals Ltd.* Si cette limite est acceptée, alors ils ont raison de penser qu'il est inutile de l'examiner en l'espèce. Je ne crois pas cependant que cette vision étroite de l'obligation fiduciaire soit juste. Si je reprends l'avis exprimé par le juge Sopinka, au nom de la majorité, dans *Lac Minerals Ltd.* (cité à la p. 312 de ses motifs en l'espèce), selon lequel «on ne doit avoir recours [à l'obligation fiduciaire] que dans les situations où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire», j'estime que les circonstances de la présente affaire constituent justement une situation «où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire». Les principes auxquels le juge Wilson fait allusion dans *Frame c. Smith* et que notre Cour a appliqués dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, sont d'application générale, peuvent être adaptés à différentes situations et peuvent servir à protéger d'autres intérêts que ceux qui ont été reconnus jusqu'à maintenant. Ils peuvent assurer non seulement la protection d'intérêts juridiques et économiques, mais également celle d'intérêts humains et personnels fondamentaux, comme le reconnaît le juge Wilson dans *Frame c. Smith*.

Si nous reconnaissons, comme je crois que nous devons le faire, que ces principes peuvent s'appliquer en l'espèce afin de protéger le droit de la demanderesse d'obtenir des soins médicaux à l'exclusion de toute exploitation par son médecin, il en résulte des conséquences très importantes. Comme nous venons de le voir, les moyens de défense fondés sur le prétendu comportement fautif de la demanderesse, qui revêtent une grande importance en responsabilité délictuelle, peuvent n'avoir que peu d'incidence lorsqu'ils sont opposés au bénéficiaire dans des rapports fiduciaires. Il en est ainsi parce que, contrairement à l'approche fondée sur le droit des contrats ou de la responsabilité délictuelle, le modèle fiduciaire s'appuie sur la recon-



breach of fiduciary obligation may be a more generous approach to remedies, as I will come to presently. Equity has always held trustees strictly accountable in a way the tort of negligence and contract have not. Foreseeability of loss is not a factor in equitable damages. Certain defences, such as mitigation, may not apply.

But the most significant consequence of applying the doctrine of fiduciary obligation to a person in the position of Dr. Wynrib is this. Tort and contract can provide a remedy for a physician's failure to provide adequate treatment. But only with considerable difficulty can they be bent to accommodate the wrong of a physician's abusing his or her position to obtain sexual favours from his or her patient. The law has never recognized consensual sexual relations as capable of giving rise to an obligation in tort or in contract. My colleagues, with respect, strain to conclude the contrary. *La Forest J.* does so by using the contractual doctrine of relief from unconscionable transactions to negate the consent which the plaintiff, as found by the trial judge, undoubtedly gave. The problems inherent in this approach have already been noted. *Sopinka J.*, at p. 317, finds himself tacking damages for the sexual encounters onto the breach of the duty to treat on the ground that "[t]he sexual acts were causally connected to the failure to treat and must form part of the damage suffered by the appellant". But can damages flow from acts the law finds lawful simply on the ground they are "connected" to damages for an actionable wrong? And what of the patient whose medical needs are fully met but who is sexually exploited? On *Sopinka J.*'s reasoning she has no cause of action. These examples underline the importance of treating the consequences of this relationship on the

naissance du déséquilibre des pouvoirs qui est inhérent au rapport liant un fiduciaire et un bénéficiaire et prévoit une réparation en cas d'abus de ce déséquilibre des pouvoirs. En outre, l'analyse sous l'angle du manquement à une obligation fiduciaire peut également impliquer une approche plus généreuse en matière de réparation, ce dont je ferai état ci-après. Contrairement au droit applicable en matière de négligence et au droit des contrats, l'*equity* a toujours imputé une responsabilité plus stricte au fiduciaire. La prévisibilité de la perte n'est pas un facteur pertinent dans l'octroi de dommages-intérêts en *equity*. Certains moyens de défense, comme la limitation du dommage, peuvent ne pas s'appliquer.

Toutefois, la principale conséquence de l'application de la théorie de l'obligation fiduciaire à une personne se trouvant dans la situation du Dr Wynrib est la suivante: le droit de la responsabilité délictuelle et le droit des contrats prévoient une réparation pour le défaut du médecin de fournir un traitement adéquat. Mais ce n'est qu'avec grande difficulté que ces règles peuvent être adaptées pour sanctionner la faute du médecin qui tire avantage de sa situation pour obtenir les faveurs sexuelles d'un(e) patient(e). Il n'a jamais été admis en droit que des rapports sexuels librement consentis de part et d'autre pouvaient faire naître une obligation en matière délictuelle ou contractuelle. Mes collègues s'efforcent pourtant de démontrer le contraire. Le juge *La Forest* s'appuie sur la théorie contractuelle des opérations iniques pour annuler le consentement que la demanderesse a de toute évidence donné, selon le juge de première instance. Les difficultés inhérentes à cette approche ont déjà été mentionnées. Pour sa part, le juge *Sopinka* se trouve, à la p. 317, à lier les dommages-intérêts accordés pour les rapports sexuels à un manquement à l'obligation de fournir un traitement adéquat pour le motif qu'«[i]l y a eu un lien causal entre les actes sexuels et l'omission de traiter et ces actes sexuels doivent faire partie du préjudice subi par l'appelante». Or, des actes qui ne sont pas illicites peuvent-ils donner lieu à des dommages-intérêts pour le seul motif qu'il existe un

footing of what it is—a fiduciary relationship—rather than forcing it into the ill-fitting molds of contract and tort. Contrary to the conclusion of the court below, characterizing the duty as fiduciary does add something; indeed, without doing so the wrong done to the plaintiff can neither be fully comprehended in law nor adequately compensated in damages.

A third objection raised to viewing the relationship between Dr. Wynrib and Ms. Norberg as fiduciary is that it will open the floodgates to unfounded claims based on the abuse of real or perceived inequality of power. The spectre is conjured up of a host of actions based on exploitation—children suing parents, wives suing husbands, mistresses suing lovers, all for abuse of superior power. The answer to this objection lies in defining the ambit of the fiduciary obligation in a way that encompasses meritorious claims while excluding those without merit. The prospect of the law's recognizing meritorious claims by the powerless and exploited against the powerful and exploitive should not alone serve as a reason for denying just claims. This Court has an honourable tradition of recognizing new claims of the disempowered against the exploitive: see, for example, *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834 (constructive trust benefiting "common law" wife whose husband had been unjustly enriched); *Guerin, supra* (aboriginal people the beneficiaries of fiduciary relationship with the Crown, which consequently has obligations with respect to dealings with land subject to aboriginal title); and *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852 (expert evidence on the psychological effects of battered wife syn-

«lien causal» avec des dommages-intérêts découlant d'une faute qui confère un droit d'action? Et qu'en est-il de la patiente à qui des soins médicaux appropriés sont fournis mais qui est néanmoins victime d'exploitation sexuelle? Suivant le raisonnement du juge Sopinka, cette patiente n'a aucune cause d'action. Ces exemples démontrent qu'il est important d'analyser les conséquences de la relation en cause en fonction de ce qu'elle est vraiment, savoir un rapport fiduciare, au lieu de la forcer dans le moule inadapté du droit des contrats et du droit de la responsabilité délictuelle. Contrairement à l'avis des tribunaux d'instance inférieure, le fait de qualifier l'obligation de fiduciare apporte quelque chose, car faute de le faire, le tort fait à la demanderesse ne peut être entièrement analysé en droit ni donner lieu à des dommages-intérêts suffisants.

La troisième objection à la qualification de la relation entre le Dr Wynrib et M<sup>me</sup> Norberg de rapport fiduciare est qu'une telle conclusion susciterait une avalanche de demandes non fondées concernant des abus de pouvoir découlant d'une inégalité réelle ou perçue comme telle. On agite le spectre d'une multitude d'actions fondées sur l'exploitation: les enfants poursuivant leurs parents, les épouses leurs maris, des amants leurs partenaires, et ce, sur le fondement d'un abus imputable au déséquilibre des pouvoirs. Cette objection peut être repoussée en déterminant la portée de l'obligation fiduciare de manière à inclure les demandes fondées et à exclure les demandes non fondées. La possibilité que le droit reconnaisse des demandes fondées formulées par les faibles et les exploités contre les puissants et les exploités ne devrait pas justifier, à elle seule, le rejet de demandes justes. Notre Cour s'est honorée dans la reconnaissance de revendications nouvelles présentées par des démunis contre l'exploitation, comme, par exemple, dans *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834 (fiducie par interprétation au profit d'une femme dont le «conjoint de fait» s'était injustement enrichi), *Guerin*, précité (peuples autochtones bénéficiaires dans un rapport fiduciare avec l'État, qui a par conséquent certaines obligations

drome admissible for the purposes of establishing defence of self-defence).

The criteria for the imposition of a fiduciary duty already enunciated by this Court in cases such as *Frame*, *Lac Minerals* and *Guerin* provide a good starting point for the task of defining the general principles which determine whether such a relationship exists. As we have seen, an imbalance of power is not enough to establish a fiduciary relationship. It is a necessary but not sufficient condition. There must also be the potential for interference with a legal interest or a non-legal interest of "vital and substantial 'practical' interest." And I would add this. Inherent in the notion of fiduciary duty, inherent in the judgments of this Court in *Guerin* and *Canson*, is the requirement that the fiduciary have assumed or undertaken to "look after" the interest of the beneficiary. As I put it in *Canson* at p. 543, quoting from this Court's decision in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, *supra*, at p. 606, "[t]he freedom of the fiduciary is diminished by the nature of the obligation he or she has undertaken—an obligation which "betokens loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest"". It is not easy to bring relationships within this rubric. Generally people are deemed by the law to be motivated in their relationships by mutual self-interest. The duties of trust are special, confined to the exceptional case where one person assumes the power which would normally reside with the other and undertakes to exercise that power solely for the other's benefit. It is as though the fiduciary has taken the power which rightfully belongs to the beneficiary on the condition that the fiduciary exercise the power entrusted exclusively for the good of the beneficiary. Thus the trustee of an estate takes the financial power that would normally reside with the beneficiaries and must exercise those powers in their stead and for their exclusive benefit. Similarly, a physician takes the power which a patient nor-

quant aux opérations relatives à des terres visées par un titre aborigène) et *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852 (témoignage d'expert sur les conséquences psychologiques du syndrome de la femme battue jugé recevable aux fins d'établir un moyen de défense de légitime défense).

Notre Cour a déjà énoncé les critères applicables à l'imposition de l'obligation fiduciaire, notamment dans *Frame*, *Lac Minerals* et *Guerin*, précités, et leur examen constitue un bon point de départ pour déterminer quels principes généraux s'appliquent pour établir l'existence d'un rapport fiduciaire. Comme nous l'avons vu, le déséquilibre des pouvoirs ne suffit pas nécessairement pour établir l'existence d'un rapport fiduciaire. Il s'agit d'une condition nécessaire mais non suffisante. Il faut également la possibilité d'atteinte à un intérêt juridique ou à un intérêt non juridique «pratique» vital et important». J'ajouterais ceci: la notion d'obligation fiduciaire et les jugements de notre Cour dans *Guerin* et *Canson*, précités, impliquent que le fiduciaire doit s'être engagé à «protéger» l'intérêt du bénéficiaire. Comme je le dis, à la p. 543 de l'arrêt *Canson*, en citant l'arrêt de notre Cour *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, à la p. 606, «[l]a personne soumise à une obligation fiduciaire voit sa liberté restreinte par la nature de l'obligation qu'elle a assumée, savoir une obligation qui «commande (. . .) la loyauté, la bonne foi et l'absence de conflits d'intérêts et d'obligations»». Il n'est pas facile de faire entrer une relation dans cette catégorie. En règle générale, il est présumé, en droit, que les rapports entre les personnes sont motivés par leurs intérêts personnels réciproques. Les obligations fiduciaires sont particulières et se limitent aux cas exceptionnels où une personne assume un pouvoir qui devrait normalement appartenir à l'autre et s'engage à exercer ce pouvoir uniquement au bénéfice de l'autre. C'est comme si le fiduciaire s'appropriait le pouvoir qui appartient au bénéficiaire à la condition de l'exercer uniquement pour le bien du bénéficiaire. Ainsi, le fiduciaire qui administre un patrimoine est investi du pouvoir financier qui appartiendrait normalement au bénéficiaire et doit

mally has over her body, and which she cedes to him for purposes of treatment. The physician is pledged by the nature of his calling to use the power the patient cedes to him exclusively for her benefit. If he breaks that pledge, he is liable.

In summary, the constraints inherent in the principles governing fiduciary relationships belie the contention that the recognition of a fiduciary obligation in this case will open the floodgates to unmeritorious claims. Taking the case at its narrowest, it is concerned with a relationship which has long been recognized as fiduciary—the physician-patient relationship; it represents no extension of the law. Taking the case more broadly, with reference to the general principles governing fiduciary obligations, it is seen to fall within principles previously recognized by this Court, and again represents no innovation. In so far as application of those principles in this case might be argued to give encouragement to new categories of claims, the governing principles offer assurance against unlimited liability while at the same time promising a greater measure of justice for the exploited.

I conclude that the wrong suffered by the plaintiff falls to be considered under the rubric of breach of fiduciary duty. The duty is established, as is the breach. The plaintiff is entitled to succeed against Dr. Wynrib and to recover the appropriate damages at equity.

### Damages

The question of damages for breach of fiduciary obligation, albeit in a different context, was recently canvassed in *Canson, supra*. While the reasoning of the two main opinions diverges on the question of the extent to which analogy to tort should have limited liability in the circumstances of that case, all agreed in the result. All agreed as well that the flexible remedies of equity, such as

exercer ce pouvoir à sa place et à son seul bénéfice. Par analogie, le médecin prend le pouvoir qu'un patient exerce habituellement sur son corps et que le patient lui confie aux fins du traitement.

<sup>a</sup> Le médecin est tenu, par la nature de son mandat, d'exercer le pouvoir dont le patient l'investit uniquement au bénéfice de ce dernier. S'il manque à cette obligation, il engage sa responsabilité.

<sup>b</sup>

En résumé, les contraintes inhérentes aux principes régissant les rapports fiduciaires interdisent d'affirmer que la reconnaissance d'une obligation fiduciaire en l'espèce entraînerait une avalanche de demandes non fondées. Suivant l'interprétation la plus étroite, la présente affaire porte sur un rapport depuis longtemps reconnu comme un rapport fiduciaire, la relation médecin-patient; ce n'est pas une extension du droit applicable. Si la présente affaire est abordée plus globalement, en faisant appel aux principes généraux qui régissent les obligations fiduciaires, on voit qu'elle relève de principes déjà établis par notre Cour et, à nouveau, il n'en découle aucune innovation. En ce qui concerne l'argument selon lequel l'application de ces principes à la présente affaire favoriserait l'apparition de nouvelles catégories de demandes, les principes applicables offrent une protection contre la responsabilité illimitée tout en assurant une justice accrue aux personnes victimes d'exploitation.

<sup>c</sup>

<sup>d</sup>

<sup>e</sup>

<sup>f</sup>

<sup>g</sup>

<sup>h</sup>

Je conclus que le préjudice subi par la demanderesse doit être examiné sous l'angle du manquement à une obligation fiduciaire. L'obligation, comme le manquement, sont établis. La demanderesse doit avoir gain de cause contre le Dr Wynrib et doit obtenir des dommages-intérêts adéquats sur le fondement de l'*equity*.

### Dommages-intérêts

La question des dommages-intérêts auxquels donne droit le manquement à une obligation fiduciaire a récemment été examinée, quoique dans un contexte différent, dans l'affaire *Canson*, précitée. Même si le raisonnement à la base des deux principaux avis exprimés diffère quant à la question de savoir dans quelle mesure l'analogie avec la responsabilité délictuelle devait s'appliquer dans cette

constructive trust, account, tracing and equitable compensation, must continue to be available and to be moulded to meet the requirements of fairness and justice in specific situations. Equitable remedies, as La Forest J. asserted for the majority, should not be confined within the strictures of previous situations. Where new remedies are required, equity will recognize them.

In the case at bar, unlike in *Canson*, the question of an equivalent remedy in tort does not really arise. The action for breach of fiduciary relationship is broader in scope than any action which might be available in tort. Unlike tort, it is capable of recognizing the wrong of sexual exploitation by a fiduciary as a breach of the power entrusted to him. Moreover, it can be questioned whether, in the circumstances of this case, any action in tort lies, given that tort looks on parties at arm's length and applies defences which may well, as found in the courts below, deprive the plaintiff of her right of action. The action for breach of a fiduciary relationship is also broader than the action for breach of contract, which is confined to failure to provide proper medical treatment and does not extend to procuring sexual relations through abuse of the physician's power. In so far as the action concerns medical malpractice, principles of assessment of damages in contract and tort may be of assistance, at least by analogy. In so far as it concerns wrongful sexual exploitation, we enter into the exclusive terrain of equity.

It therefore seems appropriate in this case to assess damages according to the principles which generally govern damages for breach of fiduciary duty, having regard to the admonition in *Canson* that the remedy awarded need not be confined to

affaire, tous les juges se sont entendus sur l'issue. Tous ont convenu en effet que les redressements souples de l'*equity*, tels les fiducies par interprétation, la reddition de compte, le droit de suite et l'indemnisation, doivent être maintenus et façonnés de manière à satisfaire aux exigences de l'équité et de la justice dans des situations précises. Comme le précise le juge La Forest au nom de la majorité, les redressements fondés sur l'*equity* ne doivent pas être confinés dans le carcan du passé. Lorsque de nouveaux redressements s'imposent, l'*equity* doit les reconnaître.

En l'espèce, contrairement à *Canson*, la question de l'existence d'un redressement équivalent selon la responsabilité délictuelle ne se pose pas vraiment. L'action fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire a une portée plus large que toute action en responsabilité délictuelle. Contrairement à cette dernière, elle permet de reconnaître la faute que constitue l'exploitation sexuelle par un fiduciaire comme un manquement au pouvoir qui lui est confié. De plus, on peut se demander si, compte tenu des circonstances de l'espèce, le droit de la responsabilité délictuelle confère un recours, étant donné qu'il tient pour acquis que les parties n'ont aucun lien de dépendance entre elles et qu'il prévoit des moyens de défense qui pourraient priver la demanderesse de son droit d'action, comme l'ont fait les tribunaux d'instance inférieure. L'action fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire est également plus étendue que l'action en inexécution de contrat qui vise le cas d'omission de fournir un traitement médical approprié, et non l'abus de pouvoir, par le médecin, en vue d'obtenir des services sexuels. Dans les cas de faute professionnelle, les principes d'évaluation du préjudice subi selon le droit des contrats ou de la responsabilité délictuelle peuvent être utiles, à tout le moins par analogie. Toutefois, un cas d'exploitation sexuelle relève du domaine exclusif de l'*equity*.

En conséquence, il semble juste, en l'espèce, d'évaluer les dommages-intérêts selon les principes applicables habituellement aux cas de manquement à une obligation fiduciaire, sans oublier la mise en garde, dans *Canson*, selon laquelle la répa-

that given in previous situations if the requirements of fairness and justice demand more, and that reference to the principles of assessment in contract and tort may be of assistance in so far as they are relevant.

As discussed in *Canson*, the goal of equity is to restore the plaintiff as fully as possible to the position he or she would have been in had the equitable breach not occurred: per La Forest J. at p. 577. Traditionally, equity made the defaulting trustee who had mismanaged a fund, for example, restore the entire fund, and would not countenance deductions for market fluctuation or failure of the beneficiary to mitigate or take appropriate care, as would the law of tort or contract. This is not a case where the traditional equitable remedies of restitution and account are available. Restoration *in specie* is not possible. And the plaintiff's loss is not economic. Where these remedies are not available, equity awards compensation in their stead: see *Canson, supra* at pp. 574-75. In awarding damages the same generous, restorative remedial approach, which stems from the nature of the obligation in equity, applies. The fiduciary, being the person with the advantage of power, assumes full responsibility and cannot be heard to complain that the victim of his or her abuse cooperated in his or her defalcation or failed to take reasonable care for his or her own interests.

From the principles I turn to the facts. Dr. Wynrib's breach of his duty to Ms. Norberg caused the following losses or injuries to her: (1) prolongation of her addiction; and (2) sexual violation.

Ms. Norberg's period of addiction was prolonged from the time he ought reasonably to have known that she was addicted to the time she left his care and sought help for her addiction on her own. That is a period of at least two and one-half years. The evidence establishes, and this is fully in accordance with the medical literature, that Ms. Norberg's addiction to Fiorinal was a very traumatic and damaging experience. She was desperate

ration accordée ne se limite pas nécessairement à ce qui a été accordé dans d'autres affaires lorsque l'équité et la justice exigent davantage, et l'application des principes d'évaluation en matières contractuelle et délictuelle dépend de leur pertinence.

Comme l'indique *Canson*, l'*equity* vise à remettre, autant que possible, le demandeur dans la situation où il se serait trouvé n'eût été le manquement à cette obligation: le juge La Forest, à la p. 577. Traditionnellement, l'*equity* a obligé le fiduciaire en défaut qui par exemple a mal géré des fonds, à les remettre intégralement mais n'admet aucune déduction pour les fluctuations du marché ou l'omission du bénéficiaire de limiter le dommage ou de prendre les mesures appropriées, comme le ferait le droit en matière délictuelle ou contractuelle. Il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'un cas où la restitution et la reddition de compte, des redressements traditionnels de l'*equity*, pourraient être accordés. La restitution en nature n'est pas possible, et la perte subie par la demanderesse n'est pas financière. Lorsque ces redressements ne peuvent être accordés, l'*equity* commande l'indemnisation; voir *Canson*, précité, aux pp. 574 et 575. Aux fins de l'octroi de dommages-intérêts, il convient d'appliquer la même approche généreuse et compensatrice qui découle de la nature même de l'obligation en *equity*. La personne qui a l'avantage du pouvoir, le fiduciaire, assume l'entière responsabilité et ne peut faire valoir que la victime a collaboré au détournement ou a omis de protéger adéquatement ses propres intérêts.

Après les principes, j'aborde les faits. Le manquement du Dr Wynrib à son obligation envers M<sup>me</sup> Norberg lui a causé les pertes ou préjudices suivants: (1) la prolongation de la dépendance et (2) l'exploitation sexuelle.

La pharmacodépendance de M<sup>me</sup> Norberg a été prolongée du moment où le médecin aurait dû raisonnablement savoir qu'elle souffrait de dépendance, jusqu'au moment où celle-ci a cessé de le consulter et a pris d'elle-même des mesures pour en finir avec sa dépendance. Elle a été prolongée d'au moins deux ans et demi. La preuve, qui concorde en tous points avec la documentation médicale sur le sujet, démontre que la dépendance de

for the drug, desperate enough to engage in sexual activity with Dr. Wynrib which she clearly found repugnant and degrading. Her testimony with respect to the occasion when she went to Dr. Wynrib to ask for help in ending her drug use gives some idea of the character of her addiction:

I quit my job in February of 1985, and I remember I had gone in to see him. I was getting really depressed and I no longer had the money now to buy all the drugs that I had been off of the street, and it was just getting harder to get the pills.

... I remember telling him that I needed help. ...

It will be recalled that Dr. Wynrib's response to this cry for help was to tell her to just quit, and then to continue to supply her with drugs in exchange for sexual favours. The evidence supports the conclusion that had Dr. Wynrib advised Ms. Norberg to seek treatment for her addiction, she would have done so and would have been successfully treated.

The evidence amply attests to the misery and desperation of Ms. Norberg during the period during which her addiction was prolonged by Dr. Wynrib's failure to offer the appropriate medical treatment. Part of this, her sexual degradation, must be discounted under this head, since I have considered it independently. Taking this into account, I would award an additional \$20,000 for suffering and loss during the period of prolonged addiction for which Dr. Wynrib was responsible.

Second, Ms. Norberg suffered repeated sexual abuse at the hands of Dr. Wynrib. As the trial judge found, she did not want to have sexual relations with Dr. Wynrib. She submitted only because it was the only way to get the drug she desperately craved, and the deprivation of which plunged her into what was described by Dr. Fleming of the Department of Psychiatry, Faculty of Medicine,

M<sup>me</sup> Norberg à l'égard du Fiorinal était une expérience à la fois très traumatisante et préjudiciable. Elle avait un besoin désespéré de médicament, désespéré au point d'avoir des rapports sexuels avec le D<sup>r</sup> Wynrib même si cela lui semblait répugnant et dégradant. Son témoignage relatif à l'épisode où elle est allée demander au D<sup>r</sup> Wynrib de l'aider à mettre fin à sa pharmacodépendance est révélateur de la nature de cette dépendance:

[TRADUCTION] J'ai quitté mon emploi en février 1985 et je me souviens d'être allée le consulter. J'étais de plus en plus déprimée et je n'avais plus d'argent pour me procurer des comprimés sur le marché noir, et il devenait de plus en plus difficile de s'en procurer.

... je me souviens lui avoir dit que j'avais besoin d'aide ...

Rappelons que, en réponse à cette demande de secours, le D<sup>r</sup> Wynrib lui a simplement dit de cesser de prendre des comprimés, puis qu'il a continué à l'approvisionner en échange de rapports sexuels. Il ressort de la preuve que, si le D<sup>r</sup> Wynrib avait recommandé à M<sup>me</sup> Norberg de suivre un traitement, elle l'aurait fait et qu'un traitement aurait réussi.

La preuve démontre amplement que M<sup>me</sup> Norberg souffrait et était désespérée pendant la période où sa dépendance s'est prolongée en raison de l'omission du D<sup>r</sup> Wynrib de lui prescrire le traitement médical approprié. L'humiliation sexuelle ne doit cependant pas être prise en considération sous ce chef de dommages, puisque j'en tiens compte de manière distincte. Par conséquent, j'accorderais des dommages-intérêts supplémentaires de 20 000\$ pour perte et souffrance pendant la prolongation de la dépendance imputable au D<sup>r</sup> Wynrib.

Deuxièmement, M<sup>me</sup> Norberg a été victime, à plusieurs reprises, d'abus sexuel de la part du D<sup>r</sup> Wynrib. Comme le fait remarquer le juge de première instance, elle ne souhaitait pas avoir de rapports sexuels avec le médecin. Elle a cédé à ses avances parce que c'était le seul moyen de se procurer le médicament dont elle avait un besoin impérieux, car le fait d'être privée de comprimés

University of British Columbia, as the “extremely unpleasant experience” of withdrawal. Her addiction was such that (again in the words of Dr. Fleming):

... she wished to obtain a supply at any cost, and was willing to compromise her beliefs concerning appropriate behaviour in order to obtain supply. In the absence of dependence on and tolerance to Fiorinal it is my impression that Ms. Norberg would not have consented to have any social or sexual activity with Dr. Wynrib.

The evidence is clear that Ms. Norberg found the sexual contact degrading and dehumanizing. She avoided it for as long as she could, leaving Dr. Wynrib's care when he first suggested it. When desperation drove her back, she submitted only when her addiction rendered it absolutely necessary. The repeated sexual encounters caused her humiliation and robbed her of her dignity. The pain of those encounters will probably remain with her all her life; Ms. Norberg testified that she thinks about the events daily, that her recollections are an unhappy reminder of her addiction and desperation. When her son was born, she felt that she did not deserve to have her baby because of what she had done with Dr. Wynrib. While the sexual encounters lack the violence of rape, the pain may be just as great because of its insidious psychological overtones. The rape victim may not, although she unfortunately often does, feel guilt. Ms. Norberg, however inevitable and excusable her participation in this activity, clearly does suffer guilt, even years after the events. The evidence suggests her self-esteem has been vitally and perhaps permanently damaged. These *sequelae*, as *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients* (at pp. 84-85) makes disturbingly clear, are all too typical of victims of sexual exploitation by physicians.

s'apparentait, selon le D<sup>r</sup> Fleming du département de psychiatrie de la faculté de médecine de l'université de la Colombie-Britannique, à l'«expérience extrêmement déplaisante» que constitue le sevrage. Le D<sup>r</sup> Fleming ajoute ce qui suit:

[TRADUCTION] ... sa dépendance était telle qu'elle voulait se procurer des médicaments à tout prix et qu'elle était disposée à mettre de côté ses principes de comportement. Il me semble que, si M<sup>me</sup> Norberg n'avait eu ni dépendance ni tolérance à l'égard du Fiorinal, elle n'aurait jamais accepté des activités sociales ou sexuelles avec le D<sup>r</sup> Wynrib.

La preuve révèle clairement que M<sup>me</sup> Norberg considérait que les rapports sexuels en cause étaient dégradants et déshumanisants. Elle les a évités tant qu'elle a pu, quittant le cabinet du D<sup>r</sup> Wynrib lorsque ce dernier y a fait allusion pour la première fois. Lorsque le désespoir l'a ramenée au cabinet du médecin, elle a acquiescé à sa demande seulement parce que sa dépendance l'obligeait à le faire. Les rapports sexuels répétés l'ont humiliée et ont porté atteinte à sa dignité. La souffrance ressentie demeurera probablement en elle toute sa vie; M<sup>me</sup> Norberg a déposé qu'elle pense à ces événements tous les jours et que ses souvenirs lui rappellent l'époque malheureuse de sa dépendance et de son désespoir. À la naissance de son fils, elle se sentait indignée d'être mère à cause de ce qu'elle avait fait avec le D<sup>r</sup> Wynrib. Même si les rapports sexuels n'ont pas été empreints de la violence propre au viol, la souffrance peut être tout aussi importante en raison des conséquences psychologiques insidieuses qui en découlent. La victime de viol n'a pas à se sentir coupable, même si c'est malheureusement souvent le cas. Pour sa part, même si sa participation aux rapports sexuels était inévitable et excusable, M<sup>me</sup> Norberg se sent manifestement coupable; même plusieurs années plus tard. Selon la preuve, les événements ont porté atteinte, de manière substantielle, et peut-être irréversible, à son estime de soi. Comme le précise de manière troublante le *Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients* (aux pp. 84 et 85), ces séquelles sont malheureusement monnaie courante chez les victimes d'exploitation sexuelle par un médecin.



My colleague La Forest J. refers to a number of decisions which have considered the quantum of damages for rape and sexual assault. While one must be cautious in making such comparisons, particularly given the somewhat arbitrary basis upon which damages have been assessed in some sexual assault cases, I find the trauma caused to Ms. Norberg as a consequence of the sexual acts in many respects similar to that in *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (B.C.S.C.). There the plaintiff, a minor, was assaulted a number of times over a seven-year period by the defendant, an elderly friend of her grandfather. As here, the acts consisted of kissing, fondling and attempted intercourse. The defendant also caused the plaintiff to undress and be photographed. As a result, the plaintiff suffered lasting psychological trauma, including a diminished sense of self-worth and difficulty in forming intimate relationships. Wood J., as he then was, awarded general damages in the sum of \$40,000. Ms. Norberg has suffered similar consequential trauma, but bearing in mind the shorter period during which the sexual abuse occurred here, I would award \$25,000 in damages for sexual exploitation.

Finally, this is in my opinion an appropriate case in which to make an award of punitive damages. In so far as reference to tort principles may be appropriate I note that punitive damages have been awarded in several sexual assault cases: see, for example, *Myers v. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604 (Sask. Q.B.) (\$40,000); *Harder v. Brown*, *supra* (\$10,000).

Quite apart from analogies with tort, punitive (or exemplary) damages are available with respect to breaches of fiduciary duty, and in particular for breaches of the sort exemplified by this case. In *W.(B.) v. Mellor*, [1989] B.C.J. No. 1393 (S.C.)

Mon collègue le juge La Forest mentionne un certain nombre de décisions qui ont examiné la question du montant des dommages-intérêts accordés dans les cas de viol et d'agression sexuelle. Il convient d'être prudent dans de telles comparaisons, étant donné, tout particulièrement, le fondement assez arbitraire du montant des dommages-intérêts dans certains cas d'agression sexuelle. J'estime cependant que le traumatisme infligé à M<sup>me</sup> Norberg par suite des rapports sexuels en cause est, à plusieurs égards, similaire à l'affaire *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (C.S.C.-B.). Dans cette affaire, la demanderesse, qui était mineure, avait été agressée sexuellement un certain nombre de fois par le défendeur, un vieil ami de son grand-père, au cours d'une période de sept ans. Comme en l'espèce, il s'agissait de baisers, de caresses et de tentatives de rapports sexuels. Le défendeur avait également exigé de la demanderesse qu'elle se déshabille et il l'avait photographiée. La demanderesse avait souffert d'un traumatisme psychologique durable, y compris une perte d'estime de soi et une difficulté à établir des relations intimes. Le juge Wood (tel était alors son titre) a accordé des dommages-intérêts généraux au montant de 40 000\$. M<sup>me</sup> Norberg a subi un traumatisme indirect similaire, mais comme la durée de l'exploitation a été moins longue, je suis d'avis d'accorder 25 000\$ à titre de dommages-intérêts au chapitre de l'exploitation sexuelle.

Enfin, j'estime qu'il y a lieu, en l'espèce, d'octroyer des dommages-intérêts punitifs. Dans la mesure où l'application des principes du droit de la responsabilité délictuelle est opportune, je constate que des dommages-intérêts punitifs ont été octroyés dans un certain nombre de cas d'agression sexuelle, notamment dans *Myers c. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604 (B.R. Sask.) (40 000\$) et dans *Harder c. Brown*, précité (10 000\$).

Indépendamment de toute analogie avec la responsabilité délictuelle, des dommages-intérêts punitifs (ou exemplaires) peuvent être accordés dans des cas de manquement à une obligation fiduciaire et, en particulier, dans des cas du type de la

(QL Systems) to which La Forest J. refers in his judgment (at pp. 252-53) a doctor was held to be in breach of his fiduciary duty when he engaged in an exploitive sexual relationship with his patient. McKenzie J. awarded the plaintiff \$15,000 in punitive damages. If further authority is needed for the proposition reference can be made to the decision of Callaghan A.C.J.H.C. in *Szarfer v. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663 (Ont. H.C.), a case in which a lawyer was found to be in breach of his fiduciary duty to his client when he embarked upon a sexual relationship with his client's wife. Although Callaghan A.C.J.H.C. did not find the defendant's conduct sufficiently high handed and arrogant to warrant awarding punitive damages in the circumstances of that case, it is clear from his analysis of the issue (found at pp. 680-81) that he saw no bar to an award of punitive damages for a breach of fiduciary duty.

I find Ellis' statement, found in his text *Fiduciary Duties in Canada*, at p. 20-24, as to the circumstances which will constitute the conditions precedent for awarding punitive damages for a breach of fiduciary duty both helpful and applicable to the facts of this case:

Where the actions of the fiduciary are purposefully repugnant to the beneficiary's best interests, punitive damages are a logical award to be made by the Court. This award will be particularly applicable where the impugned activity is motivated by the fiduciary's self-interest.

I do not think it can be seriously questioned that Dr. Wynrib's activities were both purposefully repugnant to Ms. Norberg's best interests, and motivated entirely by his own self-interest.

Punitive damages are awarded, not for the purpose of compensating the victim for her loss, but with a view to punishing the wrongdoer and deterring both him and others from engaging in similar

présente affaire. Dans *W.(B.) c. Mellor*, [1989] B.C.J. n° 1393 (C.S.) (QL Systems), que le juge La Forest mentionne dans ses motifs (aux pp. 252 et 253), on a statué que le médecin avait manqué à son obligation fiduciaire en ayant avec sa patiente des rapports sexuels équivalant à de l'exploitation. Le juge McKenzie a accordé à la demanderesse des dommages-intérêts punitifs de 15 000\$. Si besoin est, d'autres arrêts au même effet peuvent être cités, comme la décision du juge en chef associé Callaghan dans *Szarfer c. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663 (H.C. Ont.), qui a conclu qu'un avocat avait manqué à son obligation fiduciaire envers un client en ayant des rapports sexuels avec l'épouse de ce dernier. Même s'il n'a pas jugé que le comportement du défendeur était suffisamment autoritaire et arrogant pour justifier l'octroi de dommages-intérêts punitifs dans les circonstances de l'espèce, il ressort clairement de son analyse de la question en litige (aux pp. 680 et 681) que le juge en chef associé Callaghan ne voyait aucun empêchement à l'octroi de dommages-intérêts punitifs en cas de manquement à une obligation fiduciaire.

J'estime que le point de vue exprimé par Ellis à la p. 20-24 de son ouvrage intitulé *Fiduciary Duties in Canada*, quant aux circonstances qui justifient l'octroi de dommages-intérêts punitifs en cas de manquement à une obligation fiduciaire, est à la fois utile et applicable aux faits de la présente espèce:

[TRADUCTION] Lorsque les actes du fiduciaire sont, à dessein, contraires aux meilleurs intérêts du bénéficiaire, il est logique d'octroyer des dommages-intérêts punitifs. Tel est particulièrement le cas lorsque les actes reprochés ont été motivés par l'intérêt personnel du fiduciaire.

Je ne crois pas que l'on puisse sérieusement mettre en doute le fait que les actes du Dr Wynrib aient été à la fois délibérément contraires aux meilleurs intérêts de M<sup>me</sup> Norberg et entièrement fondés sur l'intérêt personnel du médecin.

Les dommages-intérêts punitifs ont pour but non pas d'indemniser la victime, mais de punir l'auteur du préjudice et de dissuader ce dernier, ainsi que tout autre, d'accomplir de tels actes à l'avenir. Le

conduct in the future. Dr. Wynrib's conduct is sufficiently reprehensible and offensive to common standards of decency to render him liable to such a punitive award. While, given his age, it is unlikely that such damages will have much utility in terms of specific deterrent effect, concerns for general deterrence militate in favour of their being granted. The Report of the Task Force of the Ontario College of Physicians and Surgeons makes it clear that the sexual exploitation of patients by physicians is more widespread than it is comfortable to contemplate. Its damaging effects extend not only to those persons who are directly harmed, but also to the image of the profession as a whole and the community's trust in physicians to act in our best interests. In this context punitive damages may serve to reinforce the high standard of conduct which the fiduciary relationship between physicians and patients demands be honoured. This is completely in keeping with the law's role in protecting beneficiaries and promoting fiduciary relationships through the strict regulation of the conduct of fiduciaries: on this point see Frankel, *supra* at p. 816. An award of punitive damages in the present case would signal the community's disapprobation of the sexual exploitation of vulnerable patients, and for that reason ought to be made.

In considering the quantum of punitive damages I find the decision of Osborn J. in *Myers v. Haroldson*, *supra*, of some assistance. In that case the plaintiff had been violently raped by a man who was a stranger to her. Punitive damages in the amount of \$40,000 were awarded against the defendant for the following reasons:

- (1) his conduct was worthy of punishment;
- (2) sexual assault is prevalent in our society and there is a consequent need for deterrence;

comportement du Dr Wynrib est suffisamment répréhensible et contraire aux normes habituelles de la décence pour justifier l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Même si, en raison de son âge, il est peu probable que cela ait quelque effet dissuasif à son égard, la nécessité d'une dissuasion générale milite en faveur de dommages-intérêts punitifs. Il ressort clairement du rapport du groupe de travail mandaté par l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario que l'exploitation sexuelle de patients par des médecins est plus répandue qu'on ne veut bien le croire. Le préjudice infligé vise non seulement les personnes qui en sont directement victimes, mais porte également atteinte à l'image du corps médical dans son ensemble ainsi qu'à la confiance collective que les médecins agissent au mieux de nos intérêts. Dans un tel contexte, l'octroi de dommages-intérêts punitifs peut renforcer la norme de conduite élevée qu'exige le rapport fiduciaire qui est établi entre le médecin et son patient. Un tel octroi est tout à fait compatible avec la mission qu'a le droit de protéger les bénéficiaires et de favoriser les rapports fiduciaires en régissant de manière stricte la conduite des fiduciaires; voir, à ce sujet, Frankel, précité, à la p. 816. Des dommages-intérêts punitifs dans la présente affaire traduiraient la désapprobation sociale de l'exploitation sexuelle de patients en situation de vulnérabilité, et c'est pourquoi ils sont justifiés.

En ce qui concerne le montant des dommages-intérêts punitifs, la décision du juge Osborn dans *Myers c. Haroldson*, précité, fournit des indications utiles. Dans cette affaire, la demanderesse avait été brutalement violée par un inconnu. Le défendeur a été condamné au paiement de dommages-intérêts punitifs de 40 000\$, pour les motifs suivants:

- (1) la conduite du défendeur justifiait une punition;
- (2) les agressions sexuelles sont fréquentes de nos jours, et il importe de dissuader les éventuels agresseurs;

- |  |   |
|--|---|
| <p>(3) his conduct was not only morally offensive, but also cold and calculating;</p> <p>(4) his conduct was arrogant and callous, and without concern for the consequences to his victim; and,</p> <p>(5) the victim's life was threatened in the course of the assault, and a child was born nine months later, whose paternity is consequently in question.</p> | <p>(3) la conduite du défendeur était non seulement immorale, mais également froide et calculée;</p> <p>(4) sa conduite avait été arrogante et impitoyable et indifférente à l'égard des conséquences pour la victime;</p> <p>(5) la vie de la victime avait été menacée pendant l'agression, et un enfant dont le défendeur pouvait être le père était né neuf mois plus tard.</p> |
|--|---|

Although the circumstances of the present case are quite different from those in *Myers v. Haroldson*, *supra*, I find guidance in that case. The factors referred to by Osborn J.—blameworthy conduct, prevalence of conduct necessitating deterrence, lack of empathy for the victim and lack concern for the consequences to the victim—are present. Most important in this case, as in *Myers*, is the need for deterrence. Dr. Wynrib is not alone in breaching the trust of his patient through sexually exploiting her; physicians, and all those in positions of trust, must be warned that society will not condone abuse of the trust placed in them. I would award punitive damages against Dr. Wynrib in the amount of \$25,000.

Bien que les circonstances de la présente affaire soient tout à fait différentes de celles en cause dans *Myers c. Haroldson*, précité, j'estime que cet arrêt est utile. Les facteurs mentionnés par le juge Osborn, savoir la conduite répréhensible, la fréquence d'un comportement justifiant une dissuasion, l'absence d'empathie vis-à-vis de la victime et l'indifférence quant aux conséquences pour la victime, sont présents en l'espèce. Tout comme dans *Myers*, le besoin de dissuasion est très important en l'espèce. Le Dr Wynrib n'est pas le seul à avoir abusé de la confiance d'une patiente en se livrant à de l'exploitation sexuelle; les médecins, et tous ceux qui se trouvent dans une situation de confiance, doivent être conscients du fait que notre société ne tolérera pas l'abus de la confiance que nous mettons en eux. Je suis d'avis de condamner le Dr Wynrib au paiement de dommages-intérêts punitifs de 25 000\$.

In the result I would allow the appeal and award the plaintiff judgment for \$70,000. In my opinion, this is an appropriate case in which to order costs on a solicitor and client basis. Orders as to costs are discretionary matters. In cases of fiduciary duty that discretion is often exercised to provide the successful plaintiff with costs on the more generous solicitor and client tariff: see Ellis, *Fiduciary Duties in Canada*, *supra*, at p. 20-24. An example of this tendency may be found in *W.(B.) v. Mellor*, *supra*, in which the exploited patient was given solicitor and client costs against the defaulting physician. I would do the same here.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre jugement en faveur de la demanderesse au montant de 70 000\$. J'estime que la présente affaire se prête bien à une condamnation aux dépens sur une base procureur-client. L'octroi des dépens relève du pouvoir discrétionnaire. Dans les cas de manquement à une obligation fiduciaire, ce pouvoir discrétionnaire est souvent exercé afin d'accorder au demandeur qui a gain de cause des dépens sur la base procureur-client, le tarif étant alors plus généreux: voir Ellis, *Fiduciary Duties in Canada*, précité, à la p. 20-24. Cette tendance se manifeste notamment dans *W.(B.) c. Mellor*, précité, où une patiente victime d'exploitation a obtenu des dépens sur la base procureur-client. Je suis d'avis de faire de même en l'espèce.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of Justice La Forest. He disposes of this appeal on the basis of the battery claim. With respect, I cannot agree with his approach on the issue of consent. I am also of the view that this case is more appropriately resolved on the basis of the respondent's duty to treat the appellant arising out of the doctor-patient relationship.

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs du juge La Forest. Il tranche le présent pourvoi en fonction de l'allégation de voies de fait (*battery*). En toute déférence, je ne puis souscrire à la position qu'il adopte relativement à la question du consentement. Je suis également d'avis qu'il convient davantage de régler cette affaire en fonction de l'obligation de l'intimé de traiter l'appelante, qui découle de la relation qui existe entre un médecin et son patient.

The facts of this case are substantially as set out by La Forest J. For the purposes of my reasons I wish to highlight a few crucial facts and findings by the courts below.

Les faits de l'espèce sont essentiellement ceux qui ont été exposés par le juge La Forest. Pour les fins de mes motifs, je tiens à souligner quelques faits d'importance cruciale et les conclusions des tribunaux d'instance inférieure.

The appellant commenced seeing the respondent in early 1982. She admitted that she lied to him about her ankle injury and other illnesses in order to obtain Fiorinal prescriptions. Later in 1982, the respondent confronted her with his knowledge of her addiction. He made it clear to her that if she wished to continue receiving prescriptions for Fiorinal from the respondent, she would have to engage in sexual contact with him. For a short period of time she stopped seeing him and sought her drugs through other doctors. However, when these other doctors reduced her supply, she returned to the respondent. The sexual encounters initially took place in the examining room of the respondent's office and later upstairs in his home. The appellant testified that the incidents of simulated intercourse in the respondent's home took place 10 or 12 times, until some time in 1985. She admitted that at no time did the respondent use any physical force. She also agreed that she "played on him", knowing throughout this relationship that he was lonely. *Oppal J.* ((1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240), found that at no time did she refuse the respondent's advances either directly or indirectly. In considering the existence and reality of consent by the appellant, he held at p. 244:

L'appelante a commencé à consulter l'intimé au début de 1982. Elle a admis qu'elle lui avait menti au sujet de sa blessure à la cheville et d'autres maladies afin de se faire prescrire du Fiorinal. Plus tard en 1982, l'intimé lui a fait savoir qu'il était au courant de sa dépendance. Il lui a indiqué clairement que si elle voulait qu'il continue à lui prescrire du Fiorinal, elle devrait avoir des contacts sexuels avec lui. Pendant une courte période, elle a cessé de le voir et a obtenu ses drogues par l'entremise d'autres médecins. Toutefois, lorsque ces autres médecins ont diminué son approvisionnement, elle est revenue voir l'intimé. Au début, les attouchements sexuels ont eu lieu dans la salle d'examen du cabinet de l'intimé et, par la suite, à l'étage supérieur dans sa maison. L'appelante a témoigné que les rapports sexuels simulés dans la maison de l'intimé se sont produits à 10 ou 12 reprises, jusqu'à un certain moment en 1985. Elle a admis que l'intimé n'avait jamais eu recours à la force physique. Elle a également reconnu qu'elle avait «misé sur lui» car elle savait pendant toute la durée de cette relation qu'il se sentait seul. Le juge *Oppal* ((1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240) a conclu qu'elle n'avait jamais refusé directement ou indirectement de céder aux avances de l'intimé. Lorsqu'il a examiné l'existence et le caractère réel du consentement de l'appelante, il a conclu à la p. 244:

In the case at bar it cannot be said that Dr. Wynrib either exercised force or threats of it. While Miss Norberg was addicted to Fiorinal, there is no evidence that she was under the influence of the drug, or that her addiction interfered with her capacity to consent to the sexual activity which took place. She was not at any time deprived of her ability to reason. While her willingness to engage in sexual activity was obviously inspired by the prescriptions which the doctor would provide, nevertheless her implied consent was voluntary so that the battery claim for sexual assault must fail.

The majority of the Court of Appeal (McEachern C.J. and Gibbs J.A.) ((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47) accepted these findings and concluded at p. 51:

The learned trial judge dismissed the plaintiff's action based upon assault because of her consent. With respect, this seems to me to be clearly correct. These 12 or so sexual encounters all occurred in the defendant's apartment, where she went voluntarily in order to get drugs with a clear understanding of the sordid arrangement to which she had agreed.

Locke J.A., at p. 56, agreed with the majority that the claim for sexual assault failed because of the appellant's consent:

This consent was not brought about by force, deception or undue influence. There was no evidence of confusion brought on by drugs. Neither party was under any illusion as to what they were doing and the defence therefore succeeds.

#### The Battery Claim and the Defence of Consent

The appellant claims that the sexual contact between the respondent and herself constituted the tort of battery. As stated by Laskin C.J. for the Court in *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, at p. 890, the tort of battery is "an intentional one, consisting of an unprivileged and unconsented to invasion of one's bodily security". Thus consent, either express or implied by conduct, is a defence to a claim of battery. However, that consent must be genuine. Courts and scholars have identified circumstances in which an apparent consent will

[TRADUCTION] En l'espèce, on ne peut dire que le Dr Wynrib a employé la force ou qu'il a menacé de le faire. Même si M<sup>lle</sup> Norberg ne pouvait plus se passer de Fiorinal, il n'y a aucune preuve qu'elle était sous l'influence de la drogue ou que sa dépendance a porté atteinte à sa capacité de consentir aux actes sexuels qui ont été accomplis. Elle n'a jamais été privée de sa capacité de raisonner. Même si son acceptation d'avoir des rapports sexuels était certainement motivée par les ordonnances que le médecin lui délivrerait, son consentement implicite était néanmoins volontaire de sorte que l'allégation de voies de fait ne saurait être retenue.

La Cour d'appel, à la majorité (le juge en chef McEachern et le juge Gibbs) ((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47), a fait siennes ces conclusions et a statué à la p. 51:

[TRADUCTION] Le juge du procès a rejeté l'action de la demanderesse fondée sur l'agression en raison du consentement de celle-ci. En toute déférence, cette conclusion me semble nettement juste. Ces quelque 12 épisodes d'attouchements sexuels ont tous eu lieu dans l'appartement du défendeur où elle s'est rendue volontairement pour obtenir des drogues en étant bien consciente de l'entente sordide qu'elle avait conclue.

Le juge Locke, à la p. 56, a souscrit à l'opinion de la majorité que l'allégation d'agression sexuelle échouait en raison du consentement de l'appelante:

[TRADUCTION] Ce consentement n'a pas été obtenu par la force, la tromperie ou un abus d'influence. Il n'a pas été démontré que les drogues avaient causé de la confusion. Les deux parties savaient très bien ce qu'elles faisaient et, par conséquent, le moyen de défense est retenu.

#### L'allégation de voies de fait et le moyen de défense fondé sur le consentement

L'appelante soutient que les contacts sexuels entre elle et l'intimé constituaient le délit de voies de fait. Comme l'a dit le juge en chef Laskin au nom de la Cour, dans l'arrêt *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, à la p. 890, le délit de voies de fait est «intentionnel, puisque c'est une atteinte injustifiée et non autorisée à la sécurité physique d'une personne». Par conséquent, le consentement exprès ou implicite qui découle de la conduite constitue un moyen de défense contre une allégation de voies de fait. Toutefois, ce consentement

not be considered valid. Consent is not genuine if it is obtained by force, duress, or fraud or deceit as to the nature of the defendant's conduct, or if it is given under the influence of drugs. See: Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at pp. 72-74; Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at pp. 62-63.

In assessing the reality of consent and the existence and impact of any of the factors that tend to negate true consent, it is important to take a contextually sensitive approach. In relation to medical procedures, several courts have emphasized the need to consider all relevant surrounding circumstances in assessing whether there was valid consent. See, for example: *Morrow v. Hôpital Royal Victoria* (1989), 3 C.C.L.T. (2d) 87 (Que. C.A.); *Cowan v. Brushett* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195 (Nfld. C.A.). Such an approach applies equally in other situations. For example, the commentary to §892B, Consent Under Mistake, Misrepresentation or Duress, of the American Law Institute's *Restatement of the Law, Second, Torts (2d)*, states in relation to duress that "[a]ge, sex, mental capacity, the relation of the parties and antecedent circumstances all may be relevant".

In my view, these factors must be applied on a case-by-case basis rather than by establishing categories of individuals or relationships with respect to which apparent consent will never or rarely be considered valid. Certain relationships, especially those in which there is a significant imbalance in power or those involving a high degree of trust and confidence may require the trier of fact to be particularly careful in assessing the reality of consent. However, the question of consent in relation to a battery claim is ultimately a factual one that must be determined on the basis of all the circumstances of a particular case. This point was explained by the English Court of Appeal in *Freeman v. Home*

doit être véritable. La jurisprudence et la doctrine ont identifié les circonstances dans lesquelles un consentement apparent ne sera pas considéré comme valide. Il n'y a pas véritablement consentement lorsqu'il est obtenu par la force, par la contrainte ou par la fraude ou la tromperie quant à la nature de la conduite du défendeur ou s'il est donné sous l'influence de drogues. Voir: Fleming, *The Law of Torts* (7<sup>e</sup> éd. 1987), aux pp. 72 à 74; Linden, *La responsabilité civile délictuelle* (4<sup>e</sup> éd. 1988), aux pp. 62 et 63.

Pour évaluer le caractère réel du consentement ainsi que l'existence et l'effet des facteurs qui tendent à vicier le consentement véritable, il est important d'adopter une approche qui tienne compte du contexte. En ce qui a trait aux procédures médicales, plusieurs tribunaux ont souligné qu'il était nécessaire d'examiner toutes les circonstances les entourant pour évaluer la validité du consentement. Voir par exemple: *Morrow c. Hôpital Royal Victoria* (1989), 3 C.C.L.T. (2d) 87 (C.A. Qué.); *Cowan c. Brushett* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195 (C.A.T.-N.). Une telle manière de procéder s'applique également dans d'autres situations. Par exemple, le commentaire sur § 892B, Consent Under Mistake, Misrepresentation or Duress, de l'American Law Institute dans *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, indique relativement à la contrainte que l'[TRADUCTION] «[à]ge, le sexe, la capacité mentale, la relation entre les parties et les circonstances antérieures peuvent tous être pertinents».

À mon avis, ces facteurs doivent être appliqués dans chaque cas en particulier plutôt que par la création de catégories de personnes ou de relations à l'égard desquelles le consentement apparent ne sera jamais considéré comme valide ou le sera rarement. Certaines relations, particulièrement celles dans lesquelles il existe une inégalité importante du rapport de force ou celles qui comportent un haut degré de confiance, peuvent obliger le juge des faits à prendre un soin particulier pour évaluer le caractère réel du consentement. Toutefois, la question du consentement en ce qui a trait à une allégation de voies de fait est en fin de compte une question de fait qui doit être déterminée en fonc-

*Office*, [1984] 1 All E.R. 1036 (leave to appeal to the House of Lords refused). The issue in that case was whether a prisoner had consented to the administration of drugs by a prison medical officer. Brown L.J. stated, at p. 1043:

... the sole issue raised at trial, that is to say whether the plaintiff had consented to the administration of the drugs injected into his body, was essentially one of fact. ... The judge said ([1983] 3 All ER 589 at 597, [1984] 2 WLR 130 at 145):

'The right approach, in my judgment, is to say that where, in a prison setting, a doctor has the power to influence a prisoner's situation and prospects a court must be alive to the risk that what may appear, on the face of it, to be a real consent is not in fact so. I have borne that in mind throughout the case.'

Essentially, however, the matter is one of fact. The judge made the positive finding that the plaintiff consented. ... There was ample evidence to justify his finding of fact and accordingly the decision to which he came. It is not for this court to consider and decide this appeal on the basis of an alternative and hypothetical set of facts and circumstances.

Similarly, in *Lyth v. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25 (B.C.S.C.), which concerned an action for battery in respect of alleged sexual assaults by a teacher on a high school student, Trainor J. emphasized the importance of considering the particular relationship between the parties and all of the circumstances surrounding the alleged assault:

Sexual abuse is merely one particular way in which one person can assault another. It demands careful examination of the relationship between the parties to appreciate whether both had capacity to consent, understanding the nature and consequences of the conduct, and also whether one of the parties had such a greater amount of power or control over the other as to be in a position to force compliance. This is an examination to determine whether, in all the circumstances, force was

tion de toutes les circonstances d'une affaire en particulier. La Cour d'appel de l'Angleterre a expliqué ce point dans l'arrêt *Freeman c. Home Office*, [1984] 1 All E.R. 1036 (l'autorisation d'interjeter appel à la Chambre des lords a été refusée). La question en litige dans cette affaire était de savoir si un détenu avait consenti à ce qu'un médecin de la prison lui administre un médicament. Le lord juge Brown a dit à la p. 1043:

[TRADUCTION] ... la seule question soulevée au procès, c.-à-d. celle de savoir si le demandeur avait consenti à ce qu'on lui injecte les médicaments, était essentiellement une question de fait [...] Le juge a dit ([1983] 3 All ER 589 à la p. 597, [1984] 2 WLR 130, à la p. 145):

«Il convient, à mon avis, de dire que, lorsque, dans un contexte carcéral, un médecin a le pouvoir d'influencer la situation et les attentes d'un détenu, un tribunal doit être conscient du risque que ce qui peut paraître à sa face même un consentement véritable ne l'est pas en réalité. J'en ai tenu compte tout au long de l'affaire.»

Toutefois, il s'agit essentiellement d'une question de fait. Le juge est arrivé à la conclusion positive que le demandeur avait consenti [...] Il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier sa conclusion de fait et, par conséquent, la décision à laquelle il est arrivé. Il n'incombe pas à notre cour d'examiner et de régler le présent appel en fonction d'autres faits et circonstances hypothétiques.

De même, dans l'arrêt *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25 (C.S.C.-B.), qui portait sur une action fondée sur des voies de fait relativement à des allégations d'agressions sexuelles perpétrées par un professeur contre un élève d'une école secondaire, le juge Trainor a souligné l'importance de l'examen de la relation particulière entre les parties et de toutes les circonstances entourant la prétendue agression:

[TRADUCTION] L'agression sexuelle n'est que l'une des manières dont une personne peut en agresser une autre. Elle requiert l'examen attentif de la relation existant entre les parties afin de déterminer si chacune d'elles avait la capacité de consentir, compte tenu de la nature et des conséquences de la conduite en cause et, également, si l'une des parties avait plus de pouvoir ou d'ascendant que l'autre de manière à exercer une contrainte. L'examen vise à déterminer si, compte tenu de



applied by one person to another and whether any consent apparently given was genuine. [At pp. 31-32, emphasis added.]

The issue then is whether, having regard to the principles which I have stated, there is any basis to set aside the findings of the courts below that the appellant consented to the sexual activity with the respondent. The appellant submits that having regard to her drug addiction and to the respondent's position of influence as her doctor, there was no genuine consent. I will consider each of these factors in turn.

With respect to the appellant's addiction, the trial judge turned his mind to this factor and concluded that although it clearly inspired her willingness to engage in sexual activity, it did not interfere with her ability to reason or her capacity to consent to the sexual activity which took place. He also noted that she was not under the influence of Fiorinal when sexual activity took place. There was evidence to support all of these findings, and I am unwilling to interfere with the trial judge's conclusion on this ground.

With respect to the doctor-patient relationship, as I have already stated, special relationships between the plaintiff and defendant should alert the trier of fact to the possibility that apparent consent is not genuine; however, the existence of a particular relationship is not determinative of the presence or absence of consent. The beneficiary of a fiduciary relationship can still consent to a transaction with the fiduciary but the court will subject such a consent to special scrutiny. There may well be cases in which a doctor, by virtue of his or her status, exercises such control or authority over a patient that the patient's submission will not be considered genuine consent. However, in my view, that cannot be said about this case. The appellant began and continued to participate in the sexual encounters in order to obtain drugs. She acknowledged that she played on the respondent's loneliness in order to continue obtaining prescriptions. While it is clear that the sexual contact was contrary to the appellant's wishes, in my view it can-

toutes les circonstances, une personne a eu recours à la force à l'égard d'une autre et si le consentement apparent était véritable. [Aux pp. 31 et 32, je souligne.]

La question est alors de savoir si, compte tenu des principes que j'ai énoncés, il convient de rejeter les conclusions des tribunaux d'instance inférieure que l'appelante a consenti à l'activité sexuelle avec l'intimé. L'appelante soutient que, compte tenu de sa pharmacodépendance et de la position d'influence de l'intimé en tant que son médecin, il n'a pas eu de véritable consentement. J'examinerai chacun de ces facteurs l'un après l'autre.

En ce qui a trait à la dépendance de l'appelante, le juge du procès a examiné ce facteur pour ensuite conclure que, bien qu'elle ait de toute évidence motivé son acceptation de s'adonner à des activités sexuelles, elle n'a pas porté atteinte à sa capacité de raisonner ou à sa capacité de consentir à l'activité sexuelle qui a eu lieu. Il a également souligné qu'elle n'était pas sous l'influence du Fiorinal au moment de ces activités sexuelles. Des éléments de preuve appuyaient toutes ces conclusions et je ne suis pas prêt à modifier la conclusion du juge du procès sur ce moyen.

En ce qui a trait à la relation entre le médecin et son patient, comme je l'ai dit précédemment, les relations spéciales entre le demandeur et le défendeur devraient faire prendre conscience au juge des faits de la possibilité que le consentement apparent ne soit pas véritable; toutefois, l'existence d'une relation particulière n'est pas concluante quant à la présence ou à l'absence de consentement. Le bénéficiaire d'un rapport fiduciaire peut toujours consentir à une opération avec le fiduciaire mais le tribunal soumettra un tel consentement à un examen spécial. Il peut très bien y avoir des cas où un médecin, en raison de son statut, exerce un tel contrôle ou une telle influence sur un patient que la soumission de ce dernier ne sera pas considérée comme un consentement véritable. Toutefois, à mon avis, on ne saurait dire que c'est le cas en l'espèce. L'appelante a commencé à participer aux attouchements sexuels et a continué à le faire dans le but d'obtenir de la drogue. Elle a reconnu qu'elle avait misé sur la solitude de l'intimé pour

not be said that it was without her consent. I therefore do not find any basis on which to set aside the conclusion of the courts below on the issue of consent.

This is sufficient, in my view, to dispose of the battery claim. However, since my colleague La Forest J. has relied upon the principles relating to unconscionable transactions in addressing the issue of consent, I feel it necessary to explain why I do not find such an approach helpful or appropriate in this context.

As I have emphasized and as La Forest J. also observes, the factual context of each case must be evaluated to determine whether there has been genuine consent. La Forest J., at p. 248, then reasons that “[i]f the “justice factor” of unconscionability is used to address the issue of voluntariness in the law of contract, it seems reasonable that it should be examined to address the issue of voluntariness in the law of tort”. There is, however, a fundamental difference between these two concepts. In the former, the court may refuse to recognize the validity of a transaction voluntarily entered into by reason of the unfair use of power by the strong against the weak. In the latter, the court is asked to saddle a party with damages for a wrong inflicted on the plaintiff. In the latter case, there is no wrong if there was consent. In the former, the issue is not consent but whether it was fairly obtained. The factor of unconscionability would be more appropriate here if the respondent were seeking to enforce the transaction as opposed to defending himself against an allegation that he committed an intentional tort.

Accordingly, the weight of academic and judicial opinion is that the doctrine of unconscionability operates to set aside transactions even though there may have been consent or agreement to the

continuer à obtenir des ordonnances. Bien qu’il soit clair que l’appelante ne désirait pas ces contacts sexuels, on ne peut, à mon avis, dire qu’elle n’y consentait pas. Par conséquent, je ne trouve aucun motif de rejeter la conclusion des tribunaux d’instance inférieure relativement à la question du consentement.

À mon avis, cela est suffisant pour régler l’allégation de voies de fait. Toutefois, puisque mon collègue le juge La Forest s’est fondé sur les principes relatifs aux opérations iniques pour examiner la question du consentement, j’estime nécessaire d’expliquer les raisons pour lesquelles une telle manière de procéder n’est pas, à mon avis, utile ou appropriée en l’espèce.

Comme je l’ai souligné et comme le juge La Forest l’a également fait remarquer, il convient d’examiner les faits de chaque affaire pour déterminer s’il y a véritablement eu consentement. Le juge La Forest, à la p. 248, dit ensuite que «[s]i on se sert du «facteur de justice» qu’est l’iniquité pour aborder la question du caractère volontaire en matière de droit des contrats, il semble raisonnable que l’on puisse également le faire pour aborder cette même question en matière délictuelle». Toutefois, il existe une différence fondamentale entre ces deux concepts. Dans le premier cas, le tribunal peut refuser de reconnaître la validité d’une opération conclue volontairement en raison de l’utilisation inéquitable de la situation de force dans laquelle se trouvait une partie par rapport à l’autre. Dans le deuxième cas, on demande à la cour de condamner une partie à des dommages-intérêts pour un méfait causé au demandeur. Dans ce dernier cas, il n’y a pas de méfait s’il y a eu consentement. Dans le premier cas, la question n’est pas de savoir s’il y a eu consentement, mais plutôt de savoir s’il a été obtenu correctement. Le facteur de l’iniquité conviendrait mieux en l’espèce si l’intimé cherchait à mettre à exécution l’opération plutôt que de se défendre contre l’allégation qu’il a commis un délit intentionnel.

En conséquence, il ressort de façon prépondérante de la doctrine et de la jurisprudence que le principe de l’iniquité s’applique pour annuler des opérations même s’il a pu y avoir consentement ou

terms of the bargain. It is not that this doctrine vitiates consent but rather that fairness requires that the transaction be set aside notwithstanding consent.

In *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, Dickson C.J., writing for himself and La Forest J., held at p. 462:

Only where the contract is unconscionable, as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties, should the courts interfere with agreements the parties have freely concluded. [Emphasis added.]

Wilson J. did not consider that case to provide an appropriate opportunity for an exposition of the doctrine of unconscionability. However, without necessarily endorsing their approaches, she referred to a number of lower court decisions which invoked the doctrine in order to provide relief. In *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.), Davey J.A. stated, at p. 713:

The equitable principles relating to undue influence and relief against unconscionable bargains are closely related, but the doctrines are separate and distinct. . . . A plea of undue influence attacks the sufficiency of consent; a plea that a bargain is unconscionable invokes relief against an unfair advantage gained by an unconscientious use of power by a stronger party against a weaker.

In *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481 (B.C.S.C.), Anderson J. stated, at pp. 492-93:

I am of the opinion that the terms of a contract may be declared to be void as being unreasonable where it can be said that in all the circumstances it is unreasonable and unconscionable to bind the parties to their formal bargain.

In *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (B.C.C.A.), McIntyre J.A. (as he then was) restated the principles set out in *Morrison, supra*. Lambert J.A. did not disagree with these principles. However, in his view they were not exhaus-

entente à l'égard des modalités du marché. Ce n'est pas que ce principe vicie le consentement mais plutôt que l'équité exige que l'opération soit annulée nonobstant le consentement.

Dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, le juge en chef Dickson, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge La Forest, a conclu à la p. 462:

Ce n'est que lorsque le contrat est inique, comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, que les tribunaux devraient modifier les conventions que les parties ont formées librement. [Je souligne.]

Le juge Wilson n'était pas d'avis que l'affaire se prêtait à la formulation du principe de l'iniquité. Toutefois, sans nécessairement adopter leurs manières de procéder, elle a mentionné un certain nombre de décisions de tribunaux d'instance inférieure qui invoquaient le principe pour accorder un redressement. Dans l'arrêt *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (C.A.C.-B.), le juge Davey a dit à la p. 713:

[TRADUCTION] Les principes d'*equity* relatifs à l'abus d'influence et au redressement concernant des contrats iniques sont étroitement reliés, mais ce sont des principes séparés et distincts. . . . La partie qui allègue qu'il y a eu abus d'influence conteste le caractère suffisant du consentement; la partie qui allègue l'iniquité d'un contrat cherche à obtenir un redressement à l'égard d'un avantage injuste découlant du fait qu'une partie a profité inéquitablement de la situation de force dans laquelle elle se trouvait par rapport à l'autre.

Dans l'arrêt *Davidson c. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481 (C.S.C.-B.), le juge Anderson a dit aux pp. 492 et 493:

[TRADUCTION] J'estime que les conditions d'un contrat peuvent être déclarées nulles en raison de leur caractère déraisonnable chaque fois qu'on peut dire que, dans les circonstances, il est déraisonnable et injuste d'astreindre les parties à l'exécution de leur accord formel.

Dans l'arrêt *Harry c. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.), le juge McIntyre (plus tard juge de notre Cour) a énoncé de nouveau les principes formulés dans l'arrêt *Morrison*, précité. Le juge Lambert ne s'est pas dit en désaccord

tive of the circumstances in which unconscionability may operate as a ground for rescission. He stated at p. 241:

In my opinion, questions as to whether use of power was unconscionable, an advantage was unfair or very unfair, a consideration was grossly inadequate, or bargaining power was grievously impaired, to select words from both statements of principle, the *Morrison* case and the *Bundy* case, are really aspects of one single question. That single question is whether the transaction, seen as a whole, is sufficiently divergent from community standards of commercial morality that it should be rescinded.

The final case to which I wish to make reference on this point is *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326. While the majority decided the case on the ground of undue influence, Lord Denning M.R. drew together several doctrines including unconscionability under the rubric of a general principle of "inequality of bargaining power". He was careful, however, to distinguish this basis for relief from any notion of involuntariness or lack of consent, at p. 339:

I have also avoided any reference to the will of the one being "dominated" or "overcome" by the other. One who is in extreme need may knowingly consent to a most improvident bargain, solely to relieve the straits in which he finds himself. [Emphasis added.]

This review of judicial decisions on the subject of unconscionability does not purport to be exhaustive. My point has simply been to demonstrate, firstly, that the doctrine of unconscionability and the related principle of inequality of bargaining power are evolving and, as yet, not completely settled areas of the law of contract and, secondly, that there is a substantial body of judicial opinion that either explicitly distinguishes unconscionability from the question of consent or analyzes the impugned transaction in a way that directs attention away from the question of whether a party in fact agreed or consented to a particular term.

avec ces principes. Toutefois, à son avis, ils ne comprenaient pas toutes les circonstances dans lesquelles l'iniquité peut s'appliquer en tant que motif d'annulation. Il a dit à la p. 241:

[TRADUCTION] À mon avis, les questions de savoir si l'utilisation d'une situation de force est inique, si un avantage est injuste ou très injuste, si une contrepartie est manifestement insuffisante ou si le pouvoir de négociation est sérieusement compromis, pour reprendre les termes employés dans les deux énoncés de principe, les affaires *Morrison* et *Bundy*, constituent en réalité des aspects d'une seule et même question. Cette unique question est celle de savoir si l'opération, dans son ensemble, est à ce point contraire aux normes sociales d'éthique commerciale qu'elle doit être annulée.

La dernière affaire que je tiens à mentionner relativement à ce point, c'est l'arrêt *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326. Bien que la majorité y ait statué en fonction de l'abus d'influence, le maître des rôles lord Denning a rassemblé plusieurs principes dont celui de l'iniquité sous la rubrique d'un principe général d'«inégalité du pouvoir de négociation». Toutefois, il a pris soin d'établir une distinction entre ce motif de redressement et toute notion de caractère involontaire ou d'absence de consentement à la p. 339:

[TRADUCTION] J'ai omis également de mentionner la volonté de la partie «dominée» ou «subjuguée» par l'autre. La personne qui se trouve dans un état d'indigence extrême peut, en toute connaissance de cause, consentir à un marché fort imprudent, uniquement aux fins de surmonter les difficultés auxquelles elle fait face. [Je souligne.]

Cet examen de la jurisprudence sur le sujet de l'iniquité ne se veut pas exhaustif. J'ai tout simplement voulu démontrer, premièrement, que le principe de l'iniquité et le principe connexe de l'inégalité du pouvoir de négociation évoluent et ne constituent pas encore un domaine du droit des contrats entièrement établi et, deuxièmement, qu'il existe de nombreuses opinions judiciaires qui établissent expressément une distinction entre l'iniquité et la question du consentement ou qui analysent l'opération contestée d'une manière qui détourne l'attention de la question de savoir si une partie a effectivement convenu ou consenti à une modalité particulière.

Academic writings similarly differentiate between unconscionability and lack of consent. Professor Waters in "Banks, Fiduciary Obligations and Unconscionable Transactions" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 37, at pp. 48-49, discusses unconscionability as follows:

Unlike the doctrine of undue influence, equity is not concerned in these situations with whether the mind of one party was overborne by another so that the victim's true consent was lacking; it asks the question as to whether, looked at objectively, the transaction in all the circumstances was sufficiently unconscionable that it cannot be allowed to stand.

As Professor Sheridan put it, writing in 1957, the question is whether, given the weakness of one party's bargaining position and the undervalue which he received, "a greater advantage" was obtained by the stronger party "than the current morality of the ordinary run of business allows".

See also Cope, "The Review of Unconscionable Bargains in Equity" (1983), 57 *Aust. L.J.* 279. Professor Waddams in his article "Unconscionability in Contracts" (1976), 39 *Mod. L. Rev.* 369, explained the problem with analyzing unconscionability in terms of consent at pp. 381-82:

The use of consent theories to deal with unfair clauses in documents, signed or unsigned, has led some commentators to attempt to reduce the whole problem of unconscionability to a question of consent. I think that this approach is unhelpful, and ultimately results in a redefinition of consent in such terms that an unconscionable provision is presumed *ipso facto* not to have received assent, or "true" assent. The lack of assent becomes then not a reason for relief, but a statement of a conclusion that relief will be granted, suppressing any analysis of the criteria of unconscionability, which must be the true ground for the decision. . . .

There will be an overlap in particular cases. . . . But there is, I suggest, a distinction in principle between the defences of no assent and unconscionability.

De même, la doctrine établit une distinction entre l'iniquité et l'absence de consentement. Le professeur Waters dans «Banks, Fiduciary Obligations and Unconscionable Transactions» (1986), 65 *R. du B. can.* 37, aux pp. 48 et 49, analyse l'iniquité de la manière suivante:

[TRADUCTION] Contrairement à ce qui se passe concernant le principe de l'abus d'influence, l'*equity* ne cherche pas à savoir dans ces cas si l'esprit d'une partie a été dominé par une autre de sorte que la victime n'a pas donné de consentement véritable; elle se demande si, de façon objective, l'opération, dans toutes les circonstances, était suffisamment inique pour qu'on puisse l'annuler

Comme l'a écrit le professeur Sheridan en 1957, il s'agit de déterminer si, compte tenu de la faiblesse de la position d'une partie en matière de négociation et de la sous-évaluation qui en a été faite, la partie plus forte a tiré «un avantage plus grand que ne le permet la moralité actuelle en matière de conduite ordinaire des affaires».

Voir également Cope, «The Review of Unconscionable Bargains in Equity» (1983), 57 *Aust. L.J.* 279. Le professeur Waddams, dans son article «Unconscionability in Contracts» (1976), 39 *Mod. L. Rev.* 369, a expliqué le problème de l'analyse de l'iniquité sous le rapport du consentement aux pp. 381 et 382:

[TRADUCTION] L'utilisation des principes en matière de consentement pour traiter des clauses injustes dans les documents, signés ou non, a amené certains auteurs à tenter de ramener l'ensemble du problème de l'iniquité à une question de consentement. Je suis d'avis qu'il n'est pas utile de procéder ainsi et qu'en fin de compte il en résulte une nouvelle définition du consentement de sorte qu'une disposition inique est *ipso facto* présumée ne pas avoir fait l'objet d'un consentement ou d'un «véritable» consentement. L'absence de consentement devient alors non pas un motif de redressement, mais l'énoncé d'une conclusion que le redressement sera accordé, supprimant ainsi toute analyse du critère de l'iniquité, qui doit constituer le véritable fondement de la décision . . .

Il y aura chevauchement dans certains cas particuliers [. . .] Toutefois, j'estime qu'il existe, en principe, une distinction entre les moyens de défense d'absence de consentement et d'iniquité.

Just as discussing the problem of unconscionability in terms of consent obscures the real basis for relief in these contract cases, importing the principles of unconscionability into the context of a battery claim has the potential to obscure the real question—whether in all the circumstances, the plaintiff actually consented to the touching which constitutes the alleged battery.

One example of how transposing unconscionability analysis into the context of a battery claim may lead courts astray is La Forest J.'s statement, at p. 256, that if the type of sexual relationship at issue is "sufficiently divergent from community standards of conduct", this may indicate exploitation. This reasoning is drawn directly from an unconscionable transaction case, *Harry v. Kreuziger*, *supra*, in which Lambert J.A. held, at p. 241, that the key question is "whether the transaction, seen as a whole, is sufficiently divergent from community standards of commercial morality that it should be rescinded". While community standards of commercial morality may be a relevant consideration in determining whether there has been such exploitation as to warrant setting aside a commercial contract, with respect, community standards of sexual conduct have no bearing on the question of whether or not there was consent to sexual contact in a particular case.

I therefore do not find the contractual doctrine of unconscionability of assistance in attempting to answer the factual question of whether the appellant consented to sexual contact with the respondent. Furthermore, in my view, the facts of this case are more accurately reflected by acknowledging that the appellant consented to the sexual contact and by considering the respondent's conduct in light of his professional duty towards the appellant.

#### Breach of Duty

This professional duty arises out of the relationship of doctor-patient which is essentially based on

Tout comme l'analyse du problème de l'iniquité sous le rapport du consentement dissimule le motif réel du redressement dans ces affaires de contrat, le fait d'introduire les principes de l'iniquité dans le contexte d'une allégation de voies de fait est susceptible de dissimuler la véritable question qui est de savoir si, dans toutes les circonstances, la demanderesse a réellement consenti aux attouchements qui constituent les voies de fait alléguées.

Un exemple de la façon dont la transposition de l'analyse de l'iniquité dans le contexte d'une allégation de voies de fait peut induire les tribunaux en erreur est l'affirmation du juge La Forest, à la p. 256, selon laquelle si le genre de relation sexuelle en cause «s'écarte suffisamment des normes sociales de conduite», cela peut indiquer qu'il y a exploitation. Ce raisonnement est tiré directement d'un arrêt portant sur une opération inique, l'arrêt *Harry c. Kreuziger*, précité, dans lequel le juge Lambert a conclu, à la p. 241, que la question clé est [TRADUCTION] «de savoir si l'opération, dans son ensemble, est à ce point contraire aux normes sociales d'éthique commerciale qu'elle doit être annulée». Bien que les normes sociales de la moralité commerciale puissent être pertinentes pour déterminer s'il y a eu une exploitation suffisante pour justifier l'annulation d'un contrat commercial, j'estime en toute déférence que les normes sociales de conduite sexuelle n'ont aucun rapport avec la question de savoir s'il y a eu consentement à des contacts sexuels dans un cas particulier.

Par conséquent, je ne suis pas d'avis que le principe de l'iniquité en matière de contrats soit utile pour tenter de répondre à la question factuelle de savoir si l'appelante a consenti aux contacts sexuels avec l'intimé. J'estime, en outre, qu'il est plus conforme aux faits de l'espèce de reconnaître que l'appelante a consenti aux contacts sexuels et d'examiner la conduite de l'intimé en tenant compte de son obligation professionnelle envers l'appelante.

#### Le manquement à l'obligation

Cette obligation professionnelle découle de la relation entre le médecin et son patient qui est

contract. Breach of the duty can be the subject of an action in either contract or negligence. While undoubtedly, as in the case of lawyer and client, this relationship in some of its aspects involves fiduciary duties, not all facets of the obligations are fiduciary in nature.

This Court examined the principles of fiduciary duty in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574. In that case, I concluded for the majority on this point, at p. 596, that fiduciary obligation “must be reserved for situations that are truly in need of the special protection that equity affords”. It was acknowledged, at p. 597, that “[t]he nature of the relationship may be such that, notwithstanding that it is usually a fiduciary relationship, in exceptional circumstances it is not”, and further, that “not all obligations existing between the parties to a well-recognized fiduciary relationship will be fiduciary in nature”. The relationship between a doctor and his or her patient is precisely of this hybrid genre. In *Lac Minerals Ltd.*, *supra*, I also referred to the judgment of Southin J.A. in *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361 (S.C.), which held that a solicitor’s failure to use care and skill did not essentially become a breach of fiduciary duty, but rather, the breach could be founded in contract or negligence. Likewise, certain obligations that arise from a doctor and patient relationship are fiduciary in nature; however, other obligations are contractual or based on the neighbourhood principle which is the foundation of the law of negligence. Fiduciary duties should not be superimposed on these common law duties simply to improve the nature or extent of the remedy.

I therefore agree with the following statement, at p. 52, in the reasons of McEachern C.J.:

essentiellement fondée sur un contrat. Le manquement à cette obligation peut faire l’objet d’une action fondée sur le contrat ou sur la négligence. Bien que sans doute, comme dans le cas d’un avocat et de son client, cette relation comporte des obligations fiduciaires dans certains de ses aspects, toutes les facettes des obligations ne sont pas de nature fiduciaire.

*b*

Notre Cour a examiné les principes de l’obligation fiduciaire dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574. Dans cette affaire, j’ai conclu au nom de la majorité sur ce point, à la p. 596, qu’«on ne doit avoir recours [à l’obligation fiduciaire] que dans les situations où la protection spéciale de l’*equity* se révèle vraiment nécessaire». Il a été reconnu, à la p. 597, que «[l]a nature des rapports peut être telle que, bien qu’il s’agisse normalement de rapports fiduciaires, ils peuvent dans des circonstances exceptionnelles ne pas avoir ce caractère», et plus loin, que «les obligations des parties ayant des rapports généralement reconnus comme fiduciaires ne peuvent pas toutes être qualifiées de fiduciaires». La relation entre un médecin et son patient fait précisément partie de ce genre hybride. Dans *Lac Minerals Ltd.*, précité, j’ai également mentionné les motifs du juge Southin dans *Girardet c. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361 (S.C.), qui a conclu que le défaut d’un avocat de faire preuve de diligence et de compétence n’entraînait pas nécessairement un manquement à une obligation fiduciaire mais pouvait constituer plutôt une inexécution d’un contrat ou une négligence. De même, certaines obligations qui découlent de la relation entre le médecin et son patient sont de nature fiduciaire; toutefois d’autres obligations sont contractuelles ou fondées sur le principe du prochain qui constitue le fondement du droit en matière de négligence. Les obligations fiduciaires ne devraient pas être superposées à ces obligations de common law simplement pour améliorer la nature ou la portée du redressement.

*j*

Je souscris donc à l’énoncé suivant, à la p. 52, contenu dans les motifs du juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique:

If the defendant breached a duty to the plaintiff in this case it was a breach of the duty which a physician owes to his patient to treat her professionally and, unless the breach relates to an improper disclosure of confidential information or something like that, it adds nothing to describe the breach as a fiduciary one. <sup>a</sup>

The breach of duty alleged here is the obligation of a physician to treat the patient in accordance with standards in the profession. The trial judge found that there was a breach of this duty. He stated at p. 246: <sup>b</sup>

Regardless of the nature of their relationship, it is clear that a physician has a duty to act in utmost good faith towards a patient. It is trite to say that a physician must never allow his personal interests to conflict with his professional duty. In this case Dr. Wynrib clearly did this. He was legally and ethically bound to treat his patient's drug addiction or to refer her to a drug rehabilitation centre. He did neither. Rather, he capitalized on her addiction. He showed a total disregard for the best interests of his patient. <sup>d</sup>

This finding was fully supported by the evidence. One of the professional witnesses, Dr. Herbert, testified as follows: <sup>f</sup>

... it is my opinion that a reasonable general practitioner practicing [*sic*] in British Columbia in the 1980's would have realized Ms. Norberg's addiction to Fiorinal prior to 1984. In the circumstances, a reasonable practitioner would have taken steps to attempt to help Ms. Norberg end her addiction by, for example, suggesting drug counselling, or, at the very least, by discontinuing her prescriptions of Fiorinal. In my opinion, the continued prescriptions of Fiorinal by Dr. Wynrib to Ms. Norberg after 1983, promoted and fed an addiction without medical justification. <sup>h</sup>

The Court of Appeal agreed with this finding. McEachern C.J. expressly approved of the above passage from the reasons of the trial judge. <sup>j</sup>

[TRADUCTION] Si le défendeur a, en l'espèce, manqué à une obligation envers la demanderesse, il s'agit de l'obligation de traiter professionnellement sa patiente et, à moins que le manquement ne porte sur la communication inopportune de renseignements confidentiels ou sur quelque chose de semblable, il ne sert à rien de qualifier l'obligation de fiduciaire.

Le manquement à l'obligation allégué en l'espèce est un manquement à l'obligation du médecin de traiter son patient conformément aux normes de la profession. Le juge du procès a conclu qu'il y a eu manquement à cette obligation. Il a dit à la p. 246: <sup>c</sup>

[TRADUCTION] Peu importe la nature de leur relation, il est clair qu'un médecin a l'obligation d'agir avec le plus de bonne foi possible à l'égard d'un patient. C'est un euphémisme de dire qu'un médecin ne doit jamais laisser ses intérêts personnels entrer en conflit avec son obligation professionnelle. En l'espèce, c'est clairement ce qu'a fait le Dr Wynrib. Il était tenu en vertu de la loi et de la déontologie de traiter la toxicomanie de sa patiente ou de l'envoyer dans un centre de désintoxication. Il ne l'a pas fait. Il a plutôt profité de sa dépendance. Il a fait preuve d'un mépris total des meilleurs intérêts de sa patiente.

Cette conclusion a été entièrement appuyée par la preuve. L'un des témoins professionnels, le Dr Herbert, a déposé de la manière suivante:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis qu'un médecin généraliste raisonnable qui exerçait sa profession en Colombie-Britannique dans les années 80 se serait rendu compte de la dépendance au Fiorinal de M<sup>me</sup> Norberg avant 1984. Dans les circonstances, un praticien raisonnable aurait pris des mesures pour tenter d'aider M<sup>me</sup> Norberg à mettre fin à sa dépendance en lui recommandant, par exemple, de faire appel à des services de consultation en toxicomanie ou, à tout le moins, en cessant de lui prescrire du Fiorinal. À mon avis, le renouvellement des ordonnances de Fiorinal par le Dr Wynrib à M<sup>me</sup> Norberg après 1983 a encouragé et entretenu une dépendance sans justification médicale. <sup>i</sup>

La Cour d'appel a fait sienne cette conclusion. Le juge en chef McEachern a expressément approuvé le passage susmentionné des motifs du juge du procès.



Locke J.A. also found that the respondent breached his duty as a physician. He concluded, however, that to the extent that the appellant relied on contract, it had been abandoned by mutual consent. The duty survived, however, for the purposes of the claim in negligence. In this regard, he stated at p. 58:

Given my conclusion that the contract to heal was abandoned, one might now argue that as to anything which followed the duty was "abandoned" and the doctor owed her none. I have concluded this was not a duty which could be vacated. Even if acting as a purchaser of sex, and not in his capacity of a doctor, he owed a duty, as would anyone, not to give another a noxious substance. And as he knew the appellant's real condition—that of addiction—he was in purposeful—almost malevolent—breach of duty in giving her medically unnecessary drugs. It is this supplying of drugs that is the negligent act.

In my opinion, whether the appellant relies on contract or negligence, the duty to treat was not vacated by consent. In contract this would require the abandonment of the contractual relationship between the parties. The authorities reviewed by Locke J.A. show that this requires the mutual consent of the parties supported by consideration. I am satisfied that there was no such consent in this case.

While the parties may very well have had a relationship independent of the doctor-patient relationship, the latter relationship continued and was not abandoned. After the addiction was admitted to him in late 1982, the respondent's conduct was consistent with the continuation of a doctor and patient relationship. He ordered a series of x-rays to be taken of various parts of the appellant's body. He accepted these x-ray reports in August and November of 1984. He made gynaecological referrals for the appellant and in due course Dr. Gowd, a gynaecologist, reported to the respondent in this regard. The only conclusion to be drawn from the evidence is that the respondent continued to act as the appellant's general practitioner and the appel-

Le juge Locke a également conclu que l'intimé avait manqué à son obligation en tant que médecin. Toutefois, il a conclu que, dans la mesure où l'appelante s'est fondée sur le contrat, il avait été abandonné par consentement mutuel. Toutefois, l'obligation subsistait aux fins de la demande fondée sur la négligence. À cet égard, il a dit à la p. 58:

[TRADUCTION] Compte tenu de ma conclusion que le contrat de soins a été abandonné, on pourrait maintenant soutenir que tout ce qui a suivi l'obligation a été «abandonné» et que le médecin n'en avait aucune envers elle. J'ai conclu qu'il ne s'agissait pas d'une obligation qui pouvait être annulée. Même en agissant à titre d'acheteur de services sexuels et non en tant que médecin, il était tenu, comme tout le monde, de ne pas donner une substance nocive à une autre personne. De plus, comme il était au courant de la condition réelle de l'appelante, c.-à-d. de sa dépendance, il violait volontairement presque de façon malveillante son obligation en lui donnant des drogues qui n'étaient pas nécessaires médicalement. C'est l'approvisionnement en drogues qui constitue l'acte négligent.

À mon avis, que l'appelante se fonde sur le contrat ou la négligence, l'obligation de traiter n'a pas été annulée par consentement. En matière de contrat, cette situation exigerait l'abandon de la relation contractuelle entre les parties. Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence examinées par le juge Locke que cette situation exige le consentement mutuel des parties moyennant contrepartie. Je suis convaincu que ce consentement n'a pas été donné en l'espèce.

Bien que les parties aient très bien pu avoir une relation autre que celle qui existe entre un médecin et son patient, cette dernière s'est poursuivie et n'a pas été abandonnée. Après que l'appelante eut avoué sa dépendance à l'intimé à la fin de 1982, la conduite de celui-ci correspondait au maintien de la relation entre un médecin et son patient. Il a demandé qu'on examine au moyen de rayons X diverses parties du corps de l'appelante. Il a reçu ces rapports d'examen aux rayons X en août et en novembre 1984. Il a référé l'appelante à un gynécologue et, en temps utile, le Dr Gowd, un gynécologue, a présenté un rapport à l'intimé à cet égard. La seule conclusion qui ressort de la preuve est que l'intimé a continué d'agir comme médecin

lant continued to seek medical care from him in this capacity. Neither the parties nor the medical community had any reason to believe that the parties had mutually abandoned their contract. In fact, the conduct of both the appellant and the respondent reinforced the existence of their doctor and patient relationship.

Moreover, even if the contract was abandoned, that did not put an end to the duty. The respondent did not change his status as a physician; nor did the appellant change her status as one who was in need of and sought treatment. This relationship continued even if technically the contract between them was terminated by mutual consent. The duty is supportable independently of contract on the basis of this relationship. Duty arising out of relationship is, of course, the basis of the law of negligence.

Both McEachern C.J. and Locke J.A. concluded that the respondent's duty to the appellant was not discharged by reason of consent to the sexual encounters. After quoting the passage from the reasons of the trial judge to which I referred above, McEachern C.J. stated at p. 52:

I agree with the above. Further, in my opinion, the consent of the plaintiff to the conduct of the defendant does not excuse him from the obligations of that duty. He owed a professional responsibility both to the plaintiff and to the state not to mistreat her in a medical way by extending her period of addiction without proper treatment regardless of her wishes.

I agree with this conclusion. While the appellant consented to the sexual encounters, she did not consent to the breach of duty that resulted in the continuation of her addiction and the sexual encounters. The fact that a patient acquiesces or agrees to a form of treatment does not absolve a physician from his or her duty if the treatment is not in accordance with medical standards. Otherwise, the patient would be required to know what the prescribed standard is. In the absence of a clear statement by the respondent to the appellant that he

généraliste de l'appelante et que celle-ci a continué à chercher à obtenir des soins médicaux de lui à ce titre. Ni les parties, ni le milieu médical n'avaient de raisons de croire qu'ils avaient mutuellement abandonné leur contrat. En fait, la conduite de l'appelante et de l'intimé a renforcé l'existence de leur relation médecin-patiente.

En outre, même si le contrat avait été abandonné, cela ne mettait pas fin à l'obligation. L'intimé n'a pas changé son statut de médecin et l'appelante n'a pas non plus changé son statut de personne qui avait besoin et qui était à la recherche d'un traitement. Cette relation s'est poursuivie même si, techniquement, le contrat qui existait entre eux a pris fin par consentement mutuel. L'obligation existe indépendamment du contrat à l'origine de cette relation. L'obligation qui découle de la relation représente évidemment le fondement du droit en matière de négligence.

Le juge en chef McEachern et le juge Locke ont conclu que l'intimé ne s'était pas libéré de son obligation envers l'appelante en raison du consentement aux attouchements sexuels. Après avoir cité le passage des motifs du juge du procès que j'ai mentionné précédemment, le juge en chef McEachern a dit à la p. 52:

[TRADUCTION] Je souscris à ce qui précède. J'estime, en outre, que le fait que la demanderesse ait consenti à la conduite du défendeur ne le relève pas des exigences qui découlent de cette obligation. Il avait envers la demanderesse et l'État la responsabilité professionnelle de ne pas lui donner de mauvais traitements médicaux en prolongeant sa période de dépendance sans lui prodiguer de traitement convenable, nonobstant ce qu'elle souhaitait.

Je souscris à cette conclusion. Bien que l'appelante ait consenti aux attouchements sexuels, elle n'a pas consenti au manquement à l'obligation qui a entraîné la poursuite de sa dépendance et les attouchements sexuels. Le fait qu'un patient admette ou accepte une forme de traitement ne relève pas un médecin de son obligation, si le traitement n'est pas conforme aux normes médicales. Autrement le patient serait tenu de savoir quelle est la norme prescrite. En l'absence d'une déclaration claire de l'intimé à l'appelante qu'il ne la traitait désormais

was no longer treating her as her physician and an unequivocal consent to the cessation of treatment, I conclude that the duty to treat the appellant continued until she attended at the rehabilitation centre on her own initiative and was treated.

### Ex Turpi Causa

I agree with the reasons of Locke J.A. and La Forest J. that the appellant's claim is not barred by *ex turpi*. I would add the following. My colleague refers to the observation of Estey J. that the application of this maxim to defeat a tort action has been rare. Its use has been much less frequent in recent times. The courts have taken a less rigid view of its purpose. Emphasis is now placed on preserving the administration of justice from the taint that would result from the approval of a transaction that a court ought not to countenance. In this regard, I agree with the statement of Taylor J. in *Mack v. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (S.C.), at p. 345:

The purpose of the rule today must be to defend the integrity of the legal system, and the repute in which the courts ought to be held by law-abiding members of the community. It is properly applied in those circumstances in which it would be manifestly unacceptable to fair-minded, or right-thinking, people that a court should lend assistance to a plaintiff who has defied the law.

The views of society have changed radically in this respect. The older cases were apt to view with equal severity the misconduct of all persons who were involved in immoral or illegal transactions. I need only refer to the case of *Hegarty v. Shine* (1878), 4 L.R. Ir. 288 (Q.B.D.), in which the courts refused relief to a young female servant who had been infected with a venereal disease by her master. I have no doubt that such a case would be viewed quite differently today. In my view, the administration of justice will suffer no disrepute in the eyes of the public by reason of this Court's lending its assistance to the appellant in this case.

plus à titre de médecin et d'un consentement non équivoque à la cessation du traitement, je suis d'avis que l'obligation de traiter l'appelante s'est poursuivie jusqu'à ce qu'elle se rende au centre de désintoxication de son propre gré et qu'elle y soit traitée.

### Ex turpi causa

Je fais miens les motifs du juge Locke et du juge La Forest selon lesquels la maxime *ex turpi* ne fait pas obstacle à la demande de l'appelante. Je suis d'avis d'ajouter ce qui suit. Mon collègue mentionne les propos du juge Estey selon lesquels il est rare que cette maxime ait été appliquée pour rejeter une action délictuelle. Ces derniers temps, son utilisation a été beaucoup moins fréquente. Les tribunaux ont adopté une conception moins rigide de son objet. On insiste maintenant sur la protection de l'administration de la justice contre la déconsidération qui pourrait résulter de l'approbation d'une opération qu'un tribunal ne saurait permettre. À cet égard, je fais miens les propos du juge Taylor dans l'arrêt *Mack c. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (C.S.), à la p. 345:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, la règle doit avoir pour objet de défendre l'intégrité du système juridique et la réputation que les tribunaux doivent avoir aux yeux des honnêtes citoyens. Elle est appliquée à bon droit dans les circonstances où il serait manifestement inacceptable pour les personnes impartiales et sensées qu'un tribunal vienne en aide à un demandeur qui a défié la loi.

L'opinion de la société a changé radicalement à cet égard. Dans les affaires plus anciennes, on était prêt à considérer avec la même sévérité l'inconduite de toutes les personnes impliquées dans des opérations immorales ou illégales. Je n'ai qu'à mentionner l'arrêt *Hegarty c. Shine* (1878), 4 L.R. Ir. 288 (B.R.), dans lequel les tribunaux ont refusé un redressement à une servante à qui son maître avait transmis une maladie vénérienne. Je suis certain qu'une telle affaire serait interprétée très différemment aujourd'hui. À mon avis, l'administration de la justice ne sera pas déconsidérée aux yeux du public parce que notre Cour vient en aide à l'appelante en l'espèce.

Damages

The breach of duty found was that in lieu of striving to cure the appellant of her addiction, the respondent promoted it in return for sexual favours. The result was that the addiction was prolonged in lieu of treatment and the appellant was subjected to the respondent's sexual advances. The sexual acts were causally connected to the failure to treat and must form part of the damage suffered by the appellant. I would assess the damages for both these components in the amount awarded by my colleague, La Forest J. I would not, however, award punitive damages. These are inappropriate in this case inasmuch as the basis of liability is the breach of professional duty. While the sexual episodes are an element of damage, they are not the basis of liability. These sexual episodes are the basis of liability in the reasons of La Forest J. who found the respondent liable for acts of sexual assault deserving of punishment. In the view that I have taken, they are rather an element of damage for breach of duty, and an award that includes as a component aggravated damages is adequate compensation to the appellant.

I would allow the appeal with costs throughout. I would not impose costs on a scale higher than party and party which should generally be reserved for cases in which misconduct has occurred in the conduct of or related to the litigation.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Ladner Downs, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Epstein Wood Logie & Wexler, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

Les dommages-intérêts

Le manquement à l'obligation dont j'ai conclu à l'existence était qu'au lieu de chercher à débarrasser l'appelante de sa dépendance, l'intimé l'a favorisée en échange de faveurs sexuelles. Il en est résulté que la dépendance a été prolongée au lieu d'être traitée et que l'appelante a fait l'objet d'avances sexuelles de la part de l'intimé. Il y a eu un lien causal entre les actes sexuels et l'omission de traiter et ces actes sexuels doivent faire partie du préjudice subi par l'appelante. Je suis d'avis d'évaluer les dommages-intérêts pour ces deux composantes au montant accordé par mon collègue le juge La Forest. Toutefois, je ne suis pas d'avis d'accorder des dommages-intérêts punitifs. Il ne convient pas d'en accorder en l'espèce dans la mesure où la responsabilité est fondée sur le manquement à l'obligation professionnelle. Bien que les épisodes sexuels représentent un élément du préjudice, ils ne constituent pas le fondement de la responsabilité. Ces épisodes sexuels constituent le fondement de la responsabilité dans les motifs du juge La Forest qui a conclu que l'intimé avait commis des actes d'agression sexuelle qui méritaient d'être punis. À mon point de vue, ils représentent plutôt un élément du préjudice subi en raison du manquement à l'obligation et des dommages-intérêts comprenant des dommages-intérêts majorés constituent une indemnisation adéquate pour l'appelante.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de ne pas imposer des dépens plus élevés que les dépens entre parties qui seraient généralement réservés pour les affaires dans lesquelles il y a eu inconduite dans le cadre du litige ou relativement à celui-ci.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

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

*Procureurs de l'intimé: Epstein Wood Logie & Wexler, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

**Laura Norberg** *Appellant*

v.

**Morris Wynrib** *Respondent*

and

**Women's Legal Education and Action Committee** *Intervener*

INDEXED AS: NORBERG v. WYNRIB

File No.: 21924.

1992: September 24.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.\*

RE-HEARING ON THE ISSUE OF INTEREST

*Judgment — Interest — Judgment not addressing issue of interest on award of aggravated damages for sexual assaults — Re-hearing as to interest.*

*David K. Wilson, for the appellant.*

The following is the judgment delivered by

THE COURT—Pursuant to the agreement of the parties, an order will go that interest in the amount of \$15,017.48 be awarded to the appellant, a figure representing interest at Registrar's rates on the award of aggravated damages from the mid-point of the assaults, June 30, 1984, to the date of judgment, June 18, 1992. Pursuant to the same agreement, there shall be no interest on the award of punitive damages.

APPLICATION FOR RE-HEARING on the issue of interest following judgment rendered by

\*Stevenson J., who sat on the appeal, [1992] 2 S.C.R. 226, resigned from the Court on June 5, 1992 and took no part in the judgment.

**Laura Norberg** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Morris Wynrib** *Intimé*

et

<sup>b</sup> **Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: NORBERG c. WYNRIB

<sup>c</sup> N° du greffe: 21924.

1992: 24 septembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin\*.

<sup>d</sup> NOUVELLE AUDITION PORTANT SUR LA QUESTION DES INTÉRÊTS

<sup>e</sup> *Jugement — Intérêts — Question des intérêts sur les dommages-intérêts majorés accordés pour les agressions sexuelles non abordée dans le jugement — Nouvelle audition portant sur les intérêts.*

<sup>f</sup> *David K. Wilson, pour l'appelante.*

Version française du jugement rendu par

<sup>g</sup> LA COUR—Conformément à l'entente intervenue entre les parties, il est ordonné que des intérêts s'élevant à 15 017,48 \$ soient accordés à l'appelante, laquelle somme représente les intérêts sur les dommages-intérêts majorés, calculés, selon les taux fixés par le Registrare, à partir du milieu de la période des agressions, le 30 juin 1984, jusqu'à la date du jugement, le 18 juin 1992. Conformément à la même entente, aucun montant d'intérêts n'est accordé relativement aux dommages-intérêts punitifs consentis.

<sup>h</sup> DEMANDE DE NOUVELLE AUDITION portant sur la question des intérêts à la suite de l'arrêt

<sup>i</sup> \*Le juge Stevenson, qui a siégé dans ce pourvoi, [1992] 2 R.C.S. 226, a remis sa démission le 5 juin 1992 et n'a pas pris part au jugement.

this Court, [1992] 2 S.C.R. 226. Application allowed.

*Application allowed.*

*Solicitors for the appellant: Ladner Downs, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Epstein, Wood, Logie, Wexler & Maerov, Vancouver.*

de notre Cour, [1992] 2 R.C.S. 226. Demande accueillie.

*Demande accueillie.*

<sup>a</sup> *Procureurs de l'appelante: Ladner Downs, Vancouver.*

<sup>b</sup> *Procureurs de l'intimé: Epstein, Wood, Logie, Wexler & Maerov, Vancouver.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 1992 Vol. 2**

**3<sup>e</sup> cahier, 1992 Vol. 2**

**Cited as [1992] 2 S.C.R. 321-498**

**Renvoi [1992] 2 R.C.S. 321-498**

---



Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

---

## CONTENTS

**Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal) ..... 394**

Contempt — Competition Tribunal — Jurisdiction — Contempt ex facie curiae — Whether Competition Tribunal has jurisdiction over civil contempt for breaches of its orders under Part VIII of Competition Act — Meaning of "any matters related thereto" — Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 8.

**Reference re Goods and Services Tax ..... 445**

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Taxation — Goods and Services Tax — Whether GST Act ultra vires Parliament in whole or in part — Whether suppliers under GST Act entitled to recover expenses incurred in collection and remittance of GST from consolidated revenue fund — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 92(13), 103 — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX.

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

---

## SOMMAIRE

**Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence) ..... 394**

Outrage — Tribunal de la concurrence — Compétence — Outrage commis hors la présence du Tribunal — Le Tribunal de la concurrence a-t-il compétence en matière d'outrage civil résultant de la violation de ses ordonnances fondées sur la partie VIII de la Loi sur la concurrence? — Sens de l'expression "toute question s'y rattachant" — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 8.

**Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services ..... 445**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Taxation — Taxe sur les produits et services — La Loi sur la TPS est-elle ultra vires du Parlement intégralement ou en partie? — Les fournisseurs aux termes de la Loi sur la TPS sont-ils autorisés à recouvrer sur le Trésor les dépenses engagées pour percevoir et remettre la TPS? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 92(13), 103 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, partie IX.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Intergovernmental immunity from taxation — Appropriation of provincial funds — Provinces obliged under GST Act to collect and remit GST on taxable supplies when they act as suppliers — Whether obligation to collect and remit GST amounts to taxation of provinces' property or appropriation of provincial funds for federal purposes — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 125, 126 — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX.

Agency — Obligations of principal — Remuneration of agent — Vendors of taxable supplies appointed agents of Crown in right of Canada under GST Act for purposes of collecting and remitting GST — Whether vendors entitled to recover expenses incurred in collection and remittance of GST — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 122, 123, 221, 240, 346.

Appeal — Reference — Abstract question — Whether Court should decline to answer question.

Practice — Interveners — New issues — Reference — New issues raised by intervenor falling outside scope of reference — Whether Court should consider intervenor's arguments.

### **Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)..... 321**

Human rights — Discrimination on basis of sex, age and marital status — Insurance — Young unmarried male drivers charged higher car insurance premiums than similarly situated females or married males — Insurance industry exempted from Act if grounds reasonable and bona fide — Whether or not reasonable and bona fide grounds — Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, ss. 1, 3, 8, 21, 24(1)(b), 46(3).

## SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Immunité intergouvernementale à l'égard de la taxation — Affectation des fonds des provinces — La Loi sur la TPS oblige les provinces à percevoir et à remettre la TPS sur les fournitures taxables lorsqu'elles agissent à titre de fournisseurs — L'obligation de percevoir et de remettre la TPS équivaut-elle à une taxation des biens de la province ou à une affectation des fonds des provinces à des fins fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 125, 126 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, partie IX.

Mandat — Obligations du mandant — Rémunération du mandataire — Les vendeurs de fournitures taxables sont nommés mandataires de la Couronne du chef du Canada aux termes de la Loi sur la TPS aux fins de la perception et de la remise de la TPS — Les vendeurs sont-ils autorisés à recouvrer les dépenses engagées pour percevoir et remettre la TPS? — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 122, 123, 221, 240, 346.

Appel — Renvoi — Question abstraite — La Cour doit-elle refuser de répondre à la question?

Pratique — Intervenants — Nouvelles questions — Renvoi — Les nouvelles questions soulevées par un intervenant ne s'inscrivent pas dans le cadre du renvoi — La Cour doit-elle examiner les arguments de l'intervenant?

### **Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)..... 321**

Droits de la personne — Discrimination fondée sur le sexe, l'âge et l'état matrimonial — Assurance — Jeunes conducteurs célibataires tenus de payer des primes d'assurance-automobile plus élevées que les hommes mariés ou les femmes dans une situation analogue — Industrie de l'assurance exemptée de l'application de la Loi pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi — Les motifs sont-ils justifiés de façon raisonnable et de bonne foi? — Code des droits de la personne (1981), L.O. 1981, ch. 53, art. 1, 3, 8, 21, 24(1)(b), 46(3).



**IN THE MATTER OF the Ontario *Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, as amended;***

and

**IN THE MATTER OF the complaint made by Mr. Michael G. Bates, of Islington, Ontario, alleging discrimination in the right to contract and services, goods and facilities by the Zurich Insurance Company, 188 University Avenue, Toronto, Ontario**

**Ontario Human Rights Commission** *Appellant*

v.

**Zurich Insurance Company** *Respondent*

and

**Michael G. Bates** *Complainant*

and

**Commission des droits de la personne du Québec and Alberta Human Rights Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: ZURICH INSURANCE CO. v. ONTARIO (HUMAN RIGHTS COMMISSION)**

File No.: 21737.

1991: November 5; 1992: June 25.

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

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

*Human rights — Discrimination on basis of sex, age and marital status — Insurance — Young unmarried male drivers charged higher car insurance premiums* <sup>j</sup>

**DANS L'AFFAIRE DU *Code des droits de la personne (1981), L.O. 1981, ch. 53, et modifications;***

<sup>a</sup> et

**DANS L'AFFAIRE DE la plainte déposée par M. Michael G. Bates, de la ville d'Islington (Ontario), alléguant la discrimination relativement à son droit à un traitement égal en matière de contrats et de services, de biens ou d'installations par Zurich Insurance Company, 188, avenue University, Toronto (Ontario)**

**Commission ontarienne des droits de la personne** *Appelante*

<sup>c.</sup>

**Zurich Insurance Company** *Intimée*

<sup>e</sup> et

**Michael G. Bates** *Plaignant*

<sup>f</sup> et

**Commission des droits de la personne du Québec et Alberta Human Rights Commission** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ: ZURICH INSURANCE CO. c. ONTARIO (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE)**

<sup>h</sup> N° du greffe: 21737.

1991: 5 novembre; 1992: 25 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin et Iacobucci. <sup>i</sup>

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

*Droits de la personne — Discrimination fondée sur le sexe, l'âge et l'état matrimonial — Assurance — Jeunes conducteurs célibataires tenus de payer des primes*

than similarly situated females or married males — Insurance industry exempted from Act if grounds reasonable and bona fide — Whether or not reasonable and bona fide grounds — *Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, ss. 1, 3, 8, 21, 24(1)(b), 46(3).*

A Board of Inquiry, appointed pursuant to the Ontario *Human Rights Code, 1981*, upheld a complaint made in May, 1983, that the respondent insurer engaged in prohibited discriminatory practices in that young, single, male drivers were charged higher car insurance rates than young, single, female drivers or, young, married, male drivers or any drivers 25 years of age or over. The complainant alleged denial of the right to contract on equal terms without discrimination and of the right to equal treatment in services.

Respondent conceded that the classification system upon which its premiums were based constituted a *prima facie* infringement of the Code but argued that the distinction between classes of drivers was based on reasonable and *bona fide* grounds and therefore fell within the exception provided by s. 21 of the Code.

The Board of Inquiry found that the Code had been contravened but the Divisional Court and the Court of Appeal held otherwise. At issue here was whether differentiation in automobile insurance rates based upon age, sex and marital status was reasonable and *bona fide* within the meaning of s. 21 of the *Human Rights Code, 1981*.

*Held* (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.: The determination of insurance rates and benefits does not fit easily within traditional human rights concepts. The underlying philosophy of human rights legislation is that an individual has a right to be dealt with on his or her own merits and not on the basis of group characteristics. Exceptions to this legislation should be narrowly construed. Insurance rates, however, are based on statistics relating to the degree of risk associated with a class or group of persons. Although not all persons in the class share the same risk characteristics, it is wholly impractical that each insured be assessed individually. Sometimes the class or group classification chosen will coincide with a prohibited ground of dis-

*d'assurance-automobile plus élevées que les hommes mariés ou les femmes dans une situation analogue — Industrie de l'assurance exemptée de l'application de la Loi pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi — Les motifs sont-ils justifiés de façon raisonnable et de bonne foi? — Code des droits de la personne (1981), L.O. 1981, ch. 53, art. 1, 3, 8, 21, 24(1)(b), 46(3).*

Une commission d'enquête, constituée conformément au *Code des droits de la personne (1981)*, a accueilli une plainte, déposée en mai 1983, alléguant que l'assureur intimé se livrait à des pratiques discriminatoires interdites en fixant des taux d'assurance-automobile plus élevées pour les jeunes conducteurs célibataires que pour les jeunes conductrices célibataires, les jeunes conducteurs mariés de sexe masculin et les conducteurs de plus de 25 ans. Le plaignant alléguait aussi la violation de son droit de conclure des contrats à conditions égales, sans discrimination et de son droit à un traitement égal en matière de services.

L'intimée reconnaît que le système de classification à partir duquel elle calcule ses primes est une violation *prima facie* du Code, mais prétend que son système établit des distinctions entre des catégories de conducteurs pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi, et relève donc de l'exception prévue à l'art. 21 du Code.

La commission d'enquête a conclu qu'il y avait eu contravention au Code, mais la Cour divisionnaire et la Cour d'appel n'étaient pas de cet avis. Le présent pourvoi vise à déterminer si les différences de taux d'assurance-automobile fondés sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, sont justifiées de façon raisonnable et de bonne foi au sens de l'art. 21 du *Code des droits de la personne (1981)*.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Iacobucci: La détermination des taux et des prestations d'assurance ne se rattache pas facilement aux concepts traditionnels des droits de la personne. La philosophie sous-jacente des lois sur les droits de la personne est qu'une personne a le droit d'être traitée selon ses propres mérites et non en fonction des caractéristiques d'un groupe. Les exceptions à ces lois doivent s'interpréter restrictivement. Toutefois, les taux d'assurance sont calculés à partir de statistiques ayant trait au degré de risque présenté par une catégorie ou un groupe de personnes. Bien que toutes les personnes d'une même catégorie ne possèdent pas les mêmes caractéristiques du point de vue du risque, il

crimination, bringing the rating scheme into conflict with human rights legislation. The Code, however, exempts an insurer from liability for discrimination if based on reasonable and *bona fide* grounds.

An important principle of insurance practice is that premiums charged to individual policy holders vary as much as possible in accordance with the degree of risk posed by the policy holder. The degree of risk is necessarily determined on the basis of groups sharing characteristics material to the risk. Inevitably, some will be placed in a group who do not share the average characteristics of that group with the result that the rate discriminates against them. The basic human rights principles must take into account these differences when applied in the context of insurance.

Section 21 provides a defence to a *prima facie* discriminatory practice if reasonable and *bona fide* grounds for that practice exist. A discriminatory practice is "reasonable" within the meaning of s. 21 of the Code (a) if it is based on a sound and accepted insurance practice, and (b) if there is no practical alternative. A practice is sound if it is desirable to adopt it for the purpose of achieving the legitimate business objective of charging premiums that are commensurate with risk. The availability of a practical alternative is a question of fact to be determined having regard to all of the facts of the case. The practice, to meet the test of "*bona fides*", must be adopted honestly, in the interests of sound and accepted business practice and not for the purpose of defeating the rights protected under the Code.

Human rights values cannot be over-riden by business expediency alone. To allow "statistically supportable" discrimination would undermine the intent of human rights legislation which attempts to protect individuals from collective fault. It would also perpetuate traditional stereotypes with all of their invidious prejudices. Whether there was an alternative, which in all the circumstances was practicable, must be considered.

serait tout à fait irréaliste de procéder à l'évaluation individuelle de tous les assurés. Parfois, la classification en catégories ou en groupes coïncidera avec un motif interdit de discrimination, et entraînera un conflit entre le régime d'établissement des primes et la législation des droits de la personne. Le Code ne tient pas un assureur responsable de discrimination si elle est fondée sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi.

En matière d'assurance, il existe un principe important qui veut que les primes imposées aux titulaires de police concordent le mieux possible avec le risque que présente le titulaire de la police. Il est nécessaire de classer les degrés de risques en fonction de groupes de personnes qui possèdent des caractéristiques similaires déterminantes à ce point de vue. Il est inévitable que certaines personnes seront classées dans un groupe avec lequel elles ne partagent pas les caractéristiques moyennes et les taux ainsi établis seront donc discriminatoires envers ces personnes. Les principes fondamentaux en matière de droits de la personne doivent tenir compte de ces différences lorsqu'ils sont appliqués dans le contexte des assurances.

L'article 21 offre un moyen de défense relativement à une pratique *prima facie* discriminatoire si cette pratique existe pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi. Une pratique discriminatoire est «raisonnable» au sens de l'art. 21 du Code, a) si elle se fonde sur une pratique solidement fondée et reconnue dans le domaine des assurances; et b) s'il n'existe pas d'autre solution pratique. Une pratique est solidement fondée si l'on estime souhaitable de l'adopter pour atteindre l'objectif commercial légitime d'imposer des primes proportionnelles au risque. L'existence d'une autre solution pratique est une question de fait qu'il faut trancher en tenant compte de tous les faits de l'affaire. Afin de satisfaire au critère de la «bonne foi», la pratique doit avoir été adoptée honnêtement, d'une façon conforme à des pratiques commerciales solidement fondées et reconnues, et non dans le but de porter atteinte aux droits garantis par le Code.

Les droits de la personne ne peuvent être écartés pour des raisons uniquement commerciales. Autoriser une pratique discriminatoire «statistiquement défendable» aurait pour effet de porter atteinte au but des lois sur les droits de la personne, qui tentent de protéger les personnes contre la faute collective. Une telle pratique ne ferait que perpétuer les stéréotypes traditionnels avec tous leurs préjugés insidieux. Il faut déterminer s'il existe une autre solution pratique applicable dans toutes les circonstances.

Setting premiums on a basis that did not rely on the classifications then in use was not a practical alternative for the industry. It would have been even more impractical for the respondent unilaterally to adopt its own classifications based on non-discriminatory criteria because actuarially reliable figures, based on only its own data, were impractical or impossible to obtain. The fact that it was theoretically possible to collect data based on other criteria does not establish that reasonable alternatives to the current system exist. In the absence of alternative criteria to set premiums, it was unreasonable to expect Zurich to simply guess at an equitable distribution of premiums among the consumers it insured.

To require an insurer to establish that the very essence of its business would be undermined if it could no longer rely on discriminatory group characteristics for its rate classification system is too high a standard and is not required by s. 21. This standard ascribes too narrow a meaning to what constitutes a practical alternative. An alternative may be impractical even though its adoption would not undermine the very essence of a business. Furthermore, this standard tended to minimize the importance of the statutory framework within which the industry and the respondent were required to operate.

The insurance industry must be allowed time to determine whether it can restructure its classification system in a manner that will eliminate discrimination based on enumerated group characteristics and still reflect the disparate risks of different classes of drivers. While the situation as it existed in 1983 did not provide a reasonable alternative to setting premiums based on age, sex and marital status, the situation today and in the future may be quite different. The insurance industry must strive to avoid setting premiums based on enumerated grounds.

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Legislation prohibiting discrimination must be broadly construed using a purposive approach and defences to discrimination must be narrowly construed. Section 21, which allows discrimination if "reasonable and *bona fide*" grounds exist, must therefore be narrowly construed. The party seeking to justify discrimination against an individual must show that there is no reasonable or prac-

L'établissement des primes en fonction de critères non fondés sur les classifications alors en usage ne constituait pas une solution de rechange pratique pour l'industrie. Il aurait été encore moins pratique pour l'intimée d'adopter unilatéralement ses propres classifications fondées sur des critères non discriminatoires parce qu'elle n'aurait pu obtenir des chiffres fiables du point de vue actuariel à partir de ses propres données seulement. Le fait qu'il était possible en théorie de recueillir des données fondées sur d'autres critères n'établit pas l'existence de solutions raisonnables autres que l'utilisation du système actuel. En l'absence d'autres critères pour la fixation des primes, il est déraisonnable de s'attendre que Zurich fasse une simple estimation d'une distribution équitable des primes entre les consommateurs qu'elle assure.

Exiger d'un assureur qu'il établisse que les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées s'il ne pouvait plus utiliser de caractéristiques discriminatoires pour son système de classification des primes est une norme trop exigeante qui n'est pas requise par l'art. 21. Cette norme donne une interprétation trop étroite de ce qui constitue une solution de rechange pratique. Une solution pourrait ne pas être pratique même si son adoption ne risque pas d'ébranler les fondations mêmes d'une entreprise. Cette norme a tendance à minimiser l'importance du cadre législatif à l'intérieur duquel l'industrie et l'intimée devaient fonctionner.

Il faut accorder à l'industrie des assurances suffisamment de temps pour déterminer si elle peut restructurer son système de classification d'une façon qui éliminera la discrimination fondée sur des caractéristiques particulières d'un groupe, tout en tenant compte des différents risques que présentent les différentes catégories de conducteurs. Bien que la situation qui existait en 1983 n'ait pas conduit à l'adoption d'une solution autre que l'établissement des primes fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, la situation pourrait bien être différente aujourd'hui et dans l'avenir. L'industrie des assurances doit chercher à éviter de fixer des primes fondées sur des motifs interdits.

*Le* juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les lois anti-discriminatoires doivent recevoir une interprétation large dans le cadre d'une analyse en fonction de leur objectif et il faut interpréter restrictivement les justifications invoquées à l'égard d'une mesure discriminatoire. L'article 21, qui autorise la discrimination pour des «motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi», doit en conséquence s'interpréter restrictivement. La partie qui cherche à justifier une mesure discriminatoire contre une personne doit établir qu'il n'existe pas

tical alternative. The rule will not be *bona fide* if one exists.

The test for “reasonable and *bona fide* grounds” should be based on the test established for employment situations. The terms “reasonable and *bona fide*” are stronger than the single term “*bona fide*”. The protection of individual rights is equally important in employment and insurance contexts.

A two-pronged test with subjective and objective components should be adopted. The subjective component requires that a distinction in an insurance contract based on age, sex, marital status, family status or handicap be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such distinction accurately reflects the cost of the risk insured, rather than for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. The objective component requires that the distinction be reasonably necessary to assure the proper allocation of risk among insured groups. Any rational connection must causally link distinction and the insured risk and must be more than a statistical correlation or a simple reliance on traditional or accepted insurance practices which may be nonetheless needlessly discriminatory. The distinction must also be a reasonable means of identifying and classifying similar risks.

Respondent, given a *prima facie* case of discrimination, must demonstrate the “reasonable and *bona fide* grounds” underlying the discriminatory classification system. The first, subjective component of the applicable test was met as the respondent used its discriminatory classification system in good faith. The objective component, however, was not met. The respondent’s conclusion that a rational connection existed since the evidence demonstrated a statistical correlation between young, single males and high risk is dangerously and fundamentally flawed. The mere statistical correlation between a group and higher risk cannot suffice to justify discrimination on prohibited grounds. Such correlation accepts the very stereotyping that is deemed unacceptable by human rights legislation: prohibited grounds of discrimination are used to ascribe the characteristics of the group to all individuals in the class. Discrimination based on statistical correlation is simply discrimination in a more invidious form. Strong statistical proof is required to demonstrate a rational connection between the discriminatory classification and high risk. This

d’autre solution raisonnable ou pratique. Cette mesure ne sera pas considérée comme justifiée s’il en existe une.

Le critère des «motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» devrait être fondé sur celui établi en matière d’emploi. Les termes «de façon raisonnable et de bonne foi (*bona fide*)» sont plus forts que le seul terme «normal» (*bona fide*). La protection des droits de la personne est tout aussi importante dans le contexte de l’emploi que dans celui de l’assurance.

Il faudrait adopter un test à deux volets, comportant un élément subjectif et un élément objectif. L’élément subjectif exige qu’une distinction fondée, dans un contrat d’assurance, sur l’âge, le sexe, l’état matrimonial, l’état familial ou un handicap soit imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette distinction est imposée pour traduire exactement le coût du risque assuré, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d’aller à l’encontre de ceux du Code. L’élément objectif exige que la distinction soit raisonnablement nécessaire pour assurer une répartition appropriée des risques entre les groupes d’assurés. Tout lien rationnel doit établir un lien de causalité entre la distinction et le risque assuré; ce lien doit être davantage qu’une corrélation statistique ou qu’une simple application de pratiques traditionnelles ou généralement admises dans le domaine des assurances, qui peuvent bien être inutilement discriminatoires. La distinction doit également constituer un moyen raisonnable d’identifier et de classer des risques similaires.

L’intimée, en présence d’une preuve *prima facie* de discrimination, doit apporter la preuve «des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» sur lesquels son système discriminatoire de classification se fonde. L’élément subjectif a été satisfait, car l’intimée utilise son système de classification discriminatoire de bonne foi. On n’a pas satisfait au deuxième élément, l’élément objectif. Il est dangereusement et fondamentalement erroné de conclure, comme l’a fait l’intimée, à l’existence de ce lien rationnel parce que la preuve établissait l’existence d’une corrélation statistique entre les jeunes conducteurs célibataires de sexe masculin et le risque élevé. L’existence d’une simple corrélation statistique entre un groupe donné et un risque élevé ne peut suffire à justifier des mesures discriminatoires fondées sur des motifs interdits. Une telle corrélation accepte le genre même de stéréotype que la législation des droits de la personne considère inacceptable: les motifs interdits de discrimination servent à attribuer les caractéristiques du groupe à toutes les personnes de la catégorie. La discrimination fondée sur une corrélation statistique est sim-



proof, however, must not simply be one of correlation, but one of causal connection. Respondent has not established this.

The availability of alternative means of classifying individuals into groups can be considered under the objective branch of the test. The complaint of discrimination is not answered by the fact that the collection of statistics, which would have provided the basis for an alternative classification system, was not required by the Superintendent of Insurance. It was not up to the Superintendent to decide whether or not there was an infringement of the Code.

In keeping with the policy of curial deference to the findings of fact of specialized tribunals, the facts as stated by the Board should not be second-guessed by this Court in the absence of a clear error or misapprehension on the part of the Board. The Board had the advantage of seeing and hearing the witnesses.

To simply assert that a system has been in place for 50 years is an inadequate response to the argument that there are alternatives to the system. The insurance industry cannot rely on its inaction and its self-serving claim that the practice "has always been done this way" to defend its discriminatory practices on grounds of a lack of statistical data. If it could, complacency and a history of discrimination would be rewarded at the cost of progress and the recognition of higher societal norms of behaviour.

An alternative to the discriminatory classification system existed at the time of the complaint. The premiums of drivers over the age of 25 were set according to completely non-discriminatory classifications. Respondent, given this alternative and the absence of evidence that it could not be adopted for unmarried male drivers under age 25, did not establish that the discriminatory system was reasonable.

*Per McLachlin J. (dissenting):* The law clearly forbids discrimination on the grounds of age, sex and marital status, unless the offender can establish that its intentions were *bona fide* and that, on an objective test, there was no practical or reasonable alternative to discriminating on those grounds. The insurer, however, did not demonstrate that there was no practical alternative in

plement une discrimination sous une forme plus insidieuse. Il faut une preuve statistique solide pour établir l'existence d'un lien rationnel entre la classification discriminatoire et le risque élevé. Toutefois, il n'est pas suffisant de prouver l'existence d'une corrélation statistique, encore faut-il établir un lien de causalité. L'intimée n'a pas réussi à établir ce lien.

On peut examiner, dans le cadre de l'élément objectif, l'existence d'autres façons de classer les conducteurs en groupes. Le fait que le surintendant des assurances n'exigeait pas la collecte de statistiques qui auraient constitué le fondement d'un système différent de classification n'est pas une réponse appropriée à la plainte de discrimination. Il n'appartient pas au surintendant de décider s'il y a ou non violation du Code.

Conformément au principe de retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait des tribunaux spécialisés, il n'appartient pas à notre Cour de réexaminer les faits mentionnés par la commission, en l'absence d'erreur manifeste de la commission, qui a eu le privilège de voir et d'entendre les témoins.

Affirmer simplement qu'un système est en place depuis 50 ans n'est pas une réponse appropriée à l'argument qu'il existe d'autres systèmes de classification. L'industrie des assurances ne peut invoquer son inaction et son affirmation intéressée qu'une pratique donnée «existe depuis toujours» pour justifier ses pratiques discriminatoires par l'inexistence de données statistiques. Si tel était le cas, ce serait récompenser l'inaction et la discrimination traditionnelle au détriment du progrès et de la reconnaissance de normes sociales de comportement plus exigeantes.

Il existait, au moment de la plainte, une solution autre que l'application du système discriminatoire de classification. Les primes des conducteurs de plus de 25 ans sont fixés en fonction de critères non discriminatoires. L'intimée, compte tenu de cette autre solution et de l'absence de preuve démontrant l'inapplicabilité du système de classification des conducteurs de plus de 25 ans à la catégorie des conducteurs de moins de 25 ans, n'a pas réussi à établir que le système discriminatoire était raisonnable.

*Le juge McLachlin (dissidente):* Le droit interdit clairement toute discrimination fondée sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, à moins que le contrevenant puisse démontrer que ses intentions étaient de bonne foi et que, d'après un critère objectif, il n'y avait aucune autre solution pratique ou raisonnable que d'établir une distinction fondée sur ces motifs. Toutefois, l'assureur n'a pas

1983 to basing its premiums for young men on age, sex and marital status.

An absence of statistics based on grounds other than age, sex and marital status does not establish that there are no risk factors other than age, sex and marital status which would achieve the objective of charging premiums that are commensurate with risk. An absence of statistics does not establish that there is no other alternative. It only establishes that it is not known whether or not other viable alternative bases of risk evaluation exist and that the insurer does not have the means to establish them. As a matter of logic, the absence of alternative statistics is equally consistent with the inference that alternatives exist as with the inference that alternatives do not exist. The insurer must bear the burden of showing no reasonable alternative exists, and, through its own failure to collect the required data, has failed to meet this burden.

The effect of confusing absence of a reasonable alternative with absence of proof of a reasonable alternative is to remove the burden of proof from the shoulders of the person who *prima facie* violates the Code and to place it on the shoulders of the person who complains of discrimination. This is contrary to human rights tradition and contrary to the rule of evidence that the burden of proof should lie on the person most likely to be in possession of the relevant facts. And on the plane of policy, such an approach would encourage *prima facie* offenders to continue in their traditional discriminatory ways rather than reforming their practices in accordance with the object of the Code.

The law should not allow difficulties of proving the non-existence of reasonable alternatives to stand as a defence to a charge under the Code. To the extent that it may take time for industry to convert from ingrained discriminatory practices to non-discriminatory alternatives (or alternatively to show that none is possible), those difficulties are better dealt with under the rubric of remedies than by saying there is no violation of the Code.

The insurer cannot be excused for its failure to demonstrate reasonable alternatives. First, there is no precedent in human rights cases for excusing a person who is guilty of *prima facie* discrimination on any ground absent reasonable alternatives. Second, its excuses adduced here were not sufficient. An insurer doing business in a province must comply with all the

démontré qu'en 1983, il n'y avait pas de solution pratique autre que l'utilisation de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial comme fondement pour ses primes.

L'absence de statistiques fondées sur des motifs autres que l'âge, le sexe et l'état matrimonial ne signifie pas qu'il n'existe pas d'autres facteurs de risque que ces derniers qui permettraient de fixer des primes qui correspondent au risque. L'absence de statistiques n'établit pas qu'il n'y a pas d'autre solution. Tout ce qu'elle établit, c'est qu'on ne sait pas s'il existe d'autres fondements viables pour évaluer le risque et que l'assureur ne dispose pas des moyens pour établir qu'il n'existe aucune autre solution. Logiquement, l'absence d'autres données statistiques permet tout autant de conclure qu'il existe d'autres solutions que de conclure qu'il n'en existe pas d'autres. L'assureur a le fardeau de démontrer qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable et, comme il n'a pas recueilli les données nécessaires, il ne s'est pas déchargé de ce fardeau.

Confondre l'absence d'une autre solution raisonnable avec l'absence de preuve d'une autre solution raisonnable a pour effet d'enlever le fardeau de la preuve des épaules de l'auteur de la violation *prima facie* du Code et de le placer sur les épaules de la personne qui invoque la discrimination. Cette situation est contraire à la tradition en matière de droits de la personne et contraire à la règle de preuve selon laquelle la charge de la preuve incombe à la personne la plus susceptible d'être en possession des faits pertinents. Sur le plan des principes, une telle position encouragerait les contrevenants à continuer d'appliquer leurs méthodes discriminatoires traditionnelles plutôt que de modifier leurs pratiques conformément à l'objet du Code.

Le droit ne devrait pas permettre que la difficulté de prouver l'absence d'autres solutions raisonnables soit invoquée comme moyen de défense contre une accusation aux termes du Code. Dans la mesure où il peut falloir du temps pour que l'industrie passe de pratiques discriminatoires enracinées à d'autres solutions non discriminatoires (ou subsidiairement pour démontrer qu'aucune n'est possible), il est préférable de régler ces difficultés dans le cadre de la réparation que par l'affirmation qu'il n'y a pas de violation du Code.

L'assureur ne peut être excusé de son incapacité à démontrer d'autres solutions. Premièrement, il n'existe pas de jurisprudence sur les droits de la personne qui excuse l'auteur d'une discrimination *prima facie* fondée sur quelque motif que ce soit, s'il n'existe pas d'autres solutions. Deuxièmement, les excuses présentées en l'espèce ne sont pas suffisantes. Un assureur est obligé,

laws of that province, and failure of the Superintendent of Insurance to require the collection of statistics on bases other than prohibited grounds of discrimination does not amount to satisfying the Code. The size of the firm and its capacity to fix rates unilaterally on non-discriminatory statistics cannot be accepted as a defence as it would create differing standards for large and small firms. To accept less than requiring the *prima facie* offender to provide actual justification for what may in the past have been assumed to be justified would constitute an 'about-face' in human rights law which could seriously undermine the effectiveness of human rights codes. Third, the insurer cannot discharge that burden merely by showing that it is difficult to ascertain whether there are reasonable alternatives and if so, what they are. Difficulty alone has never been accepted as an excuse for discriminatory conduct contrary to human rights legislation.

The Code requires the classifications on which premiums are set to be rationally defensible. If they are not, they must be found to violate, even if other classes are negatively affected. Any adverse effect on drivers in other categories arises from the insurer's failure to shoulder the burden which the law imposes of conforming to the Code or demonstrating the absence of reasonable alternatives.

### Cases Cited

By Sopinka

**Considered:** *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; **distinguished:** *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; **referred to:** *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-*

comme condition pour exploiter une entreprise dans une province, de se conformer à toutes les lois de cette province, et le fait que le surintendant des assurances n'obligeait pas les compagnies d'assurances à recueillir des données statistiques sur des fondements autres que les motifs de distinction illicites ne permet pas de satisfaire aux exigences du Code. Les arguments fondés sur la taille d'une entreprise et sa capacité de fixer ses taux sur des statistiques non discriminatoires ne devraient pas être acceptés en défense, car on créerait des normes différentes pour les petites et pour les grandes entreprises. Accepter moins que d'exiger que l'auteur d'une violation *prima facie* justifie réellement ce qui, par le passé, a été présumé justifié constituerait une «volte-face» en matière de droits de la personne, qui est susceptible de miner gravement l'efficacité des codes des droits de la personne. Troisièmement, l'assureur ne peut s'acquitter de ce fardeau en démontrant simplement qu'il est difficile de vérifier l'existence d'autres solutions raisonnables et, le cas échéant, en quoi elles consistent. La difficulté prise de façon isolée n'a jamais été acceptée comme une excuse pour une conduite discriminatoire contraire à la législation des droits de la personne.

Le Code exige que les classifications en vertu desquelles les primes sont établies soient justifiables d'un point de vue rationnel. Si ce n'est pas le cas, il faut conclure à la violation, même si cela a un effet négatif sur d'autres catégories. Tout effet défavorable à l'égard de conducteurs d'autres catégories découle du défaut de l'assureur de s'acquitter de son obligation juridique de se conformer au Code ou de démontrer l'absence d'autres solutions raisonnables.

### Jurisprudence

<sup>g</sup> Citée par le juge Sopinka

**Arrêt examiné:** *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; **distinction d'avec les arrêts:** *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; **arrêts mentionnés:** *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des*

*Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (1984); *Pennsylvania National Organization for Women v. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (1988).

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipe-fitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; *Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (1984); *Pennsylvania National Organization for Women v. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (1988).

*télécommunications canadiennes*), [1989] 1 R.C.S. 1722; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Hartford Accident and Indemnity Co. c. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (1984); *Pennsylvania National Organization for Women c. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (1988).

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

*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; *Hartford Accident and Indemnity Co. c. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (1984); *Pennsylvania National Organization for Women c. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (1988).

**Statutes and Regulations Cited**

- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(a), (g).
- Compulsory Automobile Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 83, s. 10.
- Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137, s. 34(2).
- Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, ss. 1, 3, 8, 21, 24(1)(b), (2), 41(1), (3), 46(3).
- Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, ss. 80(1), (2), 393(b)(iii), 396.
- Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, S.O. 1990, c. 2, ss. 3(1), 74.
- Ontario Automobile Insurance Board Act, 1988*, S.O. 1988, c. 18, s. 33(1).
- Regulation 282 under the *Employment Standards Act*, R.R.O. 1980.

**Authors Cited**

- Ontario. Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario. *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*. (The "Osborne Report".) Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1988.
- National Association of Insurance Commissioners. *Report of the Rates and Rating Procedures Task Force of the Automobile Insurance (D3) Subcommittee* (November, 1978).
- Ryan, Stephen R. "The Elimination of Gender Discrimination in Insurance Pricing: Does Automobile Insurance Rate Without Sex?" (1986), 61 *Notre Dame L. Rev.* 748.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 70 O.R. (2d) 639, 49 O.A.C. 361, 45 C.C.L.I. 303, dismissing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1987), 58 O.R. (2d) 325, [1987] I.L.R. ¶ 1-2148, 23 C.C.L.I. 130, allowing an appeal from a judgment of board of inquiry of the Ontario Human Rights Commission (1985), 6 C.H.R.R. D/2948. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

*J. E. Minor, T. H. Wickett and Tanya Lee*, for the appellants.

*J. F. Howard, Q.C., Neil Finkelstein and Jeff Galway*, for the respondent.

**Lois et règlements cités**

- Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53, art. 1, 3, 8, 21, 24(1b), (2), 41(1), (3), 46(3).
- Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, L.O. 1990, ch. 2, art. 3(1), 74.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15a), g).
- Loi sur l'assurance-automobile obligatoire*, L.R.O. 1980, ch. 83, art. 10.
- Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, art. 80(1), (2), 393b)(iii), 396.
- Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, ch. 137, art. 34(2).
- Ontario Automobile Insurance Board Act, 1988*, L.O. 1988, ch. 18, art. 33(1).
- Règlement 282 de la *Loi sur les normes d'emploi*, R.R.O. 1980.

**d Doctrine citée**

- Ontario. Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario. *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*. (The «Osborne Report».) Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1988.
- National Association of Insurance Commissioners. *Report of the Rates and Rating Procedures Task Force of the Automobile Insurance (D3) Subcommittee* (November, 1978).
- Ryan, Stephen R. «The Elimination of Gender Discrimination in Insurance Pricing: Does Automobile Insurance Rate Without Sex?» (1986), 61 *Notre Dame L. Rev.* 748.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 70 O.R. (2d) 639, 49 O.A.C. 361, 45 C.C.L.I. 303, qui a rejeté un appel d'un jugement de la Cour divisionnaire (1987), 58 O.R. (2d) 325, [1987] I.L.R. ¶ 1-2148, 23 C.C.L.I. 130, qui avait accueilli un appel contre une décision d'une commission d'enquête de la Commission ontarienne des droits de la personne (1985), 6 C.H.R.R. D/2948. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

*J. E. Minor, T. H. Wickett et Tanya Lee*, pour l'appelante.

*J. F. Howard, c.r., Neil Finkelstein et Jeff Galway*, pour l'intimée.

*Beatrice Vizkelety and Madeleine Caron*, for the interveners Commission des droits de la personne du Québec.

*J. Leslie Wallace and S. E. Fitzgerald*, for the interveners Alberta Human Rights Commission.

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

SOPINKA J.—The issue raised in this appeal is whether differentiation in automobile insurance rates based upon age, sex and marital status is reasonable and *bona fide* within the meaning of s. 21 of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53 (now R.S.O. 1990, c. H.19, s. 22). The respondent, Zurich Insurance Company (“Zurich”), in setting its rates in 1983, discriminated against single, male drivers under the age of 25 but it claims exemption from liability by virtue of s. 21 of the Code.

### The Facts

On April 30, 1984, a Board of Inquiry was appointed pursuant to the Ontario *Human Rights Code, 1981* (the “Code”) to hear and decide a complaint made in May of 1983 by Mr. Michael G. Bates against the respondent insurance company. This complaint alleged that young, single, male drivers must pay automobile insurance rates which exceed the rates paid by young, single, female drivers, the rates paid by young, married, male drivers and the rates paid by any drivers 25 years of age or over. Mr. Bates alleged that this discrepancy contravened provisions in the Code. The complainant alleged that he had been denied the right to contract on equal terms without discrimination contrary to ss. 3 and 8 of the Code. The complainant also alleged that his right to equal treatment in services, goods and facilities had been infringed contrary to ss. 1 and 8 of the Code.

Zurich concedes that the classification system upon which its premiums were based constitutes a

*Beatrice Vizkelety et Madeleine Caron*, pour l’intervenante la Commission des droits de la personne du Québec.

*J. Leslie Wallace et S. E. Fitzgerald*, pour l’intervenante l’Alberta Human Rights Commission.

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

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi vise à déterminer si les différences de taux d’assurance-automobile fondés sur l’âge, le sexe et l’état matrimonial, sont justifiées de façon raisonnable et de bonne foi au sens de l’art. 21 du *Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53 (maintenant L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 22). Dans la fixation de ses taux en 1983, l’intimée, Zurich Insurance Company («Zurich»), a établi une distinction à l’égard de conducteurs célibataires, de sexe masculin, de moins de 25 ans, mais demande à être exonérée de toute responsabilité en vertu de l’art. 21 du Code.

### Les faits

Le 30 avril 1984, une commission d’enquête a été constituée conformément au *Code des droits de la personne (1981)* (le «Code») pour entendre d’une plainte déposée en mai 1983 par M. Michael G. Bates contre la compagnie d’assurance intimée. Dans sa plainte, M. Bates prétend que les jeunes conducteurs célibataires doivent payer des primes d’assurance-automobile supérieures à celles que paient les jeunes conductrices célibataires, les jeunes conducteurs mariés de sexe masculin et les conducteurs de plus de 25 ans. Monsieur Bates soutient que cet écart contrevient aux dispositions du Code. Il prétend aussi qu’on le prive de son droit de conclure des contrats à conditions égales, sans discrimination, contrairement aux art. 3 et 8 du Code. Le plaignant soutient également que l’on porte atteinte à son droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d’installations, en contravention des art. 1 et 8 du Code.

Zurich reconnaît que le système de classification à partir duquel elle calcule ses primes est une vio-

*prima facie* infringement of the Code but it argues that this infringement is a “distinction, exclusion or preference on reasonable and *bona fide* grounds” and thus falls within the exception provided by s. 21 of the Code.

The Board of Inquiry concluded that the automobile driver classification for unmarried male drivers under 25 years of age contravened the Code. Zurich appealed this decision and the Divisional Court allowed the appeal. The appellant appealed to the Court of Appeal for Ontario which dismissed the appeal. This appeal comes before the Court with leave.

### Judgments

#### A. *Board of Inquiry* (1985), 6 C.H.R.R. D/2948

The Board of Inquiry based its decision on an extension of the reasoning used by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202. While indicating that no perfect analogy existed for the application of the *Etobicoke* decision to the insurance context, the Board concluded, at p. D/2962, that it was reasonable to utilize the basic principles of the *Etobicoke* case:

Just as employers are required to demonstrate that a discriminatory limitation is reasonably necessary to assure the safe, efficient and economic performance of the job in order to establish a “*bona fide* occupational qualification”, so too insurers should be required by section 21 of the *Code* to demonstrate that a rate classification system, which discriminates on the basis of prohibited group characteristics, is reasonably necessary to ensure the efficient operation of the insurance system.

The Board held that ease of determining rates was not sufficient to satisfy the *bona fide* requirements of s. 21. It concluded, at p. D/2964, that to be reasonably necessary it was up to Zurich to demonstrate “that it would be impractical or impossible to operate the automobile insurance system with

lation *prima facie* du Code, mais prétend que son système établit des «distinctions entre des personnes, les exclut ou leur accorde la préférence pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» et relève donc de l'exception prévue à l'art. 21 du Code.

La commission d'enquête a conclu que l'établissement de la catégorie des conducteurs d'automobile célibataires de sexe masculin de moins de 25 ans contrevenait au Code. Zurich a interjeté appel de cette décision et la Cour divisionnaire a accueilli l'appel. L'appelant a ensuite interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel. Le présent pourvoi a été autorisé par notre Cour.

### Les tribunaux d'instance inférieure

#### A. *La commission d'enquête* (1985), 6 C.H.R.R. D/2948

La commission d'enquête a fondé sa décision sur une application élargie du raisonnement suivi par notre Cour dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202. Indiquant qu'il n'existe pas d'analogie parfaite aux fins de l'application de l'arrêt *Etobicoke* dans le contexte des assurances, la commission conclut, à la p. D/2962, qu'il est raisonnable d'utiliser les principes de base énoncés dans cet arrêt:

[TRADUCTION] L'employeur est tenu de prouver qu'une restriction discriminatoire est raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution sûre, efficace et économique du travail lorsqu'il veut établir une «exigence professionnelle réelle»; de même, en vertu de l'art. 21 du *Code*, l'assureur devrait être tenu de prouver qu'un système de classification des taux, qui établit une distinction fondée sur des caractéristiques de groupe interdites, est raisonnablement nécessaire pour assurer le fonctionnement efficace du système d'assurance.

La commission indique que la simplification du calcul des taux n'est pas suffisante pour satisfaire aux exigences de justification prévues à l'art. 21. Pour établir que la restriction est raisonnablement nécessaire, Zurich doit démontrer, à la p. D./2964, [TRADUCTION] «qu'il ne serait ni pratique ni possi-

the use of non-discriminatory criteria for rate classification”.

The Board of Inquiry then examined whether the method of setting premiums used by Zurich was reasonably necessary. The Board noted that there had been no evidence offered to support the assertion that it has been scientifically proved that there is a direct, causal relationship between the discriminatory group factors used and high risk. It concluded that these factors were mere proxies for other factors. The Board also suggested that there were non-discriminatory alternatives which were possible and desirable in determining the premiums of insured drivers. One alternative mentioned by the Board was to incorporate the non-discriminatory criteria used for setting rates for those 25 years of age or over and apply them to the under 25 category. The Board of Inquiry concluded that Zurich had failed to establish that the very essence of its business would be undermined if it could no longer rely on discriminatory group characteristics for its rate classification system and thus the method of setting rates was not reasonably necessary.

B. *Divisional Court* (1987), 58 O.R. (2d) 325

The Divisional Court concluded, at pp. 329-30, that the Board of Inquiry had fallen into error in interpreting s. 21 of the Code:

Thus, in the course of its judgment the board progressed from the statutory requirement that the insurer show that it proceeded on “*reasonable and bona fide grounds*” to a requirement that the insurer establish that its grounds were “reasonably necessary”. After a consideration of American cases, it made a further leap to a requirement that the insurer establish “that the very existence of the business would be undermined if the discriminatory requirements could not be relied upon”.

In our view, neither of these leaps can be justified. Something may be reasonable without being necessary. Something may be reasonable without being so essential that the existence of an industry will be undermined if it cannot be relied upon. [Emphasis in original.]

ble de faire fonctionner le système d’assurance-automobile au moyen de critères non discriminatoires de classification des taux».

La commission d’enquête examine ensuite si la méthode d’établissement des primes utilisée par Zurich est raisonnablement nécessaire. À son avis, aucun élément de preuve n’a été présenté à l’appui de la prétention qu’il y a une preuve scientifique de l’existence d’un lien direct de causalité entre les facteurs de discrimination utilisés et le risque élevé. La commission conclut que ces facteurs en représentent d’autres. La commission affirme aussi qu’il existe d’autres moyens non discriminatoires, possibles et souhaitables, de calculer les primes des conducteurs assurés. Elle mentionne, par exemple, la possibilité d’utiliser les critères non discriminatoires employés pour le calcul des primes des conducteurs de plus de 25 ans et de les appliquer à la catégorie des conducteurs de moins de 25 ans. Elle conclut que Zurich n’a pas réussi à établir que les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées si elle ne pouvait plus s’appuyer sur des caractéristiques discriminatoires dans son système de classification des taux; en conséquence, la méthode de fixation des taux n’est pas raisonnablement nécessaire.

B. *La Cour divisionnaire* (1987), 58 O.R. (2d) 325

La Cour divisionnaire conclut, aux pp. 329 et 330, que la commission d’enquête a commis une erreur dans l’interprétation de l’art. 21 du Code:

[TRADUCTION] En conséquence, dans sa décision, la commission va de l’examen de l’exigence de la loi que l’assureur établisse qu’il a agi «pour des motifs justifiés de façon *raisonnable* et de *bonne foi*» à celui de l’exigence que l’assureur établisse que ces motifs étaient «raisonnablement nécessaires». Après une analyse de la jurisprudence américaine, la commission est allée jusqu’à l’exigence que l’assureur établisse «que les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées s’il ne pouvait plus appliquer les mesures discriminatoires».

À notre avis, cette progression n’est pas justifiée. Une chose peut être raisonnable sans être nécessaire. Une chose peut être raisonnable sans être essentielle au point de mettre en péril l’existence d’une industrie si elle n’est plus utilisée. [En italique dans l’original.]



The court held that there was no reason to substitute the plain words of “reasonable and *bona fide* grounds” for the concept of undermining the existence of a business. It was also unnecessary that the words “reasonably necessary” be imported into s. 21 as a result of the *Etobicoke* decision. *Etobicoke* was distinguishable as it was an employment case and the words being construed were “*bona fide* occupational classification and requirement”, the words of which import occupational qualifications. The wording of s. 21 is different and there was no justification in substituting for the words used in s. 21, “reasonable and *bona fide* grounds”, the words “reasonably necessary grounds”. In the occupational context, individual assessment is vital; in the insurance context it is impossible. Section 21 recognizes that “the many who are skilled, experienced, careful and lucky will subsidize those who are not” (at p. 330).

The court held that the words “reasonable and *bona fide* grounds”, as used in s. 21, should be construed according to their plain meaning. The court then turned to a consideration of whether the grounds used to set the premiums were reasonable. It concluded, at p. 331, that the distinctions created by the classification system were reasonable distinctions based on age, sex and marital status:

The available statistical information demonstrates clearly that the single male driver under 25 years of age is the highest risk classification. Average costs resulting from claims within that classification are triple those of the average class. The statistics show that premium income from this class is not sufficient to satisfy the loss costs of the class. The premium charged to the single male driver under 25 years of age is, accordingly, subsidized by other classifications. It appears reasonable that the group causing the highest loss costs should pay the highest premium. In short, the current classification system, although subject to future revision and current doubts, does embody distinctions supported by reasonable, actuarially verified statistics.

La cour conclut qu’il n’y a aucune raison de remplacer l’expression claire «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» par le concept de la mise en péril d’une entreprise. Il n’est pas nécessaire non plus d’incorporer dans l’art. 21 l’expression «raisonnablement nécessaire» à cause de l’arrêt *Etobicoke*. De l’avis de la cour, la situation dans *Etobicoke* se distingue de celle de la présente affaire en ce qu’il s’agissait d’une affaire d’emploi et que notre Cour devait interpréter l’expression «exigence professionnelle réelle», qui vise des qualités professionnelles. Le libellé de l’art. 21 est différent et il n’est pas justifié de remplacer l’expression «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» par l’expression «raisonnablement nécessaire». Dans le contexte professionnel, l’évaluation individuelle est essentielle; dans le contexte des assurances, elle est impossible. L’article 21 reconnaît que [TRADUCTION] «le grand nombre de personnes compétentes, expérimentées, prudentes et chanceuses subventionneront celles qui ne le sont pas» (à la p. 330).

La cour conclut que l’expression «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi», utilisée dans l’art. 21, devrait être interprétée dans son sens ordinaire. Elle se demande ensuite si les critères de fixation des primes sont raisonnables. À son avis, à la p. 331, les distinctions créées par le système de classification constituent des distinctions raisonnables fondées sur l’âge, le sexe et l’état matrimonial:

[TRADUCTION] Les données statistiques existantes révèlent clairement que les conducteurs célibataires de sexe masculin de moins de 25 ans forment la catégorie du risque le plus élevé. Les coûts moyens des réclamations dans cette catégorie sont trois fois plus élevés que ceux de la catégorie moyenne. D’après les statistiques, les primes versées par les conducteurs célibataires de moins de 25 ans ne suffisent pas pour combler les pertes subies dans cette catégorie. La prime exigée d’un conducteur célibataire de moins de 25 ans se trouve donc subventionnée par les conducteurs des autres catégories. Il paraît raisonnable d’exiger la prime la plus élevée du groupe qui donnera lieu aux pertes les plus élevées. Bref, le système actuel de classification, actuellement contesté, mais révisable dans l’avenir, comporte des distinctions que viennent appuyer des statistiques raisonnables vérifiées du point de vue actuariel.

With respect to the complainant's argument that he may be a much better risk than the other members of his group, the court noted that it was inevitable that in every class there would be drivers who represent worse or better risks than average. Nonetheless, premiums must be based on averages.

The court added that there were, at the relevant time, no statistics available to classify drivers on any other basis. While the Superintendent of Insurance (now the Commissioner) had the power to require statistics to be compiled on another basis, this power had not been utilized. Absent such data, the existing verified statistics provided a suitable framework for reasonable and *bona fide* distinctions to be drawn through insurance classifications. The absence of any other statistics also supported the "common perception, shared by the industry and its regulators, of the reasonableness of the classifications" (at p. 332). In the alternative, the court was of the view that Zurich had met the test of "reasonable necessity" as it had relied upon the only statistics available to it. These statistics showed that the class into which Mr. Bates fell was the class generating the highest loss cost. The court was of the view that to ignore those statistics would have been irresponsible.

*C. Court of Appeal (1989), 70 O.R. (2d) 639*

The Court of Appeal agreed with the decision and reasons of the Divisional Court and dismissed the appeal.

### The Issue

The issue to be determined in this appeal is whether the method by which Zurich set its automobile insurance premiums, which admittedly discriminates on the basis of age, sex and marital status, nonetheless satisfies the "reasonable and *bona fide* grounds" exemption provided by s. 21 of the Code.

En ce qui concerne l'argument du plaignant selon lequel il peut représenter un risque moins grand que les autres membres de sa catégorie, la cour dit qu'il y est inévitable que, dans chaque catégorie, certains conducteurs représentent des risques grands ou plus élevés que la moyenne. Néanmoins, les primes doivent être fondées sur des moyennes.

La cour ajoute qu'à l'époque en cause, il n'existait pas de statistiques permettant de classer autrement les conducteurs. Le surintendant des assurances (maintenant le commissaire) avait le pouvoir d'exiger que des statistiques soient établies en fonction d'autres critères, mais il ne l'a jamais utilisé. En l'absence de telles données, les statistiques actuelles vérifiées forment un cadre acceptable pour établir des distinctions raisonnables et justifiables avec des classifications d'assurance. L'absence d'autres statistiques appuie également [TRADUCTION] «la perception commune, partagée par l'industrie et les autorités réglementaires, du caractère raisonnable des classifications» (à la p. 332). Subsidiairement, la cour est d'avis que Zurich a satisfait au critère de la «nécessité raisonnable» en ce qu'elle a utilisé les seules statistiques existantes, ces statistiques indiquant que la catégorie à laquelle appartient M. Bates est celle qui donne lieu aux pertes les plus élevées. De l'avis de la cour, il serait irresponsable de ne pas tenir compte de ces statistiques.

*C. La Cour d'appel (1989), 70 O.R. (2d) 639*

La Cour d'appel s'est dit d'accord avec les motifs de la Cour divisionnaire et a rejeté l'appel.

### La question en litige

Le présent pourvoi vise à déterminer si la méthode de calcul des primes d'assurance-automobile utilisée par Zurich, qui a reconnu établir des distinctions fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, satisfait néanmoins à l'exemption pour «des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» prévue à l'art. 21 du Code.

For the purposes of convenience I reproduce the relevant portions of the Code below:

1. Every person has a right to equal treatment with respect to services, goods and facilities, without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, age, marital status, family status or handicap.

3. Every person having legal capacity has a right to contract on equal terms without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, age, marital status, family status or handicap.

8. No person shall infringe or do, directly or indirectly, anything that infringes a right under this Part.

21. The right under sections 1 and 3 to equal treatment with respect to services and to contract on equal terms, without discrimination because of age, sex, marital status, family status or handicap, is not infringed where a contract of automobile, life, accident or sickness or disability insurance or a contract of group insurance between an insurer and an association or person other than an employer, or a life annuity, differentiates or makes a distinction, exclusion or preference on reasonable and bona fide grounds because of age, sex, marital status, family status or handicap.

41.—(1) Any party to a proceeding before a board of inquiry may appeal from a decision or order of the board to the Divisional Court in accordance with the rules of court.

(3) An appeal under this section may be made on questions of law or fact or both and the court may affirm or reverse the decision or order of the board of inquiry or direct the board to make any decision or order that the board is authorized to make under this Act and the court may substitute its opinion for that of the board. [Emphasis added.]

#### Standard of Review

In considering the manner in which the lower courts have dealt with this proceeding, it is impor-

Par souci de commodité, je reproduis les articles pertinents du Code:

1. Toute personne a droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial, ou un handicap.

3. Toute personne jouissant de la capacité juridique a le droit de conclure des contrats à conditions égales, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

8. Nul ne doit porter atteinte à un droit reconnu par la présente partie ni faire, directement ou indirectement, quoi que ce soit qui porte atteinte à un tel droit.

21. Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu aux articles 1 et 3, à un traitement égal en matière de services et de contrats à conditions égales sans discrimination fondée sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap le fait qu'un contrat d'assurance-automobile, d'assurance-vie, d'assurance-accident, d'assurance-maladie ou d'assurance-invalidité, qu'un contrat d'assurance-groupe entre un assureur et une association ou une personne autre qu'un employeur, ou qu'une rente viagère, établit des distinctions entre des personnes, les exclut ou leur accorde la préférence pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi et fondés sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

41.— (1) Une partie à une instance devant une commission d'enquête peut interjeter appel d'une décision ou d'une ordonnance de la commission devant la Cour divisionnaire, conformément aux règles de pratique.

(3) L'appel interjeté aux termes du présent article peut porter sur des questions de droit ou de fait ou les deux. La Cour peut confirmer ou infirmer la décision ou l'ordonnance de la commission d'enquête ou lui ordonner de rendre une décision ou une ordonnance autorisée par la présente loi. La Cour peut substituer son opinion à celle de la commission d'enquête. [Je souligne.]

#### La norme de contrôle

Pour examiner la façon dont les tribunaux d'instance inférieure ont traité la présente espèce, il faut

tant to keep in mind that the standard of review by the courts in matters of this type is different from normal appellate review. This Court will normally overturn findings of fact only when there has been a palpable and overriding error made by the trier of fact (*Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191, at pp. 202-6). The Code, however, states in s. 41(3) (now s. 42(3)) that an appeal lies to a court on any question of law or fact and that the court may substitute its opinion for that of the Board of Inquiry (see also *Etobicoke*, *supra*, at p. 211). Evidently, the legislature was not of the opinion that the conclusions of the Board of Inquiry should be given great deference as a result of accumulated expertise or specialized understanding.

Unlike the situation present in many of the cases considered by this Court in regard to curial deference of administrative action (including the cases of *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, and *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, discussed in the reasons of L'Heureux-Dubé J. at pp. 360-65), there is no privative clause, or any other clause signifying an attempt to protect the decision of the Board of Inquiry from attack in the courts, involved in this appeal. In fact, as I have noted above, there is an appeal clause which confers powers on a reviewing court that are considerably wider than the normal powers of an appellate court. This was acknowledged in the *Etobicoke* decision where McIntyre J. stated, at p. 211, that "[t]he appellate court is specifically empowered to review the evidence and substitute its own findings for those of the board of inquiry. . . ." As a result of this clear statutory and jurisprudential authority, I am unable to agree with my colleague L'Heureux-Dubé J., at p. 377, that "[i]t is not open to the Court to conduct its own re-examination of

se rappeler que la norme de contrôle dans les affaires de cette nature diffère du contrôle habituel en appel. Normalement, notre Cour n'infirmes des conclusions de fait que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante (*Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, aux pp. 202 à 206). Toutefois, le par. 41(3) (maintenant le par. 42(3)) du Code précise qu'un appel peut porter sur des questions de droit ou de fait et que la Cour peut substituer son opinion à celle de la commission d'enquête (voir aussi l'arrêt *Etobicoke*, précité, à la p. 211). De toute évidence, le législateur n'était pas d'avis qu'il fallait faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de la commission d'enquête en raison de l'expertise accumulée par elle ou de ses connaissances spécialisées.

Contrairement à la situation dans de nombreuses affaires examinées par notre Cour du point de vue de la retenue judiciaire à l'égard des tribunaux administratifs (y compris les arrêts *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, et *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, analysés dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé aux pp. 360 à 365), il n'y a aucune clause privative ni aucune autre disposition visant à protéger la décision de la commission d'enquête contre une contestation judiciaire. En fait, comme je l'ai mentionné, il existe une disposition en matière d'appel, qui confère en appel à une cour des pouvoirs qui sont beaucoup plus étendus que les pouvoirs habituels d'un tribunal d'appel. Ce fait a été reconnu dans l'arrêt *Etobicoke* par le juge McIntyre, à la p. 211: «Le tribunal d'appel est expressément habilité à examiner la preuve et à substituer ses propres conclusions à celles de la commission d'enquête. . . » Compte tenu du libellé clair de la disposition législative et de la jurisprudence, je ne peux souscrire à l'opinion de ma col-

the evidence, and then to substitute its opinion for that of the tribunal”.

In spite of the ability to overturn decisions of the Board on findings of fact, this Court has indicated that some curial deference will apply even to cases without privative clauses to reflect the principle of the specialization of duties (see *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746, *Etobicoke*, *supra*, at p. 211). While curial deference will apply to findings of fact, which the Board of Inquiry may have been in a better position to determine, such deference will not apply to findings of law in which the Board has no particular expertise. The record provided to the Court and the judgments below are not, in my view, in conflict on issues of fact but merely in interpreting the legal implications flowing from those facts. Moreover, it is common ground between my colleague and me that the Board applied the wrong test. Its findings, therefore, cannot be accepted without subjecting the facts to an analysis on the basis of the appropriate test. Accordingly, both my colleague and I have reviewed the evidence unconstrained by curial deference. The fact that my colleague's review of the evidence in light of a different test yields a result that accords with the conclusion reached by the Board does not defer to the Board but, rather, urges that the Board came to the right result for the wrong reasons.

#### Reasonable and *Bona Fide* Grounds

The determination of insurance rates and benefits does not fit easily within traditional human rights concepts. The underlying philosophy of human rights legislation is that an individual has a right to be dealt with on his or her own merits and not on the basis of group characteristics. Con-

lève le juge L'Heureux-Dubé, à la p. 377: «Il n'appartient pas à notre Cour de procéder à son propre réexamen des éléments de preuve et de substituer ensuite son opinion à celle du tribunal. . .»

Malgré la possibilité d'infirmier les décisions de la commission relativement aux conclusions de fait, notre Cour a indiqué qu'un certain degré de retenue judiciaire est requis même dans les cas où il n'existe pas de clause privative afin de tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions (voir les arrêts *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1746, et *Etobicoke*, précité, à la p. 211). Bien que le principe de la retenue judiciaire s'applique aux conclusions de fait, que la commission pouvait être en meilleure position de trancher, il ne s'applique pas relativement aux conclusions de droit qui ne relèvent pas de son champ d'expertise particulier. Les documents présentés à notre Cour et les décisions des tribunaux d'instance inférieure ne sont pas en conflit, à mon avis, sur les questions de fait, mais simplement sur l'interprétation des répercussions juridiques qui en découlent. Par ailleurs, ma collègue et moi sommes tous les deux d'avis que la commission a appliqué le mauvais critère. En conséquence, on ne saurait accepter les conclusions de la commission sans procéder tout d'abord à une analyse des faits en fonction du critère approprié. Ma collègue et moi avons donc procédé à l'analyse des éléments de preuve sans la contrainte de la retenue judiciaire. Le fait que ma collègue, dans son analyse des éléments de preuve en fonction d'un critère différent, arrive à un résultat compatible avec la conclusion de la commission, ne signifie pas qu'elle défère à la décision de la commission, mais bien que la commission est arrivée au bon résultat en se fondant sur des motifs erronés.

#### Motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi

La détermination des taux et des prestations d'assurance ne se rattache pas facilement aux concepts traditionnels des droits de la personne. La philosophie sous-jacente de la législation des droits de la personne est qu'une personne a le droit d'être traitée selon ses propres mérites et non en fonction

versely, insurance rates are set based on statistics relating to the degree of risk associated with a class or group of persons. Although not all persons in the class share the same risk characteristics, no one would suggest that each insured be assessed individually. That would be wholly impractical. Sometimes the class or group classification chosen will coincide with a prohibited ground of discrimination, bringing the rating scheme into conflict with human rights legislation. The Code, in s. 21 and other sections, has recognized the special problem of insurance. It exempts an insurer from liability for discrimination if based on reasonable and *bona fide* grounds. The Board of Inquiry in this appeal determined that these words had the same meaning as the *bona fide* occupational qualification or requirement provision which applies in employment cases. It is necessary to determine whether the test developed in employment cases can be transplanted to the special field of insurance and, in particular, to the setting of insurance rates.

In approaching the interpretation of a human rights statute, certain special principles must be respected. Human rights legislation is amongst the most pre-eminent category of legislation. It has been described as having a "special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary. . ." (*Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547). One of the reasons such legislation has been so described is that it is often the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised. As the last protection of the most vulnerable members of society, exceptions to such legislation should be narrowly construed (*Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at p. 307; see also *Bhinder v. Cana-*

des caractéristiques d'un groupe. Inversement, les taux d'assurance sont calculés à partir de statistiques ayant trait au degré de risque présenté par une catégorie ou un groupe de personnes. Bien que toutes les personnes d'une même catégorie ne possèdent pas les mêmes caractéristiques du point de vue du risque, personne ne proposerait de procéder à l'évaluation individuelle de tous les assurés. Ce serait tout à fait irréaliste. Parfois, la classification en catégories ou en groupes coïncidera avec un motif interdit de discrimination, et entraînera un conflit entre le régime d'établissement des primes et la législation des droits de la personne. Le Code, à l'art. 21 et dans d'autres dispositions, a reconnu le problème spécial du domaine des assurances. Il ne tient pas un assureur responsable d'une discrimination si celle-ci est fondée sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi. En l'espèce, la commission d'enquête a donné à cette expression le même sens que celui donné en jurisprudence à une exigence professionnelle réelle en matière d'emploi. Il est nécessaire d'établir si le critère élaboré dans les affaires d'emploi peut être transposé au domaine spécial des assurances, plus particulièrement à la fixation des taux d'assurance.

Dans l'examen de l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne, il faut respecter certains principes spéciaux. Les lois sur les droits de la personne se classent parmi les lois les plus prééminentes. Notre Cour a affirmé qu'une telle loi est «d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire» (*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547). Une des raisons pour lesquelles nous avons ainsi décrit les lois sur les droits de la personne c'est qu'elles constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation. Comme les lois sur les droits de la personne sont le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société, les exceptions doivent s'interpréter restrictivement (*Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la p. 307, voir aussi *Bhinder c. Compagnie des chemins de*

*dian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, at pp. 567 and 589).

In a series of human rights cases, these principles have been applied to determine the meaning of a *bona fide* occupational qualification or requirement with respect to discrimination in employment. This Court developed a two-pronged test encompassing both a subjective and an objective element. To satisfy the subjective element, a qualification or requirement having a discriminatory effect must have been imposed honestly, in good faith and in the sincerely held belief that such a limitation “is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved . . . and not for ulterior or extraneous reasons. . .” (*Etobicoke*, *supra*, at p. 208). To satisfy the objective component of the test, it was necessary to show that the qualification or requirement was “reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job. . .” (at p. 208; see also *Brossard*, *supra*, at pp. 311-12). The language of the Ontario statute which gave birth to this dual test clearly indicated that the qualification or requirement must be “job related” but gave no guidance as to the standard against which that relationship was to be judged. The section of the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, in question in *Etobicoke* did not use the word “reasonable”. The Court adopted the “reasonable necessity” test which was in current use in the United States. See *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). The current wording of the employment exemption in the Code is “reasonable and *bona fide* qualification because of the nature of the employment” (see s. 24(1)(b)).

At bottom, this type of exemption seeks to achieve a balance between the right of the individual to be dealt with on his or her own merits and the needs of the employer to operate his or her business safely, efficiently and economically. The object of the legislation is to eliminate discrimination entirely. To do so, however, would require that each employee be considered on an individual basis. The legislature has recognized that this is not always possible consistent with the reasonable

*fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, aux pp. 567 et 589).

Dans une série de décisions en matière de droits de la personne, on a appliqué ces principes afin de définir l'exigence professionnelle justifiée, dans le cas de discrimination en matière d'emploi. Notre Cour a élaboré un critère à deux volets comprenant un élément subjectif et un élément objectif. Afin de satisfaire à l'élément subjectif, l'exigence entraînant un effet discriminatoire doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction «est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question [. . .] et non pour des motifs inavoués ou étrangers. . .» (arrêt *Etobicoke*, précité, à la p. 208). Pour satisfaire à l'élément objectif du critère, il faut établir que l'exigence est «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail. . .» (à la p. 208, voir aussi l'arrêt *Brossard*, précité, aux pp. 311 et 312). Le libellé de l'article de la loi ontarienne qui a donné naissance à ce critère à deux volets indiquait clairement que l'exigence devait se rapporter à l'emploi, mais il ne précisait pas le critère à utiliser à cette fin. Le terme «raisonnable» n'était pas utilisé dans l'article de l'*Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318, examiné dans l'arrêt *Etobicoke*. Dans cet arrêt, notre Cour avait adopté le critère de la «nécessité raisonnable» qui était alors utilisé aux États-Unis. Voir l'arrêt *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). Dans son libellé actuel, l'exemption en matière d'emploi prévoit qu'une mesure dite discriminatoire doit constituer «une qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi» (voir l'al. 24(1)(b)).

Au fond, ce type d'exemption vise à établir un équilibre entre le droit d'une personne d'être traitée selon ses propres mérites et la nécessité pour l'employeur d'exploiter son entreprise d'une façon sûre, efficace et économique. L'objet de la loi est d'éliminer toute forme de discrimination. Toutefois, pour y parvenir, il faudrait examiner séparément la situation de chaque employé. Le législateur a reconnu que cela n'est pas toujours possible compte tenu des besoins raisonnables de l'em-

needs of the employer. The exemption therefore permits the employer to apply practices and work rules that may affect some employees in a discriminatory fashion provided they are reasonable. This requirement of reasonableness has two aspects. First, any discriminatory practice or rule must have a substantial connection to the operation of the employer's business and second, it must not discriminate more than is necessary. The second aspect of the requirement is addressed by considering whether there is an alternative to the impugned practice which would be less discriminatory while still achieving the sought after business-related objective. Accordingly, it is insufficient that an employer has adopted a practice or rule that is based on sound business practice and is rationally connected to the efficient operation of the business. Since the least discriminatory method would always be achieved if the employees' rights were considered and respected on an individual basis, the employer who seeks to bring himself or herself within the exemption may fail if he or she does not satisfy a board of inquiry that this would not be practical or feasible. In employment cases, this issue is often cast in terms of the requirement for individual testing.

In *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, this Court considered a rule in a collective agreement which required firefighters to retire at the age of 60. The requirement for individualized testing was raised as an absolute ingredient in the absence of evidence that it could not be done. We decided that individualized testing was to be treated as a possible alternative to a discriminatory rule. Failure on the part of the employer to show why it was impractical to test employees individually could lead to a determination that the impugned practice was not reasonable. The Court stated, at pp. 1313-14, that "[i]f there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it". See also *Central*

ployeur. C'est pourquoi l'exemption permet à un employeur d'appliquer des pratiques et des règles de travail, même si elles peuvent être discriminatoires à l'égard de certains employés pourvu qu'elles soient raisonnables. Cette exigence du caractère raisonnable comporte deux aspects: premièrement, toute pratique ou règle discriminatoire doit posséder un lien important avec l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et, deuxièmement, la discrimination en question ne doit pas être davantage que ce qui est nécessaire. Dans le deuxième cas, il faut examiner si l'on pourrait remplacer la pratique attaquée par un moyen moins discriminatoire qui permettrait également d'atteindre l'objectif recherché par l'entreprise. En conséquence, il ne suffit pas qu'un employeur ait adopté une pratique ou une règle fondée sur des pratiques commerciales solidement fondées, ayant un lien rationnel avec l'exploitation efficace de l'entreprise. Puisque la pratique la moins discriminatoire est toujours d'examiner et respecter les droits des employés sur une base individuelle, l'employeur qui cherche à se prévaloir de l'exemption peut échouer s'il ne parvient pas à convaincre une commission d'enquête qu'il ne serait ni pratique ni possible de le faire. En matière d'emploi, la question est souvent posée en termes d'exigence d'évaluations individuelles.

Dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, notre Cour a examiné un article d'une convention collective exigeant que les pompiers prennent leur retraite à l'âge de 60 ans. L'exigence d'une évaluation individuelle a été mentionnée comme élément essentiel en l'absence de preuve qu'il était impossible d'y procéder. Nous avons décidé que les tests individuels devaient être considérés comme une solution de rechange possible à l'adoption d'une règle discriminatoire. Si l'employeur ne réussissait pas à établir pourquoi il n'était pas pratique de faire subir des tests individuels aux employés, on pouvait conclure que la pratique attaquée n'était pas raisonnable. Notre Cour a affirmé, aux pp. 1313 et 1314: «S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en



*Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 518.

While the words used in s. 21 are similar to those in the employment cases, they are used and applied in a different context. The insurance context is different from the employment context. The legislature has recognized that this is so by adopting special provisions in the Code relating to insurance. There are special exemptions for certain insurance practices. For example, employee group insurance plans are allowed to differentiate on the basis of age and sex, provided that an actuarial basis exists for the differentiation. See s. 24(2) (now s. 25(2)) of the Code, and s. 34(2) of the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137 (now R.S.O. 1990, c. E.14, s. 33(2)) and Regulation 282 of the Act. It is an important principle of insurance practice that premiums charged to individual policy holders vary as much as possible in accordance with the degree of risk posed by the policy holder. In view of the fact that individualized assessment cannot be done, it is necessary to classify the degree of risk on the basis of groups who share characteristics which are material to the risk. It is inevitable that some will be placed in a group who do not share the average characteristics of that group. Rates developed on the basis of the average characteristics of this group will thus discriminate against them. The basic human rights principles referred to above, and applied in the employment cases, must take into account these differences when applied in the context of insurance.

In my opinion, a discriminatory practice is "reasonable" within the meaning of s. 21 of the Code if (a) it is based on a sound and accepted insurance practice; and (b) there is no practical alternative. Under (a), a practice is sound if it is one which it is desirable to adopt for the purpose of achieving the legitimate business objective of charging premi-

n'adoptant pas cette autre solution.» Voir aussi l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 518.

Bien que les termes utilisés à l'art. 21 ressemblent aux termes examinés dans les décisions en matière d'emploi, ils sont utilisés et appliqués dans un contexte différent. Le contexte de l'assurance est différent de celui de l'emploi. Le législateur a reconnu ce fait en adoptant des dispositions spéciales dans le Code relativement aux assurances. En effet, il existe des exemptions spéciales pour certains types d'assurance. Par exemple, dans un régime d'assurance-groupe à l'intention des employés, l'assureur peut établir des distinctions fondées sur l'âge et le sexe s'il existe une base actuarielle le justifiant. Voir le par. 24(2) (maintenant le par. 25(2)) du Code, et le par. 34(2) de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, ch. 137 (maintenant L.R.O. 1990, ch. E.14, par. 33(2)) et le Règlement 282 de la Loi. En matière d'assurance, il existe un principe important qui veut que les primes imposées aux titulaires de police concourent le mieux possible avec le risque que présente le titulaire de la police. Comme on ne peut procéder à des tests individuels, il est nécessaire de classer les degrés de risques en fonction de groupes de personnes qui possèdent des caractéristiques similaires déterminantes à ce point de vue. Il est inévitable que certaines personnes seront classées dans un groupe avec lequel elles ne partagent pas les caractéristiques moyennes. Les taux établis en fonction des caractéristiques moyennes de ce groupe seront donc discriminatoires envers ces personnes. Les principes fondamentaux en matière de droits de la personne mentionnés plus haut et utilisés dans les décisions en matière d'emploi doivent tenir compte de ces différences lorsqu'ils sont appliqués dans le contexte des assurances.

À mon avis, une pratique discriminatoire est «raisonnable» au sens de l'art. 21 du Code, a) si elle se fonde sur une pratique solidement fondée et reconnue dans le domaine des assurances; et b) s'il n'existe pas d'autre solution pratique. Dans le premier cas, une pratique est solidement fondée si l'on estime souhaitable de l'adopter pour atteindre

ums that are commensurate with risk. Under (b), the availability of a practical alternative is a question of fact to be determined having regard to all of the facts of the case.

In order to meet the test of “*bona fides*”, the practice must be one that was adopted honestly, in the interests of sound and accepted business practice and not for the purpose of defeating the rights protected under the Code.

Before seeking to apply these principles to the facts of this case, it is important to fully understand the context in which the insurance industry sets its automobile premiums, the manner in which information regarding risk is compiled and the highly regulated environment in which the industry operates. This requires a detailed examination of the Statistical Plan and the classes of insurance which were developed under the plan.

#### The Statistical Plan

All automobile insurers in Ontario are required by the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, s. 80(1), (2), (now R.S.O. 1990, c. I.8, s. 101(1), (2)) to compile and report statistics and other insurance data in the form and with the content dictated by the “Statistical Plan” prescribed by the Superintendent of Insurance. It is the Superintendent of Insurance who is ultimately responsible for the supervision of the business of insurance in the Province of Ontario. This information, composed mainly of statistics regarding accident losses, is published by the industry in a document commonly referred to as the “Green Book”. The Statistical Plan requires that data be collected in relation to a number of factors including age, sex and marital status. This Statistical Plan was originally developed in the 1920s and early 1930s in order to provide the insurance industry with a sufficient statistical basis to set automobile insurance rates. A similar plan was developed in most Canadian jurisdictions. The entire structure of the automobile rate setting system in Ontario flows from this collective loss experience, compiled within a legislatively determined statistical framework. As well as requiring the collection of certain data, the *Insurance Act*,

l’objectif commercial légitime d’imposer des primes proportionnelles au risque. Dans le deuxième cas, l’existence d’une autre solution pratique est une question de fait qu’il faut trancher en tenant compte de tous les faits de l’affaire.

Afin de satisfaire au critère de la «bonne foi», la pratique doit avoir été adoptée honnêtement, d’une façon conforme à des pratiques commerciales solidement fondées et reconnues, et non dans le but de porter atteinte aux droits garantis par le Code.

Avant d’appliquer ces principes aux faits en l’espèce, il importe de bien comprendre le contexte dans lequel l’industrie des assurances fixe ses primes d’assurance-automobile, la façon dont sont recueillis les renseignements sur les risques ainsi que le contexte de forte réglementation dans lequel fonctionne l’industrie. À cette fin, il faut procéder à un examen détaillé du plan statistique et des catégories d’assurance établies en vertu de ce plan.

#### Le plan statistique

Toutes les compagnies d’assurance-automobile de l’Ontario sont tenues par la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, par. 80(1) et (2), (maintenant L.R.O. 1990, ch. I.8, par. 101(1) et (2)), de réunir des statistiques et d’autres données en matière d’assurance, et les présenter dans un rapport dont la forme et le contenu sont prescrits par le «plan statistique» exigé par le surintendant des assurances. C’est le surintendant des assurances qui est responsable en dernier lieu de la supervision du commerce des assurances dans la province de l’Ontario. Les renseignements ainsi compilés, principalement des statistiques sur les pertes en matière d’accidents, sont publiés par l’industrie dans un document communément appelé le «Livre vert». Le plan statistique exige que des données soient rassemblées sur un certain nombre de facteurs, dont l’âge, le sexe et l’état matrimonial. Le plan statistique a initialement été élaboré dans les années 20 et au début des années 30 afin de fournir à l’industrie des assurances une base statistique suffisante pour fixer les taux d’assurance-automobile. Un plan similaire existe dans la plupart des ressorts canadiens. Toute la structure de fixation des taux d’assurance-automobile en

through ss. 393(b)(iii) and 396, gives the Superintendent the power to prevent any insurance practices he or she finds to be unfair or deceptive.

While much has been made, in this appeal, of the wish of the Superintendent to move from the current rating practices, no order has ever been made by the Superintendent in regard to the industry practice of setting automobile insurance premiums based on age, sex and marital status. Mr. Newton, the senior actuary in the Office of the Superintendent of Insurance for Ontario, admitted in evidence given before the Board of Inquiry that if the Office had concluded that there was bad faith relating to the structuring of the Statistical Plan, the Superintendent would have directed that the Plan be amended. Equally, the successor to the Superintendent (the Commissioner of Insurance) (see *Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, S.O. 1990, c. 2, s. 3(1)) has done nothing to prohibit differentiation on the basis of age, sex or marital status despite having wide-ranging powers to do so.

As a result of joint industry and government discussions, the Superintendent of Insurance amended the Statistical Plan described above effective January 1, 1985 to gain information regarding further categories of risk. In spite of these amendments, however, the Plan continued to require data to be collected in relation to loss experience based on age, sex and marital status. In testimony given to the Board of Inquiry, the Superintendent of Insurance indicated that the collection of these additional statistics would allow the industry to investigate the suitability of setting premiums on the basis of criteria other than age, sex and marital status. While interested in setting premiums on the basis of other criteria, the Superintendent indicated that he was satisfied that the changes had gone as far as they could at that time. He indicated ((1985), 6 C.H.R.R. D/2948), at p. D/2961, that he was:

Ontario repose sur ces données collectives sur les pertes assemblées selon des paramètres statistiques fixés par le législateur. Outre la collecte de certaines données, la *Loi sur les assurances*, à l'al. 393b)(iii) et à l'art. 396, accorde au surintendant le pouvoir d'empêcher toute pratique qu'il estime malhonnête ou mensongère dans les opérations d'assurance.

Dans le présent pourvoi, on a beaucoup insisté sur le désir du surintendant de modifier les pratiques actuelles de calcul des taux mais il n'a jamais donné d'ordre relativement à la pratique de l'industrie d'établir les primes d'assurance-automobile en fonction de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial. Lorsqu'il a témoigné devant la commission d'enquête, M. Newton, l'actuaire principal du Bureau du surintendant, a admis que si le surintendant avait conclu à l'existence de mauvaise foi dans l'établissement du plan statistique, il en aurait ordonné la modification. De même, le remplaçant du surintendant (le commissaire des assurances) (voir l'*Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, L.O. 1990, ch. 2, par. 3(1)) n'a rien fait pour interdire les distinctions fondées sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial, malgré les vastes pouvoirs qui lui permettent de le faire.

Par suite de discussions entre l'industrie et le gouvernement, le surintendant des assurances a modifié le plan statistique que je viens de décrire afin d'obtenir, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1985, des renseignements sur d'autres catégories de risques. Toutefois, malgré ces modifications, le plan continue d'exiger la collecte de données sur les pertes subies, en fonction de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial. Dans son témoignage devant la commission d'enquête, le surintendant des assurances a indiqué que la collecte de statistiques supplémentaires permettrait à l'industrie d'examiner la possibilité d'établir des primes en fonction d'autres critères que l'âge, le sexe et l'état matrimonial. Bien que le surintendant s'intéresse à l'établissement de primes calculées en fonction d'autres critères, il a indiqué ((1985), 6 C.H.R.R. D/2948) qu'il était convaincu que rien de plus ne pouvait être fait pour l'instant et a dit ceci, à la p. D/2961:

... still concerned about the fact that a decent period of time is necessary for the development of credible statistics to show that the alternate factors that are selected will, in fact, stand up and will, in fact, produce the type of statistical base that the industry requires to change its system.

In fact, the industry and the Superintendent of Insurance have been trying, since at least 1977, to develop acceptable alternatives to the criteria of age, sex and marital status. In this regard, the Office of the Superintendent embarked on a search for effective alternative criteria. In parallel, the industry also undertook an exploration for alternatives. While he sought changes to the manner in which premiums were set, the Superintendent stressed that "a change in the statistical base should be allowed a sufficient length of time to gain credible experience from an actuarial standpoint".

It should be noted that changes in a system as complex as insurance cannot be made instantaneously. Once a change has been made to the Statistical Plan, it takes three years to see the results of that change. It takes this long to publish the Plan changes, implement the changes in company data processing systems and compile and publish a full year of statistical experience. The criteria of age, sex and marital status were retained in the Statistical Plan as, in the absence of a proven alternative statistical base, the effect of dropping those criteria could well have seriously disrupted the automobile insurance marketplace. As stated by the Superintendent,

We should not take steps ... that would produce a chaotic condition in the marketplace, where, particularly the present under-25 drivers, there is no real basis for judging or calculating what their rates are.

And the effect of not having an alternate system that was developed could well have produced a chaotic effect in the marketplace that may have affected all premium-paying members of the public who buy that insurance.

[TRADUCTION] Je suis toujours préoccupé par le fait qu'il faut une période suffisamment longue pour obtenir des statistiques valables qui permettront de montrer que les autres facteurs choisis seront en fait défendables et permettront d'établir le type de base statistique dont l'industrie a besoin pour modifier son système.

En fait, l'industrie et le surintendant des assurances tentent depuis au moins 1977 d'élaborer des solutions autres que l'utilisation des critères de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial. À cet égard, le Bureau du surintendant est à la recherche d'autres critères efficaces. Parallèlement, l'industrie a également entrepris une étude de solutions de rechange. Bien qu'il ait cherché à modifier la méthode d'établissement des primes, le surintendant a fait ressortir que: [TRADUCTION] «à la suite d'une modification de la base statistique, il faut une période suffisamment longue pour obtenir des données valables du point de vue actuariel».

Il faut également noter que l'on ne peut modifier instantanément un système aussi complexe que celui des assurances. Après une modification du plan statistique, il faut trois ans pour en voir les résultats. En fait, il faut trois ans pour publier les modifications apportées au plan, les mettre en œuvre dans les systèmes de traitement de données des sociétés et enfin, pour compiler et publier les statistiques de toute une année. Les critères de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial ont été maintenus dans le plan statistique car, en l'absence d'une autre base statistique éprouvée, l'abandon de ces critères aurait pu sérieusement perturber le marché de l'assurance-automobile, comme l'a mentionné le surintendant:

[TRADUCTION] Nous ne devrions pas prendre de mesures [...] susceptibles de créer des conditions chaotiques au sein du marché où, particulièrement dans le cas des conducteurs de moins de 25 ans, il n'existe pas de véritable moyen de déterminer ou de calculer les primes qu'ils doivent payer.

L'absence d'un système de rechange aurait bien pu créer des conditions chaotiques sur le marché et de ce fait, toucher tous les assurés qui achètent ce type d'assurance.

Even the Superintendent himself utilized the basic structure of the Statistical Plan to “set” rates of insurance. This was done in relation to the Facility Association. The Facility Association is a mechanism, set up under the provisions of the *Compulsory Automobile Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 83 (now R.S.O. 1990, c. C.25), which pools insurance risks so that high risk drivers can obtain motor vehicle insurance in circumstances where insurance might not otherwise be available. Under s. 10 of that Act, the Superintendent has the power to approve or disallow the rates prepared by the Facility Association. In November of 1982, the Superintendent approved Facility Association automobile insurance rates which included differentiation on the basis of age, sex and marital status. These criteria were approved by the Superintendent because there were no other criteria by which rates could be set, outside of a subjective guess which the Superintendent concluded would have been wholly inadequate. The Superintendent of Insurance was of the view that there was simply insufficient data to set premiums in a manner that did not include differentiation on the basis of age, sex and marital status despite his desire to do so.

A legislative initiative attempted to remove the classification system contained in the current Statistical Plan through s. 33 of the *Ontario Automobile Insurance Board Act, 1988*, S.O. 1988, c. 18. Section 33(1) stated:

33.—(1) No insurer shall differentiate or make a distinction, exclusion or preference in a contract of automobile insurance on the basis or age, sex, marital status, family status or handicap.

The implementation of this provision was first delayed and then the entire Act was repealed without s. 33(1) ever having come into force. Currently, insurers must apply to the Commissioner of Insurance (the successor to the Superintendent of Insurance) for approval of the classes of risk exposure they intend to use in setting rates for automobile insurance. The Commissioner must refuse to approve any class of risk exposure that is not just or reasonable or does not reasonably predict risk or distinguish fairly between classes of risk exposure

Le surintendant lui-même a utilisé la structure de base du plan statistique pour «fixer» les taux d'assurance. Cet exercice est effectué avec l'Association des assureurs. Cette association constitue un mécanisme, établi en vertu de la *Loi sur l'assurance-automobile obligatoire*, L.R.O. 1980, ch. 83 (maintenant L.R.O. 1990, ch. C.25), qui regroupe les risques en matière d'assurance pour que les conducteurs à risques élevés puissent faire assurer un véhicule à moteur dans des circonstances où ils ne le pourraient pas autrement. En vertu de l'art. 10 de cette loi, le surintendant peut approuver ou rejeter les taux établis par l'Association des assureurs. En novembre 1982, le surintendant a approuvé les taux d'assurance-automobile établis par l'Association des assureurs, lesquels comportaient des distinctions fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial. Ces critères ont été approuvés par le surintendant parce qu'il n'existait pas d'autres critères de fixation des taux, si ce n'est une hypothèse subjective qui, de l'avis du surintendant, aurait été tout à fait inadéquate. Selon le surintendant des assurances, il n'existe tout simplement pas suffisamment de données pour fixer les primes d'une façon qui ne comporte pas de distinction fondée sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial.

On a tenté d'éliminer le système de classification contenu dans le plan statistique actuel par l'art. 33 de l'*Ontario Automobile Insurance Board Act, 1988*, L.O. 1988, ch. 18. Le paragraphe 33(1) se lisait ainsi:

[TRADUCTION] 33.—(1) Il est interdit à tout assureur d'établir des distinctions entre des personnes, de les exclure ou de leur accorder la préférence pour des motifs fondés sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

La mise en œuvre de cette disposition a tout d'abord été retardée, mais toute la loi a ensuite été abrogée, le par. 33(1) n'étant jamais entré en vigueur. À l'heure actuelle, les assureurs doivent demander au commissaire des assurances (le successeur du surintendant des assurances) d'approuver les catégories de risques qu'ils ont l'intention d'utiliser dans la fixation des taux d'assurance-automobile. Le commissaire doit refuser d'approuver toute catégorie de risques qui n'est pas juste ou raisonnable ou ne permet pas de prévoir d'une

(*Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, s. 74). Despite such wide-ranging powers, the Commissioner has not prohibited auto insurance rates based on age, sex or marital status. There are also other mechanisms in the amended *Insurance Act* to combat inappropriate insurance criteria and yet there are no prohibitions in either the *Insurance Act* or in its regulations, nor have any policy statements been issued by the Ministry of Financial Institutions which prohibit age, sex or marital status as rating criteria.

### The Insurance Classes

For the time period covered by the application of Mr. Bates for insurance, the insurance classes comprising single males under the age of 25 had the highest claim frequency, the highest loss per car insured and the highest average claim cost of any of the categories for which statistics were kept. Internal statistics kept by Zurich confirmed this profile. In fact, for the relevant time period, the premiums charged by Zurich to drivers in Mr. Bates' class (single males aged 19 or 20) were appreciably less than the losses generated by that class. In the 1981 policy year, Zurich paid 26 percent more in claims to this class than it collected from this class. In the 1982 policy year the class had a deficit of approximately 19 percent. These company shortfalls do not even take into consideration the overhead and other losses suffered by Zurich in insuring these drivers. In fact, the break even point for Zurich is reached when claims total only 75 percent of premiums. The loss cost per car of this class was three times as high as that of the average vehicle. In comparison, during the 1982 policy year, the class composed of married males under 20 paid premiums almost three times the amount of the losses suffered by this class. Other classes showed similar, if not so dramatic, profiles. A review of the material submitted on this appeal confirms that the class in which Mr. Bates was placed had a far worse risk profile than any other comparable class of driver. While this class also

façon raisonnable les risques ou encore qui n'établit pas de distinctions justes entre les catégories d'exposition aux risques (*Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, art. 74). Malgré ces vastes pouvoirs, le commissaire n'a pas interdit la fixation des taux d'assurance-automobile, fondée sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial. Il existe également d'autres mécanismes dans la version modifiée de la *Loi sur les assurances* destinés à empêcher l'application de critères impropres, mais ni la *Loi sur les assurances*, ni son règlement d'application, ni les déclarations de principe du ministère des Institutions financières n'interdisent les distinctions fondées sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial parmi les critères de fixation des taux.

### Les catégories d'assurance

Pendant la période visée par la demande d'assurance de M. Bates, c'est dans la catégorie d'assurance des hommes de moins de 25 ans qu'il y a eu le plus grand nombre de réclamations, que les pertes ont été les plus élevées par voiture assurée et que le coût moyen par réclamation a été le plus élevé de toutes les catégories visées par les statistiques. Les statistiques internes de Zurich confirment ce profil. En fait, à l'époque en question, les primes imposées par Zurich aux conducteurs de la catégorie de M. Bates (hommes célibataires âgés de 19 ou 20 ans) étaient de beaucoup inférieures aux pertes engendrées par les conducteurs de cette catégorie. Au cours de l'exercice 1981, Zurich a versé 26 pour cent de plus au titre des réclamations par les assurés de cette catégorie que le montant des primes perçues de ces conducteurs. Au cours de l'exercice 1982, il y avait un déficit d'approximativement 19 pour cent pour cette catégorie. Ces déficits de la société ne tiennent même pas compte des frais généraux et des autres pertes subies par Zurich lorsqu'elle assure ces conducteurs. En fait, Zurich atteint le seuil de rentabilité lorsque les réclamations s'élèvent à seulement 75 pour cent des primes. La perte par voiture, dans cette catégorie, était trois fois plus élevée que pour le véhicule moyen. Par comparaison, au cours de l'exercice 1982, la catégorie composée d'hommes mariés de moins de 20 ans payait des primes presque trois fois plus élevées que le montant des

paid the highest premiums, these premiums were still insufficient to cover the losses generated. It is therefore not possible to argue that there is no statistical basis for the premium allocation to this class of driver. It is the method by which these premiums were set, however, and not the amount of the premiums that is truly at issue in this appeal.

#### Application of Principles to the Facts

It is conceded in this appeal that the manner in which the insurance industry as a whole and Zurich in particular set their automobile insurance premiums in 1983 was discriminatory. It is also conceded that this discrimination was on the basis of grounds prohibited by the Code. What remains to be determined is whether such discrimination fits within the exception provided by s. 21 of the Code.

Moreover, there does not appear to be any dispute that Zurich acted *bona fide* in setting its insurance premiums. The Board of Inquiry specifically held at p. D/2966 that Zurich acted in good faith and that the classification system was developed for legitimate economic and business reasons. This finding is fully supported by the evidence and I agree with it. The issue then becomes whether the setting of premiums on the basis of age, sex and marital status was reasonable in the circumstances.

Not only did the respondent honestly believe that in setting the premium for Mr. Bates it was acting in the best interests of its insurance business, its decision was also based on credible actuarial evidence. This was undoubtedly sound and accepted business practice and satisfies the first

pertes subies dans cette catégorie. L'examen d'autres catégories de conducteurs révèle des profils similaires, quoique moins contrastants. L'examen de documents présentés au cours du présent pourvoi confirme que la catégorie dans laquelle M. Bates était placé possédait un profil de risques beaucoup plus élevé que toute autre catégorie comparable de conducteurs. Bien que les conducteurs de cette catégorie paient les primes les plus élevées, celles-ci ne suffisent pas à couvrir les pertes auxquelles ils donnent lieu. En conséquence, il est impossible de soutenir qu'il n'existe pas de fondement statistique applicable à la fixation des primes des conducteurs de cette catégorie. Cependant c'est la méthode de calcul des primes, et non leur montant, qui est principalement contestée dans le présent pourvoi.

#### d Application des principes aux faits

Il est admis dans le présent pourvoi que le mode de fixation des primes d'assurance-automobile en 1983 par l'ensemble de l'industrie de l'assurance, et plus particulièrement par Zurich était discriminatoire. On a aussi reconnu que cette discrimination se fonde sur des motifs interdits par le Code. Il faut maintenant déterminer si cette discrimination est autorisée par l'exception prévue par l'art. 21 du Code.

Par ailleurs, on ne paraît pas contester que Zurich a agi de bonne foi dans la fixation de ses primes d'assurance. La commission d'enquête a expressément indiqué, à la p. D/2966, que Zurich avait agi de bonne foi et que le système de classification avait été élaboré pour des motifs économiques et commerciaux légitimes. Les éléments de preuve viennent appuyer cette conclusion et j'y souscris. Il faut alors déterminer si la fixation des primes en fonction de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial était raisonnable dans les circonstances.

Dans l'établissement de la prime de M. Bates, l'intimée croyait honnêtement qu'elle agissait dans l'intérêt de son entreprise d'assurance et, par ailleurs, sa décision était fondée sur des données actuarielles valables. Il s'agissait certainement d'une pratique commerciale solidement fondée et

requirement of the reasonableness test to which I have referred. The relationship between risk and the age and sex of drivers was discussed in the *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*, 1988, Chapter 6 (the "Osborne Report"). This inquiry investigated, *inter alia*, the correlation between insurance costs and criteria such as age, sex and marital status. The report, at p. 202, indicates that "[y]oung drivers are involved in proportionately more accidents, and more severe accidents than other drivers. The data are overwhelming on this issue". The report goes on to conclude that being male or female, or young or old does not cause accidents but a statistical correlation exists between these criteria and insurance losses.

This statistical analysis does not, however, fully satisfy the reasonableness test required by s. 21. Human rights values cannot be over-riden by business expediency alone. To allow "statistically supportable" discrimination would undermine the intent of human rights legislation which attempts to protect individuals from collective fault. To allow discrimination simply on the basis of statistical averages would only serve to perpetuate traditional stereotypes with all of their invidious prejudices. Society has decided not to hold the individual responsible for the sins of his or her "group" and the courts must seek to further rather than restrict this decision. It is therefore necessary to consider whether there was an alternative which in all the circumstances was practicable. Did the industry as a whole have a reasonable alternative which would have avoided discrimination and, more specifically, did the respondent have such an alternative?

The appellant submits that there was an alternative: the industry and the respondent could have used neutral factors such as driving record, experience and vehicle use, all of which are currently employed in relation to policy-holders over 25 years of age. The Board accepted this submission.

reconnue qui satisfait à la première exigence du critère du caractère raisonnable que j'ai mentionnée. Le rapport entre le risque et l'âge et le sexe des conducteurs a été examiné dans le *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*, 1988, ch. 6 (le «Rapport Osborne»). Cette étude portait notamment sur le rapport entre les coûts d'assurance et des critères comme l'âge, le sexe et l'état matrimonial. Le rapport précise, à la p. 202, que [TRADUCTION] «[I]es jeunes conducteurs subissent proportionnellement plus d'accidents et des accidents plus graves que les autres conducteurs. Les chiffres sont accablants sur ce point». Le rapport conclut que ce n'est pas le fait d'être un homme ou une femme ou un conducteur jeune ou vieux qui cause les accidents mais qu'il existe une corrélation statistique entre ces critères et les pertes en matière d'assurance.

Toutefois, cette analyse statistique ne satisfait pas pleinement au critère du caractère raisonnable exigé par l'art. 21. Les droits de la personne ne peuvent être écartés pour des raisons uniquement commerciales. Autoriser une pratique discriminatoire «statistiquement défendable» aurait pour effet de porter atteinte au but des lois sur les droits de la personne, qui tentent de protéger les personnes contre la faute collective. Autoriser une pratique discriminatoire simplement sur la foi de moyennes statistiques ne ferait que perpétuer les stéréotypes traditionnels avec tous leurs préjugés insidieux. La société a décidé de ne pas tenir une personne responsable des fautes de son «groupe» et les tribunaux doivent chercher à appliquer cette décision plutôt qu'à en limiter la portée. En conséquence, il faut déterminer s'il existait une autre solution pratique applicable dans toutes les circonstances. L'ensemble de l'industrie, et plus particulièrement l'intimée, possédait-elle une solution de rechange raisonnable qui aurait permis d'éviter la discrimination?

L'appelant prétend qu'il existait une autre solution: l'industrie et l'intimée auraient pu utiliser des facteurs neutres (profil d'accidents, expérience des conducteurs et utilisation du véhicule) qui servent actuellement à la fixation des primes des assurés de plus de 25 ans. La commission a accepté cette



It dealt with this issue, at p. D/2965, by asking itself the following question:

In narrower terms, has Zurich established that the very essence of its business would be undermined if it could no longer rely on discriminatory group characteristics for its rate classification system?

In my view, this set too high a standard and not one that s. 21 requires. It is a higher standard than the employment cases in Canada have demanded and appears to have been adopted from employment cases in the United States which are based on different legislation, utilizing different wording, employed in a different setting. This standard ascribes too narrow a meaning to what constitutes a practical alternative. An alternative may be impractical even though its adoption would not undermine the very essence of a business. By applying this standard, the Board gave insufficient weight to the difficulties inherent in attempting to adopt new criteria in the absence of an adequate statistical base. Furthermore, this standard tended to minimize the importance of the statutory framework within which the industry and the respondent were required to operate. In February of 1983, when this complaint arose, statistics were compiled as required by law on the basis of criteria that employed the impugned characteristics. No action was taken by the Superintendent to require collection of statistics on a different basis until the amended Statistical Plan was put in place in January of 1985. When the Board decided this case in August of 1985, the plan had only been in effect some seven months, well short of the three years which, on the evidence, are required to obtain meaningful statistics. In these circumstances, I am satisfied that setting premiums on a basis that did not rely on the classifications then in use was not a practical alternative for the industry.

It would have been even more impractical for the respondent to adopt unilaterally its own classifications based on non-discriminatory criteria. It was submitted by the appellant that Zurich could have collected additional statistics and based its

prétention et a formulé ainsi son opinion, à la p. D/2965:

[TRADUCTION] En termes plus stricts, Zurich a-t-elle établi que les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées si elle ne pouvait plus appliquer de mesures discriminatoires dans le cadre de son système de classification des taux?

À mon avis, la norme est trop exigeante et n'est pas requise par l'art. 21. C'est une norme plus exigeante que celle requise dans les décisions en matière d'emploi au Canada; elle paraît tirée de décisions américaines en matière d'emploi, lesquelles sont fondées sur des lois différentes, formulées différemment, dans un contexte différent. Cette norme donne une interprétation trop étroite de ce qui constitue une solution de rechange pratique. En effet, une solution pourrait ne pas être pratique même si son adoption ne risque pas d'ébranler les fondations mêmes d'une entreprise. En appliquant cette norme, la commission n'a pas accordé suffisamment d'importance aux difficultés que présente la tentative d'adopter de nouveaux critères en l'absence de base statistique appropriée. Par ailleurs, cette norme a tendance à minimiser l'importance du cadre législatif à l'intérieur duquel l'industrie et l'intimée devaient fonctionner. En février 1983, au moment de la présente plainte, les statistiques étaient établies conformément aux exigences de la loi en fonction de critères fondés sur les caractéristiques attaquées. Le surintendant n'a pris aucune mesure pour exiger la collecte de statistiques fondées sur une base différente jusqu'à l'entrée en vigueur du plan statistique modifié en janvier 1985. Lorsque la commission a rendu sa décision dans la présente affaire en août 1985, le plan n'existait que depuis sept mois, ce qui est très loin des trois ans nécessaires à l'obtention, selon la preuve, de statistiques significatives. Dans ces circonstances, je suis convaincu que l'établissement des primes en fonction de critères non fondés sur les classifications alors en usage ne constituait pas une solution de rechange pratique pour l'industrie.

En outre, il aurait été encore moins pratique pour l'intimée d'adopter unilatéralement ses propres classifications fondées sur des critères non discriminatoires. L'appelant prétend que Zurich aurait pu recueillir des statistiques additionnelles et

premiums on them. This argument ignores the fact that Zurich is a single company in a highly competitive and complex industry. In Ontario alone there are over 180 insurers licensed to sell automobile insurance, with about 50 companies being major players. The evidence indicates that Zurich insures only 116,000 cars in a jurisdiction where over 3.5 million cars are insured in total. This represents only 3.6 percent of the market. The Statistical Plan not only combines the data of all insurers but the Plan also represents the cumulative loss experience of over 50 years of insurance. It would have been impractical, if not impossible, for Zurich to generate actuarially reliable figures on only its own data. Zurich required a wider pool of information in order to set its premiums in any meaningful way. The fact that it was theoretically possible to collect data based on other criteria does not establish that reasonable alternatives to the current system exist. Neither does the presence of data from U.S. jurisdictions which may or may not reflect the risks in Ontario. In any event, I am unwilling to accept the possibility of an alternative based on U.S. data that was not before the Board and is not before this Court.

My colleague discusses the Pennsylvania case of *Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (Pa. 1984), and concludes at p. 379 that "American data demonstrate that distance is a more accurate predictor of accident rates than gender". I simply wish to point out that that same jurisdiction, in the case of *Pennsylvania National Organization for Women v. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (Pa. 1988), at p. 1167, upheld the conclusion that "there is no direct correlation between mileage and insurance costs". The complaint in that case was that flat rates for both men and women discriminated against women because the premiums did "not respond to the dis-

calculer ses primes à partir de celles-ci. Cet argument ne tient pas compte du fait que Zurich constitue une seule société d'une industrie fort compétitive et complexe. Il existe en Ontario plus de 180 assureurs agréés pour la vente de l'assurance-automobile, dont environ 50 jouent un rôle important. D'après la preuve, Zurich assure seulement 116 000 voitures dans une province où plus de 3,5 millions de voitures sont assurées. Zurich n'occupe que 3,6 pour cent du marché. Le plan statistique regroupe non seulement les données de tous les assureurs, mais aussi les pertes cumulatives sur une période de plus de 50 ans dans l'industrie de l'assurance. En pratique, Zurich n'aurait pu obtenir des chiffres fiables du point de vue actuariel à partir de ses propres données seulement. Zurich avait besoin d'un bassin de données plus large pour fixer ses primes d'une façon significative. Le fait qu'il était possible en théorie de recueillir des données fondées sur d'autres critères n'établit pas l'existence de solutions raisonnables autres que l'utilisation du système actuel. Ni d'ailleurs l'existence de données de ressorts américains, dont on ne sait pas si elles reflètent les risques qui existent en Ontario. Quoi qu'il en soit, je ne puis accepter la possibilité d'une solution autre fondée sur des données américaines qui n'ont été présentées ni à la commission ni à notre Cour.

Ma collègue examine l'arrêt de la Pennsylvanie *Hartford Accident and Indemnity Co. c. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (Pa. 1984), et conclut, à la p. 379, que «d'autres données américaines indiquent que le kilométrage constitue un indicateur plus précis des taux d'accidents que le sexe». Je tiens tout simplement à signaler que, dans l'arrêt *Pennsylvania National Organization for Women c. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (Pa. 1988), la même cour a confirmé, à la p. 1167, la conclusion qu'[TRADUCTION] «il n'existe pas de corrélation directe entre la distance parcourue et les coûts d'assurance». Dans cette affaire-là, on s'était plaint que l'établissement de taux uniformes pour les hommes et les femmes constituait une mesure discriminatoire à l'endroit des femmes parce que les primes ne [TRADUCTION] «tenaient pas compte des

parity in mileage between men and women" (at pp. 1166-67).

The auto insurance industry is a highly competitive industry and to expect a single company to strike out on its own and take such a risk on behalf of itself and its clients is unreasonable. Not only would Zurich have lacked the volume of statistics to analyze but it would have taken a long period of time to determine a suitable alternative rating scheme, if in fact one exists. In the absence of alternative criteria to set premiums, it is unreasonable to expect Zurich to simply guess at an equitable distribution of premiums among the consumers it insures.

As previously noted, statistics are now being collected on a wide range of possible risk factors. This process was initiated in 1985 and would only have generated meaningful statistics in 1988. It may well be that there now exists a statistical basis for determining insurance premiums in a non-discriminatory manner. However, this appeal is limited to the situation as it existed in 1983 and not as it existed in 1988 or as it currently exists today. There is no guarantee, in fact, that this additional data will provide the industry with a mechanism in which to set premiums on non-discriminatory criteria. Mr. Newton, the senior actuary in the Office of the Superintendent indicated in his evidence to the Board of Inquiry that there were still doubts as to whether the 1985 changes would lead to effective non-discriminatory rating criteria.

One should also not lose sight of the effect of simply submerging high risk drivers into pools of lower risk drivers. If the premiums of Mr. Bates' class are arbitrarily spread out amongst other classes, the net effect of this change is that drivers in other classes will be forced to subsidize further a group of drivers who already fail to pay premiums sufficient to cover their insurance losses. It is not reasonable simply to submerge the risks associated with this group into other classes with no statistics

différences de distance parcourue par les hommes et les femmes» (aux pp. 1166 et 1167).

L'industrie de l'assurance-automobile est très concurrentielle; il n'est pas raisonnable de s'attendre qu'une société s'aventure seule dans une nouvelle voie et prenne des risques à ce chapitre tant pour elle-même qu'au nom de ses clients. Non seulement Zurich n'aurait pas eu suffisamment de statistiques à analyser, mais il lui aurait fallu longtemps pour trouver un autre système approprié de fixation des primes, à supposer qu'il en existe un. En l'absence d'autres critères pour la fixation des primes, il est déraisonnable de s'attendre que Zurich fasse une simple estimation d'une distribution équitable des primes entre les consommateurs qu'elle assure.

Comme je l'ai fait remarquer précédemment, on recueille maintenant des statistiques sur un vaste éventail de facteurs de risque. Cet exercice a commencé en 1985 et aurait produit des statistiques significatives en 1988 seulement. Il pourrait bien exister maintenant un fondement statistique qui permet de fixer d'une façon non discriminatoire les primes d'assurance. Toutefois, le présent pourvoi vise la situation qui existait en 1983 et non celle qui existait en 1988 ou qui existe aujourd'hui. Rien ne garantit que les données additionnelles obtenues fourniront à l'industrie un mécanisme de fixation des primes fondé sur des critères non discriminatoires. Monsieur Newton, l'actuaire principal du Bureau du surintendant, a indiqué dans son témoignage devant la commission d'enquête qu'on se demande encore si les modifications apportées en 1985 permettront de formuler des critères non discriminatoires efficaces de fixation des primes.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier l'effet que peut avoir la simple absorption de conducteurs à risques élevés par des catégories de conducteurs à faibles risques. Si le montant des primes que doivent payer les conducteurs de la catégorie de M. Bates est arbitrairement réparti sur d'autres catégories de conducteurs, la véritable incidence de ce changement est que les conducteurs des autres catégories seront forcés de subventionner davantage un groupe de conducteurs dont les

to support the classes into which these high-risk drivers are placed.

The insurance industry must be allowed time to determine whether it can restructure its classification system in a manner that will eliminate discrimination based on enumerated group characteristics and still reflect the disparate risks of different classes of drivers. It would therefore be inappropriate for this Court to find a particular practice to be unreasonable when no reasonable alternative exists. While the situation as it existed in 1983 did not provide a reasonable alternative to setting premiums based on age, sex and marital status, the situation today and in the future may be quite different. The insurance industry must strive to avoid setting premiums based on enumerated grounds.

#### Disposition

Zurich set its premiums on the basis of the only statistics available to the insurance industry at the time in question. These statistics supported the imposition of higher premiums on certain classes of drivers whose cumulative accident history suggested an increased insurance cost. Faced with an absence of any other criteria in which to set insurance rates, I am satisfied that Zurich set its rates on reasonable and *bona fide* grounds as those terms are used in s. 21 of the Code. Zurich was, in short, forced to use the industry wide statistics contained in the Superintendent's Statistical Plan to set its premiums. While it is not enough that insurance premiums be set in good faith and be supported by credible actuarial evidence, I find that Zurich has acted within the limits of s. 21 of the Ontario *Human Rights Code, 1981* in all the circumstances of this case. In view of this conclusion, it will not be necessary to consider the effect of s. 46(3) of

primes ne suffisent déjà pas à combler les pertes d'assurance. Il n'est tout simplement pas raisonnable de faire absorber les risques que représentent les conducteurs de ce groupe par d'autres catégories s'il n'existe pas de statistiques concernant ces autres catégories.

Il faut accorder à l'industrie des assurances suffisamment de temps pour déterminer si elle peut restructurer son système de classification d'une façon qui éliminera la discrimination fondée sur des caractéristiques particulières d'un groupe, tout en tenant compte des différents risques que présentent les différentes catégories de conducteurs. Il ne serait donc pas approprié pour notre Cour de conclure qu'une pratique donnée est déraisonnable lorsqu'il n'existe pas de solution de rechange raisonnable. Bien que la situation qui existait en 1983 n'ait pas conduit à l'adoption d'une solution autre que l'établissement des primes fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, la situation pourrait bien être différente aujourd'hui et dans l'avenir. L'industrie des assurances doit chercher à éviter de fixer des primes fondées sur des motifs interdits.

#### Dispositif

Zurich a fixé ses primes à partir des seules statistiques dont disposait l'industrie des assurances à l'époque en question. Ces statistiques soutenaient l'imposition de primes supérieures à certaines catégories de conducteurs quand les données cumulatives sur le nombre d'accidents indiquaient un accroissement des coûts d'assurance. En l'absence d'autres critères de calcul des taux d'assurance, je suis convaincu que Zurich s'est fondée sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi, pour employer les termes de l'art. 21 du Code. Bref, Zurich était obligée d'utiliser les statistiques de l'ensemble de l'industrie contenues dans le plan statistique du surintendant. Certes, il n'est pas suffisant que les primes d'assurance soient établies de bonne foi et étayées de preuve actuarielles crédibles, mais j'estime que Zurich a respecté les limites de l'art. 21 du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario dans toutes les circonstances de l'espèce. Vu cette conclusion, je n'ai pas à examiner l'incidence du par. 46(3) du Code. Je

the Code. I would therefore dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—This case concerns the interpretation of s. 21 of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53 (the "Code") (now R.S.O. 1990, c. H.19, s. 22), which permits insurers to make distinctions in insurance policies on reasonable and bona fide grounds on account of age, sex, marital status, family status or handicap.

I have read my colleague Justice Sopinka's reasons, and I agree with his comprehensive examination of both the history of the classification system in Ontario and the background of the complaint in this case. While I also agree with his view that there exists a distinction between discrimination in employment and in insurance contracts, and with his analysis of the insurance context, I respectfully disagree with his interpretation of s. 21 of the Code, and with his treatment of the findings of fact by the Board of Inquiry.

I shall briefly allude to the facts before analyzing the decisions rendered below in light of my own view of the importance of the findings of the Board of Inquiry ((1985), 6 C.H.R.R. D/2948).

On April 30, 1984, a Board of Inquiry was appointed pursuant to the Code to hear and decide a complaint made by Michael G. Bates against the respondent insurance company. The complainant alleged that young, single male drivers must pay automobile insurance rates which exceed those of young, single female drivers and young, married male drivers, as well as rates set for all drivers over the age of 25, and that this discrepancy contravenes the provisions of the Code. Specifically, he submitted that he had been denied the right to contract on equal terms without discrimination and the right to equal treatment in services, goods and facilities, contrary to ss. 1, 3 and 8 of the Code, as

suis d'avis de rejeter le présent pourvoi, avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Le présent pourvoi porte sur l'interprétation de l'art. 21 du *Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53 (le «Code») (maintenant L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 22), qui permet aux assureurs d'établir des distinctions dans les polices d'assurance pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi, fondés sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Sopinka et je suis d'accord avec l'examen exhaustif qu'il présente de l'historique du système de classification en Ontario et des faits ayant donné naissance à la plainte qui nous intéresse. Bien que je sois d'accord avec lui qu'il faille faire une distinction entre la discrimination dans les contrats de travail et la discrimination dans les contrats d'assurance et que je souscrive à son analyse du contexte des assurances, avec égards, je ne partage pas son interprétation de l'art. 21 du Code ni celle qu'il donne aux conclusions de fait de la commission d'enquête.

Je ferai une brève allusion aux faits avant de procéder à l'analyse des décisions des instances inférieures vu l'importance que j'attache aux conclusions de la commission d'enquête ((1985), 6 C.H.R.R. D/2948).

Le 30 avril 1984, une commission d'enquête a été constituée conformément au Code pour connaître d'une plainte déposée par M. Michael G. Bates contre la compagnie d'assurances intimée. Dans sa plainte, M. Bates prétend que les jeunes conducteurs célibataires de sexe masculin doivent payer des primes d'assurance-automobile supérieures à celles que paient les jeunes conductrices célibataires, les jeunes conducteurs mariés de sexe masculin et tous les conducteurs de plus de 25 ans. Monsieur Bates soutient que cette distinction contrevient aux dispositions du Code. Plus particulièrement, il prétend qu'on le prive de son droit de contracter à conditions égales, sans discrimination,

my colleague Sopinka J. points out. The respondent has throughout these proceedings conceded that the classification system upon which the premiums were based constitutes a *prima facie* infringement of the Code, but contends that this infringement falls within the exception set out in s. 21 of the Code.

### Judgments

The Board of Inquiry relied on the line of cases from this Court interpreting the “*bona fide* occupational qualification” exception, and concluded that the distinctions in the classification scheme would be based on reasonable and *bona fide* grounds only if they were “reasonably necessary”. As formulated by the Board, at p. D/2964, the test under s. 21 of the Code emphasized the need for insurers to show the absence of practical alternatives to discriminatory practices, all the while recognizing the impossibility of individual testing for establishing insurance rates:

While, as stated above, it is unreasonable to expect automobile insurance companies to do individual testing, they should be scrutinized in terms of reasonable alternatives which may indicate whether the present scheme of rate classification is “reasonably necessary”. Without requiring that insurance companies assess individual characteristics for everyone, it is reasonable to inquire if it is possible or practical to deal with applicants for insurance under-25 in the context of a classification system that relies on characteristics other than age, sex or marital status. In other words, are there any characteristics which can be used which are non-discriminatory in the sense that they are not prohibited by sections 1 and 3 of the *Code*? We can ask whether Zurich has demonstrated that it would be impractical or impossible to operate the automobile insurance system with the use of non-discriminatory criteria for rate classification. [Emphasis added.]

The Board decided that the evidence proffered by the respondent did not satisfy that burden. Sev-

et de son droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations, en contravention des art. 1, 3 et 8 du Code, comme l'indique mon collègue le juge Sopinka. L'intimée a reconnu tout au long des procédures que le système de classification à partir duquel elle calcule ses primes constitue une violation *prima facie* du Code, mais prétend que cette violation tombe dans l'exception prévue à l'art. 21 du Code.

### Les jugements

La commission d'enquête s'est fondée sur les arrêts de notre Cour qui interprètent l'exception de l'«*exigence professionnelle justifiée*» et elle a conclu que les distinctions établies par le système de classification seraient fondées sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi seulement si elles étaient «*raisonnablement nécessaires*». De l'avis de la commission, l'art. 21 du Code exige que les assureurs établissent qu'il n'existe pas de solution pratique autre que l'utilisation de mesures discriminatoires, mais reconnaît l'impossibilité de procéder à des tests individuels aux fins de la fixation des taux d'assurance (à la p. D/2964):

[TRADUCTION] Bien qu'il ne soit pas raisonnable, comme nous l'avons mentionné, de s'attendre que les compagnies d'assurance-automobile procèdent à des tests individuels, on devrait examiner s'il existe des solutions raisonnables autres qui permettraient de déterminer si le système actuel de classification des taux est «raisonnablement nécessaire». Sans exiger que les compagnies d'assurances évaluent les caractéristiques individuelles de chacun, il est raisonnable de se demander s'il est possible ou pratique d'utiliser à l'égard de l'auteur d'une demande d'assurance, qui serait âgé de moins de 25 ans, un système de classification fondé sur des caractéristiques autres que l'âge, le sexe ou l'état matrimonial. En d'autres termes, existe-t-il des caractéristiques non discriminatoires qui peuvent être utilisées, en ce sens qu'elles ne seraient pas interdites par les art. 1 et 3 du *Code*. Nous pouvons nous demander si Zurich a établi qu'il ne serait ni pratique ni possible de faire fonctionner le régime d'assurance-automobile au moyen de critères non discriminatoires de classification des taux. [Je souligne.]

La commission conclut que l'intimée n'a pas réussi à s'acquitter de ce fardeau de preuve. Cette

eral findings of fact were crucial to this decision. First, the Board said at p. D/2965:

There has simply been no evidence, in my opinion, offered to support the assertion that it has been scientifically proven that there is a direct, causal relationship between the discriminatory group factors used—age, sex and marital status and high risk. [Emphasis added.]

In fact, the Board noted that the evidence demonstrated that age, sex and marital status were likely only proxy factors, and had never been controlled or isolated in the statistics to determine whether a causal connection exists.

Second, the Board determined that there was no statistical basis for choosing the age of 25 as the dividing line, nor did other elements of the system, including the surcharge for convictions, multi-vehicle discounts and driver-training discounts, rest on any statistical basis. In the face of these anomalies, the Board concluded at p. D/2965 that:

... the automobile premium rate-structure in Ontario is as much if not more based upon economic and business decisions than upon the Statistical Plan.

Finally, the Board held that the respondent had clearly not proven that there were no other group factors which are non-discriminatory. The Superintendent of Insurance had been urging change for years, demonstrating that, in his view, feasible and desirable alternatives existed. The Board emphatically rejected the respondent's contention that the system was reasonable because it had been the only system in place for 50 years. "The insurance industry cannot", the Board held, "rely on its inaction and tradition to support a discriminatory rate classification system". Most importantly, the Board held at p. D/2966 that the evidence demonstrated that an alternative to the discriminatory rate

décision se fonde sur plusieurs conclusions de fait cruciales. Premièrement, la commission affirme, à la p. D/2965:

[TRADUCTION] À mon avis, aucun élément de preuve n'a été présenté à l'appui de la prétention qu'il y a une preuve scientifique de l'existence d'un lien direct de causalité entre les facteurs de discrimination utilisés—l'âge, le sexe et l'état matrimonial—et le risque élevé. [Je souligne.]

En fait, la commission souligne que, selon la preuve, l'âge, le sexe et l'état matrimonial constituent vraisemblablement des facteurs qui en représentaient d'autres, que l'on n'avait jamais examinés séparément dans les statistiques pour déterminer l'existence d'un lien de causalité.

Deuxièmement, la commission conclut que le choix de l'âge de 25 ans comme ligne de démarcation n'est pas statistiquement fondé, non plus d'ailleurs que d'autres éléments du régime, savoir la surcharge en cas de déclaration de culpabilité, les réductions pour assurance de plusieurs véhicules et pour les cours de conduite automobile. Face à ces anomalies, la commission conclut, à la p. D/2965, que:

[TRADUCTION] ... la structure de fixation des taux d'assurance-automobile en Ontario repose autant, sinon plus, sur des décisions économiques et commerciales que sur le plan statistique.

Enfin, la commission indique que l'intimée n'a manifestement pas établi l'inexistence d'autres facteurs non discriminatoires dans la classification des groupes. Le surintendant des assurances demande depuis des années la modification du système, ce qui indique qu'il existe à son avis d'autres solutions envisageables et souhaitables. La commission rejette avec force la prétention de l'intimée que le système est raisonnable puisqu'il a été le seul système en vigueur depuis 50 ans. [TRADUCTION] «L'industrie de l'assurance ne peut pas se fonder sur son inaction et la tradition pour appuyer un système discriminatoire de classification des taux». Plus particulièrement, selon la commission, les éléments de preuve démontrent l'existence d'une solution autre que l'application d'un système discriminatoire de classification des taux, solution

classification system existed and was being used at the time of the hearing before the Board:

For those insured persons who are 25 or older, the industry relies solely on non-discriminatory, causally connected factors such as driving record, driving experience and vehicle use to establish rate differentials. The evidence indicates that this system has worked well. There has been no evidence offered to suggest that these factors cannot be used for insured persons who are under-25.

The Divisional Court of Ontario allowed the appeal from the decision of the Board of Inquiry ((1987), 58 O.R. (2d) 325). It rejected the Board's interpretation of s. 21 and held that the words "reasonable and *bona fide* grounds" should be construed according to their plain meaning. The Court concluded that the distinctions created by the classification system were reasonable distinctions since they were supported by reasonable, actuarially verified statistics, showing a higher rate of risk for single male drivers under the age of 25. In the alternative, the Divisional Court held that Zurich had met the test of reasonable necessity because it relied upon the only statistics available to it. The Court of Appeal affirmed the decision of the Divisional Court in a brief endorsement ((1989), 70 O.R. (2d) 639).

#### Relevant Statutory Provisions

At the time of the complaint, the relevant provisions of the *Human Rights Code, 1981* read as follows:

1. Every person has a right to equal treatment with respect to services, goods and facilities, without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, age, marital status, family status or handicap.

3. Every person having legal capacity has a right to contract on equal terms without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin,

qui était utilisée au moment de l'audience devant la commission (à la p. D/2966):

[TRADUCTION] Pour les assurés de plus de 25 ans, l'industrie utilise seulement des facteurs non discriminatoires ayant un lien de causalité, comme le profil d'accidents, l'expérience du conducteur et l'utilisation du véhicule, pour justifier les différences entre les taux. D'après la preuve, ce système fonctionne bien. On n'a présenté aucun élément de preuve visant à établir que ces facteurs ne peuvent être utilisés à l'égard des assurés de moins de 25 ans.

La Cour divisionnaire de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté contre la décision de la commission d'enquête ((1987), 58 O.R. (2d) 325). Dans sa décision, elle rejette l'interprétation donnée à l'art. 21 par la commission et conclut que l'expression «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» devrait être interprétée dans son sens ordinaire. La cour affirme que les distinctions créées par le système de classification sont des distinctions raisonnables puisqu'elles sont fondées sur des statistiques raisonnables vérifiées du point de vue actuariel, établissant un risque plus élevé pour les conducteurs célibataires de sexe masculin de moins de 25 ans. Subsidièrement, la Cour divisionnaire conclut que Zurich a satisfait au critère de la nécessité raisonnable parce qu'elle s'est fondée sur les seules statistiques dont elle dispose. La Cour d'appel a confirmé la décision de la Cour divisionnaire dans des motifs succincts ((1989), 70 O.R. (2d) 639).

#### Les dispositions législatives pertinentes

Le libellé des dispositions pertinentes du *Code des droits de la personne (1981)* à l'époque de la plainte était le suivant:

1. Toute personne a droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

3. Toute personne jouissant de la capacité juridique a le droit de conclure des contrats à conditions égales, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le



citizenship, creed, sex, age, marital status, family status or handicap.

8. No person shall infringe or do, directly or indirectly, anything that infringes a right under this Part.

21. The right under sections 1 and 3 to equal treatment with respect to services and to contract on equal terms, without discrimination because of age, sex, marital status, family status or handicap, is not infringed where a contract of automobile, life, accident or sickness or disability insurance or a contract of group insurance between an insurer and an association or person other than an employer, or a life annuity, differentiates or makes a distinction, exclusion or preference on reasonable and bona fide grounds because of age, sex, marital status, family status or handicap. [Emphasis added.]

Sections 1 and 3 have subsequently been amended to add sexual orientation as a prohibited ground of discrimination (*Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1986*, S.O. 1986, c. 64, s. 18).

### Analysis

This Court is required to interpret, for the first time, the term "reasonable and *bona fide* grounds" in s. 21 of the Ontario *Human Rights Code, 1981* as it applies to the facts of this case.

### *General Principles*

The starting point for any analysis of human rights legislation is the recognition that the purpose of such legislation is the protection of fundamental individual rights. These rights are violated if stereotypical group characteristics are ascribed to individuals. Since the protection of human rights is vitally important in our society, legislation prohibiting discrimination must be construed broadly using a purposive approach. The approach of this Court to the interpretation of human rights legislation is typified by the statement of McIntyre J. in

lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

8. Nul ne doit porter atteinte à un droit reconnu par la présente partie ni faire, directement ou indirectement, quoi que ce soit qui porte atteinte à un tel droit.

21. Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu aux articles 1 et 3, à un traitement égal en matière de services et de contrats à conditions égales sans discrimination fondée sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap le fait qu'un contrat d'assurance-automobile, d'assurance-vie, d'assurance-accident, d'assurance-maladie ou d'assurance-invalidité, qu'un contrat d'assurance-groupe entre un assureur et une association ou une personne autre qu'un employeur, ou qu'une rente viagère, établisse des distinctions entre des personnes, les exclut ou leur accorde la préférence pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi et fondés sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap. [Je souligne.]

Les articles 1 et 3 ont par la suite été modifiés pour ajouter l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite (*Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1986*, L.O. 1986, ch. 64, art. 18).

### Analyse

Notre Cour doit interpréter pour la première fois l'expression «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» contenue à l'art. 21 du *Code des droits de la personne (1981)*, de l'Ontario, telle qu'elle s'applique aux faits du présent pourvoi.

### *Les principes généraux*

Le point de départ de toute analyse des lois en matière de droits de la personne est la reconnaissance que l'objet de ces lois est la protection des droits fondamentaux de la personne. Il y a violation de ces droits si les stéréotypes d'un groupe sont attribués à une personne. Puisque la protection des droits de la personne revêt une importance vitale dans notre société, les lois antidiscriminatoires doivent recevoir une interprétation large dans le cadre d'une analyse en fonction de leur objectif. L'énoncé du juge McIntyre dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la

*Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547:

Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect.

A logical corollary to this purposive approach is the narrow interpretation of exceptions within human rights legislation. Defences to discrimination under the Code must be narrowly construed so that the larger objects of the Code are not frustrated. In this regard, the comments of Justice Lamer, now Chief Justice, in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58, are apposite:

When the subject matter of a law is said to be the comprehensive statement of the “human rights” of the people living in that jurisdiction, then there is no doubt in my mind that the people of that jurisdiction have through their legislature clearly indicated that they consider that law, and the values it endeavours to buttress and protect, are, save their constitutional laws, more important than all others. Therefore, short of that legislature speaking to the contrary in express and unequivocal language in the Code or in some other enactment, it is intended that the Code supersede all other laws when conflict arises. [Emphasis added.]

Similarly, Beetz J. wrote in *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at p. 307:

It has been decided by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, and reaffirmed in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, that *bona fide* occupational qualification exceptions in human rights legislation should, in principle, be interpreted restrictively since they take away rights which otherwise benefit from a liberal interpretation.

See also *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, at pp. 567-69 and 589.

p. 547, est caractéristique de la façon dont notre Cour a interprété les lois en matière de droits de la personne:

a Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application.

b Un corollaire logique de cette analyse en fonction de l'objet est qu'il faut interpréter restrictivement les exceptions contenues dans la législation des droits de la personne. Il faut interpréter restrictivement les justifications invoquées à l'égard d'une mesure discriminatoire pour faire obstacle aux objets généraux du Code. Les commentaires du juge Lamer, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158, sont pertinents:

Lorsque l'objet d'une loi est décrit comme l'énoncé complet des «droits» des gens qui vivent sur un territoire donné, il n'y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l'entremise de leur législateur, clairement indiqué qu'ils considèrent que cette loi et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres. En conséquence à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès dans le Code ou dans toute autre loi, il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a un conflit. [Je souligne.]

Le juge Beetz a tenu des propos similaires dans *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la p. 307:

Cette Cour a décidé dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, et confirmé dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, que les exceptions relatives aux exigences professionnelles réelles, que l'on trouve dans les lois en matière de droits de la personne, doivent, en principe, s'interpréter restrictivement puisqu'elles suppriment des droits qui autrement recevraient une interprétation libérale.

Voir aussi l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, aux pp. 567 à 569 et à la p. 589.

It is noteworthy that the exception in s. 21 of the Code is unlike the "exceptions" at issue in *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603, and the second branch of s. 20 in *Brossard*. In those cases, the provisions in question limited rights and also conferred rights. As stated by McIntyre J. in *Caldwell*, at p. 626:

... the courts should not in construing s. 22 consider it merely as a limiting section deserving of a narrow construction. This section, while indeed imposing a limitation on rights in cases where it applies, also confers and protects rights.

Section 21, in contrast, confers no rights. It simply provides a defence to what would otherwise be discrimination contrary to the Code, and must therefore be narrowly construed.

Before turning to the interpretation of s. 21, it is also important to emphasize the general principle of deference to administrative tribunals. Curial deference to the findings of the Board of Inquiry is appropriate both because of their expertise in matters of human rights and because the board was in the best position to assess the evidence before it.

These principles have been well established by this Court. Most recently, this Court considered the principle of curial deference in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324. In a concurring opinion, Wilson J. at p. 1336 reviewed the evolution of this principle in Canadian law and the growing reluctance of courts to interfere with decisions made by administrative tribunals within their areas of expertise:

Part of this process has involved a growing recognition on the part of courts that they may simply not be as well equipped as administrative tribunals or agencies to deal with issues which Parliament has chosen to regulate through bodies exercising delegated power, e.g., labour relations, telecommunications, financial markets and international economic relations. Careful management of these sectors often requires the use of experts who

Il importe de signaler que l'exception contenue dans l'art. 21 du Code est différente des «exceptions» en cause dans l'arrêt *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603, et de l'exception énoncée au deuxième volet de l'art. 20, examinée dans l'arrêt *Brossard*. Dans ces arrêts, les dispositions visées imposaient des limites à des droits et conféraient également des droits. Comme le souligne le juge McIntyre dans l'arrêt *Caldwell*, à la p. 626:

... les tribunaux ne doivent pas considérer l'art. 22 simplement comme une disposition limitative qui doit être interprétée restrictivement. Tout en imposant des limites à des droits dans les cas où il s'applique, cet article confère et protège également des droits.

Par contre, l'art. 21 ne confère pas de droits. Il offre simplement un moyen de défense relativement à une mesure qui autrement serait discriminatoire en vertu du Code; il doit en conséquence s'interpréter restrictivement.

Avant d'interpréter l'art. 21, il importe également de faire ressortir le principe général de retenue à l'égard des décisions des tribunaux administratifs. La retenue judiciaire s'impose relativement aux conclusions de la commission d'enquête puisqu'elle est spécialisée dans les questions de droits de la personne et qu'elle se trouvait en l'espèce la mieux placée pour évaluer les éléments de preuve qui lui étaient présentés.

Ces principes ont été bien établis par notre Cour. Récemment, notre Cour a examiné le principe de la retenue judiciaire dans *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324. Dans une opinion concordante, le juge Wilson a examiné, à la p. 1336, l'évolution de ce principe en droit canadien ainsi que l'hésitation grandissante des cours de justice à modifier les décisions prises par les tribunaux administratifs dans leur sphère de compétence:

C'est là un processus qui s'est traduit notamment par une reconnaissance accrue de la part des cours de justice qu'il se peut qu'elles soient simplement moins en mesure que les tribunaux ou organismes administratifs de statuer dans des domaines que le Parlement a choisis de réglementer par l'intermédiaire d'organismes exerçant un pouvoir délégué, comme, par exemple, les relations de travail, les télécommunications, les marchés

have accumulated years of experience and a specialized understanding of the activities they supervise.

Courts have also come to accept that they may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency's constitutive statute that make sense given the broad policy context within which that agency must work. [Emphasis added.]

Similarly, in *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, Justice McLachlin for the majority held at p. 669:

Courts should exercise caution and deference in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals, such as the Labour Board in this case. This deference extends both to the determination of the facts and the interpretation of the law.

Wilson J. agreed with this principle, although she dissented on its application to the facts of the case at p. 650:

The principle of curial deference to decisions of administrative tribunals is grounded not only on sound judicial policy but also on good common sense. It is quite unrealistic in this age of increasingly complex and highly specialized regulatory regimes to expect the courts to have the requisite knowledge and skill to adjudicate properly on some of those regimes.

My colleague Gonthier J. made the appropriate distinctions in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1745-46:

It is trite to say that the jurisdiction of a court on appeal is much broader than the jurisdiction of a court on judicial review. In principle, a court is entitled, on appeal, to disagree with the reasoning of the lower tribunal.

financiers et les relations économiques internationales. Une gestion prudente de ces secteurs nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller.

Les cours de justice ont également fini par se faire à l'idée qu'elles ne sont peut-être pas aussi bien qualifiées qu'un organisme administratif déterminé pour donner à la loi constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme. [Je souligne.]

De la même façon, dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, affirme à la p. 669:

Les cours de justice devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions de tribunaux administratifs spécialisés comme la Commission en l'espèce. Cette retenue s'étend à la fois à la constatation des faits et à l'interprétation de la loi.

Le juge Wilson était d'accord avec ce principe, mais dissidente quant à son application aux faits du pourvoi (à la p. 650):

La notion de retenue à l'égard des décisions de tribunaux administratifs repose non seulement sur de solides principes judiciaires, mais aussi sur le gros bon sens. Il est tout à fait irréaliste à cette époque, caractérisée par des régimes de réglementation de plus en plus complexes et hautement spécialisés, de s'attendre à ce que les cours de justice possèdent les connaissances et le savoir-faire nécessaires pour rendre des décisions valables concernant certains de ces régimes.

Mon collègue le juge Gonthier a fait les distinctions appropriées dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, aux pp. 1745 et 1746:

Il va de soi que la compétence d'un tribunal saisi d'un appel est beaucoup plus large que celle d'un tribunal qui exerce un contrôle judiciaire. En principe, le tribunal saisi d'un appel a le droit d'exprimer son désaccord avec le raisonnement du tribunal d'instance inférieure.

However, within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise.

See also *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at pp. 1002 (La Forest J.), 1020 (Wilson J.) and 1033 (L'Heureux-Dubé J.); *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at pp. 1322-26; and *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614, at p. 629.

The principle of curial deference is thus applied most stringently in the judicial review of administrative action. The findings of a specialized tribunal can only be overturned by a court if they are patently unreasonable.

The principle of curial deference is also applicable in cases where appellate courts are expressly given a broader power of review, here the Board of Inquiry under s. 41(3) of the Code. The importance of curial deference to the Board of Inquiry was recognized by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at p. 211. McIntyre J. there noted that because of the broader power of review, it would not always be an error for the appellate court to substitute its findings for those of the board. However, he acknowledged the importance of the principle set out in *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712, at p. 716, where Hughes J. held that:

... the learned Inquiry Officer's finding that the mandatory retirement provision was a *bona fide* occupa-

Toutefois, dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise.

Voir aussi *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, à la p. 1002 (le juge La Forest), à la p. 1020 (le juge Wilson) et à la p. 1033 (le juge L'Heureux-Dubé); *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, aux pp. 1322 à 1326; et *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, à la p. 629.

Dans le contexte du contrôle judiciaire d'une décision administrative, le principe de la retenue judiciaire est donc appliqué très strictement. Les conclusions d'un tribunal spécialisé ne peuvent être infirmées par une cour de justice que dans le cas où elles sont carrément déraisonnables.

Le principe de la retenue judiciaire s'applique également dans les cas où une cour d'appel jouit expressément d'un vaste pouvoir de contrôle, en l'espèce la commission d'enquête en vertu du par. 41(3) du Code. L'importance de la retenue judiciaire à l'égard de la commission d'enquête a été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la p. 211. Dans ce pourvoi, le juge McIntyre indique qu'en raison de son large pouvoir de contrôle, une cour d'appel ne commet pas toujours une erreur si elle substitue ses propres conclusions à celles de la commission d'enquête. Toutefois, il a reconnu l'importance du principe établi dans *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712, à la p. 716, dans lequel le juge Hughes affirme:

[TRADUCTION] ... la conclusion du commissaire-enquêteur que la disposition concernant la retraite obligatoire

tional qualification and requirement for Cosgrove's employment was a finding of fact. . . . It was he who heard the evidence and under the circumstances was the only authority capable of judging the good faith of the assertions made before him. No appellate Court, in my respectful view, should overlook this signal advantage.

Thus, in my view, particular attention should be paid to the findings of the Board of Inquiry and both a court of appeal and this Court should, absent error, be loathe simply to substitute their own opinions for well-considered views and findings of the Board of Inquiry, even in cases like this one where, as my colleague points out, there is no privative clause and the appeal provision is wider than the normal powers of an appellate court. This, *en passant*, was also the case in *Etobicoke, supra*. I still hold to the opinion expressed in *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, as regards powers of appeal courts in such circumstances.

It is against this background that this case must be examined.

As stated earlier, the respondent has conceded that the classification system upon which its premiums were based constitutes a *prima facie* infringement of the Code. The sole issue, therefore, is whether the discriminatory classification scheme is saved under the exception set out in s. 21.

*"Reasonable and bona fide grounds" under s. 21*

There has been no judicial interpretation of s. 21 of the Code. Similar exceptions have, however, been considered by this Court. The interpretation of an exception for "*bona fide* occupational qualification and requirement" was at issue in *Etobicoke*. In that case, McIntyre J. held at p. 208 that:

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is

était une exigence professionnelle justifiée du travail chez Cosgrove constituait une conclusion de fait. [. . .] C'est lui qui a entendu la preuve et qui, dans les circonstances, était la seule personne en mesure de déterminer la bonne foi des témoignages devant lui. À mon humble avis, une cour d'appel ne devrait pas ignorer cet avantage capital.

En conséquence, il faut accorder une attention toute particulière, à mon avis, aux conclusions de la commission d'enquête; une cour d'appel et notre Cour, sauf erreur, devraient hésiter à substituer simplement leurs propres opinions aux conclusions mûrement réfléchies de la commission d'enquête, même dans des cas comme celui-ci où, comme le souligne mon collègue, il n'y a pas de clause privative et où la disposition relative aux appels est plus large que les pouvoirs normaux d'une cour d'appel. C'était d'ailleurs aussi le cas dans *Etobicoke*, précité. Je maintiens l'opinion exprimée dans *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, au sujet des pouvoirs des cours d'appel dans de telles circonstances.

C'est dans ce contexte que le présent pourvoi doit être examiné.

Comme je l'indique plus haut, l'intimée a reconnu que le système de classification utilisé aux fins du calcul des primes est une violation *prima facie* du Code. En conséquence, la seule question est de savoir si ce système de classification est sauvegardé par l'exception prévue à l'art. 21.

*«Motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» selon l'art. 21*

Il n'existe aucune jurisprudence sur l'interprétation de l'art. 21 du Code. Toutefois notre Cour a déjà examiné des exceptions similaires. Par exemple, dans l'arrêt *Etobicoke*, nous avons dû interpréter l'expression «exigence professionnelle réelle». Dans cet arrêt, le juge McIntyre affirme à la p. 208:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est impo-

imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public. [Emphasis added.]

In *Brossard*, the legislation provided an exception for "aptitudes or qualifications required in good faith". Beetz J. articulated two criteria for establishing "reasonable necessity", the second branch of the *Etobicoke* test at pp. 311-12:

- (1) Is the aptitude or qualification rationally connected to the employment concerned? This allows us to determine whether the employer's purpose in establishing the requirement is appropriate in an objective sense to the job in question. In *Etobicoke*, for example, physical strength evaluated as a function of age was rationally connected to the work of being a fireman.
- (2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the presence of the requirement for the employment in question. The sixty-year mandatory requirement age in *Etobicoke* was disproportionately stringent, for example, in respect of its objective which was to ensure that all firemen have the necessary physical strength for the job.

Since *Etobicoke* and *Brossard*, the Court has emphasized the requirement, implicit in the second criterion, that the party who seeks to justify discrimination against an individual must show that there is no reasonable or practical alternative. In *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, Sopinka J. wrote for the Court at pp. 1313-14:

sée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Brossard*, la loi en question comportait une exception fondée «sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi» pour un emploi. Le juge Beetz a énoncé deux critères aux fins de l'examen de la «nécessité raisonnable», le deuxième volet du critère formulé dans *Etobicoke*, aux pp. 311 et 312:

- (1) L'aptitude ou la qualité a-t-elle un lien rationnel avec l'emploi en question? C'est là un moyen de déterminer si le but visé par l'employeur en établissant l'exigence convient objectivement au poste en question. Dans l'affaire *Etobicoke*, par exemple, la force physique évaluée selon l'âge avait un lien rationnel avec le travail de pompier.
- (2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question. Par exemple, l'âge de la retraite obligatoire à soixante ans dans l'affaire *Etobicoke* était d'une sévérité disproportionnée à son objectif qui était de s'assurer que tous les pompiers possédaient la force physique nécessaire pour s'acquitter de leurs fonctions.

Depuis les arrêts *Etobicoke* et *Brossard*, notre Cour a fait ressortir la nécessité (implicite dans le deuxième critère) pour la partie qui cherche à justifier la discrimination contre une personne d'établir qu'il n'existe pas d'autre solution raisonnable ou pratique. Dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, le juge Sopinka affirme, au nom de notre Cour, aux pp. 1313 et 1314:

While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it. [Emphasis added.]

Or, as Wilson J. said in the recent judgment in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 518:

If a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be *bona fide*.

(See also the concurring reasons of Sopinka J. in that case at pp. 526-27.)

While these tests are helpful, they have clearly been developed by this Court in the employment context, as my colleague Sopinka J. rightly points out. Should this test form the basis for interpretation of "reasonable and *bona fide* grounds" in s. 21 of the Code, and if so, should the test be modified? If not, what test should apply?

My colleague Sopinka J. proposes, at p. 342, a modification of the *Brossard* test applicable to the insurance context so that, under s. 21, a discriminatory practice would be reasonable if the insurer could show that it was based on a "sound and accepted insurance practice" and there is no practical alternative. He defines, at pp. 342-43, a practice as sound if it is "desirable to adopt for the purpose of achieving the legitimate business objective of charging premiums that are commensurate with risk". As well, the insurer must prove *bona fides* by showing that the practice was adopted honestly, in the interests of sound and accepted business practice and not for the purpose of defeating the rights protected under the Code. My own view is

Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette solution. [Je souligne.]

Ou encore comme l'affirme le juge Wilson dans l'arrêt récent *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 518:

S'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée.

(Voir aussi les motifs concordants du juge Sopinka aux pp. 526 et 527.)

Bien que ces critères soient utiles, ils ont clairement été élaborés par notre Cour dans le contexte de l'emploi, comme le fait bien ressortir mon collègue le juge Sopinka. Ces critères devraient-ils constituer le fondement de l'interprétation de l'expression «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» visée à l'art. 21 du Code? Dans l'affirmative, devraient-ils être modifiés? Sinon, quels critères devrait-on appliquer?

Mon collègue le juge Sopinka propose, à la p. 342, une modification du test énoncé dans l'arrêt *Brossard* dans le contexte des assurances de sorte que, en vertu de l'art. 21, une mesure discriminatoire serait raisonnable si l'assureur pouvait démontrer qu'elle est basée sur «une pratique solidement fondée et reconnue dans le domaine des assurances» et qu'il n'existe pas d'autre solution pratique. À son avis, aux pp. 342 et 343, une pratique est solidement fondée «si l'on estime souhaitable de l'adopter pour atteindre l'objectif commercial légitime d'imposer des primes proportionnelles au risque». Par ailleurs, l'assureur doit prouver qu'il a agi de bonne foi en démontrant que la pratique a été adoptée honnêtement, d'une



that the proper test should be less stringent than the one used by the Board of Inquiry, but more stringent than that devised by the Divisional Court and my colleague's proposed test.

The reasons of the Board of Inquiry and of the Divisional Court reflect two radically different approaches to s. 21 of the Code. The Divisional Court rejected the applicability of the "*bona fide* occupational qualification" jurisprudence to the case at bar. In its view, a stringent test was required in the employment context because individual assessment was generally desirable and feasible. Individual assessment is not possible in insurance, and in fact, defeats the purpose of insurance. Therefore, in the view of the Divisional Court, the "*bona fide* occupational qualification" test developed in the employment context was of no assistance in the interpretation of "reasonable and *bona fide* grounds" in the insurance context.

The Board of Inquiry, by contrast, adopted at p. D/2965 the *bona fide* occupational qualification test and then expanded it, based on American authorities, so that the respondent was required to demonstrate that "the very essence of its business would be undermined if it could no longer rely on discriminatory group characteristics". It went as far as to hold, at p. D/2964, that the burden for the respondent was to demonstrate that "it would be impractical or impossible to operate the automobile insurance system with the use of non-discriminatory criteria for rate classification".

In my opinion, both the Divisional Court and the Board of Inquiry erred in their formulations of the requisite tests. By relying on stereotype and entrenched practice, the approach of the Divisional Court subverts the very purpose of human rights legislation. The test adopted by the Board of Inquiry, at the other extreme, would make it practically impossible for an insurance company to jus-

façon conforme aux pratiques commerciales que l'on estime solidement fondées et reconnues, et non seulement pour porter atteinte aux droits garantis par le Code. À mon avis, le critère approprié devrait être moins sévère que celui utilisé par la commission d'enquête, mais plus sévère que celui formulé par la Cour divisionnaire et que celui proposé par mon collègue.

Les motifs de la commission d'enquête et de la Cour divisionnaire reflètent deux approches diamétralement opposées dans l'analyse de l'art. 21 du Code. La Cour divisionnaire estime que la jurisprudence sur la «qualification professionnelle justifiée» n'est pas applicable en l'espèce. À son avis, le contexte de l'emploi nécessite un critère sévère parce qu'il est généralement souhaitable et possible de procéder à des tests individuels. Les tests individuels dans le domaine des assurances ne sont pas possibles et vont, en fait, à l'encontre de l'objet des assurances. En conséquence, selon la Cour divisionnaire, le critère «de l'exigence professionnelle justifiée» élaboré dans le contexte de l'emploi n'est d'aucune utilité pour l'interprétation des «motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» dans le contexte de l'assurance.

Par contre, la commission d'enquête a adopté, à la p. D/2965, le critère de l'exigence professionnelle justifiée et, après examen de la jurisprudence américaine, l'a élargi de façon à exiger de l'intimée qu'elle établisse que [TRADUCTION] «les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées si elle ne pouvait plus appliquer les mesures discriminatoires». Elle est même allée jusqu'à dire, à la p. D/2964, que l'intimée devait établir [TRADUCTION] «qu'il ne serait ni pratique ni possible de faire fonctionner le système d'assurance-automobile au moyen de critères non discriminatoires de classification des taux».

À mon avis, la Cour divisionnaire et la commission d'enquête ont toutes deux erré dans leur formulation du test requis. En se fondant sur les stéréotypes et la pratique établie, l'analyse de la Cour divisionnaire modifie en profondeur l'objet même de la législation des droits de la personne. À l'autre extrême, selon le test adopté par la commission d'enquête, il serait pratiquement impossible pour

tify a distinction based on a prohibited ground. This would render s. 21 meaningless and surely could not have been the intention of the Legislature.

In my view, the test for “reasonable and *bona fide* grounds” should be based on that established by this Court for “*bona fide* occupational qualification”, “*bona fide* occupational requirement” and “aptitudes and qualifications required in good faith”. The terms “reasonable and *bona fide*” are stronger than the single term “*bona fide*”; therefore, there is no basis for concluding, as the Divisional Court did, that the former is a less stringent exception than the latter.

Moreover, the protection of individual rights is equally important in employment and insurance contexts. As the Alberta Human Rights Commission submitted:

The *Code*, on its face prohibits discrimination in public services, contract, and employment with equal vigour. Nothing in the statute or its history, nor that of other Canadian human rights statutes, suggests a diminished standard of interpretation for defence sections outside of the employment area.

Support for the broader applicability of the “*bona fide* occupational qualification” test can also be found in *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.), at pp. 408-9. In that case, the court compared the defences in paras. 15(a) and (g) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, and determined that despite the differences in wording, the defences should be given the same interpretation:

Similarly, it might be concluded that the two phrases—“*bona fide* occupational requirement” (as in paragraph 15(a)) and “*bona fide* justification” (as in paragraph 15(g)) convey the same meaning, except that the former is applicable to employment situations, whereas the latter is used in other contexts. The choice of these

une compagnie d'assurances de justifier une distinction fondée sur un motif interdit. L'article 21 serait alors dépourvu de toute signification, ce qui est certainement contraire à l'intention du législateur.

À mon avis, le test des «motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» devrait être fondé sur celui que notre Cour a retenu relativement à «la qualification professionnelle normale», à «l'exigence professionnelle normale» et aux «aptitudes et qualifications exigées de bonne foi (*bona fide*)». Les termes «de façon raisonnable et de bonne foi (*bona fide*)» sont plus forts que le seul terme «normal» (*bona fide*) et en conséquence, la Cour divisionnaire n'était pas justifiée de conclure comme elle l'a fait que la première exception est moins sévère que la deuxième.

Par ailleurs, la protection des droits de la personne est tout aussi importante dans le contexte de l'emploi que dans celui de l'assurance. Comme l'indique la Commission des droits de la personne de l'Alberta:

[TRADUCTION] Le *Code* interdit avec la même vigueur toute forme de discrimination dans la prestation de services au public, dans l'exécution de contrats et en matière d'emploi. La loi, son historique ou les autres lois canadiennes en matière de droits de la personne n'ont pas pour effet d'établir un critère d'interprétation moins exigeant dans le cas des moyens de défense hors du domaine de l'emploi.

L'arrêt *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.), aux pp. 408 et 409, vient aussi appuyer l'applicabilité plus étendue du critère de «l'exigence professionnelle justifiée». Dans cet arrêt, la cour comparait les moyens de défense prévus aux al. 15(a) et (g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et a conclu que, malgré leur libellé différent, ces moyens de défense devraient recevoir la même interprétation:

De la même manière, on pourrait conclure que les deux expressions—«exigences professionnelles justifiées» (alinéa 15a) et «motif justifiable» (alinéa 15g)—ont la même signification, sauf que la première expression est applicable aux situations d'emploi, alors que la deuxième est utilisée dans d'autres contextes. Le choix

different words used to justify *prima facie* discrimination, therefore, are matters of style rather than of substance.

In my opinion the test set out by Beetz J. in *Brossard, supra*, should form the basis for determining whether the discriminatory classifications in this case are based on "reasonable and *bona fide* grounds". Given, however, the context of the *Brossard* case, some modifications are required in the present context, which the legislature itself recognized. I would therefore adopt the basic framework from *Brossard*, and restate the test to be applied under s. 21 of the Code. Like my colleague Sopinka J., I would adopt a two-pronged test with subjective and objective components.

As to the subjective component of the test, to be based on reasonable and *bona fide* grounds, a distinction, exclusion or preference because of age, sex, marital status, family status or handicap in an insurance contract must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such distinction, exclusion or preference accurately reflects the cost of the risk insured, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code.

The objective component of the test requires that the distinction, exclusion or preference be related in an objective sense to the insured risk, in that it is reasonably necessary to assure the proper allocation of risk among insured groups. Whether the distinction, exclusion or preference is reasonably necessary can be determined by considering the following two guidelines:

(1) Is the distinction, exclusion or preference rationally connected to the insured risk? This rational connection must be something more than a statistical correlation; a causal connection between the distinction and the insured risk must be established. Proof of a rational connec-

de ces différents termes pour justifier une discrimination à première vue ne constitue donc qu'une question de forme plutôt qu'une question de fond.

À mon avis, le test énoncé par le juge Beetz dans l'arrêt *Brossard*, précité, devrait servir à déterminer si les classifications discriminatoires en l'espèce sont fondées sur des « motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi ». Toutefois, vu le contexte de l'arrêt *Brossard*, il y a lieu d'apporter certaines modifications à ce test dans le contexte qui nous intéresse, ce que le législateur a lui-même reconnu. En conséquence, je suis d'avis d'adopter le cadre fondamental de l'arrêt *Brossard* et de reformuler le test à appliquer en vertu de l'art. 21 du Code. Comme mon collègue le juge Sopinka, j'adopterais un test à deux volets, comportant un élément subjectif ainsi qu'un élément objectif.

En ce qui concerne l'élément subjectif du test, pour reposer sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi, une distinction, une exclusion ou une préférence fondée, dans un contrat d'assurance, sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette distinction, exclusion ou préférence est imposée pour traduire exactement le coût du risque assuré, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code.

L'élément objectif du test exige que la distinction, l'exclusion ou la préférence se rapporte objectivement au risque assuré, en ce qu'il est raisonnablement nécessaire pour assurer une répartition appropriée des risques entre les groupes d'assurés. En respectant les deux lignes directrices suivantes, on pourra déterminer si la distinction, l'exclusion ou la préférence est raisonnablement nécessaire:

(1) La distinction, l'exclusion ou la préférence a-t-elle un lien rationnel avec le risque assuré? Ce lien rationnel doit être davantage qu'une corrélation statistique; un lien de causalité entre la distinction et le risque assuré doit être établi. La preuve de l'existence d'un lien rationnel ne peut

tion must also consist of more than a simple reliance on traditional or accepted insurance practices which may be nonetheless needlessly discriminatory.

(2) Is the distinction, exclusion of preference a reasonable means of identifying and classifying similar risks? Under this section of the test, the availability of alternative means of ascertaining the risk can be measured.

I recognize, as did the Divisional Court, that while individual testing may be both feasible and desirable in the employment context, it is not possible in the insurance context where, as my colleague points out, rates are based on characteristics shared by members of an identifiable group. I agree with Sopinka J. that it is inevitable that some individuals placed in a particular group will not share the average characteristics of that group, will pose less of a risk than the average member and will hence suffer from inclusion in the group. However, in keeping with the spirit of the Court's comments in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, *supra*, and *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, *supra*, the desirability of placing the fewest individuals in this position by identifying groups that are as little over-inclusive as possible is important in applying the test, particularly in the evaluation of available alternatives and the proportionality of the discriminatory classification.

Although the Board applied the "reasonably necessary" component of the test, it may have required too onerous a burden of proof from the respondent in so far as it required Zurich to show that it would be "impractical or impossible" to operate its business with the use of non-discriminatory criteria for rate classification. Accordingly, it is necessary to review the Board's findings of fact, bearing in mind the less stringent test that I have devised, in order to ascertain whether the respondent has met the appropriate burden of proof.

consister uniquement dans la simple application de pratiques traditionnelles ou généralement admises dans le domaine des assurances, qui peuvent bien être inutilement discriminatoires.

(2) La distinction, l'exclusion ou la préférence constitue-t-elle un moyen raisonnable d'identifier et de classer des risques similaires? Dans ce volet du test, on peut déterminer s'il existe d'autres moyens d'évaluer le risque.

À l'instar de la Cour divisionnaire, je reconnais que bien qu'il soit envisageable et souhaitable de recourir à des tests individuels en matière d'emploi, cela ne l'est pas dans le contexte des assurances où, comme mon collègue le fait ressortir, les taux sont fondés sur des caractéristiques communes à un groupe donné. Je suis d'accord avec le juge Sopinka qu'il est inévitable que certaines personnes classées dans un groupe donné n'auront pas les mêmes caractéristiques que l'assuré moyen de ce groupe, présenteront moins de risques que l'assuré moyen du groupe en question et subiront donc un préjudice si elles se trouvent classées dans le groupe en question. Toutefois, dans l'esprit des commentaires de notre Cour dans les arrêts *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)* et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, précités, il est tout particulièrement souhaitable qu'en application de ce test, le moins possible de personnes soient placés dans cette situation en identifiant des groupes qui soient les moins vastes possible, notamment dans le cadre de l'évaluation d'alternatives et du caractère proportionnel de la classification discriminatoire.

Bien que la commission d'enquête ait appliqué l'élément de «nécessité raisonnable» du test, elle a possiblement imposé à Zurich un fardeau de preuve trop lourd en exigeant la preuve qu'il ne serait ni pratique ni possible d'exploiter son entreprise à partir de critères non discriminatoires de classification des taux. En conséquence, il est nécessaire de revoir les conclusions de fait de la commission, en gardant à l'esprit le test moins sévère que j'ai élaboré, afin de déterminer si l'intimée s'est acquittée du fardeau de preuve qui lui incombait.

*Application*

Since the appellant has established a *prima facie* case of discrimination, the burden rests on the respondent to demonstrate the “reasonable and *bona fide* grounds” upon which the discriminatory classification system rests. As McIntyre J. held in *Etobicoke*, at p. 208:

Once a complainant has established before a board of inquiry a *prima facie* case of discrimination. . . he is entitled to relief in the absence of justification by the employer. The only justification which can avail the employer in the case at bar, is the proof, the burden of which lies upon him, that such compulsory retirement is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the employment concerned. The proof, in my view, must be made according to the ordinary civil standard of proof, that is upon a balance of probabilities.

It has been accepted by all the parties that the discriminatory classification scheme used by the respondent was chosen in good faith. There is no question that the first, subjective component of the applicable test has been satisfied.

The central question in this appeal is whether the second, objective component of the test is met. The first branch of the *Brossard* test requires the respondent to demonstrate that there is a rational connection between the discriminatory rate classification system and high risk. The Divisional Court concluded that such a rational connection existed since the evidence demonstrated a statistical correlation between young, single males and high risk. I am of the opinion that this conclusion is dangerously and fundamentally flawed.

The mere statistical correlation between a group and higher risk cannot suffice to justify discrimination on prohibited grounds. Such correlation accepts the very stereotyping that is deemed unacceptable by human rights legislation: prohibited grounds of discrimination are used to ascribe the characteristics of the group to all individuals in the

*Application*

Puisque l'appelant a établi qu'il est *prima facie* victime de discrimination, il appartient à l'intimée d'apporter la preuve «des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» sur lesquels son système discriminatoire de classification se fonde. Comme l'affirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*, à la p. 208:

Lorsqu'un plaignant établit devant une commission d'enquête qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, [. . .] il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de l'employeur. La seule justification que peut invoquer l'employeur en l'espèce est la preuve, dont le fardeau lui incombe, que la retraite obligatoire est une exigence professionnelle réelle de l'emploi en question. La preuve, à mon avis, doit être faite conformément à la règle normale de la preuve en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités.

Toutes les parties ont reconnu que l'intimée avait choisi de bonne foi le système discriminatoire de classification qu'elle utilise. Il n'y a pas de doute que l'on a satisfait au premier élément du test applicable, l'élément subjectif.

La principale question dans le présent pourvoi est de savoir si l'on a satisfait au deuxième élément du test, l'élément objectif. Le premier volet du test de l'arrêt *Brossard* exige que l'intimée établisse un lien rationnel entre le système discriminatoire de classification des taux et le risque élevé. La Cour divisionnaire a conclu à l'existence de ce lien rationnel parce que la preuve établissait l'existence d'une corrélation statistique entre les jeunes conducteurs célibataires de sexe masculin et le risque élevé. Je suis d'avis que cette conclusion est dangereusement et fondamentalement erronée.

L'existence d'une simple corrélation statistique entre un groupe donné et un risque élevé ne peut suffire à justifier des mesures discriminatoires fondées sur des motifs interdits. Une telle corrélation accepte le genre même de stéréotype que la législation des droits de la personne considère inacceptable: les motifs interdits de discrimination servent à attribuer les caractéristiques du groupe à toutes les personnes de la catégorie. Je souscris aux propos

class. I agree with the intervener the Alberta Human Rights Commission that:

All generalizations on prohibited grounds are presumptively objectionable, whether they are capable of being reduced to statistics or not. It is the blind application of the stereotype to the individual, not the untruth of the stereotype, that makes such a generalization objectionable.

Discrimination based on statistical correlation is simply discrimination in a more invidious form.

This is not to say that statistics could not be used to justify the discriminatory rate classification system. On the contrary, strong statistical proof is required to demonstrate a rational connection between the discriminatory classification and high risk. This proof, however, must not simply be one of correlation, but one of causal connection. It is this causal connection that the respondent has clearly failed to establish here.

The respondent, which has the burden of proof in this matter, has failed to show that there is any causal link between age, sex or marital status and an insured's likelihood of having a car accident. Indeed, the Board of Inquiry found, at p. D/2965:

There has simply been no evidence, in my opinion, offered to support the assertion that it has been scientifically proven that there is a direct, causal relationship between the discriminatory group factors used—age, sex and marital status and high risk. [Emphasis added.]

Since, as the Board noted, age, sex and marital status had never been controlled or isolated in the statistics to determine whether a causal connection exists, it is not surprising that the respondent has been unable to demonstrate that such a causal connection exists. The insurance industry simply does not know whether age, sex and marital status are causally connected to higher risk and is attempting to bridge this gap in its knowledge by reliance on myth and stereotype. This impressionistic approach does not satisfy the burden of proof and

de l'intervenante la Commission des droits de la personne de l'Alberta:

[TRADUCTION] Toutes les généralisations fondées sur des motifs interdits sont présument inacceptables, qu'elles puissent être ou non illustrées par des statistiques. C'est l'application sans discernement des stéréotypes à toute personne et non leur fausseté, qui rend cette généralisation inacceptable.

La discrimination fondée sur une corrélation statistique est simplement une discrimination sous une forme plus insidieuse.

Cela ne veut pas dire que les statistiques ne pourraient pas être utilisées pour justifier le système discriminatoire de classification des taux. Au contraire, il faut une preuve statistique solide pour établir l'existence d'un lien rationnel entre la classification discriminatoire et le risque élevé. Toutefois, il n'est pas suffisant de prouver l'existence d'une corrélation statistique, encore faut-il établir un lien de causalité. En l'espèce, c'est le lien de causalité que l'intimée n'a manifestement pas réussi à établir.

L'intimée, à qui incombe la charge de la preuve, n'a pas réussi à établir l'existence d'un lien de causalité entre l'âge, le sexe ou l'état matrimonial de l'assuré et le risque d'un accident de voiture. Comme la commission d'enquête l'affirme (à la p. D/2965):

[TRADUCTION] À mon avis, aucun élément de preuve n'a été présenté à l'appui de la prétention qu'il a une preuve scientifique de l'existence d'un lien direct de causalité entre les facteurs discriminatoires utilisés—l'âge, le sexe et l'état matrimonial—et le risque élevé. [Je souligne.]

Comme l'a noté la commission, puisque l'on n'a jamais examiné séparément dans les statistiques les critères de l'âge, de sexe et de l'état matrimonial pour déterminer s'il existe un lien de causalité entre ces critères et le risque, il n'est pas étonnant que l'intimée n'ait pas été en mesure d'en faire la preuve. L'industrie des assurances ne sait tout simplement pas si l'âge, le sexe et l'état matrimonial ont un lien de causalité avec le risque élevé et elle tente de combler cette lacune en se fiant aux mythes et aux stéréotypes. Ce point de vue impres-

constitutes impermissible discrimination, in my view.

The Supreme Court of Pennsylvania came to the same conclusion in *Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (Pa. 1984). In that case, a young, male automobile insurance policy holder complained to the Insurance Commissioner that the premiums he was charged were “unfairly discriminatory”, contrary to the state *Casualty and Surety Rate Regulation Act*. The Insurance Commissioner held that “discriminatory” should be interpreted in the context of the state *Equal Rights Amendment* and concluded that the rates were unfairly discriminatory. The Supreme Court upheld the decision, concluding that in order to justify the discriminatory classification scheme, the insurance company was required to demonstrate a causal connection between the classifications and the risk of accident. Nix C.J. reproduced the recommendations of the National Association of Insurance Commissioners’ *Report of the Rates and Rating Procedures Task Force of the Automobile Insurance (D3) Subcommittee* (November, 1978) at pp. 548-49:

In terms of simplicity and consistency (i.e., stability and ease of verification), age, sex and marital status receive high marks as rating factors. This is not the case from the viewpoint of causality. Causality refers to the actual or implied behavioral relationship between a particular rating factor and loss potential. The longer a vehicle is on the road, for example, the more likely it is that the vehicle may be involved in a random traffic accident; thus, daily or annual total mileage may be viewed as a causal rating factor. To the extent that sex and marital status classifications may be defended on causal grounds, the implied behavioral relationships rely largely on questionable social stereotypes. . . . Given the significant changes in traditional sex roles and social attitudes which have occurred in recent years, justifica-

sionniste ne permet pas de s’acquitter de la charge de la preuve et constitue, à mon avis, une discrimination inadmissible.

La Cour suprême de Pennsylvanie est arrivée à la même conclusion dans l’arrêt *Hartford Accident and Indemnity Co. c. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (Pa. 1984). Dans cette affaire, un jeune titulaire d’une police d’assurance-automobile s’était plaint auprès du commissaire des assurances qu’il devait payer des primes [TRADUCTION] «injustement discriminatoires», contrairement à la *Casualty and Surety Rate Regulation Act* de l’État. Le commissaire des assurances a décidé que le terme «discriminatoire» devrait être interprété dans le contexte de l’*Equal Rights Amendment* et il a conclu que les primes versées étaient injustement discriminatoires. La Cour suprême des États-Unis a confirmé cette décision et conclu que, pour justifier le système discriminatoire de classification, la compagnie d’assurances devait établir un lien de causalité entre les classifications et le risque d’accident. Le juge en chef Nix a reproduit les recommandations contenues dans le *Report of the Rates and Rating Procedures Task Force of the Automobile Insurance (D3) Subcommittee* de la National Association of Insurance Commissioners (novembre 1978), aux pp. 548 et 549:

[TRADUCTION] Du point de vue de la simplicité et de l’uniformité (c.-à.-d. la constance et la simplification de la vérification), l’âge, le sexe et l’état matrimonial sont d’excellents facteurs de fixation des taux. Toutefois, on ne peut en dire autant sur le plan de la causalité. Par causalité, on entend le lien réel ou implicite qui existe entre un facteur donné de fixation des taux et le risque de pertes. Par exemple, plus longtemps un véhicule circule sur la route, plus il risque d’être impliqué dans un accident de la circulation; en conséquence, la distance parcourue quotidiennement ou annuellement peut être considérée comme un facteur de causalité pour la fixation des taux. Dans la mesure où les classifications fondées sur le sexe et l’état matrimonial peuvent se justifier du point de vue de la causalité, le lien implicite se fonde en grande partie sur des stéréotypes sociaux contestables . . . Compte tenu des changements importants des rôles traditionnels et des attitudes sociales au cours des der-

tions for rating plans on the grounds of such implied assumptions are unacceptable.

... (P)ublic policy considerations require more adequate justification for rating factors than simple statistical correlation with loss; in this regard, the task force recommends consideration of criteria such as causality, reliability, social acceptability, and incentive value in judging the reasonableness of a classification system. Based on these criteria, the task force concludes that as rating characteristics, sex and marital status are seriously lacking in justification and are subject to strong public opposition, and should therefore be prohibited as classification factors. [Emphasis added.]

Based on these findings and the evidence before the court, Hutchinson J. concluded at p. 550:

Absent at least a causal relation between sex and accident incidence a difference in auto insurance rates between men and women is plainly an unfair discrimination based on sex. No causal connection is shown on this record. What does appear is only a statistical correlation between sex and the incidence of auto accidents. This correlation simply provides a convenient measuring rod for setting rate differentials occasioned by other factors not so easily identified or quantified. Such considerations of convenience are not enough to stand in the face of our ERA. [Emphasis added.]

Applying the “reasonably necessary” component of the objective test in the case at bar, the Board of Inquiry wrote at p. D/2965:

There has also been no evidence offered by Zurich to show that unmarried males under the age of 25 constitute a high risk. There was evidence which was offered in support of the contrary view that the factors of age, sex and marital status are, very likely, mere proxy factors which are not, in fact, causally related to the differentials in the claims experience demonstrated for the various groupings. . . . Thus, as age, sex and marital status have never been controlled or isolated in the statistics to ascertain if they are high risk factors, it has never been shown that there is reasonable cause to assume that all or substantially all unmarried males under-25 present a high risk. Many anomalies and non-statistical factors

nières années, les justifications fondées sur de telles hypothèses implicites ne sont pas acceptables.

... (D)es considérations d'ordre public exigent une meilleure justification des facteurs de fixation des taux que l'existence d'une simple corrélation statistique entre ces facteurs et les pertes; le groupe de travail recommande donc l'examen de critères comme la causalité, la fiabilité, l'acceptabilité sociale et l'effet d'encouragement lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère raisonnable d'un système de classification. À partir de ces critères, le groupe de travail conclut qu'il n'existe pas de justification sérieuse de l'application de facteurs comme le sexe et l'état matrimonial pour la fixation des taux, que le grand public s'oppose fortement à l'emploi de ces facteurs et que cette pratique devrait en conséquence être interdite. [Je souligne.]

Se fondant sur ces conclusions et la preuve soumise, le juge Hutchinson conclut à la p. 550:

[TRADUCTION] S'il n'existe pas au moins un lien de causalité entre le sexe et la fréquence des accidents, la différence entre les primes d'assurance-automobile payées par les hommes et celles payées par les femmes est clairement une mesure discriminatoire injuste fondée sur le sexe. Le dossier n'indique aucun lien de causalité, mais seulement une corrélation statistique entre le sexe et la fréquence des accidents de la circulation. Cette corrélation fournit simplement un indicateur utile de calcul des différences de taux entraînées par d'autres facteurs difficiles à établir ou à quantifier. Ces considérations de commodité ne sont pas suffisantes compte tenu de notre ERA. [Je souligne.]

Applicant l'élément de «nécessité raisonnable» du test objectif aux circonstances de l'espèce, la commission d'enquête affirme, à la p. D/2965:

[TRADUCTION] Zurich n'a présenté aucune preuve visant à établir que les hommes célibataires de moins de 25 ans présentent un risque élevé. On a présenté des éléments de preuve à l'appui de l'opinion contraire que les facteurs de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial sont simplement des facteurs qui en représentent d'autres et qui n'ont en fait aucun lien de causalité avec les différences observées sur le plan des réclamations relativement aux différents groupes. [...] En conséquence, comme on n'a jamais examiné séparément dans les statistiques l'âge, le sexe et l'état matrimonial pour déterminer s'ils constituent des facteurs de risque élevé, il n'a jamais été établi qu'il est raisonnable de supposer que



have raised doubts as to whether the present system is, in fact, scientifically or statistically based and, thus, whether statistics should be used to justify discrimination. There is no statistical basis to support a surcharge for convictions, multi-vehicle discounts, driver-training discounts or good-student discounts. Similarly, there is no statistical basis for the view that administrative costs are higher for the under-25 group. Furthermore, there are certain anomalies, such as the inconsistency between companies vis-a-vis their forgiveness policies, and the fact that a principal driver over-25 in combination with an occasional driver under-25 will pay more than a principal driver under-25 with an occasional driver over-25. These anomalies reinforce my opinion that the automobile premium rate-structure in Ontario is as much if not more based upon economic and business decisions than upon the Statistical Plan.

Is the present anomalous system nevertheless reasonably necessary to assure the accomplishment of the objectives of the industry? Certainly, if the central objective is the ease of establishing insurance rates . . . . But with the statutory duty of providing insurance rates that differentiate only on certain limited, reasonable and bona fide grounds, the ease of establishing rates is not an acceptable objective. [Emphasis added.]

My own analysis of the evidence dictates the same conclusion in regard to the lack of causal connection, bearing in mind the appropriate test.

In *Hartford*, the Pennsylvania court held, at p. 547, that the phrase “unfairly discriminatory” must be interpreted in view of the state’s adoption of the *Equal Rights Amendment*, which provides that “[e]quality of rights under the law shall not be denied or abridged . . . because of the sex of the individual”. While, no doubt, differences in the statistical evidence as well as in the wording of the Act can be found between our two countries, it is the reasoning and result in *Hartford* which are particularly compelling for our purposes because in the present case, we are also faced with a legisla-

tous ou presque tous les conducteurs célibataires de sexe masculin de moins de 25 ans présentent un risque élevé. Les nombreuses anomalies et les facteurs non statistiques permettent de douter que le système actuel possède en fait un fondement scientifique ou statistique et, en conséquence, que les statistiques devraient servir à justifier la discrimination. Il n’y a aucun fondement statistique justifiant le paiement de primes plus élevées par suite d’une déclaration de culpabilité, une réduction de primes si l’on assure plusieurs véhicules, si l’on suit des cours de conduite automobile ou si l’on est un bon élève. Il n’existe pas non plus de fondement statistique établissant que les coûts administratifs seraient plus élevés pour les conducteurs de moins de 25 ans. Il existe certaines anomalies, comme le manque d’uniformité entre les politiques de clémence des compagnies et le fait que le conducteur principal de plus de 25 ans assuré avec un conducteur occasionnel de moins de 25 ans paiera des primes plus élevées que le conducteur principal de moins de 25 ans assuré avec un conducteur occasionnel de plus de 25 ans. Ces anomalies viennent appuyer mon opinion que la structure de fixation des taux en Ontario repose autant, sinon plus, sur des décisions économiques et commerciales que sur le plan statistique.

Le système actuel entaché d’anomalies est-il néanmoins raisonnablement nécessaire pour assurer la réalisation des objectifs du secteur? Certainement, si l’objectif central est de simplifier l’établissement des taux d’assurance [. . .] Toutefois, comme la loi oblige la fixation de taux d’assurance qui établissent des distinctions seulement pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi, la simplification du calcul des taux ne constitue pas un objectif acceptable. [Je souligne.]

Mon analyse des éléments de preuve m’amène aussi à la conclusion qu’il n’existe pas de lien de causalité, si l’on tient compte du test approprié.

Dans l’arrêt *Hartford*, la cour de Pennsylvanie a statué, à la p. 547, que l’expression [TRADUCTION] «injustement discriminatoire» doit être interprétée en fonction de l’adoption par l’État de l’*Equal Rights Amendment*: [TRADUCTION] «Il ne peut être porté atteinte aux droits à l’égalité d’une personne [. . .] pour un motif fondé sur le sexe de cette personne». S’il existe, sans aucun doute, des différences quant à la preuve statistique et le libellé des lois des deux pays, c’est le raisonnement suivi dans l’arrêt *Hartford* et la décision rendue qui sont particulièrement persuasifs pour les fins qui nous

tive provision permitting discrimination on “reasonable and *bona fide* grounds” (and therefore forbidding “unfair discrimination”) in the broader context of a human rights code which prohibits any discrimination on the grounds of gender, age or marital status.

It may well be that, based on proper statistical evidence rather than stereotypes, there is a causal link between the criteria presently used by Zurich to establish rates and the high risk such that the higher rates paid by young, single, male drivers may be justified. However, the respondent has not produced evidence showing this link and, since it bears the evidentiary burden under s. 21 of the Code, it was not able to justify its use of the discriminatory scheme, as the Board of Inquiry properly found.

I therefore conclude that the respondent has not demonstrated on a balance of probabilities that there is a rational connection between the discriminatory classification scheme and higher risk. Although the Board of Inquiry applied a test under s. 21 that was too stringent, in my opinion, on the evidence before the Board the respondent would not have been able to meet the burden of proof on the less stringent test which I have devised. Accordingly, there is no need to remit this matter to the Board, except for the determination of the appropriate remedy.

This is sufficient to dispose of this appeal. However, in light of the reasons of the Divisional Court, and the reasons of my colleague, I will address the second branch of the objective component of the *Brossard* test.

The second branch, as I have reformulated it in the context of s. 21 of the Code, requires the respondent to demonstrate that the discriminatory classification scheme is a reasonable means to achieve its goal of matching group classification to

occupent puisque nous examinons une disposition législative autorisant la discrimination pour «des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» (qui interdit donc aussi la «discrimination injuste») dans le vaste contexte d’un code des droits de la personne qui interdit toute forme de discrimination pour des motifs fondés sur le sexe, l’âge ou l’état matrimonial.

Il se peut que, en se fondant sur des éléments de preuve d’ordre statistique plutôt que sur des stéréotypes, on arrive à établir un lien de causalité entre les critères de fixation des taux actuellement utilisés par Zurich et le risque élevé, et à justifier ainsi le paiement de primes plus élevées par les jeunes conducteurs célibataires de sexe masculin. Toutefois, l’intimée n’a présenté aucune preuve établissant ce lien et, puisque le fardeau de la preuve lui incombe en vertu de l’art. 21 du Code, elle n’a pas été en mesure de justifier son emploi de mesures discriminatoires, comme la commission l’a affirmé à bon droit.

En conséquence, je conclus que l’intimée n’a pas établi, suivant la prépondérance des probabilités, l’existence d’un lien rationnel entre le système discriminatoire de classification et le risque élevé. Bien que la commission d’enquête ait appliqué, en vertu de l’art. 21, un test qui, à mon avis, était trop sévère relativement à la preuve qui lui était présentée, l’intimée n’aurait pas réussi à s’acquitter du fardeau de preuve même avec le test moins sévère que j’ai formulé. En conséquence, il n’est pas nécessaire de renvoyer l’affaire devant la commission, sauf pour ce qui est de la question de la détermination de la réparation appropriée.

Cela suffit pour trancher le présent pourvoi. Toutefois, en raison des motifs de la Cour divisionnaire et de ceux de mon collègue le juge Sopinka, j’examinerai maintenant le deuxième volet de l’élément objectif du test formulé dans l’arrêt *Brossard*.

Le deuxième volet du test, que j’ai reformulé dans le contexte de l’art. 21 du Code, exige de l’intimée qu’elle établisse que le système discriminatoire de classification est un moyen raisonnable d’atteindre son objectif de faire correspondre la

higher risk. Central to a consideration of this question is the availability of alternative means of classifying individuals into groups. The Divisional Court concluded, and my colleague agrees, that at the time of the complaint no such alternatives existed and therefore the means chosen by the respondent were reasonable. I disagree.

It is true that, at the time of this complaint, collection of statistics which would have provided the basis for an alternative classification system was not required by the Superintendent of Insurance. This, in my view, is not an adequate answer to the complaint of discrimination. While my colleague places great reliance on the testimony of the Superintendent and his failure to force insurers to adopt a non-discriminatory rating scheme, it is clear that it is not up to the Superintendent to decide whether or not there was an infringement of the Code.

Moreover, after hearing testimony from the Superintendent as well as witnesses appearing on behalf of Zurich, the Board determined that the Superintendent was in favour of a non-discriminatory position, but thought it preferable to adopt a non-confrontational approach to insurance companies, in the belief that it would be better if the insurers themselves took the initiative to change the discriminatory rating system without being forced under law to do so. The Board of Inquiry, of course, is there to apply the law, not to look for a consensus, once it has concluded that a consensus cannot be achieved, which is clearly the case here.

The Board thus held, at pp. D/2965-66, that the Superintendent's decision not to compel insurance companies to collect statistics which would allow them to set rates on a non-discriminatory basis did not excuse Zurich's failure to take any steps to investigate alternative ratings systems:

classification du groupe au risque élevé. Pour trancher cette question, il est indispensable de déterminer s'il existe d'autres façons de classer les conducteurs en groupes. Comme la Cour divisionnaire, mon collègue le juge Sopinka estime qu'il n'existait pas, au moment de la plainte, d'autres méthodes de classification et en conséquence que les moyens choisis par l'intimée étaient raisonnables. Je ne suis pas d'accord.

Il est vrai que le surintendant des assurances n'exigeait pas, au moment de la plainte, la collecte de statistiques qui auraient constitué le fondement d'un système différent de classification. À mon avis, cela n'est pas une réponse appropriée à la plainte de discrimination. Bien que mon collègue accorde une grande importance au témoignage du surintendant et à son impuissance à forcer les assureurs à adopter un système non discriminatoire de fixation des primes, il est évident qu'il n'appartient pas au surintendant de décider s'il y a ou non violation du Code.

Par ailleurs, après avoir entendu les témoignages du surintendant et des témoins assignés par Zurich, la commission a affirmé que le surintendant était en faveur d'une position non discriminatoire, mais qu'il croyait préférable d'adopter une attitude de non-confrontation envers les compagnies d'assurances, croyant qu'il serait préférable de laisser aux assureurs le soin d'entreprendre d'eux-mêmes la modification du système discriminatoire de fixation des taux sans y être forcés par le législateur. La commission d'enquête, il va sans dire, a comme fonction d'appliquer la loi, et non de chercher à obtenir un consensus lorsqu'elle conclut que cela est impossible, ce qui est clairement le cas en l'espèce.

En conséquence, de l'avis de la commission, aux pp. D/2965 et D/2966, la décision du surintendant de ne pas forcer les compagnies d'assurance à recueillir des statistiques qui leur auraient permis de fixer les taux d'une façon non discriminatoire ne dispensait pas Zurich de prendre des mesures pour examiner d'autres systèmes de fixation des taux:

First since 1977, there have been many meetings between the Superintendent's Office and the industry with the express purpose of amending the industry's classification system. The thrust of the Superintendent's position, in accordance with the comments of the Select Committee of the Legislature on Company Law, has been to de-emphasize or to eliminate entirely the factors of sex, marital status and age from the classification system for the under-25 group. Thus, the Superintendent feels that there are various alternatives which are possible and desirable.

Counsel for Zurich maintained that the Superintendent's Office supported the discriminatory rate classification system as it did not legislate against it. While it is true that, aside from the *Code*, there has been no specific legislative reform, this absence is not absolute proof that the Superintendent's Office supports the present classification system. Mr. Newton testified that, despite the Superintendent's views against *[sic]* the classification system, legislation has not been imposed due to the working philosophy of mutual cooperation rather than confrontation with the industry. Mr. Newton also testified that it is the Superintendent's hope that the industry will be able to change the system on its own, rather than being forced by the Government. [Emphasis added.]

In keeping with curial deference to the findings of fact of specialized tribunals, in my opinion the reliance by the Board in this respect on the testimony it recounts should not be second-guessed by this Court in the absence of a clear error or misapprehension on the part of the Board. It is not open to the Court to conduct its own re-examination of the evidence, and then to substitute its opinion for that of the tribunal which had the privilege of seeing and hearing witnesses.

Moreover, I agree with and adopt the conclusion of the Board of Inquiry on that particular issue at p. D/2966:

Simply asserting that a system has been in place for fifty years is an inadequate response to the argument that there are alternatives to the system. The insurance industry cannot rely on its inaction and tradition to support a discriminatory rate classification system.

The fact is, Zurich, as well as other Canadian insurance companies, have too long relied upon

[TRADUCTION] Premièrement, depuis 1977, il y a eu de nombreuses rencontres entre le bureau du surintendant et l'industrie dans le but exprès de modifier le système de classification. Conformément aux commentaires du comité spécial de la législature sur le droit des compagnies, la position du surintendant a été de restreindre ou d'éliminer entièrement l'utilisation des facteurs du sexe, de l'état matrimonial et de l'âge dans la classification des conducteurs de moins de 25 ans. En conséquence, le surintendant estime qu'il existe d'autres solutions possibles et souhaitables.

L'avocat de Zurich a soutenu que le bureau du surintendant appuyait le système discriminatoire de classification des taux, puisqu'il n'a pas entrepris de démarche pour le faire modifier par le législateur. L'inexistence d'une réforme législative spécifique, si l'on exclut celle du *Code*, ne constitue pas une preuve absolue que le bureau du surintendant appuie le système actuel de classification. Selon le témoignage de M. Newton, bien que le surintendant soit opposé au système de classification, on n'a pas adopté de solution législative en raison de la philosophie de coopération mutuelle et de non-confrontation qui existe avec l'industrie. Selon M. Newton, le surintendant souhaite également que l'industrie puisse modifier le système d'elle-même sans y être forcée par le gouvernement. [Je souligne.]

Conformément au principe de retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait des tribunaux spécialisés, j'estime que notre Cour ne devrait pas, en l'absence d'erreur manifeste de la commission, réexaminer les témoignages sur lesquels se fonde la commission. Il n'appartient pas à notre Cour de procéder à son propre réexamen des éléments de preuve et de substituer ensuite son opinion à celle du tribunal qui a eu le privilège de voir et d'entendre les témoins.

Par ailleurs, je suis d'accord avec la conclusion de la commission d'enquête sur ce point, à la p. D/2966:

[TRADUCTION] Affirmer tout simplement que le système est en place depuis 50 ans n'est pas une réponse appropriée à l'argument qu'il existe d'autres solutions. L'industrie de l'assurance ne peut pas se fonder sur son inaction et la tradition pour appuyer un système discriminatoire de classification des taux.

Le fait est qu'il y a trop longtemps que Zurich, tout comme d'autres compagnies d'assurances

the tradition of discriminatory practices in their industry in order to justify their refusal to take the first step in implementing a less discriminatory system. As I mentioned earlier, the Superintendent has been urging a change since 1977. Having done nothing to comply with the spirit of the Code, Zurich and its competitors are ill-placed to defend their practices on the grounds of a lack of statistical data. No human rights legislation could ever attain its objectives if discrimination could be justified by the self-serving claim that a practice “has always been done this way”, which is at the heart of the respondent’s argument relying on the absence of other classification schemes. If this were so, complacency and a history of discrimination would be rewarded at the cost of progress and the recognition of higher societal norms of behaviour.

Besides, I do not share my colleague’s view, at p. 351, that Zurich was not in a position to adopt a non-discriminatory classification system unilaterally, since it is “a single company in a highly competitive and complex industry”. This argument could be made in any case where there are a number of industries in the same predicament and would totally defeat the purpose of the Code. It can very well be assumed that the whole industry would have to conform to the decision under the threat of many similar complaints of discrimination by other young, single male drivers if Zurich were found to be in breach of the Code.

In any event, the evidence is clear that an alternative to the discriminatory classification system existed at the time of the complaint. Drivers over the age of 25 were not, and are not now, classified according to age, sex or marital status. Rather, the premiums for these drivers are set according to the distances they drive and their accident records, completely non-discriminatory classifications. As the Board of Inquiry pointed out at p. D/2965:

canadiennes, invoquent la tradition de pratiques discriminatoires au sein de l’industrie pour justifier son refus d’entamer la mise en œuvre d’un système plus équitable. Comme je l’ai mentionné, le surintendant demande un changement depuis 1977. N’ayant rien fait pour se conformer à l’esprit du Code, Zurich et ses concurrents sont mal placés pour justifier leurs pratiques par l’inexistence de données statistiques. Aucune loi en matière de droits de la personne ne pourrait jamais atteindre ses objectifs si la discrimination pouvait être justifiée par l’affirmation intéressée qu’une pratique donnée «existe depuis toujours», ce qui constitue l’élément central de l’argument de l’intimée qui se fonde sur l’inexistence d’autres systèmes de classification. Si tel était le cas, ce serait récompenser l’inaction et la discrimination traditionnelle au détriment du progrès et de la reconnaissance de normes sociales de comportement plus exigeantes.

Par ailleurs, je ne suis pas d’accord avec mon collègue le juge Sopinka, à la p. 351, que Zurich n’était pas en mesure d’adopter unilatéralement un système non discriminatoire de classification puisqu’elle n’est qu’«une seule société d’une industrie fort compétitive et complexe». Cet argument pourrait être invoqué chaque fois qu’un certain nombre de sociétés font face aux mêmes difficultés, ce qui irait totalement à l’encontre des objectifs du Code. On peut facilement supposer que l’ensemble de l’industrie devrait se conformer à la décision rendue s’il était établi que Zurich a violé le Code, devant la menace d’un grand nombre de plaintes similaires de discrimination déposées par d’autres jeunes conducteurs célibataires de sexe masculin.

Quoi qu’il en soit, la preuve indique clairement qu’il existait, au moment de la plainte, une solution autre que l’application du système discriminatoire de classification. Les conducteurs de plus de 25 ans n’ont jamais été classés en fonction des critères de l’âge, du sexe ou de l’état matrimonial. Les primes pour ces conducteurs sont plutôt calculées en fonction du kilométrage et de leur profil d’accidents routiers, qui sont des facteurs entièrement non discriminatoires. Comme l’indique la commission d’enquête à la p. D/2965:

Age, sex and marital status are used for rate classification purposes only for those drivers under-25. Where did this distinction between those over and under the age of 25 originate? According to the evidence, there is no statistical or actuarial basis for choosing the age of 25 as the "magic age". This distinction appears to be based on little more than historical accident. Apparently, the age of maturity for insurance purposes could just as easily have been established at 23, 27, or 30. . . . Any of these ages would likely reveal a similar differential in terms of claims experience, to that revealed currently between the under-25 and over-25 group.

The Board concluded at p. D/2966:

There is, in fact, an alternative to discriminatory rate classification factors which is being used today by the automobile insurance industry. For those insured persons who are 25 or older, the industry relies solely on non-discriminatory, causally connected factors such as driving record, driving experience and vehicle use to establish rate differentials. The evidence indicates that this system has worked well. There has been no evidence offered to suggest that these factors cannot be used for insured persons who are under-25. [Emphasis added.]

While in the case of *Pennsylvania National Organization for Women v. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (Pa. 1988), a case cited by my colleague Sopinka, it may well be said that "there is no correlation between mileage and insurance costs", other American data demonstrate that distance is a more accurate predictor of accident rates than gender. Ryan, in a note entitled "The Elimination of Gender Discrimination in Insurance Pricing: Does Automobile Insurance Rate Without Sex?" (1986), 61 *Notre Dame L. Rev.* 748, confirms at p. 763 that mileage as a rating factor would be as accurate as discriminatory factors:

State Department of Insurance Studies in Massachusetts, New Jersey, and Florida have come to similar conclusions. In addition, driving statistics reveal that the differences in actual miles driven between males and females

[TRADUCTION] L'âge, le sexe et l'état matrimonial servent à la classification des taux applicables aux conducteurs de moins de 25 ans seulement. D'où vient cette distinction entre les conducteurs de plus de 25 ans et ceux de moins de 25 ans? D'après la preuve, il n'existe aucun fondement statistique ou actuariel justifiant le choix de l'âge de 25 ans comme «âge magique». Cette distinction paraît se fonder seulement sur un accident historique. Apparemment, pour les fins d'assurance, l'âge de maturité aurait tout aussi bien pu être fixé à 23, 27 ou 30 ans. [. . .] Chacun de ces âges aurait vraisemblablement donné lieu à des différences semblables à celles observées entre le groupe de moins de 25 ans et celui de plus de 25 ans quant au nombre de réclamations.

La commission conclut à la p. D/2966:

[TRADUCTION] Il existe en fait une solution autre que l'application de facteurs discriminatoires de classification des taux que l'industrie automobile utilise actuellement. Pour les assurés de plus de 25 ans, l'industrie utilise seulement des facteurs non discriminatoires ayant un lien de causalité comme le profil d'accidents, l'expérience du conducteur et l'utilisation du véhicule, pour justifier les différences entre les taux. D'après la preuve, ce système fonctionne bien. On n'a présenté aucun élément de preuve visant à établir que ces facteurs ne peuvent être utilisés à l'égard des assurés de moins de 25 ans. [Je souligne.]

Même si dans l'affaire *Pennsylvania National Organization for Women c. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (Pa. 1988), citée par mon collègue le juge Sopinka, on a pu dire que [TRADUCTION] «il n'existe pas de corrélation directe entre la distance parcourue et les coûts d'assurance», d'autres données américaines indiquent que le kilométrage constitue un indicateur plus précis des taux d'accidents que le sexe. Ryan, dans un document intitulé: «The Elimination of Gender Discrimination in Insurance Pricing: Does Automobile Insurance Rate Without Sex?» (1986), 61 *Notre Dame L. Rev.* 748, confirme que le kilométrage constitue un facteur de fixation des taux aussi précis que les facteurs discriminatoires, à la p. 763:

[TRADUCTION] Les départements d'État des études sur l'assurance au Massachusetts, au New Jersey et en Floride sont arrivés à des conclusions similaires. En outre, les statistiques sur la conduite révèlent que les écarts

explains the difference in accident rates. Male accident rates remain higher than those of female drivers because men, as a group, drive twice as many miles as women. When accident figures are calculated on a per-mile basis, the rates are comparable.

As Ryan points out at p. 765, classification by mileage is a particularly desirable scheme because it emphasizes individual, rather than group, characteristics:

One of the strongest arguments against sex as a valid rating criteria is its failure to account for the wide individual variances within a class. Indeed, the backbone of the unisex insurance movement is the quest for *individual* treatment rather than broad brushed group classifications. While the very concept of risk distribution prevents any factor from achieving perfect homogeneity with a group, the use of mileage as a rating variable moves closer to this goal through its emphasis of *individual* driving characteristics instead of group stereotypes. [Emphasis in original.]

Hence, in addition to mileage's being a more accurate predictor, and one causally connected to enhanced risk, mileage as a rating variable allows insurers to identify less over-inclusive groups, and thus penalize fewer individuals who would suffer from being included in a group composed of drivers with a higher average risk than that individual. Given that individual testing is not possible in the context of insurance, the existence of an alternative rating variable which emphasizes individual characteristics rather than stereotypes associated with large groups presents a strong argument against the justifiability of the discriminatory classification used by Zurich under s. 21 of the Code.

In conclusion, since an alternative to the existing discriminatory classification scheme did

entre le millage réel parcouru par les hommes et les femmes explique la différence entre les taux d'accidents. Les taux d'accidents chez les hommes demeurent plus élevés que ceux chez les femmes parce que les hommes, en tant que groupe, parcourent deux fois plus de milles que les femmes. Si le nombre d'accidents est calculé par mille, les taux d'accidents sont comparables.

Comme l'indique Ryan, à la p. 765, la classification en fonction du kilométrage constitue un système particulièrement souhaitable en ce qu'il met l'accent sur les caractéristiques de l'individu plutôt que sur celles du groupe:

[TRADUCTION] L'un des arguments qui militent le plus fortement contre l'utilisation du sexe comme critère valide de fixation des taux est que ce critère ne permet pas de tenir compte de toute une gamme de variables à l'intérieur d'une catégorie. En fait, le pivot du mouvement d'assurance dit «unisex» est la recherche d'un traitement *individuel* plutôt que l'établissement de classifications générales de groupes. Quoique le concept même de la répartition des risques empêche qu'un facteur ne donne lieu à une parfaite homogénéité à l'intérieur d'un groupe, l'utilisation des milles parcourus comme variable de fixation des taux se rapproche davantage de cet objectif en mettant l'accent sur des caractéristiques *individuelles* du conducteur plutôt que sur des stéréotypes d'un groupe. [En italique dans l'original.]

En conséquence, outre le fait qu'il constitue un indicateur plus précis ayant un lien de causalité avec le risque accru, le kilométrage en tant que variable de fixation des taux permet aux assureurs d'identifier des groupes moins étendus et de pénaliser ainsi moins de personnes qui se trouveraient à subir un préjudice en étant classées dans un groupe composé de conducteurs présentant un risque moyen plus élevé qu'elles. En raison de l'impossibilité de procéder à des tests individuels dans le contexte des assurances, l'existence d'une autre variable de fixation des taux axée sur des caractéristiques personnelles plutôt que sur des stéréotypes associés à de vastes groupes constitue un argument solide contre la possibilité de justifier, en vertu de l'art. 21 du Code, la classification discriminatoire utilisée par Zurich.

En conclusion, puisqu'il existait une solution autre que l'application du système de classification

exist, and the respondent has not, as the Board of Inquiry pointed out, presented any evidence that the classification system currently in place for drivers over the age of 25 cannot be used for insured persons who are under the age of 25, I must conclude that the respondent has also failed to establish that the discriminatory system was a reasonable basis for classification of drivers.

The respondent made extensive submissions on the necessity for what it calls an “orderly transition of values” and warns of impending chaos if this appeal is allowed. In my view, the Ontario Human Rights Commission is correct that these matters address the issue of remedy, which is not before this Court.

#### Disposition

I would allow the appeal of the Ontario Human Rights Commission with costs, reinstate the order of the Board of Inquiry and refer the matter back to the Board of Inquiry to determine the appropriate remedy.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues Justice L’Heureux-Dubé and Justice Sopinka. I agree with Sopinka J.’s analysis of legal principles applicable in this case. I part company from him on the application of that test to the facts of this case, and in particular whether the insurer has demonstrated that there was no practical alternative in 1983 to basing its premiums for young men on age, sex and marital status. I agree with the conclusion of L’Heureux-Dubé J. that the insurer has not demonstrated this.

The rule is clear. The law, as Sopinka J. accepts, forbids discrimination on the grounds of age, sex and marital status, unless the offender can establish—and the onus lies on the offender—that its intentions were *bona fide* and that, on an objective

discriminatoire et que l’intimée, comme l’a précisé la commission d’enquête, n’a présenté aucune preuve visant à établir l’inapplicabilité du système de classification des conducteurs de plus de 25 ans à la catégorie des conducteurs de moins de 25 ans, je dois conclure que l’intimée n’a pas non plus réussi à établir que le système discriminatoire constituait un fondement raisonnable de classification des conducteurs.

b

L’intimée a longuement épilogué sur la nécessité de ce qu’elle a appelé [TRADUCTION] «une transition ordonnée des valeurs» et a lancé une mise en garde contre le chaos susceptible de se produire si le présent pourvoi est accueilli. À mon avis, la Commission ontarienne des droits de la personne a raison de soutenir que cela touche la question de la réparation, sur laquelle notre Cour n’a pas à se prononcer.

d

#### Dispositif

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi de la Commission ontarienne des droits de la personne avec dépens, de rétablir la décision de la commission d’enquête et de renvoyer l’affaire à celle-ci pour qu’elle détermine la réparation appropriée.

f

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mes collègues les juges L’Heureux-Dubé et Sopinka. Je souscris à l’analyse que fait le juge Sopinka des principes juridiques applicables en l’espèce. Je ne suis pas d’accord avec lui quant à l’application de ce critère aux faits de l’espèce et en particulier quant à la question de savoir si l’assureur a démontré qu’il n’avait d’autre choix pratique en 1983 que de fonder ses primes pour les jeunes hommes sur l’âge, le sexe et l’état matrimonial. Je souscris à la conclusion du juge L’Heureux-Dubé que l’assureur n’a pas réussi à le démontrer.

i

La règle est claire. Le droit, comme l’admet le juge Sopinka, interdit toute discrimination fondée sur l’âge, le sexe et l’état matrimonial, à moins que le contrevenant puisse démontrer—et la charge de la preuve lui incombe—que ses intentions étaient

j



test, there was no practical or reasonable alternative to distinguishing, i.e., discriminating, on those grounds. The critical question raised by this case is what constitutes a "practical alternative". The law does not forbid an insurance company from using age, sex or marital status as a basis for its premiums. But it says that if the insurer uses them, it must be able to show that there was no other reasonable or practical basis for determining the rates.

Zurich says there is no practical alternative to using age, sex and marital status as the basis of its premiums in 1983 because it did not have in its possession in 1983 statistics based on non-discriminatory grounds. The reason it did not have those statistics is that it (and other insurers in the business) had never collected data on non-discriminatory bases. This failure, in turn, is blamed on the failure of the Ontario Superintendent for Insurance (now Commissioner) to require insurers to collect non-discriminatory data. Sopinka J., in the end, accepts that the insurer's own default in these circumstances establishes that there was no "practical alternative" to discriminating on the basis of age, sex and marital status. More precisely, there was no alternative classification which would have achieved effective separation of risk between categories.

This brings us to the heart of the case. Can a person who uses age, sex and marital status as a basis of discriminating against a group meet the requirement of showing there was no other reasonable or practical alternative by saying it possesses no statistics on other legitimate bases? Initially I was inclined to say yes. After all, insurance is a statistic-driven industry, and without statistics, rates cannot be set. If there are no statistics other than those based on age, sex and marital status,

de bonne foi et que, d'après un critère objectif, il n'y avait aucune autre solution pratique ou raisonnable que d'établir une distinction, c.-à-d. faire une discrimination, fondée sur ces motifs. La question importante soulevée en l'espèce est de savoir ce que constitue une «solution pratique». Le droit n'empêche pas une compagnie d'assurances d'utiliser l'âge, le sexe ou le statut matrimonial pour fixer ses primes. Mais il prévoit que si l'assureur les utilise, il doit être en mesure de démontrer qu'il n'y avait aucune autre solution raisonnable ou pratique pour fixer les taux.

Zurich dit qu'il n'y avait pas de solution pratique autre que l'utilisation de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial comme fondement pour ses primes en 1983 parce qu'elle n'avait pas en sa possession à cette date de statistiques fondées sur des critères non discriminatoires. La raison pour laquelle elle ne dispose pas de ces statistiques est qu'elle (et d'autres assureurs) n'a jamais recueilli de données sur des fondements non discriminatoires. Cette lacune est imputée, à son tour, au fait que le surintendant des assurances de l'Ontario (maintenant le commissaire) n'oblige pas les assureurs à recueillir des données non discriminatoires. Finalement, le juge Sopinka admet que l'omission de l'assureur lui-même dans ces circonstances établit qu'il n'y avait aucune «solution pratique» autre que de faire de la discrimination fondée sur l'âge, sur le sexe et sur l'état matrimonial. Plus précisément, il n'existait aucune autre classification qui aurait permis de répartir de façon plus efficace le risque entre les catégories.

Cette question nous amène au cœur même de l'affaire. Une personne qui utilise l'âge, le sexe et l'état matrimonial comme fondement de discrimination contre un groupe peut-elle satisfaire à l'obligation de démontrer qu'il n'y avait aucune autre solution raisonnable ou pratique en disant qu'elle ne possède pas d'autres fondements statistiques légitimes? Au départ, j'étais portée à répondre par l'affirmative. Après tout, l'industrie des assurances fonctionne sur la base de statistiques et, sans statistiques, les taux ne peuvent être fixés. S'il n'existe aucune autre statistique que celles fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, alors il n'y

then there is no practical alternative to using those statistics.

Upon reflection, however, I have concluded that the foregoing argument misses the mark. An absence of statistics based on grounds other than age, sex and marital status does not establish that there are no risk factors other than age, sex and marital status which would achieve the objective of charging premiums that are commensurate with risk. All it establishes is that we do not know whether viable alternative bases of risk evaluation exist. Under the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, the insurer bears the burden of showing no reasonable alternative exists to calculating rates on the basis of age, sex and marital status. An absence of statistics does not establish that there is no other alternative. It establishes merely that the insurer does not have the means to establish that no other alternatives exist. As a matter of logic, the absence of alternative statistics is equally consistent with the inference that alternatives exist as with the inference that alternatives do not exist. In short, the absence of alternative statistics establishes that Zurich cannot demonstrate that no practical alternative existed in 1983; it does not establish that no practical alternative in fact existed. We must not confuse the absence of evidence about alternatives with the absence of alternatives. The bottom line in this case is that the insurer bears the burden of showing no reasonable alternative exists, and, through its own failure to collect the required data, it has failed to meet this burden. The ineluctability of this reasoning is demonstrated by the practical fact that Zurich could not say, even when the appeal was argued before us, whether it would be reasonably practical to calculate the rates on criteria other than age, sex and marital status; the best evidence it could adduce, as Sopinka J. notes, was that it was a matter of some difficulty. Its defence was simply that it did not know and still does not know if practical alternatives exist to rating on the basis of age, sex and marital status.

a pas d'autre solution pratique que d'utiliser ces statistiques.

Toutefois, après réflexion, je dois conclure que l'argument qui précède passe à côté de la question. L'absence de statistiques fondées sur des motifs autres que l'âge, le sexe et l'état matrimonial ne signifie pas qu'il n'existe pas d'autres facteurs de risque que ces derniers qui permettraient de fixer des primes qui correspondent au risque. Tout ce qu'elle établit, c'est que nous ne savons pas s'il existe d'autres fondements viables pour évaluer le risque. Aux termes du *Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53, il incombe à l'assureur de démontrer qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable pour calculer les taux sur le fondement de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial. L'absence de statistiques n'établit pas qu'il n'y a pas d'autre solution. Elle établit simplement que l'assureur ne dispose pas des moyens pour établir qu'il n'existe aucune autre solution. Logiquement, l'absence d'autres données statistiques permet tout autant de conclure qu'il existe d'autres solutions que de conclure qu'il n'en existe pas d'autres. Bref, l'absence d'autres données statistiques établit que Zurich ne peut démontrer qu'il n'existait pas d'autres solutions pratiques en 1983; elle n'établit pas que, en fait, il n'existait pas d'autres solutions pratiques. Il ne faut pas confondre l'absence de preuve relativement à l'existence d'autres solutions avec l'absence d'autres solutions. Au fond, l'assureur a le fardeau de démontrer en l'espèce qu'il n'existait aucune autre solution raisonnable et, comme il n'a pas recueilli les données nécessaires, il ne s'est pas déchargé de ce fardeau. Le caractère inéluctable de ce raisonnement est démontré, en pratique, par l'impossibilité dans laquelle s'est trouvée Zurich de dire, même pendant les débats devant notre Cour, s'il serait raisonnablement pratique de calculer les taux selon des critères autres que l'âge, le sexe et l'état matrimonial; le meilleur élément de preuve qu'elle a pu présenter, comme le souligne le juge Sopinka, était que cette solution posait certaines difficultés. En défense, elle a simplement soutenu qu'elle ne savait pas et ne sait toujours pas s'il existe d'autres solutions pratiques que la fixation de taux sur le fondement de l'âge, du sexe et du statut matrimo-

Zurich cannot discharge the onus on it now; it certainly could not in 1983.

The effect of confusing absence of a reasonable alternative with absence of proof of a reasonable alternative is to remove the burden of proof from the shoulders of the person who *prima facie* violates the Code and to place it on the shoulders of the person who complains of discrimination. All the offender need do is show that it cannot produce evidence as to the existence or non-existence of a reasonable alternative. Unless the complainant can then prove that a reasonable alternative exists, an almost impossible task for the lay person pitted in a rate dispute against the insurer, the complainant will fail. This is contrary to human rights tradition and contrary to the rule of evidence that the burden of proof should lie on the person most likely to be in possession of the relevant facts.

On the plane of policy as well as logic, I am persuaded that there is danger in permitting a person who is *prima facie* in breach of the Code to say there is no practical alternative on the basis that there are no statistics to demonstrate a practical alternative. Such an approach would encourage *prima facie* offenders to continue in their traditional discriminatory ways rather than reforming their practices in accordance with the object of the Code. For example, if no violation is found in this case, there is little inducement to explore alternative, non-pejorative bases of rate-fixing. The industry is in effect encouraged to continue using the proscribed criteria for making its decisions. In response, it might be suggested that at some point the continued use of age, sex and marital status in setting premiums would become a violation. But this places the power to "create" a violation in the hands of the tribunals and courts. It says, in effect, we will give you a little more time not to be guilty. After a while, we will find you guilty. Such uncertainty is undesirable, both from the point of view of the potential offender, who needs to know in simple and clear terms what conduct is tolerated

nial. Zurich ne peut se décharger du fardeau qui lui incombe maintenant; elle ne le pouvait certainement pas en 1983.

Confondre l'absence d'une autre solution raisonnable avec l'absence de preuve d'une autre solution raisonnable a pour effet d'enlever le fardeau de la preuve des épaules de l'auteur de la violation *prima facie* du Code et de le placer sur les épaules de la personne qui invoque la discrimination. Il suffit au contrevenant de démontrer qu'il ne peut présenter d'élément de preuve quant à l'existence ou l'inexistence d'une autre solution raisonnable. À moins de pouvoir démontrer l'existence d'une autre solution raisonnable, une tâche presque impossible pour le citoyen ordinaire opposé à un assureur dans un litige en matière de taux, le plaignant n'aura pas gain de cause. Cette situation est contraire à la tradition en matière de droits de la personne et contraire à la règle de preuve selon laquelle la charge de la preuve incombe à la personne la plus susceptible d'être en possession des faits pertinents.

Autant sur le plan des principes que sur celui de la logique, je suis convaincue qu'il est dangereux de permettre à l'auteur d'une violation *prima facie* du Code, de dire qu'il n'y a pas d'autre solution pratique parce qu'il n'y a pas de données statistiques qui en démontrent l'existence. Une telle position encouragerait les contrevenants à continuer d'appliquer leurs méthodes discriminatoires traditionnelles plutôt que de modifier leurs pratiques conformément à l'objet du Code. Par exemple, si on ne conclut pas à la violation en l'espèce, il y aura peu d'incitation à examiner d'autres méthodes de fixation des taux qui ne soient pas discriminatoires. En effet, l'industrie est encouragée à continuer à utiliser les critères prohibés pour prendre ses décisions. En réponse, on pourrait dire que, à un certain point, le maintien de l'utilisation de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial pour fixer les primes deviendrait une violation. Toutefois, cela donne aux tribunaux et cours de justice le pouvoir de «créer» une violation, car cela revient à dire «on vous accorde un peu plus de temps pendant lequel vous ne serez pas coupables, mais après un certain temps, vous serez jugés cou-

and what conduct is wrong, and from the point of view of the public interest in deterring practices which discriminate on the basis of inappropriate stereotypes. In the end, it seems to me that the law should not allow difficulties of proving the non-existence of reasonable alternatives to stand as a defence to a charge under the Code. To the extent that it may take time for industry to convert from ingrained discriminatory practices to non-discriminatory alternatives (or alternatively to show that none is possible), those difficulties are better dealt with under the rubric of remedies than by saying there is no violation of the Code.

The undesirable effects of deciding the contrary may extend to other areas of human rights law. Let us consider the effect of taking a similar course with respect to discrimination in the workplace. The law in force in all jurisdictions of Canada says one cannot discriminate against a person in the workplace on the ground of age, sex, religion etc., unless it is done *bona fide* and the discriminator shows there is no practical alternative, the same test as is applicable in the type of discrimination here at issue. This, in practical terms, requires the employer to make "reasonable accommodation". If the court below is correct, the employer by analogy could arguably escape a finding of contravention of the Code by showing that there is no basis for concluding that it could carry on its business as it wishes if it accommodated the employee. For example, an employer might argue that in the absence of data showing that it could carry on its business effectively if it employed handicapped persons, refusal to employ such persons does not violate the Code. In response, it might be argued that this case is distinct, given that insurance is a statistic-driven industry. But businesses of all types rely on experience and statistics to make their decisions. If one industry is to be exempted from compliance with the Code on the basis of the absence of statistics or experience supporting the

pables.» Une telle incertitude n'est pas souhaitable, ni du point de vue du contrevenant éventuel qui a besoin de savoir de façon simple et claire quelle conduite est tolérée et quelle ne l'est pas, ni du point de vue de l'intérêt public à dissuader des pratiques qui établissent des distinctions sur le fondement de stéréotypes malvenus. Finalement, il me semble que le droit ne devrait pas permettre que la difficulté de prouver l'absence d'autres solutions raisonnables soit invoquée comme moyen de défense contre une accusation aux termes du Code. Dans la mesure où il peut falloir du temps pour que l'industrie passe de pratiques discriminatoires enracinées à d'autres solutions non discriminatoires (ou subsidiairement pour démontrer qu'aucune n'est possible), il est préférable de régler ces difficultés dans le cadre de la réparation que par l'affirmation qu'il n'y a pas de violation du Code.

Les effets peu souhaitables d'une décision contraire peuvent s'étendre à d'autres domaines des droits de la personne. Examinons l'effet d'une position semblable relativement à la discrimination au travail. Le droit en vigueur dans tous les ressorts canadiens interdit la discrimination au travail sur le fondement de l'âge, du sexe, de la religion etc., à moins qu'elle soit faite de bonne foi et que l'auteur de la discrimination démontre qu'il n'y a pas d'autre solution pratique, le même critère qui s'applique au genre de discrimination visée en l'espèce. En pratique, cette situation exige que l'employeur fasse des «aménagements raisonnables». Si le raisonnement du tribunal d'instance inférieure est juste, on pourrait soutenir par analogie que l'employeur pourrait éviter d'être déclaré coupable de violation du Code en démontrant que rien ne permet de conclure qu'il pourrait exploiter son entreprise comme il le désire s'il tenait compte des besoins de l'employé. Par exemple, un employeur pourrait soutenir que, en l'absence de données indiquant qu'il serait en mesure d'exploiter son entreprise d'une manière efficace s'il employait des personnes handicapées, le refus d'employer de telles personnes ne porterait pas atteinte au Code. En réponse, on pourrait soutenir que l'espèce est distincte, étant donné que l'assurance est une industrie qui fonctionne sur la base

viability of an alternative non-pejorative way of doing business, why not others? Put another way, if we relieve the *prima facie* offender of the burden of establishing the absence of practical alternatives on the basis of lack of statistics or experience in this case, we may open the door to the burden shifting in other areas of human rights law.

If the concerns I have identified are significant, as I believe them to be, then the only question is whether a person who makes a distinction on grounds of age, sex and marital status, can be excused from the usual requirement of showing that there was no reasonable alternative open to it. Zurich argues it should be so excused. Its argument may be summarized as follows. There may, Zurich concedes, be grounds upon which premiums for these groups can be practically calculated other than age, sex and marital status. We cannot tell you, Zurich says, whether there are alternative grounds because we have confined our statistic gathering to the grounds of age, sex and marital status. We have not bothered to get statistics on other grounds for a number of reasons. The first and most important is that the Superintendent of Insurance has not, until recently, required us to do so. Additional difficulties arise from the fact that we are too small to collect meaningful statistics on our own and so are compelled to use industry-wide statistics which are based on age, sex and marital status and from the difficulty of devising alternative bases of calculating premiums.

In my view, Zurich cannot be excused for its failure to demonstrate reasonable alternatives on any of these grounds. First, I note that there is no precedent in human rights cases for excusing a person who is guilty of *prima facie* discrimination

de statistiques. Toutefois, des entreprises de tous genres se fondent sur l'expérience et sur les statistiques pour prendre leurs décisions. Si une industrie doit être exemptée du respect du Code en raison de l'absence de statistiques ou d'expérience à l'appui de la viabilité d'une autre manière non discriminatoire d'exploiter l'entreprise, pourquoi les autres ne le seraient-elles pas? Autrement dit, si on décharge l'auteur d'une violation *prima facie* du fardeau de démontrer l'absence d'autres solutions pratiques en raison de l'absence de statistiques ou d'expérience, en l'espèce, nous pouvons ouvrir la porte à un déplacement du fardeau dans d'autres domaines des droits de la personne.

Si les problèmes que j'ai soulevés sont importants, comme je le crois, alors la seule question qui se pose est de savoir si une personne qui établit une distinction fondée sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial peut être relevée de l'exigence habituelle d'avoir à démontrer qu'elle n'avait pas d'autre solution raisonnable. Zurich soutient qu'elle doit l'être. Son argumentation peut être résumée de la manière suivante. Zurich admet qu'il peut y avoir des fondements autres que l'âge, le sexe et l'état matrimonial sur lesquels les primes pour ces groupes peuvent être calculés en pratique. Zurich, ne peut dire s'il existe d'autres fondements parce qu'elle a limité sa collecte de statistiques aux données relatives à l'âge, au sexe et à l'état matrimonial. Elle ne s'est pas donné la peine d'obtenir d'autres données pour un certain nombre de raisons. La première et la plus importante est que le surintendant des assurances n'a pas, jusqu'à tout récemment, exigé qu'elle le fasse. D'autres problèmes découlent du fait qu'elle est trop petite pour recueillir d'elle-même des données statistiques significatives et doit donc utiliser les statistiques de l'industrie qui sont fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, et découlent aussi de la difficulté d'élaborer d'autres fondements pour calculer les primes.

À mon avis, Zurich ne peut être excusée de son incapacité à démontrer d'autres solutions, pour aucun de ces motifs. Premièrement, je souligne qu'il n'existe pas de jurisprudence sur les droits de la personne qui excuse l'auteur d'une discrimina-

on any ground. The *prima facie* offender is under a duty to demonstrate the absence of reasonable alternatives. If it fails to do so, then it violates the Code. If excuses are relevant anywhere, it is under the rubric of penalty.

Second, assuming excuses for failure to demonstrate the absence of a “reasonable alternative” could function as a defence to a charge of violating the Code, the excuses adduced in this case would not suffice. The excuse which bulks the largest is the failure of the Superintendent of Insurance until recently to require insurance companies to collect statistics on bases other than age, sex and marital status. This argument amounts to saying, “We did what the state required; therefore we cannot be found in violation of the Code”. The problem with the argument is that it assumes that the only responsibility of an insurance company doing business in Ontario is to comply with the requirements of the Superintendent of Insurance. This is not so. The corporation is obliged, as a condition of doing business in the province, to conform to all the laws of the province, including the Code. It must accept the responsibility of complying with the human rights law in force in the province, or face the alternative—censure under the Code.

Only if the Superintendent could be regarded as having the power to decide whether a rate structure was reasonable under the Code, could it be argued that compliance with his requirements satisfies the Code. Sopinka J. seems to suggest at pp. 346-47 that this is the case when he says: “The Commissioner must refuse to approve any class of risk exposure that is not just or reasonable or does not reasonably predict risk or distinguish fairly between classes of risk exposure. . . . Despite such wide-ranging powers, the Commissioner has not prohibited auto insurance rates based on age, sex or marital status.”

tion *prima facie* fondée sur quelque motif que ce soit. Le contrevenant est tenu de démontrer l’absence d’autres solutions raisonnables. S’il ne le fait pas, il y a violation du Code. Les excuses ne sont pertinentes que relativement à la peine.

Deuxièmement, à supposer qu’on puisse présenter en défense à une accusation de violation du Code des excuses expliquant l’omission de démontrer l’absence d’une «autre solution raisonnable», celles qui ont été présentées en l’espèce ne seraient pas suffisantes. L’excuse la plus importante est le fait que jusqu’à tout récemment le surintendant des assurances n’obligeait pas les compagnies d’assurances à recueillir des données statistiques sur des fondements autres que l’âge, le sexe et l’état matrimonial. Cet argument équivaut à dire: «Nous avons fait ce que l’État exigeait; par conséquent on ne peut conclure que nous avons porté atteinte au Code». Le problème est que cet argument présume que la seule responsabilité d’une compagnie d’assurances qui exploite une entreprise en Ontario est de se conformer aux exigences du surintendant des assurances. Ce n’est pas le cas. La société est obligée, comme condition pour exploiter une entreprise dans la province, de se conformer à toutes les lois de la province, y compris le Code. Elle doit accepter la responsabilité de se conformer aux droits de la personne en vigueur dans la province, ou s’exposer à une autre situation—la censure aux termes de la loi.

Pour soutenir que le respect des exigences du surintendant satisfait à celles du Code, il faut considérer que le commissaire a le pouvoir de décider si une structure de taux était raisonnable aux termes du Code. Le juge Sopinka semble laisser entendre aux pp. 346 et 347 que c’est le cas lorsqu’il dit: «Le commissaire doit refuser d’approuver toute catégorie de risques qui n’est pas juste ou raisonnable ou ne permet pas de prévoir d’une façon raisonnable les risques ou encore qui n’établit pas de distinctions justes entre les catégories d’exposition aux risques [. . .] Malgré ces vastes pouvoirs, le commissaire n’a pas interdit la fixation des taux d’assurance-automobile, fondée sur l’âge, le sexe ou l’état matrimonial.»

With respect, I think it is fallacious to accept that satisfying the Superintendent amounts to satisfying the requirements of the Code. The Superintendent does not have the power to make determinations under the Code, and for good reason. The primary responsibility of the Superintendent is to insure the orderly administration of the insurance industry. This goal may sometimes conflict with insuring that human rights are respected, which is why the latter task is entrusted to a separate agency. The representative of the Superintendent testified that the Superintendent's concern was to work with the industry in developing insurance policy. This tendency of regulators of an industry to see the world through the eyes of that industry, sometimes referred to as "industry capture", is understandable and in some respects may be beneficial. But it provides good reason for the legislature's placing the determination of human rights violations not in the hands of industry regulators, but in the hands of a separate body. In effect, the reasons of Sopinka J. delegate to the Superintendent of Insurance the task of determining the existence of "a reasonable alternative" which the law assigns to the Human Rights tribunal. This comes perilously close to saying that if a government regulator permits you to discriminate, you are entitled to discriminate. We know this is not the case, or there would be no need for the prohibitions on state discrimination found in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

A second excuse is that, in the words of Sopinka J. at p. 351, it was "impractical, if not impossible", for Zurich to generate actuarially reliable figures on its own data, and that "Zurich required a wider pool of information in order to set its premiums in any meaningful way." I note initially that the conclusion that it would have been "impractical, if not impossible" for Zurich to collect the necessary information on a non-discriminatory basis seems far from certain. The Board below (1985), 6 C.H.R.R. D/2948, made no such finding and, with respect to the industry as a whole, it commented at p. D/2964 that Zurich failed to demon-

Avec égards, je suis d'avis qu'il est trompeur de dire que l'observation des exigences du surintendant équivaut au respect des exigences du Code. Le surintendant n'a pas le pouvoir de prendre des décisions aux termes du Code, et pour une bonne raison. La principale responsabilité du surintendant est de veiller à la bonne administration de l'industrie des assurances. Cet objectif peut quelquefois entrer en conflit avec la garantie du respect des droits de la personne, et c'est pourquoi cette tâche est confiée à un organisme distinct. Le représentant du surintendant a déposé que la préoccupation de ce dernier était de travailler avec l'industrie pour élaborer les politiques en matière d'assurance. Cette tendance des autorités réglementantes d'une industrie de voir le monde par les yeux de cette industrie, quelquefois appelée «vision de l'industrie», est compréhensible et peut à certains égards être bénéfique. Toutefois il s'agit d'un bon motif pour que l'assemblée législative confère la détermination des violations des droits de la personne non pas aux autorités réglementantes de l'industrie, mais à un organisme distinct. En fait, les motifs du juge Sopinka délèguent au surintendant des assurances la tâche de déterminer l'existence d'une «autre solution raisonnable» que la loi confère au tribunal des droits de la personne. Cela est dangereusement près de l'affirmation que, si une autorité réglementante du gouvernement vous permet de faire de la discrimination, vous avez le droit de le faire. Nous savons que ce n'est pas le cas sinon l'interdiction de la discrimination par l'État, à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, serait inutile.

Comme deuxième excuse, selon les termes du juge Sopinka, à la p. 351, «[e]n pratique, Zurich n'aurait pu» obtenir des chiffres fiables du point de vue actuariel à partir de ses propres données et «Zurich avait besoin d'un bassin de données plus large pour fixer ses primes d'une façon significative.» Je souligne tout d'abord que la conclusion selon laquelle «[e]n pratique, Zurich n'aurait pu» recueillir les données nécessaires sur un fondement non discriminatoire semble loin d'être certaine. La commission n'est pas arrivée à cette conclusion (1985), 6 C.H.R.R. D/2948, et, en ce qui a trait à l'ensemble de l'industrie, elle a fait remarquer, à la

strate “that it would be impractical or impossible to operate the automobile insurance system with the use of non-discriminatory criteria for rate classification”.

But even if it were established that Zurich was too small to collect useful statistics on its own, the argument that Zurich was too small to fix its rates on non-discriminatory statistics should not, in my opinion, be accepted as a defence to a change under the Code. The argument would create two standards of human rights—one for small businesses, another for large businesses. I cannot accept such a conclusion. If Zurich chooses to do any amount of business in Ontario, large or small, it must be prepared to adhere to the laws of the province, including the Code.

A variant on this argument is the “industry standard” argument. It suggests that in the absence of non-discriminatory practices in the industry as a whole, small players are entitled to discriminate. But the failure of others to adhere to human rights standards has never provided a defence to charges under the Code. Each person is responsible for his or her own conduct, and cannot rely on what the competition does or does not do. An employer is not excused from failing to accommodate handicapped people or women reasonably because its competitors do not do so. No more should an insurance company be excused for setting rates based on discriminatory criteria merely because its competitors do the same. It is a fact of life that discriminatory practices have often in the past been so widespread as to be perceived as reasonable and justifiable. The purpose of human rights legislation is to require the *prima facie* offender to provide actual justification for what may in the past have been assumed to be justified. To accept less in this case would constitute an ‘about-face’ in human rights law, an ‘about-face’ moreover which possesses the potential to undermine seriously the effectiveness of the protection which human rights

p. D/2964, que Zurich n’avait pas démontré [TRADUCTION] «qu’il ne serait ni pratique ni possible de faire fonctionner le système d’assurance-automobile au moyen de critères non discriminatoires de classification des taux».

Mais même s’il était démontré que Zurich était trop petite pour recueillir elle-même des données utiles, l’argument selon lequel Zurich était trop petite pour fixer ses taux sur des statistiques non discriminatoires ne devrait pas, à mon avis, être accepté en défense à une accusation portée aux termes du Code. L’argument créerait deux normes de droits de la personne — une pour les petites entreprises et une autre pour les grandes. Je ne peux accepter une telle conclusion. Si Zurich choisit de faire des affaires en Ontario, importantes ou non, elle doit être prête à se conformer aux lois de la province, y compris au Code.

L’argument relatif à la «norme de l’industrie» est une variante de cet argument. Il consiste à dire qu’en l’absence de pratiques non discriminatoires dans l’ensemble de l’industrie, les entreprises moins importantes ont le droit de faire de la discrimination. Toutefois, l’omission des autres de se conformer aux normes en matière de droits de la personne n’a jamais été un moyen de défense contre des accusations aux termes du Code. Chacun est responsable de sa propre conduite et ne peut se fier sur ce que fait ou non la concurrence. Un employeur n’est pas excusé de ne pas prendre des mesures raisonnables pour composer avec des personnes handicapées ou des femmes parce que ses concurrents ne le font pas. Une compagnie d’assurances ne devrait pas plus être excusée de fixer ses taux selon des critères discriminatoires simplement parce que ses concurrents font la même chose. Le fait que, par le passé, les pratiques discriminatoires ont souvent été si répandues qu’elles ont été perçues comme raisonnables et justifiables constitue une réalité de la vie. Les dispositions législatives en matière de droits de la personne ont pour but d’exiger que l’auteur d’une violation *prima facie* justifie réellement ce qui, par le passé, a été présumé justifié. Accepter moins en l’espèce serait une «volte-face» en matière de droits de la personne, qui plus est, une «volte-face» susceptible de



codes afford to individuals in a broad range of cases.

A third excuse offered for the failure to produce evidence as to the non-existence of reasonable alternatives is that the development of alternatives is a difficult matter. Thus Sopinka J. notes the difficulties have been encountered in subsequent years in developing non-discriminatory criteria for fixing premiums for young drivers (at p. 352). I am prepared to concede that the development of alternative bases of setting premiums may be difficult and may take time. I am even prepared to concede that in the end it may prove impossible, with the result that insurers will be found entitled to continue to calculate their premiums for this age group on the basis of age, sex and marital status. But such contentions miss the mark. The law requires the insurer to prove there was no other practical alternative to calculating premiums on the basis of age, sex or marital status. The insurer cannot discharge that burden merely by showing that it is difficult to ascertain whether there are reasonable alternatives and if so, what they are. We come once again to the confusion I alluded to at the outset between the absence of reasonable alternatives and the absence of proof of reasonable alternatives. Difficulty alone has never been accepted as an excuse for discriminatory conduct contrary to human rights legislation. As the Board noted below, insurers who find it difficult to justify their discrimination have the option of ceasing to discriminate, that is, applying the non-discriminatory criteria generally applicable to drivers to male drivers under 25.

Finally, it is suggested, at p. 352, by way of exoneration that the consequence of finding that Zurich has failed to establish a practical alternative is "the effect of simply submerging high risk drivers into pools of lower risk drivers". This argument, if it is to assist, must be taken to suggest that

miner gravement l'efficacité de la protection que les codes des droits de la personne accordent aux particuliers dans un grand nombre de cas.

Une troisième excuse pour justifier le défaut de présenter des éléments de preuve quant à l'absence d'autres solutions raisonnables est qu'il est difficile d'élaborer des solutions de rechange. Ainsi, le juge Sopinka souligne les difficultés qui sont survenues les années suivantes dans l'élaboration de critères de fixation des primes pour les jeunes conducteurs (à la p. 352). Je suis prête à admettre qu'il peut être difficile et long d'élaborer d'autres fondements pour l'établissement des primes. Je suis même prête à admettre que cela puisse finalement être impossible, et que les assureurs seraient justifiés alors de continuer à calculer leurs primes relatives à ce groupe d'âge sur le fondement de l'âge, du sexe ou de l'état matrimonial. Mais ces affirmations passent à côté de la question. La loi exige que l'assureur prouve qu'il n'existait pas d'autres moyens pratiques que le calcul des primes sur le fondement de l'âge, du sexe ou de l'état matrimonial. L'assureur ne peut s'acquitter de ce fardeau en démontrant simplement qu'il est difficile de vérifier l'existence d'autres solutions raisonnables, et le cas échéant, en quoi elles consistent. Nous arrivons encore une fois à la confusion à laquelle j'ai fait allusion au début entre l'absence d'autres solutions raisonnables et l'absence de preuve d'autres solutions raisonnables. La difficulté prise de façon isolée n'a jamais été acceptée comme une excuse pour une conduite discriminatoire contraire à la législation des droits de la personne. Comme la commission l'a fait remarquer, les assureurs qui trouvent difficile de justifier la discrimination ont le choix de cesser de faire de la discrimination, c'est-à-dire d'appliquer aux conducteurs de sexe masculin de moins de vingt-cinq ans les critères non discriminatoires généralement applicables aux conducteurs.

Finalement, on laisse entendre, à la p. 352, à décharge, que conclure que Zurich n'a pas su démontrer l'existence d'une solution pratique aurait pour effet «la simple absorption de conducteurs à risques élevés par des catégories de conducteurs à faibles risques». Cet argument pour être

there will be no violation of the Code, if the result would be to penalize persons who are not complaining of the discrimination. I note firstly that there is no precedent in human rights law for accepting such an argument. I note secondly that the Code, in requiring the premiums be set in accordance with its criteria, necessarily contemplates that the striking down of an offending classification might adversely affect members of another classification; this follows from the basis of insurance in the concept of loss-pooling. In other words, the Code requires the classifications on which premiums are set to be rationally defensible. If they are not, they must be found to violate, even if other classes are negatively affected. Any adverse effect on drivers in other categories arises from Zurich's failure to shoulder the burden which the law imposes of conforming to the Code or demonstrating the absence of reasonable alternatives. While it is unfortunate that third parties may be adversely affected, the legislature has deemed it more unfortunate that those carrying on business in Ontario should be allowed to evade their responsibilities under the Code. It is not open to the courts, even if they wished, to decline to enforce those responsibilities on the ground that third parties may be adversely affected.

I conclude that Zurich failed to discharge the burden upon it of showing that in 1983 it had no reasonable alternative but to calculate its premiums for under-25 drivers on the basis of age, sex and marital status. As the Board found, it remains open on the record to conclude that such alternatives might have existed, although Zurich, for want of statistics, was unable to demonstrate whether they did or did not. In these circumstances, the principles of human rights law require that Zurich be found to be in violation of the Code.

d'une certaine utilité doit vouloir dire qu'il n'y aura aucune violation du Code, si le résultat d'une telle conclusion doit pénaliser des personnes qui ne se plaignent pas de discrimination. Je remarque tout d'abord qu'aucun précédent en matière de droits de la personne ne permet de faire droit à un tel argument. Je remarque ensuite que, lorsqu'il exige l'établissement des primes conformément à ses critères, le Code envisage nécessairement que l'annulation d'une classification qui contrevient à ses dispositions pourrait avoir un effet défavorable à l'égard des membres d'une autre classification; cette situation découle du fondement de l'assurance dans le concept de la répartition des pertes. En d'autres termes, le Code exige que les classifications en vertu desquelles les primes sont établies soient justifiables d'un point de vue rationnel. Si ce n'est pas le cas, il faut conclure à la violation, même si cela a un effet négatif sur d'autres catégories. Tout effet défavorable à l'égard de conducteurs d'autres catégories découle du défaut par Zurich de s'acquitter de son obligation juridique de se conformer au Code ou de démontrer l'absence d'autres solutions raisonnables. S'il est malheureux que des tiers puissent être touchés, l'assemblée législative a jugé qu'il était plus malheureux que ceux qui font des affaires en Ontario puissent échapper aux responsabilités qu'impose le Code. Il n'appartient pas aux tribunaux, même s'ils le désirent, de refuser d'appliquer ces responsabilités pour le motif qu'il pourrait en résulter des effets défavorables pour des tiers.

g

Je conclus que Zurich ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que, en 1983, elle n'avait pas d'autre solution raisonnable que de calculer ses primes pour les conducteurs âgés de moins de 25 ans sur le fondement de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial. Comme la commission le dit, il serait toujours possible de conclure que ces solutions pouvaient exister, bien que Zurich, en l'absence de statistiques à ce sujet, n'ait pas été en mesure de démontrer qu'elles existaient ou non. Dans ces circonstances, selon les principes du droit applicable en matière de droits de la personne, il convient de conclure que Zurich a porté atteinte au Code.

j

That said, I agree with Sopinka J. at p. 353 that “[t]he insurance industry must be allowed time to determine whether it can restructure its classification system in a manner that will eliminate discrimination based on enumerated group characteristics and still reflect the disparate risks of different classes of drivers”. Such concerns should be reflected in the remedy granted by the Board. Its remedial powers are broad and contemplate situations such as this where time may be required to effect compliance with the Act. It may:

40.—(1) . . .

(a) direct the [offending] party to do anything that, in the opinion of the board, the party ought to do to achieve compliance with this Act, both in respect of the complaint and in respect of future practices. . . .

(Now *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 41(1)(a).)

I would remit the matter to the Board for further consideration of what remedies are appropriate having regard to the situation in 1983 and developments since then. Without tying the Board’s hands, I would suggest that it might wish in cases such as this to consider setting a time during which the offender may collect data relevant to the existence of reasonable alternatives. For this period, no penalty would be imposed on account of the violation; after its expiry, the Board could determine the appropriate penalty or other remedy. It must be remembered that the object of the Code is remedial; it is not directed to imposing penalties so much as bringing business practices into conformity with its precepts.

Like L’Heureux-Dubé J. I would allow the appeal with costs, reinstate the order of the Board of Inquiry and refer the matter back to the Board to determine the appropriate remedy.

Cela étant dit, je conviens avec le juge Sopinka, à la p. 353, qu’«[i]l faut accorder à l’industrie des assurances suffisamment de temps pour déterminer si elle peut restructurer son système de classification d’une façon qui éliminera la discrimination fondée sur des caractéristiques particulières d’un groupe, tout en tenant compte des différents risques que présentent les différentes catégories de conducteurs». La réparation accordée par la commission devrait tenir compte de ces préoccupations. Ses pouvoirs en matière de réparation sont étendus et visent des situations comme l’espèce où un délai peut être nécessaire pour se conformer à la Loi. Elle peut:

40 (1) . . . ordonner à la partie visée [contrevenante]:

a) de prendre les mesures qui, selon la commission d’enquête, s’imposent pour se conformer à la présente loi, tant en ce qui concerne la plainte qu’en ce qui concerne les pratiques ultérieures;

(Maintenant l’al. 41(1)a) du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19.)

Je suis d’avis de renvoyer l’affaire à la commission pour un nouvel examen des réparations qui conviendraient compte tenu de la situation en 1983 et des changements survenus depuis cette époque. Sans lier la commission, je dirais qu’elle pourrait vouloir, dans des cas comme l’espèce, fixer un délai pendant lequel le contrevenant pourrait recueillir des données pertinentes quant à l’existence d’autres solutions raisonnables. Au cours de cette période, aucune peine ne serait imposée relativement à la violation; après cette période, la commission pourrait déterminer la peine qui convient ou toute autre réparation. Il faut se rappeler que l’objet du Code est correctif; il ne vise pas tant à imposer des peines qu’à faire en sorte que les pratiques commerciales soient conformes à ses principes.

À l’instar du juge L’Heureux-Dubé, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens, de rétablir l’ordonnance de la commission d’enquête et de renvoyer l’affaire à la commission pour qu’elle détermine la réparation appropriée.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitor for the intervener Commission des droits de la personne du Québec: Commission des droits de la personne du Québec, Montréal.*

*Solicitor for the intervener Alberta Human Rights Commission: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.*

*Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.*

*Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne du Québec: Commission des droits de la personne du Québec, Montréal.*

*Procureur de l'intervenante l'Alberta Human Rights Commission: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.*

**The Competition Tribunal** *Appellant*

v.

**Chrysler Canada Ltd. and the Director of Investigation and Research** *Respondents*

and between

**The Director of Investigation and Research and the Competition Tribunal** *Appellants*

v.

**Chrysler Canada Ltd.** *Respondent*INDEXED AS: CHRYSLER CANADA LTD. v. CANADA  
(COMPETITION TRIBUNAL)

File Nos.: 22151, 22152.

1992: January 31; 1992: June 25.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Contempt — Competition Tribunal — Jurisdiction — Contempt ex facie curiae — Whether Competition Tribunal has jurisdiction over civil contempt for breaches of its orders under Part VIII of Competition Act — Meaning of “any matters related thereto” — Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Suppl.), s. 8.*

The appellant Competition Tribunal issued an order against Chrysler Canada Ltd. under Part VIII of the *Competition Act* requiring it to resume the supply of automotive parts to one of its customers. The Director of Investigation and Research, having reason to believe that Chrysler was not complying with the order, filed a motion with the Tribunal for an order directing Chrysler to show cause why it should not be held in contempt of the Tribunal. At the hearing of the motion, Chrysler objected to the Tribunal's jurisdiction. The Tribunal ruled that it had jurisdiction to entertain proceedings for

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**Le Tribunal de la concurrence** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Chrysler Canada Ltd. et le directeur des enquêtes et recherches** *Intimés*

et entre

<sup>b</sup>**Le directeur des enquêtes et recherches et le Tribunal de la concurrence** *Appellants*<sup>c</sup> c.**Chrysler Canada Ltd.** *Intimée*<sup>d</sup> RÉPERTORIÉ: CHRYSLER CANADA LTD. c. CANADA  
(TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE)

Nos du greffe: 22151, 22152.

1992: 31 janvier; 1992: 25 juin.

<sup>e</sup> Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson\*.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Outrage — Tribunal de la concurrence — Compétence — Outrage commis hors la présence du Tribunal — Le Tribunal de la concurrence a-t-il compétence en matière d'outrage civil résultant de la violation de ses ordonnances fondées sur la partie VIII de la Loi sur la concurrence? — Sens de l'expression «toute question s'y rattachant» — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 8.*

<sup>h</sup> L'appelant, le Tribunal de la concurrence, a rendu contre Chrysler Canada Ltd. une ordonnance, en vertu de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, l'enjoignant de reprendre la fourniture de pièces d'automobiles à l'un de ses clients. Le directeur des enquêtes et recherches, qui avait des raisons de croire que Chrysler ne respectait pas l'ordonnance, a présenté au Tribunal une requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant à Chrysler d'expliquer pourquoi elle ne devrait pas être reconnue coupable d'outrage au Tribunal. Lors de l'audition de la requête, Chrysler a contesté la compétence du Tribunal. Celui-ci a décidé qu'il avait compétence pour instruire les procédures pour outrage découlant de

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

contempt of its orders. The Federal Court of Appeal reversed the decision.

*Held* (McLachlin J. dissenting): The appeals should be allowed.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: While at common law only superior courts have the power to punish for contempt *ex facie curiae*, clear and unambiguous statutory language can override the common law and confer *ex facie* contempt powers on an inferior tribunal. Enactments which deprive superior courts of their jurisdiction must be given a narrow construction, but barring constitutional considerations, if a statute, read in context and given its ordinary meaning, clearly confers upon an inferior tribunal a jurisdiction that is enjoyed by the superior court at common law, while not depriving the superior court of its jurisdiction, it should be given effect. The Competition Tribunal, an inferior court of record, has jurisdiction over civil contempt for breaches of its orders under Part VIII of the *Competition Act*. Parliament intended the Tribunal to oversee Part VIII, the civil part, and was strongly concerned with long-term compliance with the *Competition Act*, in both its criminal and civil parts, but the Act itself does not make any provision for the enforcement of the Tribunal's orders through contempt or similar proceedings. Section 8(1) of the *Competition Tribunal Act* is the basis of the Tribunal's jurisdiction. It confers on the Tribunal jurisdiction "to hear and determine all applications made under Part VIII of the *Competition Act* and any matters related thereto". When the English and French versions are read together, it becomes apparent that the additional powers conferred by the phrase "any matters related thereto"/"toute question s'y rattachant" pertain to the applications, and not to the hearing and determination of the applications. The Tribunal's jurisdiction does not terminate upon the determination of an application, but may encompass other matters related to the application, such as the enforcement of an order made pursuant to the application. Since the Tribunal has jurisdiction to hear and determine Part VIII applications, the common law would have conferred upon it jurisdiction over incidental and ancillary matters arising in the course of the hearing and determination. No need would arise to add the phrase "and any matters related thereto". Since this phrase should be given some meaning, it should be taken as a grant of jurisdiction over matters related to Part VIII applications, but arising outside of the hearing and determination of these applications. These matters

la violation de ses ordonnances. La Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision.

*Arrêt* (le juge McLachlin est dissidente): Les pourvois sont accueillis.

*Les juges* La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory: Bien qu'en common law seules les cours supérieures aient le pouvoir de punir l'outrage commis *ex facie curiae*, un texte législatif clair et sans ambiguïté peut l'emporter sur la common law et conférer à un tribunal inférieur des pouvoirs en matière d'outrage commis hors sa présence. Les textes législatifs qui privent les cours supérieures de leur compétence doivent être interprétés de façon restrictive, mais, sous réserve de considérations constitutionnelles, si une loi, interprétée dans son contexte et selon son sens ordinaire, confère clairement à un tribunal inférieur une compétence dont une cour supérieure jouit en common law, sans priver cette dernière de sa compétence, cette loi doit avoir effet. Le Tribunal de la concurrence, qui est une cour inférieure d'archives, a compétence à l'égard de l'outrage civil résultant de la violation de ses ordonnances fondées sur la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*. Le législateur a voulu que le Tribunal surveille la partie VIII, la partie civile, et il se préoccupait beaucoup de l'observance à long terme de la *Loi sur la concurrence*, qu'il s'agisse de ses dispositions pénales ou civiles, mais la Loi elle-même ne contient aucune disposition relative à l'exécution des ordonnances du Tribunal au moyen de procédures pour outrage ou d'autres procédures semblables. Le paragraphe 8(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* est le fondement de la compétence du Tribunal. Il confère au Tribunal la compétence pour «entend[re] les demandes qui lui sont présentées en application de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* de même que toute question s'y rattachant». Lorsque les versions française et anglaise sont lues ensemble, il devient évident que les pouvoirs additionnels que confère l'expression «toute question s'y rattachant»/«any matters related thereto» se rapportent aux demandes et non à leur audition. La compétence du Tribunal ne prend pas fin lorsqu'il statue sur une demande, mais elle peut englober d'autres questions relatives à la demande, comme l'exécution d'une ordonnance rendue conformément à la demande. Vu que le Tribunal est compétent pour entendre les demandes fondées sur la partie VIII, la common law lui aurait conféré compétence à l'égard des questions accessoires et subsidiaires qui sont soulevées au cours de l'audition. Il ne serait pas nécessaire d'ajouter l'expression «toute question s'y rattachant». Puisqu'il faut donner un sens à cette expression, elle devrait être interprétée comme attri-

may include the enforcement of the orders made under Part VIII.

Section 8(2) of the *Competition Tribunal Act* confirms and consolidates the Tribunal's jurisdiction. It expressly confers on the Tribunal the powers of a superior court with respect to the enforcement of its orders, which include the power over contempt for breaches of its orders. This conclusion is further supported by s. 8(3), which requires that the judicial member of the Tribunal concur in a finding of contempt and in the consequences attached to this contempt by the Tribunal. Inferior tribunals, whose members are seldom all lawyers or judges, may generally find persons in contempt *in facie* and punish them without the need for judicial endorsement. Section 8(3), because of this unique requirement, is indicative of the intention of Parliament to give the Tribunal contempt powers going beyond those which an inferior tribunal would ordinarily exercise.

Even if s. 96 of the *Constitution Act, 1867* limited the powers of Parliament in the same manner and to the same extent as it limits the powers of provincial legislatures, it would have been respected in this case. The Tribunal's powers should be characterized as jurisdiction over civil contempt for breaches of its orders for purposes of the historical inquiry; contempt for breaches of a tribunal's orders is a species of contempt *ex facie curiae*, and as such fell within the purview of s. 96 courts at the time of Confederation. The Tribunal also has a judicial function. With regard to institutional setting, effective enforcement of orders made under the *Competition Act*, particularly Part VIII, is essential, to avoid seeing these orders circumvented through elaborate relational arrangements which, although on the surface innocuous, effectively create the same obstacles that the orders sought to remove. Only a specialized tribunal such as the Tribunal can properly ensure the enforcement of the orders it makes. Because of the institutional setting, the jurisdiction conferred by s. 8 of the *Competition Tribunal Act* upon the Tribunal with respect to civil contempt for breaches of its orders would not

buant compétence sur les questions qui se rapportent aux demandes fondées sur la partie VIII, mais qui surviennent en dehors de l'audition de ces demandes. Ces questions peuvent comprendre l'exécution des ordonnances fondées sur la partie VIII.

Le paragraphe 8(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* confirme et consolide la compétence du Tribunal. Il lui confère expressément les pouvoirs d'une cour supérieure en ce qui a trait à l'exécution de ses ordonnances, ce qui comprend le pouvoir en matière d'outrage résultant de la violation de ses ordonnances. Cette conclusion trouve également appui dans le par. 8(3) qui exige qu'un membre du Tribunal qui soit juge souscrive à la conclusion d'outrage et aux conséquences que le Tribunal attache à cet outrage. Les tribunaux inférieurs, dont les membres sont rarement tous des avocats ou des juges, peuvent généralement déclarer des personnes coupables d'outrage commis en leur présence et les punir sans qu'aucune approbation judiciaire ne soit nécessaire. Le paragraphe 8(3), en raison de cette exigence exceptionnelle, est une indication de l'intention du législateur de conférer au Tribunal des pouvoirs en matière d'outrage qui sont plus étendus que ceux qu'un tribunal inférieur exercerait normalement.

Même si l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* limitait les pouvoirs du Parlement de la même manière et dans la même mesure qu'il limite les pouvoirs des législatures provinciales, cet article aurait été respecté en l'espèce. Aux fins de l'examen du point de vue historique, les pouvoirs du Tribunal devraient être qualifiés de compétence en matière d'outrage civil résultant de la violation de ses ordonnances; l'outrage résultant de la violation des ordonnances d'un tribunal constitue un genre d'outrage commis hors la présence du tribunal et, à ce titre, il relève de la compétence des cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération. Le Tribunal a également une fonction judiciaire. En ce qui concerne le cadre institutionnel, l'exécution efficace des ordonnances fondées sur la *Loi sur la concurrence*, particulièrement sur la partie VIII, est essentielle si on veut éviter que ces ordonnances soient contournées au moyen d'ententes relationnelles complexes qui, bien que paraissant inoffensives à première vue, créent en fait les mêmes obstacles que ceux que les ordonnances cherchaient à supprimer. Seul un tribunal spécialisé comme le Tribunal peut assurer comme il se doit l'exécution des ordonnances qu'il rend. En raison du cadre institutionnel, la compétence que l'art. 8 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* confère au Tribunal, en matière d'outrage civil résultant de la violation de ses ordonnances, ne porterait pas atteinte à l'art. 96 de la *Loi constitution-*

infringe s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, in the event it should apply to Parliament.

*Per* McLachlin J. (dissenting): The Court of Appeal correctly concluded that Parliament did not confer jurisdiction over contempt *ex facie curiae* on the Competition Tribunal. At common law an “inferior court” is limited in its jurisdiction to the punishment of contempt *in facie curiae* absent clear and express statutory language to the contrary. By long tradition, exercise of the power to punish contempt outside the presence of the court has been confined to superior courts, and this restriction is sound, being grounded in significant policy considerations. Parliament can expressly legislate to confer a general contempt power on an inferior tribunal, subject to the constitutional issue. There is a presumption, however, in construing statutes conferring powers on inferior tribunals, that they will not be considered to possess the power of contempt outside the presence of the court unless the language of Parliament is clear and unequivocal. No such language is found in s. 8 of the *Competition Tribunal Act*. This presumption does not apply only in cases where the enactment extinguishes or diminishes the power of a superior court. Even if the presumption does not apply, ss. 8 and 9 of the *Competition Tribunal Act*, correctly construed, do not confer that power on the Tribunal. The Tribunal’s primary role in the legislative scheme is that of dispute resolution; it has no general supervisory power, and the task of enforcement is left to others. The scheme provides for enforcement by a variety of other means; enforcement by contempt is unnecessary. The power of the Tribunal as set out in s. 8 is confined to the resolution of disputes and making of orders. The phrase in s. 8(1) “and any matters related thereto” is most naturally construed as referring to interlocutory matters arising in the course of an “application”. Most of the powers referred to in s. 8(2) relate to the conduct of the hearing: the phrase “enforcement of its orders” can be entirely explained in the context of interlocutory orders made in the course of the hearing, and the general phrase “and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction” refers back to whatever jurisdiction the Tribunal is granted by other provisions, primarily s. 8(1). As for s. 8(3), its requirement that the judicial member of the Tribunal concur in any finding of contempt is completely explainable by reference to the power of contempt in the face of the court conferred by s. 8(1) and (2) and the judicial member’s exclusive jurisdiction over all questions of law. It is noted that clothing the Tribunal with the power

*nelle de 1867*, dans l’hypothèse où il s’appliquerait au Parlement.

*Le* juge McLachlin (dissidente): La cour d’appel a eu raison de statuer que le législateur fédéral n’a pas conféré au Tribunal de la concurrence la compétence en matière d’outrage commis hors sa présence. En common law, un «tribunal inférieur» a une compétence limitée à la répression de l’outrage commis en sa présence, en l’absence d’une disposition législative claire et explicite à l’effet contraire. Suivant une longue tradition, l’exercice du pouvoir de punir l’outrage commis hors la présence du tribunal a été réservé aux cours supérieures et cette restriction est logique et fondée sur d’importantes considérations de principe. Le législateur fédéral peut légiférer expressément afin de conférer à un tribunal inférieur un pouvoir général en matière d’outrage, sous réserve de la question constitutionnelle. Dans l’interprétation des lois qui confèrent des pouvoirs à des tribunaux inférieurs, il existe cependant une présomption selon laquelle on ne considérera pas qu’ils ont le pouvoir de punir l’outrage commis hors leur présence à moins que le langage utilisé par le législateur ne soit clair et net. On ne trouve pas ce langage dans l’art. 8 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Cette présomption ne s’applique pas seulement dans les cas où le texte législatif écarte ou diminue le pouvoir d’une cour supérieure. Même si la présomption ne s’applique pas, les art. 8 et 9 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, interprétés correctement, ne confèrent pas ce pouvoir au Tribunal. Sous ce régime législatif, le Tribunal a pour rôle principal de régler des litiges; il n’a pas de pouvoir général de surveillance et la tâche d’exécution est laissée à d’autres. Ce régime prévoit l’exécution par divers autres moyens; l’exécution par la répression de l’outrage n’est pas nécessaire. Le pouvoir du Tribunal, énoncé à l’art. 8, se limite au règlement de litiges et à la délivrance d’ordonnances. La façon la plus naturelle d’interpréter l’expression «de même que toute question s’y rattachant», qui figure au par. 8(1), est de dire qu’elle vise les questions interlocutoires qui prennent naissance au cours d’une «demande». La plupart des pouvoirs mentionnés au par. 8(2) ont trait à la conduite de l’audience: l’expression «exécution de ses ordonnances» peut s’expliquer entièrement dans le contexte d’ordonnances interlocutoires rendues au cours de l’audition, et l’expression générale «et toutes autres questions relevant de sa compétence» renvoie à la compétence, quelle qu’elle soit, qui est conférée au Tribunal par d’autres dispositions et principalement le par. 8(1). Quant au par. 8(3), l’exigence, qu’on y trouve, que le juge du Tribunal souscrive à toute conclusion qu’il y a eu outrage peut s’expliquer entièrement par le pouvoir en matière



to commit for *ex facie* contempt leads to difficult s. 96 issues.

### Cases Cited

By Gonthier J.

**Distinguished:** *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; **referred to:** *Chrysler Canada Ltd. v. Director of Investigation and Research, Competition Act* (1991), 129 N.R. 77; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Canada (Director of Investigation and Research under the Combines Investigation Act) v. Newfoundland Telephone Co.*, [1987] 2 S.C.R. 466; *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88, aff'd [1989] 1 S.C.R. 236.

By McLachlin J. (dissenting)

*Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Vachliotis v. Exodus Link Corp.* (1987), 23 C.P.C. (2d) 72; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to establish the Competition Tribunal and to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof*, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.).  
*Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 13, 32.  
*Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985, c. 47 (4th Supp.), s. 16.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 17.

d'outrage commis en présence du tribunal que confèrent les par. 8(1) et 8(2) et par la compétence exclusive accordée au juge siégeant au Tribunal relativement à toutes les questions de droit. On remarque que le fait d'investir le Tribunal du pouvoir d'incarcérer pour l'outrage commis hors sa présence soulève des questions difficiles en ce qui concerne l'art. 96.

### Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; **arrêts mentionnés:** *Chrysler Canada Ltd. c. Director of Investigation and Research, Competition Act* (1991), 129 N.R. 77; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions) c. Newfoundland Telephone Co.*, [1987] 2 R.C.S. 466; *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.F. 601; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88, conf. par [1989] 1 R.C.S. 236.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Vachliotis c. Exodus Link Corp.* (1987), 23 C.P.C. (2d) 72; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238.

### Lois et règlements cités

*Loi constituant le Tribunal de la concurrence, modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96 à 101.  
*Loi des commissions d'enquête*, S.R.Q. 1964, ch. 11, art. 7, 11, 12.

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [am. c. 19 (2nd Supp.)], ss. 1.1, 10, 33, 34, 36, 67, 73, 74, 75, 86, 99, 106.

*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), ss. 8, 9(1), 13.

*Constitution Act, 1867*, ss. 96 to 101.

*Federal Court Rules*, C.R.C. 1978, c. 663, r. 1716.

*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 12, 31.

*Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 8(2)(c).

*Oil and Gas Production and Conservation Act*, R.S.C., 1985, c. O-7, ss. 13, 62.

*Ontario Supreme Court Rules Respecting Criminal Proceedings — Part I*, SI/85-152, r. 2.

*Public Inquiry Commission Act*, R.S.Q. 1964, c. 11, ss. 7, 11, 12.

*Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, rr. 13.01, 13.02.

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12, 31.  
*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17.

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [mod. ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.)], art. 1.1, 10, 33, 34, 36, 67, 73, 74, 75, 86, 99, 106.

*Loi sur la production et la rationalisation de l'exploitation du pétrole et du gaz*, L.R.C. (1985), ch. O-7, art. 13, 62.

*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 13, 32.

*Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, ch. O-2, art. 8(2)c).

*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 16.

*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 8, 9(1), 13.

*Règles concernant les poursuites criminelles de la Cour suprême de l'Ontario — Partie I*, TR/85-152, art. 2.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C. 1978, ch. 663, r. 1716.

*Règles de procédure civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, art. 13.01, 13.02.

#### Authors Cited

Beaupré, Michael. *Interpreting Bilingual Legislation*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1986.

Canada. Economic Council of Canada. *Interim Report on Competition Policy*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1992.

*Halsbury's Laws of England*, vol. 44, 4th ed. London: Butterworths, 1983.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 565, 111 N.R. 368, 31 C.P.R. (3d) 510, 48 B.L.R. 125, reversing a decision of the chairman of the Competition Tribunal dismissing an objection to jurisdiction. Appeals allowed, McLachlin J. dissenting.

*C. Christopher Johnston, Q.C., and Jane Graham*, for the appellant Competition Tribunal.

*Rory R. Edge and William J. Miller*, for the appellant Director of Investigation and Research.

*Thomas A. McDougall, Q.C., and Richard A. Wagner*, for the respondent Chrysler Canada Ltd.

#### Doctrine citée

Beaupré, Rémi Michael. *Interprétation de la législation bilingue*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.

Canada. Conseil économique du Canada. *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.

*Halsbury's Laws of England*, vol. 44, 4th ed. London: Butterworths, 1983.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 565, 111 N.R. 368, 31 C.P.R. (3d) 510, 48 B.L.R. 125, qui a infirmé une décision du président du Tribunal de la concurrence de rejeter une contestation de compétence. Pourvois accueillis, le juge McLachlin est dissidente.

*C. Christopher Johnston, c.r., et Jane Graham*, pour l'appelant le Tribunal de la concurrence.

*Rory R. Edge et William J. Miller*, pour l'appelant le directeur des enquêtes et recherches.

*Thomas A. McDougall, c.r., et Richard A. Wagner*, pour l'intimée Chrysler Canada Ltd.

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

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

GONTHIER J.—These appeals are concerned with the jurisdiction of the Competition Tribunal (hereinafter the Tribunal) to entertain proceedings for civil contempt of its orders under Part VIII of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, as amended by R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.) (hereinafter *CA*).

LE JUGE GONTHIER—Les présents pourvois portent sur la compétence qu'a le Tribunal de la concurrence (ci-après le Tribunal) pour instruire des procédures pour outrage civil résultant de la violation des ordonnances qu'il rend en vertu de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, modifiée par L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.) (ci-après la *LC*).

## I — Facts and Proceedings

On October 13, 1989, the Tribunal issued an order against the respondent under s. 75 *CA*, requiring it to resume the supply of Chrysler automotive parts to one Richard Brunet. This order was upheld by the Federal Court of Appeal on September 19, 1991: 129 N.R. 77.

## c I — Les faits et les procédures

Le 13 octobre 1989, le Tribunal a rendu contre l'intimée une ordonnance, en vertu de l'art. 75 de la *LC*, l'enjoignant de reprendre la fourniture de pièces d'automobiles Chrysler à un certain Richard Brunet. Le 19 septembre 1991, la Cour d'appel fédérale a maintenu cette ordonnance: 129 N.R. 77.

On February 19, 1990, the Director of Investigation and Research (hereinafter "the Director"), having reason to believe that the respondent was not complying with the order, filed a motion with the Tribunal for an order directing the respondent and others to appear before the Tribunal to show cause why they should not be held in contempt of the Tribunal. At the hearing of the motion, on February 20, 1990, the respondent objected to the jurisdiction of the Tribunal. On the same day, the Tribunal ruled that it had jurisdiction to entertain contempt proceedings. The respondent appealed from that decision. On July 10, 1990, the Federal Court of Appeal unanimously reversed and denied the jurisdiction of the Tribunal, for the reasons of Iacobucci C.J. (as he then was). This Court granted leave to appeal this judgment on May 2, 1991.

Le 19 février 1990, le directeur des enquêtes et recherches (ci-après «le directeur»), qui avait des raisons de croire que l'intimée ne respectait pas l'ordonnance, a présenté au Tribunal une requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant à l'intimée et à d'autres personnes de comparaître devant le Tribunal afin d'expliquer pourquoi elles ne devraient pas être reconnues coupables d'outrage au Tribunal. Lors de l'audition de la requête, le 20 février 1990, l'intimée a contesté la compétence du Tribunal. Le même jour, le Tribunal a décidé qu'il avait compétence pour instruire les procédures pour outrage. L'intimée a interjeté appel contre cette décision. Le 10 juillet 1990, la Cour d'appel fédérale a infirmé, à l'unanimité, cette décision et nié la compétence du Tribunal pour les motifs exposés par le juge en chef Iacobucci (maintenant juge de notre Cour). Notre Cour a accordé l'autorisation de former un pourvoi contre cet arrêt le 2 mai 1991.

## II — Relevant Statutory Dispositions

*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 8 (hereinafter *CTA*):

## II — Les dispositions législatives pertinentes

La *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 8 (ci-après la *LTC*):

8. (1) The Tribunal has jurisdiction to hear and determine all applications made under Part VIII of the *Competition Act* and any matters related thereto.

(2) The Tribunal has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its orders and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

(3) No person shall be punished for contempt of the Tribunal unless a judicial member is of the opinion that the finding of contempt and the punishment are appropriate in the circumstances.

### III — Judgments Below

#### *Competition Tribunal*

Reed J. stated that inferior tribunals do not have the power to punish for contempt committed outside of their presence (contempt *ex facie curiae*), unless a statute confers such a power on them. She found that s. 8 *CTA* did grant such jurisdiction to the Tribunal, a conclusion that was further buttressed by the nature of the competition scheme, especially the separation of investigative and adjudicative powers between the Director and the Tribunal respectively.

*Federal Court of Appeal*, [1990] 2 F.C. 565

Iacobucci C.J. began with the same premise as Reed J., referring to Dickson J. (as he then was) in *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618 (hereinafter *CBC*), for the proposition that the statutory grant must be clear and unambiguous. He examined the three subsections of s. 8 *CTA*. He found that the words “hear and determine” in s. 8(1) limited the jurisdiction of the Tribunal to the issuance of the order determining the application under Part VIII *CA*. The phrase “enforcement of its orders” in s. 8(2) was qualified by the phrase “necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction” and therefore could not give the Tribunal a greater jurisdiction than s. 8(1) outlines. Finally, s. 8(3) does not indicate that it applies to anything more than contempt in the presence of the Tribunal (*in*

8. (1) Le Tribunal entend les demandes qui lui sont présentées en application de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* de même que toute question s’y rattachant.

(2) Le Tribunal a, pour la comparution, la prestation de serment et l’interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l’examen des pièces, l’exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d’une cour supérieure d’archives.

(3) Personne ne peut être puni pour outrage au Tribunal à moins qu’un juge ne soit d’avis que la conclusion qu’il y a eu outrage et la peine sont justifiées dans les circonstances.

### III — Jugements des tribunaux d’instance inférieure

#### *Le Tribunal de la concurrence*

Le juge Reed affirme que les tribunaux inférieurs n’ont pas le pouvoir de punir l’outrage commis hors leur présence (outrage *ex facie curiae*), à moins qu’une loi ne leur confère un tel pouvoir. Elle conclut que l’art. 8 de la *LTC* accorde une telle compétence au Tribunal, une conclusion qui s’appuie en outre sur la nature du régime de concurrence, dont, en particulier, l’attribution des pouvoirs d’enquête et de décision au directeur et au Tribunal séparément.

*La Cour d’appel fédérale*, [1990] 2 C.F. 565

Le juge en chef Iacobucci prend pour prémisse, tout comme le juge Reed, avec renvoi aux motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618 (ci-après l’arrêt *Société Radio-Canada*), le principe que l’attribution législative de pouvoir doit être claire et sans ambiguïté. Il examine les trois paragraphes de l’art. 8 de la *LTC*. Il conclut que le terme «entend», au par. 8(1), restreint la compétence du Tribunal à la délivrance de l’ordonnance statuant sur la demande fondée sur la partie VIII de la *LC*. L’expression «exécution de ses ordonnances», au par. 8(2), est qualifiée par l’expression «relevant de sa compétence» et elle ne peut donc conférer au Tribunal une plus grande compétence que celle décrite au par. 8(1). Finalement, le par. 8(3) n’in-

*facie curiae*). He concluded that the Tribunal did not have any jurisdiction over contempt proceedings for breaches of its orders under Part VIII CA.

#### IV — Issue

As stated at the outset of these reasons, the sole issue before the Court is whether the Tribunal has jurisdiction over civil contempt for breaches of its orders under Part VIII CA. The parties made numerous references to contempt *ex facie curiae* in general, and I wish to underscore that the powers of the Tribunal over contempt *ex facie curiae* as such are not at issue here. This Court is only concerned with one species of *ex facie* contempt, failure to comply with an order of the Tribunal.

#### V — Analysis

It is not contested by the parties, and the Court agrees, that the Tribunal is an inferior court of record, as stated in s. 9(1) CTA.

##### A. *The Common Law*

This Court reviewed the common law with respect to the contempt powers of inferior tribunals in *CBC, supra*. There, the CBC had broadcast a photograph of a witness before the Quebec Police Commission (hereinafter “the Commission”), despite a publication ban from the Commission. The Commission ordered the CBC to appear before it and show cause why it should not be held in contempt. The CBC challenged the jurisdiction of the Commission. Various legislative grounds had been advanced in support of the jurisdiction of the Commission, including ss. 7, 11 and 12 of the *Public Inquiry Commission Act*, R.S.Q. 1964, c. 11:

dique pas qu’il s’applique à autre chose que l’outrage commis en présence du Tribunal (*in facie curiae*). Il conclut que le Tribunal n’a pas compétence pour instruire les procédures pour outrage résultant de la violation des ordonnances qu’il rend en vertu de la partie VIII de la LC.

#### IV — La question en litige

Comme je l’ai mentionné au début des présents motifs, la seule question dont est saisie notre Cour est de savoir si le Tribunal a compétence à l’égard de l’outrage civil résultant de la violation des ordonnances qu’il rend en vertu de la partie VIII de la LC. Les parties ont mentionné, à maintes reprises, l’outrage *ex facie curiae* en général et je tiens à préciser que les pouvoirs du Tribunal en matière d’outrage commis hors sa présence ne sont pas comme tels en litige dans la présente affaire. Notre Cour n’est saisie ici que d’un genre d’outrage *ex facie curiae*, soit le défaut de se conformer à une ordonnance du Tribunal.

#### V — Analyse

Les parties ne contestent pas et la Cour reconnaît que le Tribunal est une cour inférieure d’archives comme le prévoit le par. 9(1) de la LTC.

##### A. *La common law*

Notre Cour a fait l’étude de la common law touchant les pouvoirs des tribunaux inférieurs en matière d’outrage, dans l’arrêt *Société Radio-Canada*, précité. Dans cette affaire, la Société Radio-Canada avait diffusé la photographie d’un témoin devant la Commission de police du Québec (ci-après «la Commission»), malgré l’ordonnance de non-publication de la Commission. La Commission a sommé la Société Radio-Canada de comparaître devant elle pour expliquer pourquoi elle ne devrait pas être reconnue coupable d’outrage. La Société Radio-Canada a contesté la compétence de la Commission. Diverses dispositions législatives ont été invoquées à l’appui de la compétence de la Commission, notamment les art. 7, 11 et 12 de la *Loi des commissions d’enquête*, S.R.Q. 1964, ch. 11:

7. A majority of the commissioners must attend and preside at the hearing of witnesses, and they, or a majority of them, shall have, with respect to the proceedings upon the hearing, all the powers of a judge of the Superior Court in term.

11. Any person refusing to be sworn when duly required, or omitting or refusing, without just cause, sufficiently to answer any question that may be lawfully put to him, or to render any testimony in virtue of this act, shall be deemed to be in contempt of court and shall be punished accordingly.

12. If any person refuse to produce, before the commissioners, any paper, book, deed or writing in his possession or under his control which they deem necessary to be produced, or if any person be guilty of contempt of the commissioners or of their office, the commissioners may proceed for such contempt in the same manner as any court or judge under like circumstances.

Articles 46 (general powers of courts and judges) and 49 to 54 (contempt of court) of the *Code of Civil Procedure* were also invoked.

For the majority of the Court, Beetz J. first reviewed the common law. He concluded at p. 638:

... the Anglo-Canadian authorities on the power to punish for contempt committed *ex facie curiae* have been firmly established for more than two hundred years. According to these authorities, this power is enjoyed exclusively by the superior courts.

Such a rule is moreover justified in principle by the following considerations. The power to punish for contempt committed *ex facie* is liable to result in inquiries which may well involve a lower court in areas which are practically impossible to define in terms of jurisdiction and completely foreign to its own area of jurisdiction, which by definition is limited. Such an obstacle does not arise in the case of a court like the Superior Court, which is a court of original general jurisdiction (art. 31 *C.C.P.*) with *a priori* jurisdiction, or courts sitting in appeal from decisions of the Superior Court, which may in general render the decisions which the latter would have rendered. Moreover, the power to punish a contempt committed *ex facie* is necessarily bound up with the superintending and controlling power which only a superior court may exercise over inferior courts. This

7. La majorité des commissaires doit assister et présider à l'examen des témoins, et les commissaires ont, ou la majorité d'entre eux, en ce qui concerne les procédures de cet examen, tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure siégeant en terme.

11. Quiconque refuse de prêter serment lorsqu'il en est dûment requis, ou omet ou refuse, sans raison valable, de répondre suffisamment à toutes les questions qui peuvent légalement lui être faites, ou de témoigner en vertu de la présente loi, est censé commettre un mépris de cour et est puni en conséquence.

12. Si quelqu'un refuse de produire, devant les commissaires, les papiers, livres, documents ou écrits qui sont en sa possession ou sous son contrôle, et dont les commissaires jugent la production nécessaire, ou si quelqu'un est coupable de mépris à l'égard des commissaires ou de leurs fonctions, les commissaires peuvent procéder sur ce mépris de la même manière que toute cour ou tout juge en semblables circonstances.

Les articles 46 (pouvoirs généraux des tribunaux et des juges) et 49 à 54 (outrage au tribunal) du *Code de procédure civile* ont également été invoqués.

Au nom de la Cour à la majorité, le juge Beetz examine en premier lieu la common law. Il conclut, à la p. 638:

... la jurisprudence anglo-canadienne relative au pouvoir de punir un outrage commis *ex facie curiae* est une jurisprudence fixée qui date de plus de deux cents ans. Cette jurisprudence veut que ce pouvoir relève de la juridiction exclusive des cours supérieures.

Une telle règle d'ailleurs se justifie en principe par les considérations suivantes. Le pouvoir de punir un outrage commis *ex facie* est susceptible de donner lieu à des enquêtes qui risquent d'entraîner un tribunal inférieur dans des domaines pratiquement impossibles à définir en termes de juridiction et complètement étrangers à celui de sa juridiction propre laquelle, par hypothèse, est limitée. Cet obstacle ne se retrouve pas dans le cas d'une cour comme la Cour supérieure qui est un tribunal de droit commun, (art. 31 *C.p.c.*) dont la juridiction est une juridiction de principe, ou de cours qui siègent en appel des décisions de la Cour supérieure et peuvent généralement rendre des décisions que celle-ci aurait dû rendre. Au surplus, le pouvoir de punir un outrage commis *ex facie* se rattache nécessairement au pouvoir de contrôle et de surveillance que seule une cour supérieure

controlling power could become illusory if, in the case of a contempt committed *ex facie*, an inferior court had the right to go beyond its own particular field. There would also be the danger of conflict between the superior and inferior courts, of the kind that formerly existed in England between the common law and equity courts. Finally, the inferior courts are not without any means of ensuring that their lawful orders are observed . . . the superior courts may come to their aid . . .

Beetz J. went on to examine whether any of the above enactments conferred a power over contempt *ex facie curiae* on the Commission. He held that s. 7 of the *Public Inquiry Commission Act* was limited to the examination of witnesses, and therefore could not give the Commission more than the *in facie* contempt power it already had. Similarly, ss. 11 and 12 could be read as concerning contempt *in facie curiae* only. As for the articles of the *Code of Civil Procedure*, art. 46 was suppletive in nature and arts. 49 to 54 merely codified the common law of contempt. In adopting this interpretation, Beetz J. was guided by the principle of constitutionality of statutes: in deciding as to the appropriate interpretation of a statute, one should prefer a construction that conforms with the Constitution.

Beetz J. did not enunciate any formal requirement with respect to the wording of a statutory grant of *ex facie* contempt powers to an inferior court. In his analysis of the *Code of Civil Procedure*, though, he wrote that “[w]hen the legislator wishes to amend the common law, he does so by express provision” (p. 644), referring to art. 51 *C.C.P.*, which reduced the discretion formerly enjoyed by courts of law as to punishment. Dickson J., writing for himself and Martland J., held that statutory language must be clear and unambiguous to override the common law and confer *ex facie* contempt powers on an inferior tribunal. I fail to see much difference between “express” and “clear and unambiguous”. Both opinions adopt in substance the same interpretation principle. The common law may be modified through express statutory language, such as the

peut exercer sur les tribunaux inférieurs. Ce pouvoir de contrôle pourrait devenir illusoire si, à l’occasion d’un outrage commis *ex facie*, un tribunal inférieur avait la faculté de s’aventurer hors de son domaine particulier. Il y aurait également risque de conflit entre les cours supérieures et les cours inférieures, du genre de ceux qui opposèrent autrefois en Angleterre les cours de *common law* et les cours d’*equity*. Enfin, les tribunaux inférieurs ne sont pas dépourvus de tout moyen de faire observer leurs ordonnances légitimes [. . .] les cours supérieures peuvent leur venir en aide . . .

Le juge Beetz se demande ensuite si l’un des textes législatifs mentionnés précédemment confère à la Commission un pouvoir en matière d’outrage commis hors sa présence. Il décide que l’art. 7 de la *Loi des commissions d’enquête* est restreint à l’interrogatoire des témoins et qu’il ne peut donc conférer à la Commission plus que le pouvoir qu’elle a déjà en matière d’outrage commis en sa présence. De même, les art. 11 et 12 peuvent s’interpréter comme visant seulement l’outrage commis en présence du tribunal. Quant aux dispositions du *Code de procédure civile*, l’art. 46 est de nature supplétive et les art. 49 à 54 ne font que codifier la common law en matière d’outrage. Le juge Beetz, en adoptant cette interprétation, est guidé par le principe de la constitutionnalité des lois, à savoir que lorsqu’il s’agit de décider de l’interprétation qu’il convient de donner à une loi, il y a lieu de préférer celle qui est conforme à la Constitution.

Le juge Beetz n’énonce pas d’exigence formelle concernant la formulation d’une attribution législative à un tribunal inférieur de pouvoirs en matière d’outrage commis hors la présence de celui-ci. Toutefois, dans son analyse du *Code de procédure civile*, il écrit que «[l]orsque le législateur veut modifier la *common law*, il le fait par des dispositions explicites» (p. 644), donnant en exemple l’art. 51 *C.p.c.* qui restreint le pouvoir discrétionnaire dont jouissaient auparavant les cours de justice en matière de détermination de la peine. Le juge Dickson, s’exprimant en son propre nom et en celui du juge Martland, conclut que le texte législatif doit être clair et sans ambiguïté pour l’emporter sur la common law et conférer à un tribunal inférieur des pouvoirs en matière d’outrage commis hors sa présence. Je ne vois pas beaucoup de différence entre les expressions «explicites» et

grant of a power in terms different from the common law.

Furthermore, when dealing with common law rules on the jurisdiction of superior courts, it is important to distinguish between enactments which deprive superior courts of their jurisdiction, or privative clauses, and enactments which convey part of the jurisdiction of superior courts to another tribunal, while not extinguishing the jurisdiction of superior courts. In the former case, courts have insisted on a narrow construction, since the citizen may be deprived of a recourse to the superior court (see the line of cases culminating in *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, where the rule of strict interpretation is given constitutional significance). In the latter case, I would think that there is little point in insisting upon precise formulae to the extent that the intention of Parliament may be thwarted (see P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1992), at pp. 420-21). Barring constitutional considerations, if a statute, read in context and given its ordinary meaning, clearly confers upon an inferior tribunal a jurisdiction that is enjoyed by the superior court at common law, while not depriving the superior court of its jurisdiction, it should be given effect.

#### B. *The Functions of the Competition Tribunal*

The Tribunal was created in 1986, in the wake of "Stage II" of competition law reform. Part I of *An Act to establish the Competition Tribunal and to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof*, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.) (hereinafter the *1986 Act*), became the *CTA*, and Part II made in-depth amendments to the *CA*.

The *1986 Act* completed the broad division of the *CA* into two substantive parts, one criminal (Part VI) and one civil/administrative in nature

«clair et sans ambiguïté». Les deux opinions adoptent essentiellement le même principe d'interprétation. La common law peut être modifiée par un texte législatif explicite, comme dans le cas d'une attribution de pouvoirs définis autrement que par la common law.

En outre, lorsqu'on traite des règles de la common law sur la compétence des cours supérieures, il est important d'établir une distinction entre les textes législatifs qui privent les cours supérieures de leur compétence, c.-à-d. les clauses privatives, et les textes législatifs qui transfèrent une partie de la compétence des cours supérieures à un autre tribunal sans écarter leur compétence. Dans le premier cas, les tribunaux ont insisté sur une interprétation restrictive, étant donné que le citoyen peut être privé d'un recours à une cour supérieure (voir le courant de jurisprudence qui a abouti à l'arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, qui attribue à la règle d'interprétation stricte une importance constitutionnelle). Dans le deuxième cas, je croirais qu'il ne sert pas à grand-chose d'insister sur des formules précises à tel point que l'intention du législateur puisse être contrecarrée (voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 480 et 481). Sous réserve de considérations constitutionnelles, si une loi, interprétée dans son contexte et selon son sens ordinaire, confère clairement à un tribunal inférieur une compétence dont une cour supérieure jouit en common law, sans priver cette dernière de sa compétence, cette loi doit avoir effet.

#### B. *Les fonctions du Tribunal de la concurrence*

Le Tribunal a été créé en 1986, dans le cadre de la deuxième étape de la réforme du droit en matière de concurrence. La partie I de la *Loi constituant le Tribunal de la concurrence, modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.) (ci-après la *Loi de 1986*), est devenue la *LTC*, et la partie II a modifié en profondeur la *LC*.

La *Loi de 1986* complétait la division générale de la *LC* en deux parties fondamentales, l'une de nature pénale (partie VI) et l'autre de nature civile



(Part VIII), in accordance with proposals put forward as early as in 1969 by the Economic Council of Canada in its *Interim Report on Competition Policy*. Jurisdiction over the criminal part lies with the courts ordinarily dealing with criminal cases, as well as the Federal Court, Trial Division (ss. 67, 73 *CA*). As for the civil part, Part VIII, as its heading indicates, lists the matters reviewable by the Tribunal. Section 8(1) *CTA* confirms the jurisdiction of the Tribunal over Part VIII. The civil part of the *CA* therefore falls entirely under the Tribunal's jurisdiction. It is readily apparent from the *CA* and the *CTA* that Parliament created the Tribunal as a specialized body to deal solely and exclusively with Part VIII *CA*, since it involves complex issues of competition law, such as abuses of dominant position and mergers.

Moreover, the 1986 reform also concentrated the administration of the *CA* in the hands of the Director. The Director is responsible for the conduct of inquiries under the *CA* (s. 10 *CA*), and he holds a number of powers in this respect. He may request the Attorney General of Canada to consider a prosecution under Part VI *CA*. For all intents and purposes, since competition matters generally require extensive inquiry, prosecution will rarely be instigated without a request from the Director. Hence, the Director has a substantial amount of control over prosecutions under the *CA*. He has even more control over proceedings under Part VIII *CA* since, aside from exceptions of limited scope in ss. 86, 99 and 106 *CA*, only the Director may bring a matter before the Tribunal.

Coming to the core of this case, when one considers the criminal part of the *CA*, it becomes clear that Parliament had definite concerns about enforcement when enacting the *CA*. For instance, in Part IV, entitled "Special Remedies", at ss. 33 and 34, superior courts of criminal jurisdiction are given powers to issue interim injunctions (the Fed-

et administrative (partie VIII), conformément aux propositions présentées dès 1969 par le Conseil économique du Canada dans son *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*. La compétence relative à la partie pénale relève des tribunaux judiciaires qui connaissent habituellement des affaires criminelles, ainsi que de la Section de première instance de la Cour fédérale (art. 67 et 73 de la *LC*). Quant à la partie civile, la partie VIII, elle établit, comme son titre l'indique, les affaires qui relèvent du Tribunal. Le paragraphe 8(1) de la *LTC* confirme la compétence du Tribunal à l'égard de la partie VIII. Par conséquent, la partie civile de la *LC* relève entièrement de la compétence du Tribunal. Il ressort nettement de la *LC* et de la *LTC* que le législateur a créé le Tribunal comme organisme spécialisé chargé de traiter uniquement et exclusivement de la partie VIII de la *LC*, puisqu'elle vise des questions complexes de droit en matière de concurrence comme les abus de position dominante et les fusions.

Qui plus est, la réforme de 1986 a également concentré l'application de la *LC* entre les mains du directeur. Le directeur est chargé de mener les enquêtes aux termes de la *LC* (art. 10 de la *LC*) et il détient un certain nombre de pouvoirs à cet égard. Il peut demander au procureur général du Canada d'examiner la possibilité d'engager des poursuites fondées sur la partie VI de la *LC*. En réalité, comme les affaires de concurrence exigent généralement une enquête approfondie, les poursuites seront rarement engagées sans une demande du directeur. Ainsi, le directeur exerce un contrôle important sur les poursuites engagées en vertu de la *LC*. Il a encore plus de contrôle sur les procédures fondées sur la partie VIII de la *LC* puisque, outre les exceptions de portée limitée aux art. 86, 99 et 106 de la *LC*, seul le directeur peut saisir le Tribunal d'une affaire.

Pour en venir au cœur de la présente affaire, il ressort clairement, à l'examen de la partie pénale de la *LC*, que le législateur avait des préoccupations précises en matière d'exécution lorsqu'il a adopté la *LC*. Ainsi, dans la partie IV intitulée «Recours spéciaux», les art. 33 et 34 accordent aux cours supérieures de juridiction criminelle le pou-

eral Court is also given this power) and prohibition orders to prevent violations of Part VI CA. These powers are exceptional in the criminal law context. Given the nature of competition law offences, which often involve continuous or continuing business practices, it is quite understandable that Parliament may have wanted to expand the criminal part of the CA beyond retribution in order to ensure the benefits of free competition in the longer term.

The same concern for the proper long-term functioning of the free market lay at the very heart of the enactment of Part VIII in 1986. Civil remedies can be more finely attuned and stand a better chance of leading to lasting compliance with the CA than criminal convictions. Parliament, in order to provide for the supervision of the orders of the Tribunal, has given the Tribunal at s. 106 CA a power to rescind or vary its orders upon request from the Director or a person against whom the order has been made. Yet Parliament has not included in the CA itself a mechanism to ensure compliance with the orders of the Tribunal.

The respondent argues that s. 74 CA, which makes it an offence to contravene or fail to comply with an order of the Tribunal, is functionally equivalent to a contempt power for breaches of orders under Part VIII. I disagree. First of all, s. 74 CA, unlike ss. 33(7) and 34(6) CA for interim injunctions and prohibition orders, aims at punishment of breaches, and not at securing compliance. It provides for definite fine and prison terms, and does not allow for the kind of flexibility available in contempt proceedings. It is in essence retrospective, and not prospective. Furthermore, a charge under s. 74 CA will be tried before a criminal court, and not before the Tribunal. The expertise of the Tribunal is lost in proceedings under s. 74 CA. If it is only possible to prove a breach of an order through a process comparable in complexity to the issuance of the order, as is often the case, some violations may well escape scrutiny and remedial

voir de prononcer des injonctions provisoires (la Cour fédérale se voit également conférer ce pouvoir) et de rendre des ordonnances d'interdiction pour empêcher des violations de la partie VI de la LC. Ces pouvoirs sont exceptionnels dans le contexte du droit criminel. Compte tenu de la nature des infractions au droit en matière de concurrence, qui comportent souvent des pratiques commerciales continues ou permanentes, on comprend facilement que le législateur ait pu vouloir étendre la partie pénale de la LC au delà de l'imposition d'une peine de manière à assurer le maintien des avantages de la libre concurrence à long terme.

Le même souci d'assurer le bon fonctionnement à long terme du marché libre était au cœur même de l'adoption de la partie VIII en 1986. Les recours civils peuvent être mieux harmonisés et sont plus susceptibles d'entraîner un respect durable de la LC que les déclarations de culpabilité de nature criminelle. Afin d'assurer la surveillance des ordonnances du Tribunal, le législateur lui a donné, à l'art. 106 de la LC, le pouvoir d'annuler ou de modifier ses ordonnances à la demande du directeur ou de la personne visée par l'ordonnance en question. Toutefois, le législateur n'a pas inclus dans la LC elle-même un mécanisme permettant d'assurer le respect des ordonnances du Tribunal.

L'intimée soutient que l'art. 74 de la LC, selon lequel commet une infraction quiconque viole ou transgresse une ordonnance du Tribunal, revient à toutes fins utiles à accorder un pouvoir de punir l'outrage résultant de la violation des ordonnances rendues en vertu de la partie VIII. Je ne suis pas d'accord. Tout d'abord, l'art. 74 de la LC, contrairement aux par. 33(7) et 34(6) de la LC qui s'appliquent aux injonctions provisoires et aux ordonnances d'interdiction, vise à punir les violations et non pas à assurer le respect. Il prescrit une amende et une peine d'emprisonnement précises et ne permet pas le même genre de souplesse que dans le cas des procédures pour outrage. Il est essentiellement rétrospectif et non pas prospectif. En outre, c'est une cour criminelle et non pas le Tribunal qui instruira une accusation portée en vertu de l'art. 74 de la LC. L'expertise du Tribunal est perdue dans le cas de procédures fondées sur l'art. 74 de la LC.

action, if the expertise of the Tribunal is not available at the enforcement stage. Given the complexity of orders under Part VIII, monitoring their application could not be made a completely separate process, before a court of general or criminal jurisdiction, without a corresponding loss of effectiveness.

Moreover, a duality of criminal and civil remedies against a breach of an order is found in other areas, where criminal provisions similar to s. 74 CA protect the orders of an inferior tribunal created by Parliament. Yet Parliament, in these other areas, has also provided for the filing of their orders with the Federal Court to ensure compliance (see the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 13 and 32, and the *Oil and Gas Production and Conservation Act*, R.S.C., 1985, c. O-7, ss. 13 and 62). Section 74 CA is not an adequate substitute for contempt proceedings for breaches of orders of the Tribunal.

This cursory examination of the CA shows that Parliament intended the Tribunal to oversee Part VIII and that Parliament was strongly concerned with long-term compliance with the CA, in both its criminal and civil parts. The CA itself, however, does not make any provision for the enforcement of the orders of the Tribunal through contempt or similar proceedings.

### C. Section 8 of the Competition Tribunal Act

Section 8 CTA complements the CA. The attention of this Court has been drawn to other federal statutes which contain provisions similar in wording to parts of s. 8 CTA, in particular to s. 8(2) CTA. None of these provisions, however, is similar to the three subsections of s. 8 CTA taken as a

S'il est seulement possible de prouver la violation d'une ordonnance au moyen d'un processus d'une complexité comparable à la délivrance de l'ordonnance, comme c'est souvent le cas, certaines violations pourront bien échapper à l'examen et à un redressement si on ne peut recourir à l'expertise du Tribunal au stade de l'exécution. Vu la complexité des ordonnances fondées sur la partie VIII, il n'était pas possible de faire de la surveillance de leur exécution un processus entièrement distinct, devant une cour de juridiction générale ou criminelle, sans qu'il n'y ait une perte d'efficacité correspondante.

Par ailleurs, il existe une dualité de recours civils et criminels, en cas de violation d'une ordonnance, dans d'autres domaines où des dispositions criminelles semblables à l'art. 74 de la LC protègent les ordonnances d'un tribunal inférieur créé par le législateur. Toutefois, le législateur a également, dans ces autres domaines, prévu le dépôt des ordonnances à la Cour fédérale pour en assurer le respect (voir la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 13 et 32, et la *Loi sur la production et la rationalisation de l'exploitation du pétrole et du gaz*, L.R.C. (1985), ch. O-7, art. 13 et 62). L'article 74 de la LC ne constitue pas un substitut adéquat aux procédures pour outrage résultant de la violation des ordonnances du Tribunal.

Il ressort de cet examen rapide de la LC que le législateur a voulu que le Tribunal surveille l'application de la partie VIII et qu'il se préoccupait beaucoup de l'observance à long terme de la LC, qu'il s'agisse de ses dispositions pénales ou civiles. Toutefois, la LC elle-même ne contient aucune disposition relative à l'exécution des ordonnances du Tribunal au moyen de procédures pour outrage ou d'autres procédures semblables.

### C. L'article 8 de la Loi sur le Tribunal de la concurrence

L'article 8 de la LTC complète la LC. On a souligné à notre Cour l'existence d'autres lois fédérales qui contiennent des dispositions dont le texte est semblable à certaines parties de l'art. 8 de la LTC, en particulier à son par. 8(2). Toutefois, aucune de ces dispositions n'est semblable à l'en-

whole. Moreover, all of the statutes in which these provisions are found offer schemes different from that of the *CA* and *CTA*, inasmuch as the issue of enforcement through contempt proceedings does not arise in any of them. Either they provide for a particular enforcement mechanism, through filing of the Tribunal's order with the Federal Court, or the relief granted by the Tribunal is self-executory in nature. In other cases, the Tribunal only has powers of recommendation. Section 8 *CTA* is thus unique, and it must be interpreted in light of its wording and its context.

### 1. Section 8(1)

Section 8(1) *CTA*, the basis of the Tribunal's jurisdiction, reads as follows:

8. (1) The Tribunal has jurisdiction to hear and determine all applications made under Part VIII of the *Competition Act* and any matters related thereto.

8. (1) Le Tribunal entend les demandes qui lui sont présentées en application de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* de même que toute question s'y rattachant.

The core of the Tribunal's jurisdiction is the hearing and determination of Part VIII applications. When both versions are read together, it becomes apparent that the additional powers conferred by the phrase "any matters related thereto"/"toute question s'y rattachant" pertain to the applications, and not to the hearing and determination of the applications. In English, the phrase "any matters related thereto" may refer to the applications or to their hearing and determination, though, to my mind, the latter reading is constrained and does not reflect the natural meaning of the words, namely: "... hear and determine all applications made under Part VIII of the *Competition Act* and hear and determine all matters related to the applications". In French, "s'y rattachant" can only refer to the noun "demandes", and not to the verb

semble des trois paragraphes de l'art. 8 de la *LTC*. De plus, toutes les lois dans lesquelles se trouvent ces dispositions présentent des régimes différents de celui de la *LC* et de la *LTC*, en ce sens que la question de l'exécution au moyen de procédures pour outrage n'est soulevée dans aucune d'elles. Soit qu'elles prévoient un mécanisme particulier d'exécution par dépôt de l'ordonnance du Tribunal à la Cour fédérale, soit que le redressement accordé par le Tribunal est de nature auto-exécutoire. Dans d'autres cas, le Tribunal n'a que des pouvoirs de recommandation. L'article 8 de la *LTC* est donc unique et il doit être interprété en fonction de sa formulation et de son contexte.

### 1. Le paragraphe 8(1)

Voici le texte du par. 8(1) qui est le fondement de la compétence du Tribunal:

8. (1) Le Tribunal entend les demandes qui lui sont présentées en application de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* de même que toute question s'y rattachant.

8. (1) The Tribunal has jurisdiction to hear and determine all applications made under Part VIII of the *Competition Act* and any matters related thereto.

La compétence essentielle du Tribunal est d'entendre les demandes fondées sur la partie VIII. Lorsque les deux versions sont lues ensemble, il devient évident que les pouvoirs additionnels que confère l'expression «toute question s'y rattachant»/«any matters related thereto» se rapportent aux demandes et non à leur audition. En anglais, l'expression «any matters related thereto» peut viser les demandes ou leur audition quoique, selon moi, cette dernière interprétation soit forcée et ne reflète pas le sens naturel des mots, c'est-à-dire: «... hear and determine all applications made under Part VIII of the *Competition Act* and hear and determine all matters related to the applications». En français, l'expression «s'y rattachant» ne peut viser que le substantif «demandes» et non le verbe «entend», sinon la clause se lirait ainsi:

“entend”, or otherwise the clause would read “toute question se rattachant aux auditions”. Section 8(1) *CTA* therefore confers on the Tribunal jurisdiction not only over the hearing and determination of applications, but also over related matters. The jurisdiction of the Tribunal does not terminate upon the determination of an application, as the respondent argues, but it may encompass other matters related to the application, such as the enforcement of an order made pursuant to the application.

Beyond the natural grammatical construction of s. 8(1) *CTA*, this interpretation is also supported by other considerations. The respondent claimed that the phrase “any matters related thereto” essentially added to the Tribunal’s jurisdiction various ancillary matters that may arise in the course of the hearing of an application. Such an interpretation would, in my opinion, fail to give its full meaning to s. 8(1) *CTA*. It is an established principle of common law, codified to a certain extent in s. 31 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, that “[t]he powers conferred by an enabling statute include not only such as are expressly granted but also, by implication, all powers which are reasonably necessary for the accomplishment of the object intended to be secured” (*Halsbury’s Laws of England*, vol. 44, 4th ed., para. 934, p. 586; see also P.-A. Côté, *supra*, at pp. 76-77). This principle has been recently applied in *Canada (Director of Investigation and Research under the Combines Investigation Act) v. Newfoundland Telephone Co.*, [1987] 2 S.C.R. 466, and in a line of cases from the Federal Court of Appeal, starting with *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601 (C.A.). Since the Tribunal has jurisdiction to hear and determine Part VIII applications, the common law would have conferred upon it jurisdiction over incidental and ancillary matters arising in the course of the hearing and determination. No need would arise to add the phrase “and any matters related thereto”. Since this phrase should be given some meaning, it should be taken as a grant of jurisdiction over matters related to Part VIII applications, but arising outside of the hearing and determination of these applications. These matters may include for

«toute question se rattachant aux auditions». Par conséquent, le par. 8(1) de la *LTC* confère compétence au Tribunal non seulement en ce qui concerne l’audition des demandes, mais également à l’égard de questions connexes. La compétence du Tribunal ne prend pas fin lorsqu’il statue sur une demande, comme le soutient l’intimée, mais elle peut englober d’autres questions relatives à la demande, comme l’exécution d’une ordonnance rendue conformément à la demande.

Outre l’interprétation grammaticale naturelle du par. 8(1) de la *LTC*, il y a d’autres facteurs qui appuient cette interprétation. L’intimée soutient que l’expression «toute question s’y rattachant» ajoute en somme à la compétence du Tribunal diverses questions accessoires rattachées à l’audition même d’une demande. À mon avis, une telle interprétation ne donnerait pas son plein sens au par. 8(1) de la *LTC*. Selon un principe bien établi en common law et codifié dans une certaine mesure à l’art. 31 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, [TRADUCTION]«[I]es pouvoirs que confère une loi habilitante comprennent non seulement ceux qui sont expressément accordés mais également, par déduction, tous les pouvoirs qui sont raisonnablement nécessaires à la réalisation de l’objectif visé» (*Halsbury’s Laws of England*, vol. 44, 4<sup>e</sup> éd., para. 934, p. 586; voir également P.-A. Côté, *op. cit.*, à la p. 84). Ce principe a été appliqué récemment dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions) c. Newfoundland Telephone Co.*, [1987] 2 R.C.S. 466, et dans une série d’arrêts de la Cour d’appel fédérale à compter de *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l’énergie*, [1978] 1 C.F. 601 (C.A.). Vu que le Tribunal est compétent pour entendre les demandes fondées sur la partie VIII, la common law lui aurait conféré compétence à l’égard des questions accessoires et subsidiaires qui sont soulevées au cours de l’audition. Il ne serait pas nécessaire d’ajouter l’expression «toute question s’y rattachant». Puisqu’il faut donner un sens à cette expression, elle devrait être interprétée comme attribuant compétence sur les questions qui se rapportent aux demandes fondées sur la par-

instance the enforcement of the orders made under Part VIII.

## 2. Section 8(2)

While s. 8(1) *CTA* extends the jurisdiction of the Tribunal to all matters related to applications under Part VIII *CA* and gives jurisdictional foundation to the power of the Tribunal over contempt for breaches of its orders, s. 8(2) *CTA* expressly confers upon it the powers of a superior court with respect to the enforcement of its orders. Section 8(2) *CTA* displaces the common law presumption. It reads as follows:

8. . . .

(2) The Tribunal has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its orders and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

8. . . .

(2) Le Tribunal a, pour la comparution, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l'examen des pièces, l'exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d'une cour supérieure d'archives.

The position of the phrase "other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction"/"toutes autres questions relevant de sa compétence" in this paragraph leads to the conclusion that the enumerated powers come within the jurisdiction of the Tribunal as well. Section 8(2) confirms and consolidates the jurisdiction of the Tribunal. In the context of s. 8(2), the words "enforcement of its orders" coupled with the phrase "necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction" cannot be read otherwise than as a

tie VIII, mais qui surviennent en dehors de l'audition de ces demandes. Ces questions peuvent comprendre, par exemple, l'exécution des ordonnances fondées sur la partie VIII.

## 2. Le paragraphe 8(2)

Alors que le par. 8(1) de la *LTC* étend la compétence du Tribunal à toutes les questions relatives aux demandes fondées sur la partie VIII de la *LC* et donne un fondement juridictionnel au pouvoir que possède le Tribunal en matière d'outrage résultant de la violation de ses ordonnances, le par. 8(2) de la *LTC* lui confère expressément les pouvoirs d'une cour supérieure en ce qui a trait à l'exécution de ses ordonnances. Le paragraphe 8(2) écarte la présomption de common law. En voici le texte:

8. . . .

(2) Le Tribunal a, pour la comparution, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l'examen des pièces, l'exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d'une cour supérieure d'archives.

8. . . .

(2) The Tribunal has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its orders and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

La position, dans ce paragraphe, de l'expression «toutes autres questions relevant de sa compétence»/«other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction» amène à conclure que les pouvoirs énumérés relèvent également de la compétence du Tribunal. Le paragraphe 8(2) confirme et consolide la compétence du Tribunal. Dans le contexte du par. 8(2), les termes «exécution de ses ordonnances» conjugués à l'expression «relevant de sa compétence» ne peuvent signifier autre chose que l'attribution au Tribunal des pou-

grant to the Tribunal of the powers of a superior court of record with respect to the enforcement of its orders, which includes the power over contempt for breaches of its orders.

### 3. Section 8(3)

This conclusion is further supported by s. 8(3) *CTA*, which requires that the judicial member of the Tribunal concur in a finding of contempt and in the consequences attached to this contempt by the Tribunal. While s. 8(3) *CTA* makes express reference to contempt, this reference as such is not indicative of the powers of the Tribunal, since all inferior courts have power over contempt *in facie*. Section 8(3), though, is unique to the *CTA*: No other federal statute contains a similar provision. Inferior tribunals, whose members are seldom all lawyers or judges, may generally find persons in contempt *in facie* and punish them without the need for judicial endorsement (this is implicit in *CBC, supra*). It would seem somewhat incongruous that the Tribunal be subject to such a unique requirement if it only had power over contempt *in facie*, like others. Section 8(3), because of this unique requirement, is indicative of the intention of Parliament to give the Tribunal contempt powers going beyond those which an inferior tribunal would ordinarily exercise.

### D. *Conclusions on the Interpretation of the CA and CTA*

In summary, I find that s. 8 *CTA*, when given its normal meaning in the context of the *CA* and *CTA*, gives the Tribunal power over contempt for breaches of its orders. No issue arises in this case nor was raised as to criminal contempt. The governing statutes in this case distinguish it from *CBC, supra*. There s. 12 of the *Public Inquiry Commission Act*, the statutory provision purportedly conferring *ex facie* contempt powers upon the Quebec Police Commission, only contained one

voirs d'une cour supérieure d'archives en ce qui a trait à l'exécution de ses ordonnances, ce qui comprend le pouvoir en matière d'outrage résultant de la violation de ses ordonnances.

### 3. Le paragraphe 8(3)

Cette conclusion trouve également appui dans le par. 8(3) de la *LTC* qui exige qu'un membre du Tribunal qui soit juge souscrive à la conclusion d'outrage et aux conséquences que le Tribunal attache à cet outrage. Bien que le par. 8(3) de la *LTC* mentionne expressément l'outrage, cette mention comme telle n'indique pas les pouvoirs que possède le Tribunal, puisque tous les tribunaux inférieurs ont un pouvoir en matière d'outrage commis en leur présence. Toutefois, le par. 8(3) ne se retrouve que dans la *LTC*. Aucune autre loi fédérale ne contient une disposition semblable. Les tribunaux inférieurs, dont les membres sont rarement tous des avocats ou des juges, peuvent généralement déclarer des personnes coupables d'outrage commis en leur présence et les punir sans qu'aucune approbation judiciaire ne soit nécessaire (ce qui est implicite dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité). Il semblerait quelque peu incongru que le Tribunal soit assujéti à une exigence aussi exceptionnelle s'il ne détenait, comme d'autres tribunaux, que la compétence en matière d'outrage commis en sa présence. Le paragraphe 8(3), en raison de cette exigence exceptionnelle, est une indication de l'intention du législateur de conférer au Tribunal des pouvoirs en matière d'outrage qui sont plus étendus que ceux qu'un tribunal inférieur exercerait normalement.

### D. *Conclusions sur l'interprétation de la LC et de la LTC*

Bref, je conclus que si on lui donne son sens normal dans le contexte de la *LC* et de la *LTC*, l'art. 8 de la *LTC* confère au Tribunal un pouvoir de punir l'outrage résultant de la violation de ses ordonnances. Aucune question n'est ou n'a été soulevée en l'espèce concernant l'outrage criminel. Les dispositions législatives pertinentes distinguent cette affaire de l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité. Dans cet arrêt, l'art. 12 de la *Loi des commissions d'enquête*, la disposition invo-

phrase that could extend to contempt *ex facie* (“contempt of the commissioners or of their office”), and it was among a list of cases of contempt *in facie*. Beetz J. concluded that this phrase did not extend to contempt *ex facie*. Here, the issue is narrower: only the power over civil contempt for breaches of orders is at stake. Moreover, the CA and CTA show that Parliament directed its mind to the enforcement of the orders made under the CA. Section 8 does not differentiate between types of orders, and neither does it limit the meaning of “order” in the same fashion as former s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. Rather, “order” is used by Parliament throughout Part VIII CA to designate the decisions of the Competition Tribunal pursuant to applications under that part. It is in my view incorrect and inappropriate to ignore the meaning given by Parliament to “orders” of the Tribunal in the overall scheme of the CA and CTA. The legislative scheme creates a need for the Tribunal to address the enforcement of its orders. Section 8 CTA, as was expounded above, sets out the jurisdiction and powers of the Tribunal in general terms, and its normal meaning is broad and clear. It is an express statement that the powers of the Tribunal include the contempt powers of a superior court for the enforcement of its orders. These include orders under Part VIII CA, which are central to its mandate.

On the level of principle, while Beetz J. in *CBC* legitimately feared that the Quebec Police Commission through a power over contempt *ex facie* might get involved “in areas which are practically impossible to define in terms of jurisdiction and completely foreign to its own area of jurisdiction” (p. 638) and encroach upon the jurisdiction of superior courts, these obstacles do not arise here. The power at issue here is narrower, and it can

quée pour conférer à la Commission de police du Québec des pouvoirs en matière d’outrage commis hors sa présence, ne contenait qu’une seule expression qui pouvait viser l’outrage commis hors la présence du tribunal («mépris à l’égard des commissaires ou de leurs fonctions»), et cette expression faisait partie d’une liste de cas d’outrage commis en présence du tribunal. Le juge Beetz a conclu que cette expression ne visait pas l’outrage commis hors la présence de la Commission. En l’espèce la question est plus restreinte: seul le pouvoir en matière d’outrage civil résultant de la violation d’ordonnances est en jeu. De plus, la LC et la LTC montrent que le législateur s’est préoccupé de l’exécution des ordonnances fondées sur la LC. L’article 8 ne fait aucune distinction entre les genres d’ordonnances et il ne limite pas non plus le sens du mot «ordonnance» comme le faisait l’ancien art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23. Au contraire, le législateur emploie le mot «ordonnance», dans la partie VIII de la LC, pour désigner les décisions que rend le Tribunal de la concurrence au sujet des demandes fondées sur cette partie. J’estime qu’il n’est ni juste ni approprié d’ignorer le sens que le législateur donne aux «ordonnances» du Tribunal dans le régime global de la LC et de la LTC. Le régime législatif exige que le Tribunal s’occupe de l’exécution de ses ordonnances. L’article 8 de la LTC, encore une fois, énonce la compétence et les pouvoirs du Tribunal en termes généraux et son sens normal est large et clair. Il déclare expressément que les pouvoirs du Tribunal comprennent ceux que possède une cour supérieure en matière d’outrage, aux fins de l’exécution de ses ordonnances. Ces dernières comprennent les ordonnances fondées sur la partie VIII de la LC qui sont l’essentiel de son mandat.

En principe, bien que le juge Beetz, dans l’arrêt *Société Radio-Canada*, ait légitimement craint que la Commission de police du Québec soit, par un pouvoir en matière d’outrage commis hors sa présence, entraînée «dans des domaines pratiquement impossibles à définir en termes de juridiction et complètement étrangers à celui de sa juridiction propre» (p. 638) et empiète sur la compétence des cours supérieures, ces obstacles ne se présentent



safely be left to the Tribunal to deal with breaches of its dispositive orders, since they involve the examination of issues analogous to those arising when the order was first issued, and are similarly circumscribed. In terms of expertise, the Tribunal is in fact better suited than a superior court to decide these matters. In comparison, the Commission in *CBC* only enjoyed powers of inquiry. For the Commission to rule on a contempt for breach of a non-publication order would have involved, first of all, a decision as opposed to a recommendation, and secondly, consideration of matters extraneous to the inquiry itself, i.e., the publication of a photograph of a witness (see *CBC*, at pp. 640-41). The Commission would have been outside of both its function and its field of expertise.

Furthermore, while the Commission's inquiry resulted from a particular mandate limited in time and scope, here the Tribunal is given a broad role in the continuous operation of the *CA*. The Tribunal has already made and will make numerous orders under Part VIII *CA*. It is integrated within the federal court system, and its decisions are subject to appeal as if they emanated from the Federal Court, Trial Division (s. 13 *CTA*). It is not set apart or its decisions protected by any privative clause. Even if the Tribunal exercises powers that at common law belong to a superior court, it is still subject to full review by the Federal Court of Appeal. The Tribunal has none of the characteristics that would inspire fear for the integrity of the powers of superior courts.

#### E. *Constitutional Considerations*

Until it came to this Court, this case had centred on interpretation. At the end of its factum, the respondent briefly raises the constitutionality of s. 8 *CTA*, should it purport to confer upon the Tri-

pas en l'espèce. Le pouvoir en cause ici est plus restreint et on peut sans crainte laisser au Tribunal le soin de connaître des violations de ses ordonnances décisives, étant donné qu'elles comportent l'examen de questions analogues à celles pertinentes à la délivrance de l'ordonnance et qu'elles sont limitées de la même manière. Sur le plan de l'expertise, le Tribunal est en fait mieux placé qu'une cour supérieure pour trancher ces questions. En comparaison, la Commission dans l'arrêt *Société Radio-Canada* ne disposait que de pouvoirs d'enquête. Pour que la Commission se prononce relativement à un outrage résultant de la violation d'une ordonnance de non-publication, il aurait fallu premièrement qu'il y ait une décision au lieu d'une recommandation et, deuxièmement, que l'on examine des questions qui n'avaient rien à voir avec l'enquête elle-même, c.-à-d. la publication de la photographie d'un témoin (voir *Société Radio-Canada*, aux pp. 640 et 641). La Commission serait sortie du cadre de ses fonctions et de son domaine d'expertise.

En outre, alors que l'enquête de la Commission découlait d'un mandat particulier dont la durée et la portée était limitées, le Tribunal, en l'espèce, se voit conférer un vaste rôle relativement à l'application continue de la *LC*. Le Tribunal a déjà rendu un grand nombre d'ordonnances fondées sur la partie VIII de la *LC* et il en rendra de nombreuses autres. Il est intégré dans le système de tribunaux fédéraux et ses décisions font l'objet d'appels tout comme si elles émanaient de la Section de première instance de la Cour fédérale (art. 13 de la *LTC*). Il ne fait pas bande à part et ses décisions ne sont pas protégées par une clause privative. Même si le Tribunal exerce des pouvoirs qui, en common law, appartiennent à une cour supérieure, il est quand même entièrement assujéti au contrôle de la Cour d'appel fédérale. Le Tribunal ne possède aucune des caractéristiques qui feraient craindre pour l'intégrité des pouvoirs des cours supérieures.

#### E. *Considérations constitutionnelles*

Avant que notre Cour n'en soit saisie, cette affaire ne portait que sur une question d'interprétation. À la fin de son mémoire, l'intimée a brièvement soulevé la question de la constitutionnalité de

bunal power over contempt for breaches of its orders. Both parties addressed the issue more thoroughly in oral argument.

At the outset, the applicability to Parliament of the case law of this Court regarding s. 96 of the *Constitution Act, 1867* comes into question. I will not rule on this point, since I am of the opinion that, even if s. 96 of the *Constitution Act, 1867* limited the powers of Parliament in the same manner and to the same extent as it limits the powers of provincial legislatures, it would have been respected in this case.

*Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714 (hereinafter *Residential Tenancies*), has established a three-step analytic approach to s. 96 of the *Constitution Act, 1867* problems. This approach was further developed and refined in *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238 (hereinafter *Sobeys*), and in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252. In *CBC, supra*, although the three-step analytic framework of *Residential Tenancies* had not yet been articulated, this Court made in substance the same inquiry. For the majority, Beetz J. held that the National Assembly could not validly confer upon the Quebec Police Commission power over contempt *ex facie curiae*, since this came within the jurisdiction of superior courts in 1867, and these powers were not an integral part of the mandate of the Commission (at pp. 639-41).

### 1. Historical Inquiry

The parties have advanced two different characterizations of the powers of the Tribunal for the purposes of the historical inquiry. The appellants have characterized them as powers in relation to competition law, while the respondent has narrowed them to powers over contempt *ex facie curiae*. This type of conflict between a broader and a narrower characterization is not atypical in s. 96

l'art. 8 de la *LTC*, s'il devait conférer au Tribunal un pouvoir en matière d'outrage résultant de la violation de ses ordonnances. Les deux parties ont traité la question de manière plus approfondie lors des plaidoiries.

Au départ, se pose la question de l'applicabilité au Parlement de la jurisprudence de notre Cour concernant l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je ne trancherai pas cette question puisque je suis d'avis que, même si l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* limitait les pouvoirs du Parlement de la même manière et dans la même mesure qu'il limite les pouvoirs des législatures provinciales, cet article aurait été respecté en l'espèce.

*Le Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714 (ci-après le *Renvoi sur la location résidentielle*), a établi une analyse en trois volets des problèmes soulevés par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette analyse a été élaborée davantage et précisée dans l'arrêt *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238 (ci-après l'arrêt *Sobeys*) et dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252. Dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, bien que l'analyse en trois volets du *Renvoi sur la location résidentielle* n'ait pas encore été énoncée, notre Cour a essentiellement effectué le même examen. Le juge Beetz a conclu, au nom de la majorité, que l'Assemblée nationale ne pouvait valablement conférer à la Commission de police du Québec un pouvoir en matière d'outrage commis hors sa présence puisque ce pouvoir relevait de la compétence des cours supérieures en 1867 et que ces pouvoirs ne faisaient pas partie intégrante du mandat de la Commission (aux pp. 639 à 641).

### 1. Examen du point de vue historique

Les parties ont proposé deux qualifications différentes des pouvoirs du Tribunal aux fins de l'examen du point de vue historique. Les appelants les ont qualifiés de pouvoirs relatifs au droit en matière de concurrence, tandis que l'intimée les a restreints à des pouvoirs en matière d'outrage commis hors la présence du tribunal. Ce genre de conflit entre une qualification large et une qualifica-

of the *Constitution Act, 1867* cases. Wilson J. discussed it in *Sobeys, supra*, at p. 254:

Viewed against this background the first step of the *Residential Tenancies* test, which is drawn from the "inferior court" cases, represents a kind of threshold test; a method of deciding whether, in a formal sense, s. 96 has been violated at all. The second and third steps serve to validate some legislative schemes despite the fact that they trench on the traditional jurisdiction of s. 96 courts. The purposes of s. 96 require a strict, that is to say a narrow, approach to characterization at the first stage. Given what I have to say below on concurrent superior/inferior court jurisdiction at Confederation, any other approach would potentially open the door to large accretions of jurisdiction and thereby defeat the purposes of the constitutional provision. [Emphasis in original.]

Wilson J. then defined the jurisdiction given to the Nova Scotia Labour Standards Tribunal by s. 67A of the *Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, c. 10, as jurisdiction over unjust dismissal, as opposed to employer/employee relations or labour standards.

I will follow this approach. I am not unmindful that, in *CBC, supra*, Beetz J. faced the same problem to a certain extent. He could proceed to his analysis on the basis either of the Commission's power to prohibit publication or of its power over contempt *ex facie curiae*. He chose the latter at p. 640, since it was more consistent with the crux of the case. Similarly, here, a characterization of the impugned powers as pertaining to competition law would mask in its generality the essence of the case. Should the appellants' proposed characterization be retained, the inquiry would really bear on the overall jurisdiction conferred upon the Tribunal through Part VIII CA and s. 8 CTA. The jurisdiction of the Tribunal over civil contempt for

tion étroite n'est pas atypique dans les affaires relatives à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge Wilson en a discuté dans l'arrêt *Sobeys*, précité, à la p. 254:

Considéré sous cet angle, le premier volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, qui est tiré de la jurisprudence portant sur les «tribunaux inférieurs», représente une sorte de critère préliminaire, un moyen de décider si, dans un sens formel, l'art. 96 a effectivement été violé. Le deuxième et le troisième volets servent à valider certains régimes législatifs en dépit du fait qu'ils empiètent sur la compétence traditionnelle des cours visées à l'art. 96. Pour les fins de l'art. 96, il est nécessaire d'adopter un point de vue strict, c'est-à-dire étroit, en matière de qualification à la première étape. Étant donné ce que j'ai à dire plus loin sur la compétence concurrente des cours supérieures et des tribunaux inférieurs à l'époque de la Confédération, tout autre point de vue risquerait d'ouvrir la porte à d'importantes augmentations de compétence, ce qui irait à l'encontre des fins recherchées par la disposition constitutionnelle [Souligné dans l'original.]

Le juge Wilson a ensuite défini la compétence conférée au Labour Standards Tribunal de la Nouvelle-Écosse par l'art. 67A du *Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, ch. 10, comme une compétence portant sur le congédiement abusif plutôt que sur les rapports employeur-employé ou les normes du travail.

J'adopte ce point de vue. Je ne suis pas indifférent au fait que dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, le juge Beetz a dans une certaine mesure été confronté au même problème. Il pouvait faire son analyse en fonction du pouvoir de la Commission d'interdire la publication ou encore en fonction de son pouvoir en matière d'outrage commis hors sa présence. Il a choisi ce dernier, à la p. 640, étant donné qu'il était plus compatible avec le nœud de l'affaire. De même, en l'espèce, une qualification des pouvoirs contestés comme se rapportant au droit en matière de concurrence masquerait, en raison de sa généralité, l'essentiel de l'affaire. Si la qualification que proposent les appelants devait être retenue, l'examen porterait réellement sur la compétence globale conférée au Tribunal par la partie VIII de la LC et l'art. 8 de la LTC. Ce qui

breaches of its orders, and not its overall jurisdiction over Part VIII CA, is at issue here.

The appellants have also submitted that such a characterization would place too much emphasis on the remedial aspects of the Tribunal's jurisdiction over its substantive aspects, contrary to the judgment of Wilson J. in *Sobeys, supra*, at p. 267. The appellants may be right, had the characterization been "jurisdiction over imprisonment" or "jurisdiction over fines". These focus unduly on the remedy ordered by the Court and neglect the substantive grounds for ordering it. As Wilson J. put it in *Sobeys, supra*, at p. 255, to retain them "would be to freeze the jurisdiction of [s. 96] courts at 1867 by a technical analysis of remedies". Characterization as "jurisdiction over civil contempt for breaches of the tribunal's orders" corresponds to the actual debate in this case while not falling into the trap of technical, remedy-oriented analysis.

Contempt over breaches of a tribunal's orders is a species of contempt *ex facie curiae*, and as such, following *CBC, supra*, it fell within the purview of s. 96 courts at the time of Confederation. I will therefore proceed to the second and third stages of the inquiry.

## 2. Judicial Function

In *Residential Tenancies*, Dickson J., at p. 743, outlined the distinguishing features of a judicial function:

... the hallmark of a judicial power is a *lis* between parties in which a tribunal is called upon to apply a recognized body of rules in a manner consistent with fairness and impartiality. The adjudication deals primarily with

est en litige ici, c'est la compétence du Tribunal en matière d'outrage civil résultant de la violation de ses ordonnances et non pas sa compétence globale à l'égard de la partie VIII de la LC.

a

Les appellants ont également soutenu qu'une telle qualification accorderait trop d'importance aux aspects curatifs de la compétence du Tribunal par rapport à ses aspects fondamentaux, contrairement à ce qu'a écrit le juge Wilson dans l'arrêt *Sobeys*, précité, à la p. 267. Les appellants auraient pu avoir raison si on l'avait qualifiée de «compétence en matière de peines d'emprisonnement» ou de «compétence en matière d'amendes». Ces qualifications mettent indûment l'accent sur le redressement ordonné par la cour et négligent les raisons fondamentales qui justifient de l'ordonner. Comme le juge Wilson l'a dit dans l'arrêt *Sobeys*, précité, à la p. 255, le fait de les retenir «figerait la compétence de ces tribunaux [visés à l'art. 96] à ce qu'elle était en 1867 par une analyse formaliste des recours». La qualification de «compétence en matière d'outrage civil résultant de la violation des ordonnances du tribunal» correspond au débat réel en l'espèce tout en évitant le piège de l'analyse formaliste axée sur les recours.

f

L'outrage résultant de la violation des ordonnances d'un tribunal constitue un genre d'outrage commis hors la présence du tribunal et, à ce titre, d'après l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, il relève de la compétence des cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération. Je vais donc passer aux deuxième et troisième étapes de l'examen.

h

## 2. La fonction judiciaire

Dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, le juge Dickson décrit, à la p. 743, les caractéristiques distinctives d'une fonction judiciaire:

... la marque d'un pouvoir judiciaire est l'existence d'un litige entre des parties dans lequel un tribunal est appelé à appliquer un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité et à l'impartialité. La déci-

the rights of the parties to the dispute, rather than considerations of the collective good of the community as a whole.

The appellants relied on this passage in their submission that the Tribunal does not fulfil an adjudicative function, as it really seeks to mediate the interests of the collectivity, in ensuring the proper functioning of the economy according to a competitive model, with the rights of the individual parties. Indeed the Director does not represent before the Tribunal the interests of any particular party, but rather the interests of the general public in the application of the *CA* and in the furtherance of its policy objectives.

The Tribunal, however, disposes of the applications under Part VIII *CA* in a judicial manner. One should beware of trying to pigeonhole the role of the Tribunal within a “judicial” or “administrative” model. This Court has since long warned of the dangers of relying on too tight a dichotomy between these models of decision (*Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, at p. 325). Nevertheless the decisions of the Tribunal, if anything, come much closer to a judicial model than to any other model. The Tribunal is presented with evidence in an adversarial fashion, and it must decide in favour of the Director or in favour of the defendant. The structure of the *CA* and *CTA* bears some similarities to the structure of labour standards adjudication in Nova Scotia, examined in *Sobeys, supra*, where Wilson J., at pp. 274-75, observed a separation of “administrative” and “judicial” functions between a director and a tribunal, respectively.

Courts which have addressed this issue have found that the Tribunal proceeds judicially (see Iacobucci C.J. (as he then was) in *American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88 (C.A.), at pp. 97-98, aff'd [1989] 1 S.C.R. 236). I agree, and my conclusion is further strengthened by the particular nature of contempt proceedings, where of all matters within the

sion porte d'abord sur les droits des parties au litige plutôt que sur l'examen du bien-être de la collectivité.

*a* Les appelants se sont fondés sur ce passage pour appuyer leur argument selon lequel le Tribunal n'exerce pas une fonction décisionnelle puisqu'en assurant le bon fonctionnement de l'économie selon un modèle de concurrence, il cherche réellement à servir de médiateur entre les intérêts de la collectivité et les droits des particuliers. En fait, le directeur représente non pas les intérêts d'une partie en particulier devant le Tribunal, mais plutôt les intérêts qu'a le grand public dans l'application de la *LC* et dans la réalisation de ses objectifs de principe.

*d* Toutefois, le Tribunal statue d'une manière judiciaire sur les demandes fondées sur la partie VIII de la *LC*. Il faut se garder d'essayer de circonscrire le rôle du Tribunal dans un modèle «judiciaire» ou «administratif». Notre Cour a depuis longtemps mis en garde contre les dangers de se fonder sur une distinction trop stricte entre ces modèles de décision (*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, à la p. 325). On peut dire, néanmoins, que les décisions du Tribunal s'apparentent davantage au modèle judiciaire qu'à tout autre modèle. Le Tribunal reçoit la preuve dans un cadre contradictoire et il doit trancher en faveur du directeur ou du défendeur. Le régime de la *LC* et de la *LTC* présente certaines ressemblances avec le régime de décision en matière de normes du travail en Nouvelle-Écosse, examiné dans l'arrêt *Sobeys*, précité, où le juge Wilson note, aux pp. 274 et 275, une séparation entre les fonctions «administratives» et «judiciaires» d'un directeur et d'un tribunal, respectivement.

*i* Les tribunaux qui ont examiné cette question ont conclu que le Tribunal exerce ses fonctions de manière judiciaire (voir le juge en chef Iacobucci (maintenant juge de notre Cour), dans l'arrêt *American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88 (C.A.), aux pp. 97 et 98, conf. par [1989] 1 R.C.S. 236). Je fais mienne cette opinion et cette conclusion s'impose

Tribunal's jurisdiction the debate will likely be the most adversarial.

### 3. Institutional Setting

A substantial portion of these reasons has already been devoted to showing how the Tribunal is an integral part of the framework created by the CA and CTA. Within this framework, the Tribunal is the judicial authority in charge of the civil parts of the CA. Furthermore, the CA and CTA show how Parliament specifically provided for the enforcement of orders made under the CA. In the context of competition law, particularly of Part VIII CA, where the subject-matter lies largely in the realm of contractual relationships, effective enforcement of orders is essential, for fear of seeing these orders circumvented through elaborate relational arrangements which, although on the surface innocuous, effectively create the same obstacles that the orders sought to remove. Only a specialized tribunal such as the Tribunal can properly ensure the enforcement of the orders it makes. Because of the institutional setting, the jurisdiction conferred by s. 8 CTA upon the Tribunal with respect to civil contempt for breaches of its orders would not infringe s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, in the event it should apply to Parliament.

### VI — Conclusion

I would allow both appeals. The matter is referred back to the Tribunal for disposition on the merits.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—

#### Introduction

Having read the reasons of my colleague Justice Gonthier, I find myself in respectful disagreement. My review of the authorities leads me to the conclusion that the Court below correctly concluded

d'autant plus en matière d'outrage que, parmi toutes les affaires qui relèvent de la compétence du Tribunal, ce sont celles où le cadre du débat sera vraisemblablement le plus contradictoire.

### 3. Le cadre institutionnel

Une partie importante des présents motifs fait valoir que le Tribunal constitue une partie intégrante du cadre créé par la LC et la LTC. À l'intérieur de ce cadre, le Tribunal constitue l'autorité judiciaire responsable des parties civiles de la LC. En outre, la LC et la LTC indiquent comment le législateur a pourvu de façon précise à l'exécution des ordonnances fondées sur la LC. Dans le contexte du droit en matière de concurrence, particulièrement de la partie VIII de la LC où la question relève dans une large mesure du domaine des rapports contractuels, l'exécution efficace des ordonnances est essentielle si on veut éviter que ces ordonnances soient contournées au moyen d'ententes relationnelles complexes qui, bien que paraissant inoffensives à première vue, créent en fait les mêmes obstacles que ceux que les ordonnances cherchaient à supprimer. Seul un tribunal spécialisé comme le Tribunal peut assurer comme il se doit l'exécution des ordonnances qu'il rend. En raison du cadre institutionnel, la compétence que l'art. 8 de la LTC confère au Tribunal, en matière d'outrage civil résultant de la violation de ses ordonnances, ne porterait pas atteinte à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans l'hypothèse où il s'appliquerait au Parlement.

### VI — Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir les deux pourvois. L'affaire est renvoyée au Tribunal pour qu'il la tranche sur le fond.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—

#### Introduction

J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Gonthier et, en toute déférence, je ne partage pas son avis. Mon examen de la jurisprudence et de la doctrine m'amène à conclure que la

that Parliament did not confer jurisdiction over contempt *ex facie curiae* on the Competition Tribunal.

These appeals are a simple exercise in statutory interpretation; they are subject to and determined by the principles governing the construction of federal statutes. The issue is not whether the Court is of the opinion that the Competition Tribunal should be given the power to punish as contempt a violation of a final order under Part VIII of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, nor whether extending this power to the Tribunal would seriously undermine the exclusive jurisdiction accorded superior courts by the common law. The issue is rather whether Parliament, in constituting the Competition Tribunal an inferior court, has clearly and expressly conferred on the Tribunal the power to punish contempt not only *in facie* (in the face of the court) but *ex facie curiae* (outside the presence of the court), a power traditionally reserved to the superior courts of record.

I dissent from the judgment of my colleague Gonthier J. for three fundamental reasons. First, I see no justification for departing from the common law presumption that inferior courts, absent clear and express legislation to the contrary, are strictly limited in their jurisdiction to the punishment of contempt in the face of the court. Application of this presumption to ambiguous legislation leads to the conclusion that Parliament did not intend to confer upon the Tribunal the power to punish for contempt outside the presence of the court, and indeed that Parliament may have relied upon the presumption in drafting s. 8 of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.) (hereinafter the "Act").

Second, and in the alternative, my reading of the text of s. 8 of the Act leads me to conclude that, quite apart from the presumption, the proper construction of the legislation is that no general contempt power nor a specific power to enforce final

Cour d'appel fédérale a eu raison de statuer que le législateur fédéral n'a pas conféré au Tribunal de la concurrence la compétence en matière d'outrage commis hors sa présence.

<sup>a</sup> Les présents pourvois sont un simple exercice d'interprétation législative; ils sont soumis aux principes régissant l'interprétation des lois fédérales. Il ne s'agit pas de savoir si notre Cour estime <sup>b</sup> que le Tribunal de la concurrence devrait être investi du pouvoir de punir comme un outrage la violation d'une ordonnance définitive fondée sur la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, ou si le fait d'étendre ce <sup>c</sup> pouvoir au Tribunal minerait gravement la compétence exclusive que la common law confère aux cours supérieures. Il s'agit plutôt de savoir si le législateur, en constituant le Tribunal de la concurrence en tribunal inférieur, a conféré clairement et <sup>d</sup> expressément au Tribunal le pouvoir de punir non seulement l'outrage commis en sa présence (*in facie*) mais également celui commis hors sa présence (*ex facie curiae*), lequel pouvoir est traditionnellement réservé aux cours supérieures d'archives. <sup>e</sup>

Je ne suis pas d'accord avec le jugement de mon collègue le juge Gonthier pour trois raisons fondamentales. Premièrement, je ne vois rien qui justifie de s'écarter de la présomption de common law qu'en l'absence d'une disposition législative claire et explicite à l'effet contraire, la compétence des tribunaux inférieurs est strictement limitée à la répression de l'outrage commis en leur présence. L'application de cette présomption à des dispositions législatives ambiguës amène à conclure que le législateur n'avait pas l'intention de conférer au <sup>f</sup> Tribunal le pouvoir de punir l'outrage commis hors sa présence et, en fait, que le législateur s'est peut-être fondé sur la présomption en rédigeant l'art. 8 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.) (ci-après la <sup>g</sup> «Loi»). <sup>h</sup> <sup>i</sup>

Deuxièmement et subsidiairement, mon interprétation du texte de l'art. 8 de la Loi me porte à conclure que, si on fait totalement abstraction de la <sup>j</sup> présomption, la bonne façon d'interpréter la loi en cause est de dire qu'aucun pouvoir général en

orders via contempt was conferred, as the court below held (*per* Iacobucci C.J., as he then was).

Finally, adoption of Gonthier J.'s reasons makes it necessary, in my view, to consider the constitutional question of whether Parliament can confer on an inferior tribunal a power which the Constitution arguably reserves to courts created under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*— a question on which the parties provided only cursory written and oral submissions.

I proceed below to enunciate more fully the basis of these three positions.

### Analysis

#### A. *The Governing Presumption*

As Gonthier J. acknowledges in his judgment, the common law is the source of the law of contempt in every province of Canada; it therefore governs our determination of these appeals. At common law an “inferior court” such as the Competition Tribunal is limited in its jurisdiction to the punishment of contempt *in facie curiae* absent clear and express statutory language to the contrary. The appellants bear the burden of establishing that the Act runs contrary to the common law. To succeed, the appellants must rebut this common law presumption, not an easy task in any context.

By long tradition, exercise of the power to punish for contempt of court has been confined to superior courts. This Court visited this question in *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618 (hereinafter *CBC*). In a comprehensive and thorough judgment, Beetz J. for the majority reviewed the history and policy of the rule which distinguished contempt in the face of the court from contempt outside the presence of the court, confining the latter to superior courts. From an historical perspective, he pro-

matière d'outrage ni aucun pouvoir précis de se servir de l'outrage pour exécuter les ordonnances définitives n'a été conféré, comme l'a conclu la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Iacobucci, maintenant juge de notre Cour).

Enfin, j'estime que, pour souscrire aux motifs du juge Gonthier, il est nécessaire d'examiner la question constitutionnelle de savoir si le législateur peut conférer à un tribunal inférieur un pouvoir que la Constitution, pourrait-on dire, réserve aux cours créées en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — une question au sujet de laquelle les parties n'ont avancé que des arguments écrits et oraux superficiels.

J'énonce ci-après de manière plus complète le fondement de ces trois positions.

### Analyse

#### A. *La présomption applicable*

Comme le juge Gonthier le reconnaît dans son jugement, la common law est la source du droit en matière d'outrage dans toutes les provinces canadiennes; elle régit donc la décision que nous allons rendre dans les présents pourvois. En common law, un «tribunal inférieur» comme le Tribunal de la concurrence a une compétence limitée à la répression de l'outrage commis en sa présence, en l'absence d'une disposition législative claire et explicite à l'effet contraire. Il incombe aux appelants de prouver que la Loi est contraire à la common law. Pour obtenir gain de cause, ils doivent réfuter cette présomption de common law, ce qui n'est pas facile quel que soit le contexte.

Suivant une longue tradition, l'exercice du pouvoir de punir l'outrage au tribunal a été réservé aux cours supérieures. Notre Cour a examiné la question dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618 (ci-après l'arrêt *Société Radio-Canada*). Dans un jugement détaillé et minutieux, le juge Beetz a, au nom de la majorité, examiné l'historique et le principe de la règle qui faisait une distinction entre l'outrage commis en la présence du tribunal et l'outrage commis hors la présence du tribunal et limi-



nounced that at common law, the power to conduct an inquiry into a contempt committed *ex facie curiae* and to punish it "is enjoyed exclusively by the superior courts". He elaborated (at pp. 627-28):

This proposition derives from the apparently unanimous, longstanding and consistent opinion of a great many judges and commentators. The opinions of the judges are for the most part *obiter*, but the reason for this is that in English and Canadian decisions of the last two hundred years, of which there have been a great many concerning contempt of court, there is so far as I know virtually no precedent in which a court of inferior jurisdiction has claimed the power to punish for contempt committed *ex facie*, and I have found none in which such a court has exercised it with the approval of a superior court. Superior courts, on the other hand, have always claimed and exercised this power, as an inherent power enjoyed by them exclusively. This consistency in usage is more than just significant; it is decisive. Moreover, when the legislator dealt with the question, he did so in terms which indicate that he recognized this usage and intended to sanction it, or at least in terms that in no way indicated his intention to alter it. Finally, the rule of exclusive jurisdiction of the superior courts is justifiable in principle.

From the perspective of policy, Beetz J. concluded (at p. 638):

Such a rule is moreover justified in principle by the following considerations. The power to punish for contempt committed *ex facie* is liable to result in inquiries which may well involve a lower court in areas which are practically impossible to define in terms of jurisdiction and completely foreign to its own area of jurisdiction, which by definition is limited. Such an obstacle does not arise in the case of a court like the Superior Court, which is a court of original general jurisdiction (art. 31 C.C.P.) with *a priori* jurisdiction, or courts sitting in appeal from decisions of the Superior Court, which may in general render the decisions which the latter would have rendered. Moreover, the power to punish a contempt committed *ex facie* is necessarily bound up with the superintending and controlling power which only a superior court may exercise over inferior courts. This controlling power could become illusory if, in the case of a contempt committed *ex facie*, an inferior court had the right to go beyond its own particular field. There would also be the danger of conflict between the superior and inferior courts, of the kind that formerly existed

tait ce dernier aux cours supérieures. Il a déclaré que, du point de vue historique, en common law, le pouvoir de faire enquête au sujet d'un outrage commis hors la présence du tribunal et de punir un tel outrage «appartient exclusivement aux cours supérieures». Il a expliqué (aux pp. 627 et 628):

Cette proposition se démontre par l'opinion apparemment unanime, ancienne et constante d'un grand nombre de juges et d'auteurs. Les opinions des juges sont le plus souvent des *obiter*, mais la raison en est que, dans la jurisprudence anglaise et canadienne des quelque deux cents dernières années, jurisprudence fort abondante en matière d'outrage au tribunal, on ne trouve, autant que je sache, à peu près aucun précédent où une cour de juridiction inférieure ait revendiqué le pouvoir de sévir pour outrage commis *ex facie* et on n'en trouve aucun où une telle cour l'ait exercé avec l'approbation d'une cour supérieure. Les cours supérieures en revanche ont toujours revendiqué et exercé ce pouvoir comme un pouvoir inhérent leur appartenant en exclusivité. Cette constance dans l'usage est plus que significative. Elle est déterminante. Au surplus, quand le législateur a touché à la question, il l'a fait dans des termes indiquant qu'il reconnaissait cet usage et voulait le sanctionner, ou du moins dans des termes n'indiquant aucunement qu'il voulait le changer. Enfin, la règle de la compétence exclusive des cours supérieures se justifie en principe.

Sur le plan des principes, le juge Beetz a conclu (à la p. 638):

Une telle règle d'ailleurs se justifie en principe par les considérations suivantes. Le pouvoir de punir un outrage commis *ex facie* est susceptible de donner lieu à des enquêtes qui risquent d'entraîner un tribunal inférieur dans des domaines pratiquement impossibles à définir en termes de juridiction et complètement étrangers à celui de sa juridiction propre laquelle, par hypothèse, est limitée. Cet obstacle ne se retrouve pas dans le cas d'une cour comme la Cour supérieure qui est un tribunal de droit commun (art. 31 C.p.c.) dont la juridiction est une juridiction de principe, ou de cours qui siègent en appel des décisions de la Cour supérieure et peuvent généralement rendre des décisions que celle-ci aurait dû rendre. Au surplus, le pouvoir de punir un outrage commis *ex facie* se rattache nécessairement au pouvoir de contrôle et de surveillance que seule une cour supérieure peut exercer sur les tribunaux inférieurs. Ce pouvoir de contrôle pourrait devenir illusoire si, à l'occasion d'un outrage commis *ex facie*, un tribunal inférieur avait la faculté de s'aventurer hors de son domaine particulier. Il y aurait également risqué de conflit entre les cours supé-

in England between the common law and equity courts. Finally, the inferior courts are not without any means of ensuring that their lawful orders are observed: as Dorion C.J. notes in *Denis*, the superior courts may come to their aid; see also *R. v. Davies (supra)* and *Re Regina and Monette*.

We arrive then at this conclusion. At common law the power to inquire into and punish contempt outside the presence of the court has been confined to superior courts. The restriction is sound, grounded in significant policy considerations. Parliament can expressly legislate to confer a general contempt power on an inferior tribunal, subject to the constitutional issue which I will consider later. But there is a presumption, in construing statutes conferring powers on inferior tribunals, that they will not be considered to possess the power of contempt outside the presence of the court unless the language of Parliament is clear and unequivocal. Dickson J., in *CBC, supra*, put it this way (at pp. 647-48):

It is sufficient . . . to state that the powers conferred upon the Police Commission, given the general limitation at common law upon the contempt powers of an inferior tribunal, must be strictly interpreted, and a strict interpretation in this case leads inevitably to the conclusion that such power was not invested in the Commission. There can be no doubt that the common law draws a sharp line between the power to punish for contempt committed outside the presence of the court, and the power to punish where the contempt is committed in the face of the court. In the discussion following his fourth proposition, Mr. Justice Beetz demonstrates that it is possible to read the relevant statutory provisions affecting the Police Commission's contempt powers in a manner which maintains the common law distinction. In the absence of clear statutory language expressing an intention to confer broader contempt powers upon the Commission, it must be presumed that the Legislature granted to the Commission only those contempt powers ordinarily exercised by an inferior tribunal. [Emphasis added.]

rieures et les cours inférieures, du genre de ceux qui opposèrent autrefois en Angleterre les cours de *common law* et les cours d'*equity*. Enfin, les tribunaux inférieurs ne sont pas dépourvus de tout moyen de faire observer leurs ordonnances légitimes: comme l'indique le juge en chef Dorion dans *Denis*, les cours supérieures peuvent leur venir en aide; voir également *R. v. Davies (supra)* et *Re Regina and Monette*.

Nous aboutissons donc à cette conclusion. En common law, le pouvoir de faire enquête sur l'outrage commis hors la présence du tribunal et de punir un tel outrage a été limité aux cours supérieures. La restriction est logique et fondée sur d'importantes considérations de principe. Le législateur fédéral peut légiférer expressément afin de conférer à un tribunal inférieur un pouvoir général en matière d'outrage, sous réserve de la question constitutionnelle que j'examinerai plus loin. Mais, dans l'interprétation des lois qui confèrent des pouvoirs à des tribunaux inférieurs, il existe une présomption selon laquelle on ne considérera pas qu'ils ont le pouvoir de punir l'outrage commis hors leur présence à moins que le langage utilisé par le législateur ne soit clair et net. Dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, le juge Dickson affirme ceci (aux pp. 647 et 648):

Il suffit de dire [. . .] que l'on doit interpréter restrictivement les pouvoirs conférés à la Commission de police, vu la limitation générale en *common law* des pouvoirs de sévir pour outrage qu'a un tribunal de juridiction inférieure et une interprétation restrictive en l'espèce conduit inévitablement à conclure que la Commission n'est pas investie de pareil pouvoir. Il existe indubitablement en *common law* une démarcation nette entre le pouvoir de punir un outrage commis hors la présence de la cour et celui de le faire lorsque l'outrage est commis en sa présence. Dans la discussion qui suit sa quatrième proposition, le juge Beetz démontre qu'il est possible d'interpréter les dispositions législatives pertinentes aux pouvoirs de sévir par outrage qu'a la Commission de police d'une manière qui maintient la distinction de *common law*. En l'absence d'un langage législatif clair qui exprime l'intention de conférer à la Commission des pouvoirs plus larges de sévir pour outrage, on doit présumer que le législateur lui a seulement accordé à cet égard les pouvoirs ordinairement exercés par un tribunal de juridiction inférieure. [Je souligne.]

In short, it is not enough that it is possible or even desirable that the inferior tribunal have the power to punish for contempt outside the presence of the court. The language must be clear. The courts must assume that Parliament was aware of the well-recognized history of the presumption in drafting the provisions empowering the inferior tribunal and accordingly, that if Parliament failed to use language clearly conferring the general contempt power, it did not intend to confer it. To presume otherwise invites mischievous interference by the courts in the legislative function and heightens the potential for corruption of Parliament's intent.

Viewed thus, these appeals reduce to a single question: does the language in the legislation empowering the Competition Tribunal clearly confer on the Tribunal the power to condemn and punish contempt outside the Tribunal proceedings? The answer to this question is negative, in my view. Indeed, I do not take my colleague Gonthier J. to suggest that his interpretation of the legislation is the only interpretation, but rather that it is the better interpretation. The Act contains no phrase expressly conferring on the Tribunal the power to find and punish contempt for acts outside the hearing process, and the language used is entirely consistent with the Tribunal's contempt power being confined to contempt in the context of Competition Tribunal hearings. One searches in vain for the clear and unequivocal language required on the principles enunciated in *CBC, supra*, to defeat the presumption against the conferral on an inferior tribunal of the power to condemn and punish for contempt outside the presence of the court.

Gonthier J. seeks to avoid this result by finding that the presumption relied on by this Court in *CBC, supra*, applies only in cases where the enactment extinguishes or diminishes the power of a superior court. He states at p. 405:

... when dealing with common law rules on the jurisdiction of superior courts, it is important to distinguish between enactments which deprive superior courts of

Bref, il ne suffit pas qu'il soit possible ou même souhaitable que le tribunal inférieur ait le pouvoir de punir l'outrage commis hors sa présence. Le langage utilisé doit être clair. Les tribunaux doivent supposer que le législateur était au courant de l'historique bien reconnu de la présomption en rédigeant les dispositions habilitant le tribunal inférieur et, par conséquent, que si le législateur n'a pas utilisé un langage conférant clairement le pouvoir général en matière d'outrage, il n'avait pas l'intention de le conférer. Si on présume le contraire, on invite les tribunaux à empiéter malicieusement sur la fonction législative et on augmente le risque d'altérer l'intention du législateur.

Vu sous cet angle, les présents pourvois se réduisent à une seule question: la loi habilitante du Tribunal de la concurrence lui confère-t-il clairement le pouvoir de condamner et de punir pour l'outrage commis hors sa présence? J'estime qu'il faut répondre à cette question par la négative. En effet, je crois que mon collègue le juge Gonthier laisse entendre non pas que son interprétation de la loi est la seule plausible, mais plutôt que c'est la meilleure. La Loi ne contient aucune expression qui confère expressément au Tribunal le pouvoir de constater et de punir un outrage résultant d'actes accomplis en dehors du processus d'audition, et les mots utilisés sont tout à fait compatibles avec la restriction du pouvoir en matière d'outrage que possède le Tribunal de la concurrence à l'outrage commis dans le cadre de ses audiences. On cherche en vain le langage clair et net requis, selon les principes énoncés dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, pour repousser la présomption pesant contre l'attribution à un tribunal inférieur du pouvoir de condamner et de punir pour l'outrage commis hors sa présence.

Le juge Gonthier tente d'éviter ce résultat en statuant que la présomption sur laquelle notre Cour s'est fondée dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, s'applique seulement dans les cas où le texte législatif qui écarte ou diminue le pouvoir d'une cour supérieure. Il déclare, à la p. 405:

... lorsqu'on traite des règles de la common law sur la compétence des cours supérieures, il est important d'établir une distinction entre les textes législatifs qui privent

their jurisdiction, or privative clauses, and enactments which convey part of the jurisdiction of superior courts to another tribunal, while not extinguishing the jurisdiction of superior courts. In the former case, courts have insisted on a narrow construction, since the citizen may be deprived of a recourse to the superior court (see the line of cases culminating in *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, where the rule of strict interpretation is given constitutional significance). In the latter case, I would think that there is little point in insisting upon precise formulae to the extent that the intention of Parliament may be thwarted (see P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1992), at pp. 420-21). Barring constitutional considerations, if a statute, read in context and given its ordinary meaning, clearly confers upon an inferior tribunal a jurisdiction that is enjoyed by the superior court at common law, while not depriving the superior court of its jurisdiction, it should be given effect. [Emphasis added.]

The restriction of the presumption to legislation which deprives a superior tribunal of its powers runs counter to the authorities and to the clear and historical policy of the common law that quite apart from its effect on superior courts, the power of contempt outside the presence of the court is one of such importance to the liberty of the subject that it should be confined to superior courts, absent clear language to the contrary. Indeed, none of the cases reviewed in *CBC, supra*, involve taking away the power of a superior court. In *CBC* itself, no power was taken from the superior tribunal. The issue in such cases has never been the removal of powers of a superior court, but rather the conferring of such powers on an inferior court of record.

Gonthier J. also suggests that *CBC, supra*, can be distinguished and the presumption against conferring the power of contempt *ex facie curiae* avoided by reason of the fact that the power here at issue is the narrow power to enforce mandatory and prohibitive orders, made on a Part VIII hearing, by contempt. This proposition is based on the language of s. 8(2) referring to the "enforcement of

les cours supérieures de leur compétence, c.-à-d. les clauses privatives, et les textes législatifs qui transfèrent une partie de la compétence des cours supérieures à un autre tribunal sans écarter leur compétence. Dans le premier cas, les tribunaux ont insisté sur une interprétation restrictive, étant donné que le citoyen peut être privé d'un recours à une cour supérieure (voir le courant de jurisprudence qui a abouti à l'arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, qui attribue à la règle d'interprétation stricte une importance constitutionnelle). Dans le deuxième cas, je croisais qu'il ne sert pas à grand-chose d'insister sur des formules précises à tel point que l'intention du législateur puisse être contrecarrée (voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 480 et 481). Sous réserve des considérations constitutionnelles, si une loi, interprétée dans son contexte et selon son sens ordinaire, confère clairement à un tribunal inférieur une compétence dont une cour supérieure jouit en common law, sans priver cette dernière de sa compétence, cette loi doit avoir effet. [Je souligne.]

La restriction de la présomption à une loi qui prive une cour supérieure de ses pouvoirs va à l'encontre de la jurisprudence et de la doctrine ainsi que du principe clair et historique de la common law selon lequel, si on fait totalement abstraction de son effet sur les cours supérieures, le pouvoir en matière d'outrage commis hors la présence d'un tribunal est d'une importance telle pour la liberté du citoyen qu'il devrait être limité aux cours supérieures, en l'absence de langage clair à l'effet contraire. En effet, dans aucune des affaires examinées dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, il n'était question de dépouiller une cour supérieure de son pouvoir. Dans l'arrêt *Société Radio-Canada* lui-même, aucun pouvoir n'a été retiré à la cour supérieure. Dans ces affaires, il ne s'est jamais agi de retirer des pouvoirs à une cour supérieure, mais il était plutôt question de conférer de tels pouvoirs à une cour inférieure d'archives.

Le juge Gonthier laisse également entendre qu'on peut faire une distinction d'avec l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, et qu'il est possible d'éviter la présomption pesant contre l'attribution du pouvoir en matière d'outrage commis hors la présence du tribunal vu que le pouvoir ici en cause est le pouvoir restreint d'exécuter, par la répression de l'outrage, les ordonnances de faire et de ne pas

orders". The argument is arguably at odds with the acknowledgement elsewhere in his reasons that the governing section is s. 8(1), given that s. 8(2) is confined to jurisdiction otherwise established; and with the broad interpretation he places on the power given to the Tribunal under s. 8(1). Be that as it may, the fact remains that even on the narrower interpretation of the power, what is at issue is the power of the Tribunal to punish contempt outside the presence of the court. In short, narrowing the issue does not avoid the presumption.

Having concluded that *CBC* is distinguishable, Gonthier J. goes on to construe s. 8 as though the presumption against an inferior tribunal possessing power to punish for contempt outside the presence of the court did not apply. He finds the section to be ambiguous, and goes on to choose the interpretation which best 'fits' the administrative framework within which the Tribunal functions, as he perceives that framework.

My reflections lead me to a different conclusion. Unable as I am to distinguish *CBC* from this case, I see no way to avoid applying the presumption against conferring on an inferior tribunal the power to punish contempt outside the presence of the court here. This presumption, combined with the absence of language in the Act clearly conferring such power on the Competition Tribunal, leads inescapably, as I see it, to the conclusion that Parliament cannot be taken to have intended to grant the Tribunal the power to enforce its final orders by punishing for contempt.

#### B. Interpretation of Section 8, Competition Tribunal Act, Apart from the Presumption

Alternatively, if the presumption against conferring on an inferior tribunal the power of contempt

faire rendues dans le cadre d'une audition en vertu de la partie VIII. Cette proposition se fonde sur le texte du par. 8(2) qui mentionne l'«exécution des ordonnances». On pourrait soutenir que cet argument est incompatible avec la reconnaissance, ailleurs dans ses motifs, du fait que la disposition qui s'applique est le par. 8(1), étant donné que le par. 8(2) se limite à la compétence établie autrement, et avec l'interprétation large qu'il donne du pouvoir que le par. 8(1) confère au Tribunal. Quoiqu'il en soit, il reste que, même selon l'interprétation plus stricte du pouvoir, ce qui est en cause, c'est le pouvoir du Tribunal de punir l'outrage commis hors sa présence. En résumé, restreindre la question ne permet pas d'éviter la présomption.

Ayant conclu que l'on peut établir une distinction d'avec l'arrêt *Société Radio-Canada*, le juge Gonthier interprète ensuite l'art. 8 comme si la présomption selon laquelle un tribunal inférieur ne possède pas le pouvoir de punir l'outrage commis hors sa présence ne s'appliquait pas. Il estime que l'article est ambigu et choisit ensuite l'interprétation qui «convient» le mieux au cadre administratif dans lequel fonctionne le Tribunal, selon la perception qu'il a de ce cadre.

Mes réflexions m'amènent à une conclusion différente. Comme je suis incapable de faire une distinction entre l'arrêt *Société Radio-Canada* et la présente affaire, je ne vois pas comment on pourrait éviter que s'applique ici la présomption qui pèse contre l'attribution à un tribunal inférieur du pouvoir de punir l'outrage commis hors sa présence. Cette présomption, conjuguée à l'absence d'un langage dans la Loi qui confère clairement un tel pouvoir au Tribunal de la concurrence, mène inévitablement, selon moi, à la conclusion qu'on ne saurait considérer que le législateur a voulu accorder au Tribunal le pouvoir d'exécuter ses ordonnances définitives par la répression de l'outrage.

#### B. Interprétation de l'article 8 de la Loi sur le Tribunal de la concurrence, abstraction faite de la présomption

Subsidiairement, si la présomption qui pèse contre l'attribution à un tribunal inférieur du pouvoir

outside the presence of the court did not apply, I would nevertheless conclude that ss. 8 and 9 of the Act, correctly construed, do not confer that power on the Competition Tribunal. I made the argument above that the interpretation adopted by Gonthier <sup>a</sup> J. is not the only plausible interpretation and in the case of ambiguity, the common law presumption of inferior court jurisdiction must govern; here I argue that the interpretation adopted by the court <sup>b</sup> below, *per* Iacobucci C.J., is to be preferred.

I turn first to the policy and purpose behind Part VIII of the *Competition Act* in the context of Parliament's scheme. Section 1.1 and Part VIII of the *Competition Act*, read with s. 8 of the *Competition Tribunal Act*, make it clear that the Tribunal's role is to act as an impartial adjudicative body. Its task is to determine the absence or presence of a party's compliance with the business norms set out in the *Competition Act*. Having found non-compliance, the Tribunal is empowered to remedy the situation by issuance of the mandatory and prohibitive orders authorized by Part VIII. At this point, as far as the express legislative scheme goes, the formal role of the Tribunal ends; the Tribunal has no general supervisory power. The task of enforcement is left to others. Part VIII expressly provides two different mechanisms by which the Tribunal's orders can be enforced: criminal prosecution under s. 74 at the behest of the Attorney General; and a private civil action for damages under s. 36. Thus the primary role of the Tribunal in the scheme is seen as that of dispute resolution, and the most natural reading of its provisions is in this context.

Against this background, I turn to the language which is said to confer on the Tribunal the power to enforce its orders by the contempt outside the presence of the court. For ease of reference I set out ss. 8 and 9(1) of the Act in their entirety:

en matière d'outrage commis hors sa présence ne s'appliquait pas, je conclurais néanmoins que les art. 8 et 9 de la Loi, interprétés correctement, ne confèrent pas ce pouvoir au Tribunal de la concurrence. J'ai déjà fait valoir que l'interprétation adoptée par le juge Gonthier n'est pas la seule interprétation plausible et qu'en cas d'ambiguïté la présomption de compétence du tribunal inférieur, qui existe en common law, doit s'appliquer; ici je soutiens qu'il y a lieu de préférer l'interprétation adoptée par le juge en chef Iacobucci de la Cour d'appel fédérale.

J'en viens d'abord au principe et à l'objet qui sous-tendent la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* dans le contexte du régime adopté par le législateur. L'article 1.1 et la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, interprétés conjointement avec l'art. 8 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, précisent que le Tribunal a pour rôle d'agir en tant qu'organisme décisionnel impartial. Il a pour tâche de déterminer si une partie respecte les normes commerciales énoncées dans la *Loi sur la concurrence*. S'il conclut au non-respect de ces normes, le Tribunal a le pouvoir de remédier à la situation en rendant les ordonnances de faire et de ne pas faire autorisées par la partie VIII. Pour ce qui est du régime législatif exprès, le rôle officiel du Tribunal prend fin à ce stade; le Tribunal n'a pas de pouvoir général de surveillance. La tâche d'exécution est laissée à d'autres. La partie VIII prévoit expressément deux mécanismes différents pour l'exécution des ordonnances du Tribunal: les poursuites criminelles engagées, en vertu de l'art. 74, sur l'ordre du Procureur général et l'action civile en dommages-intérêts intentée par un particulier, en vertu de l'art. 36. Ainsi, on considère que, sous ce régime, le Tribunal a pour rôle principal de régler des litiges et l'interprétation la plus naturelle de ses dispositions se fait dans ce contexte.

Compte tenu de ce qui précède, je passe au langage qui, dit-on, confère au Tribunal le pouvoir d'exécuter ses ordonnances par la répression de l'outrage commis hors sa présence. Pour en faciliter la consultation, je reproduis intégralement l'art. 8 et le par. 9(1) de la Loi:

8. (1) The Tribunal has jurisdiction to hear and determine all applications made under Part VIII of the *Competition Act* and any matters related thereto.

(2) The Tribunal has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its orders and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

(3) No person shall be punished for contempt of the Tribunal unless a judicial member is of the opinion that the finding of contempt and the punishment are appropriate in the circumstances.

9. (1) The Tribunal is a court of record and shall have an official seal which shall be judicially noticed.

The first thing to note is that the power of the Tribunal is confined to applications for the resolution of disputes under Part VIII of the Act, i.e. to the resolution of disputes and making of orders, as opposed to their enforcement. The appellant says that the phrase in s. 8(1) “and any matters related thereto” extends these powers to enforcement of final orders outside the presence of the court. But even if it were conceded that this is one way of reading that phrase, it is not the only way. The phrase can quite naturally be construed as relating to the application process, which goes no further than to support the Tribunal’s power over contempt in the face of the court. Given the Tribunal’s primary role of dispute resolution, the most natural construction of the phrase “and any matters related thereto” is that it refers to interlocutory matters arising in the course of an “application”.

We come then to s. 8(2), which gives the Tribunal the powers of a superior court with respect to certain matters. Most of the powers referred to here (“the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents”) relate to the conduct of the hearing—i.e. to the subject matter of contempt in the face of the court. The appellant relies on the phrase “enforcement of its orders”. But that phrase can be entirely explained in the context of interlocutory orders

8. (1) Le Tribunal entend les demandes qui lui sont présentées en application de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* de même que toute question s’y rattachant.

(2) Le Tribunal a, pour la comparution, la prestation de serment et l’interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l’examen des pièces, l’exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d’une cour supérieure d’archives.

(3) Personne ne peut être puni pour outrage au Tribunal à moins qu’un juge ne soit d’avis que la conclusion qu’il y a eu outrage et la peine sont justifiées dans les circonstances.

9. (1) Le Tribunal est une cour d’archives et il a un sceau officiel dont l’authenticité est admise d’office.

La première chose à noter est que le pouvoir du Tribunal se limite aux demandes de règlement de litiges fondées sur la partie VIII de la Loi, c.-à-d. au règlement de litiges et à la délivrance d’ordonnances, par opposition à leur exécution. L’appelant dit que l’expression «de même que toute question s’y rattachant», prévue au par. 8(1), étend ces pouvoirs à l’exécution des ordonnances définitives hors la présence du tribunal. Mais même si on admettait que c’est une façon d’interpréter cette expression, ce n’est pas la seule. L’expression peut très naturellement s’interpréter comme se rapportant au processus de demande, ce qui ne fait que justifier le pouvoir du Tribunal à l’égard de l’outrage commis en sa présence. Étant donné que le rôle principal du Tribunal est de régler des litiges, la façon la plus naturelle d’interpréter l’expression «de même que toute question s’y rattachant» est de dire qu’elle vise les questions interlocutoires qui prennent naissance au cours d’une «demande».

Nous arrivons ensuite au par. 8(2) qui confère au Tribunal les pouvoirs d’une cour supérieure en certaines matières. La plupart des pouvoirs mentionnés ici («la comparution, la prestation de serment et l’interrogatoire des témoins, ainsi que [...] la production et l’examen des pièces») ont trait à la conduite de l’audience — c.-à-d. à la question de l’outrage commis en présence du tribunal. L’appelant invoque l’expression «exécution de ses ordonnances». Mais cette expression peut s’ex-

made in the course of the hearing. The appellant also relies on the general phrase that follows: “and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction”, suggesting that this confers on the Tribunal a power of contempt outside the presence of the court. But the words “necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction” merely refer us back to whatever jurisdiction the Tribunal is granted by other provisions, primarily s. 8(1). These words do not create new jurisdiction. Thus we must ask, are there other provisions conferring a power to condemn and punish for contempt outside the face of the court? This brings us back to s. 8(1), which, as we have seen, does not, whether read contextually or literally, confer such powers.

As for s. 8(3), it does not purport to deal with the power or jurisdiction of the Tribunal. Its requirement that the judicial member of the Tribunal concur in any finding of contempt, relied on by Gonthier J. as an indicator of an intention to confer broad powers, is completely explicable by reference to the power of contempt in the face of the court conferred by s. 8(1) and (2) and the exclusive jurisdiction accorded judicial member(s) of a (Competition Tribunal) Panel over all questions of law, of which contempt is but one.

In the end, having regard to the role of the Tribunal in the scheme of the Act and the wording of s. 8, I find it impossible to fault the interpretation placed on the section by the court below, [1990] 2 F.C. 565, *per* Iacobucci C.J., at pp. 570-72, which I set out in full:

Proceedings instituted to punish a party for its failure to obey an order previously made by the Tribunal under Part VIII of the *Competition Act* are clearly not applications under Part VIII of the *Competition Act*. Nor are they, in my view, “matters related” to such applications or the hearing and determination of such applications. The enforcement of an order is certainly a matter related to that order; it is not, however, related to the applica-

pliquer entièrement dans le contexte d’ordonnances interlocutoires rendues au cours de l’audition. L’appelant invoque également l’expression générale qui suit, «et toutes autres questions relevant de sa compétence», laissant entendre que cela confère au Tribunal un pouvoir en matière d’outrage commis hors sa présence. Mais les mots «relevant de sa compétence» nous renvoient simplement à la compétence, quelle qu’elle soit, qui est conférée au Tribunal par d’autres dispositions et principalement par le par. 8(1). Ces mots ne créent pas une nouvelle compétence. Nous devons donc nous demander s’il y a d’autres dispositions qui confèrent un pouvoir de condamner et de punir pour l’outrage commis hors la présence du tribunal. Cela nous ramène au par. 8(1) qui, comme nous l’avons vu, ne confère pas de tels pouvoirs, qu’il soit interprété littéralement ou en fonction de son contexte.

Quant au par. 8(3), il n’a pas pour objet de traiter du pouvoir ou de la compétence du Tribunal. L’exigence, qu’on y trouve, que le juge du Tribunal souscrive à toute conclusion qu’il y a eu outrage, et qui, selon le juge Gonthier, indique une intention de conférer de vastes pouvoirs, peut s’expliquer entièrement par le pouvoir en matière d’outrage commis en présence du tribunal que confèrent les par. 8(1) et (2) et par la compétence exclusive accordée au(x) juge(s) siégeant au Tribunal de la concurrence relativement à toutes les questions de droit dont l’outrage n’est qu’un exemple.

Finalement, compte tenu du rôle du Tribunal sous le régime de la Loi et selon le texte de l’art. 8, j’estime impossible de trouver une faille dans l’interprétation que la Cour d’appel fédérale a donnée à l’article dans les motifs du juge en chef Iacobucci ([1990] 2 C.F. 565, aux pp. 570 à 572), que je cite intégralement:

Les procédures entamées pour punir une partie qui n’a pas respecté une ordonnance rendue par le Tribunal en vertu de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* ne sont certainement pas des demandes fondées sur la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*. Elles ne constituent pas non plus, à mon sens, une «question s’y rattachant», et ne se rapportent pas à l’audition de telles demandes. L’exécution d’une ordonnance est assurée-



tion or its hearing and determination that culminated in the making of that order. Subsection 8(1) therefore does not define the jurisdiction of the Tribunal as including the power to punish for failure to comply with the orders made under Part VIII of the *Competition Act*.

Subsection 8(2), at first sight, seems to give that power to the Tribunal since it grants it all the powers that are vested in a superior court of record with respect to, *inter alia*, “the enforcement of its orders”. However, these words must be read in their context. The phrase “the enforcement of its orders” in the subsection is part of an enumeration of matters that are said to be “necessary or proper for the due exercise of [the Tribunal’s] jurisdiction”. The enforcement of a final order made under Part VIII of the *Competition Act* cannot possibly be considered as necessary or proper for the exercise of the Tribunal’s jurisdiction as described in subsection 8(1). The expression “enforcement of its orders” in subsection 8(2), therefore, refers only to the enforcement of the many orders that the Tribunal may make in order to ensure that the applications made under Part VIII of the *Competition Act* are disposed of in a fair and rational manner. The enforcement of these orders is certainly necessary or proper for the due exercise of the Tribunal’s jurisdiction.

Finally, subsection 8(3) also does not help the respondent. Although it refers expressly to the powers of the Tribunal to entertain contempt proceedings, there is nothing in the subsection indicating that the extent of the contempt power is not restricted to contempt *in facie curiae*. The subsection shows, however, that the power to punish for contempt was clearly in the mind of the draftsman of section 8 so that the failure to confer expressly the power to punish for contempt *ex facie* cannot be attributed to an oversight. [Emphasis added.]

The remaining question is whether the arguments put forward by Gonthier J. prevail over this interpretation. With the greatest respect, I cannot agree that they do.

Gonthier J.’s first argument is based on the French version of s. 8(1). He argues that while the English version of s. 8(1) may not clearly confer the power to commit and punish for contempt

ment une question rattachée à cette ordonnance; elle n’est toutefois pas rattachée à la demande ou à l’audition dont l’ordonnance est l’aboutissement. Par conséquent, le paragraphe 8(1) ne signifie pas que la compétence du Tribunal comprend le pouvoir de punir le manquement aux ordonnances rendues en vertu de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*.

À première vue, le paragraphe 8(2) semble conférer ce pouvoir au Tribunal puisqu’il lui accorde tous les pouvoirs conférés à une cour supérieure d’archives, pour ce qui est, entre autres, de «l’exécution de ses ordonnances». Toutefois, il faut lire ces mots dans leur contexte. L’expression «l’exécution de ses ordonnances» employée dans ce paragraphe fait partie d’une énumération de questions qui sont considérées comme «relevant de [la] compétence du [Tribunal]». On ne saurait considérer l’exécution d’une ordonnance finale rendue conformément à la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* comme relevant de la compétence du Tribunal au sens où on l’entend au paragraphe 8(1). Les mots «exécution de ses ordonnances» utilisés au paragraphe 8(2) renvoient donc seulement à l’exécution des nombreuses ordonnances que le Tribunal peut rendre pour faire en sorte que les demandes faites en vertu de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* soient décidées d’une manière juste et raisonnable. L’exécution de ces ordonnances relève indubitablement de la compétence du Tribunal.

En dernier lieu, le paragraphe 8(3) n’aide pas l’intimé. Bien qu’on y dise expressément que le Tribunal a le pouvoir de connaître des procédures relatives à l’outrage, rien n’indique que ce pouvoir de sévir n’est pas limité à l’outrage commis en sa présence. Il ressort toutefois de ce paragraphe que le législateur avait clairement à l’esprit le pouvoir de punir l’outrage lorsqu’il a rédigé l’article 8, de sorte qu’on ne peut conclure que c’est par mégarde qu’il a omis d’attribuer expressément au Tribunal le pouvoir de réprimer l’outrage commis hors sa présence. [Je souligne.]

Il reste à savoir si les arguments avancés par le juge Gonthier l’emportent sur cette interprétation. En toute déférence, je ne saurais accepter qu’ils le font.

Le juge Gonthier fonde son premier argument sur la version française du par. 8(1). Il soutient que, bien que la version anglaise du par. 8(1) ne puisse pas conférer clairement le pouvoir d’incar-

outside the presence of the court, the French version does. It reads:

8. (1) Le Tribunal entend les demandes qui lui sont présentées en application de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* de même que toute question s'y rattachant.

Gonthier J. argues that, although "any matters related thereto" in the English text refers directly to the "hearing and determination" of Part VIII applications, the French equivalent, "toute question s'y rattachant", clearly pertains to the word "demandes" (applications) and not to the word "entend" (to hear). In essence, the French version of s. 8(1) states that the Tribunal is to hear all applications or "demandes" presented it under Part VIII, and any questions related to such applications. The English version, using a different (potentially characterized as more complex or legalistic) structure, sets out the Tribunal's jurisdiction as limited to hearing and determining Part VIII applications, and any matters related to this task.

I have difficulty seeing how this advances the matter. The reference in the French text of s. 8(1) to "demande", or application, is not necessarily broader than "hearing and determining". The argument begs the question of what is meant by "demande". If "demande" is read as referring to the dispute resolution procedure, as Iacobucci C.J. read it, the "application" process does not extend to the enforcement of the final order, with the result that the French wording, like the English, fails to support the intention to confer the power of contempt outside the presence of the court.

Moreover, when faced with an English version that clearly limits the Tribunal's jurisdiction to matters relating to the "hearing and determination" of an application and a French version that provides jurisdiction over all questions related to the "application", the principles of statutory interpretation demand that the Court accord the section an

cérer et de punir pour l'outrage commis hors la présence du tribunal, la version française le fait. Elle est ainsi rédigée:

8. (1) Le Tribunal entend les demandes qui lui sont présentées en application de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* de même que toute question s'y rattachant.

Le juge Gonthier soutient que, quoique l'expression «any matters related thereto» du texte anglais renvoie directement à l'audition («hearing and determination») des demandes fondées sur la partie VIII, l'équivalent français «toute question s'y rattachant» se rapporte clairement au mot «demandes» et non pas au mot «entend». On dit essentiellement, dans la version française du par. 8(1), que le Tribunal entend toutes les «demandes» qui lui sont présentées en application de la partie VIII, de même que toute question se rattachant à ces demandes. La version anglaise, qui utilise une structure différente (qu'on pourrait qualifier de plus complexe ou formaliste) énonce la compétence du Tribunal comme étant limitée à entendre («hearing and determining») les demandes fondées sur la partie VIII, de même que toute question se rattachant à cette tâche.

Je vois difficilement comment cela peut nous avancer. La mention, dans la version française du par. 8(1), du mot «demande» n'est pas nécessairement plus large que l'expression «hearing and determining». L'argument élude la question de savoir ce que signifie le mot «demande». Si on interprète ce mot comme renvoyant à la procédure de règlement des litiges, comme l'interprétait le juge en chef Iacobucci, le processus de «demande» ne s'étend pas à l'exécution de l'ordonnance définitive, de sorte que ni le texte français ni le texte anglais n'appuient l'intention de conférer le pouvoir en matière d'outrage commis hors la présence du tribunal.

En outre, lorsque nous sommes en présence d'une version anglaise qui limite clairement la compétence du Tribunal aux questions relatives à l'audition («hearing and determination») d'une demande et d'une version française qui confère une compétence à l'égard de toutes les questions se rattachant à la «demande», les principes d'interpré-

interpretation in which both versions are consistent or have a shared meaning. In his comprehensive treatise on statutory interpretation entitled *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1992), Prof. P.-A. Côté sets out the governing rules for bilingual statutes (at pp. 275-76):

According to the principle of internal coherence of the statute, its various parts are construed so as to eliminate contradictions. This applies particularly when two versions of the same enactment seem contradictory. The authorities are unequivocal in declaring that because the two versions are both official, reconciliation must be attempted:

In the case of ambiguity, where there is any possibility to reconcile the two, one must be interpreted by the other.

In practice, this involves finding a shared or common meaning in the two enactments. Three possibilities may arise. The versions may be irreconcilable, in which case other principles of interpretation are immediately brought to bear. In *Klippert v. The Queen*, the phrase "person who . . . has shown a *failure* to control his sexual impulses" appeared in French as "personne . . . qui . . . a manifesté une *impuissance* à maîtriser ses impulsions sexuelles . . .". The two versions were manifestly irreconcilable; the court favoured the English one after studying the provision's history.

The second possibility involves one version that is itself ambiguous, while the other is plain and unequivocal. *A priori*, the latter is preferred. For example, in *Tupper v. The Queen*, section 295(1) of the *Criminal Code* referred, in English, to "any instrument for house-breaking". The expression was ambiguous, and could mean an instrument *capable of being used* as well as one *intended to be used* for house-breaking. If the second meaning were adopted, the prosecution would be required to prove not only that an instrument could be used but that in the circumstances it had been destined for that purpose. The Supreme Court of Canada resolved the issue by citing the French version, which it felt clari-

tation législative exigent que la Cour donne à l'article une interprétation dans laquelle les deux versions sont compatibles ou ont un sens commun. Dans son traité général de l'interprétation législative intitulé *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), le professeur P.-A. Côté énonce les règles applicables aux lois bilingues (aux pp. 307 à 309):

Le principe de la cohérence interne de la loi commande d'interpréter ses diverses parties de manière à faire disparaître les contradictions. Ce principe s'applique tout particulièrement lorsque les deux versions d'un texte législatif paraissent être antinomiques; d'après une jurisprudence ancienne et constante, puisque les deux versions ont le caractère officiel, il faut tenter de les concilier:

Au cas d'ambiguïté [résultant de la divergence entre les deux versions], lorsqu'il y a quelque possibilité de concilier les deux versions, il faut interpréter l'une grâce à l'autre.

En pratique, concilier les deux versions signifie rechercher le sens qui est commun aux deux versions. Trois types de situations peuvent se présenter. Il peut arriver que les deux versions soient absolument et irréductiblement inconciliables: comme on le verra, il faut alors s'en remettre immédiatement aux autres principes d'interprétation. Ainsi, dans *Klippert c. La Reine*, les mots «*person who (. . .) has shown a failure to control his sexual impulses*» étaient rendus, en français, par «*personne (. . .) qui (. . .) a manifesté une impuissance à maîtriser ses impulsions sexuelles*». Manifestement, ces deux textes ne pouvaient se concilier et la Cour accorda préférence au texte anglais en faisant appel à l'histoire de la disposition.

Dans un second type de situation, une version est ambiguë, c'est-à-dire susceptible de plus d'un sens, et l'autre claire, c'est-à-dire non équivoque. Le sens commun aux deux versions, qu'il faut *a priori* préférer, est celui de la version claire. Par exemple, dans *Tupper c. The Queen*, le texte anglais de l'article 295(1) du Code criminel parlait de «*any instrument for house-breaking*». Ces mots étaient ambigus, pouvant désigner soit tout instrument *susceptible de servir* aux effractions, soit tout instrument *destiné à servir* aux effractions. Si le second sens était retenu, la poursuite devait faire la preuve de circonstances particulières permettant de supposer qu'un instrument, tel par exemple un tournevis, était non seulement susceptible de servir à une effraction, mais également, dans les circonstances, destiné à cette fin. La Cour suprême trancha en citant la version française qui, d'après la Cour, rendait le sens clair: «un instrument

fied the section: "un instrument pouvant servir aux effractions de maison". The wider meaning was chosen.

In such situations, the shared meaning is that of the version which is not ambiguous. There is a third possibility: one version may have a broader meaning than another, in which case the shared meaning is the more narrow of the two.

The French "tramway" was used to clarify the meaning of the more general English "railway" in *Toronto Railway Co. v. The Queen*. In *R. v. Dubois*, "chantier public" restricted the meaning of the more general term "public works". The adjective "mentioned" had its scope limited by "énumérés" in *Pollack Ltée v. Comité paritaire du commerce de détail*. And in *Pfizer v. Deputy Minister of National Revenue and Gravel v. City of St-Léonard*, Justice Pigeon preferred the more restrictive of the two meanings, which in both cases was derived from the French version.

In this case, we are faced on the one hand with an English version which by reference to "hearing and determining" the applications clearly and expressly limits the Tribunal's jurisdiction; and on the other hand with a French version which is at best ambiguous. To give the two versions a commonality of meaning and make them consistent, the Court must interpret the section as limiting the Tribunal's jurisdiction to any matters related to the hearing and determination of applications brought under Part VIII of the *Competition Act*.

Reference may also be had to former s. 8(2)(c) of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2:

(c) where a concept, matter or thing in its expression in one version of the enactment is incompatible with the legal system or institutions of a part of Canada in which the enactment is intended to apply but in its expression in the other version of the enactment is compatible therewith, a reference in the enactment to the concept, matter or thing shall, as the enactment applies to that part of Canada, be construed as a reference to the concept, matter or thing in its expression in that version of the enactment that is compatible therewith;

pouvant servir aux effractions de maison». Le sens large fut donc retenu.

Le sens commun est donc, dans ces cas, celui de la version qui ne présente pas d'ambiguïté. Dans un troisième type de situation, l'une des deux versions a un sens plus large que l'autre, elle réfère à un concept d'une plus grande extension. Le sens commun aux deux versions est alors celui du texte ayant le sens le plus restreint.

Ainsi, dans *Toronto Railway Co. c. The Queen*, le français «tramway» a précisé le sens de l'anglais «railway», plus large. Dans *R. c. Dubois*, le français «chantier public» a limité le sens plus général de l'anglais «public works». Dans *Pollack Ltée. c. Comité paritaire du commerce de détail*, l'adjectif «mentioned» a vu son sens restreint au français «énumérés». Dans *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national* et dans *Gravel c. Cité de St-Léonard*, le juge Pigeon a fait prévaloir le texte le plus restreint, soit, dans les deux cas, le texte français.

En l'espèce, nous nous trouvons en présence, d'une part, d'une version anglaise qui, par sa mention de l'audition («hearing and determining») des demandes, limite clairement et expressément la compétence du Tribunal et, d'autre part, d'une version française qui au mieux est ambiguë. Pour donner aux deux versions un sens commun et les rendre compatibles, la Cour doit interpréter l'article comme limitant la compétence du Tribunal à toute question se rattachant à l'audition des demandes fondées sur la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*.

On peut également se reporter à l'ancien al. 8(2)c) de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, ch. O-2:

c) lorsque l'expression d'un concept ou d'une chose, dans l'une des versions du texte législatif, est incompatible avec le système juridique ou les institutions d'un lieu du Canada où l'on veut que ce texte s'applique mais que son expression dans l'autre version du texte est compatible avec ce système ou ces institutions, une mention du concept ou de la chose dans le texte sera, dans la mesure où ce texte s'applique à ce lieu du Canada, interprétée comme une mention du concept ou de la chose, exprimée dans la version qui est compatible avec ce système ou ces institutions;

Although repealed, the principle of statutory interpretation upon which this provision was based is maintained within the common law, providing some assistance to the Court in these appeals. The principle is simple: where one version of a provision accords with the accepted principles of the governing legal system, e.g. in a part of the country or in this case the whole country, and the other version may be read either to contradict such principle(s) or to accord with such principle(s), the provision should be given an interpretation which best protects the continuing integrity of the principle(s) at issue. A strong presumption exists "that ambiguity should not be resolved in a manner that would substantially alter an institution or fundamental principle of the common law or 'droit commun'": see M. Beaupré, *Interpreting Bilingual Legislation* (2nd ed. 1986), at p. 37. It follows that in so far as a discrepancy exists between the French and English versions of s. 8(1), it should be resolved in accordance with the time-honoured presumption in Canada that an inferior court lacks the jurisdiction to punish contempt *ex facie curiae*. As pointed out by Iacobucci C.J., where it is clear the legislature actually had in mind the contempt power and may be assumed to have knowledge of the limited jurisdiction of an inferior court of record, the Court is bound to construe the statute so that it is consistent with the governing legal system's fundamental principles.

Gonthier J. raises a second argument in support of his interpretation of s. 8(1). He argues that unless the phrase "and any matters related thereto"/"toute question s'y rattachant" is interpreted as conferring the power of contempt outside the presence of the court, it is redundant. With great respect, I cannot accept that it follows from the general rule that all parts of an enactment should if possible be given meaning (*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 31) that the courts are free to confer on an inferior tribunal a new power which Parliament has failed to mention. The precept that redundant interpretation should be

Malgré son abrogation, le principe d'interprétation législative sur lequel se fondait cette disposition est conservé en common law et est d'une certaine utilité à la Cour dans les présents pourvois. Ce principe est simple: lorsque l'une des versions d'une disposition est compatible avec les principes reconnus du système juridique en vigueur, par exemple, dans une partie du pays ou, comme en l'espèce, dans l'ensemble du pays, et que l'autre version peut s'interpréter comme contredisant ce(s) principe(s) ou comme compatible avec celui ou ceux-ci, il y a lieu de donner à la disposition en cause l'interprétation qui protège le mieux l'intégrité permanente du ou des principes en cause. Il existe une forte présomption «qu'une ambiguïté ne devrait pas être résolue d'une façon qui modifierait la substance d'une institution ou d'un principe fondamental de la «common law» ou du droit commun»: voir R. M. Beaupré, *Interprétation de la législation bilingue* (1986), à la p. 44. Il s'ensuit que, dans la mesure où il y a une divergence entre la version française et la version anglaise du par. 8(1), il y a lieu de la corriger conformément à la présomption consacrée par l'usage au Canada selon laquelle un tribunal inférieur n'a pas compétence pour punir l'outrage commis hors sa présence. Comme l'a souligné le juge en chef Iacobucci, lorsqu'il est clair que le législateur avait à l'esprit le pouvoir en matière d'outrage et qu'on peut supposer qu'il était au courant de la compétence limitée d'une cour inférieure d'archives, la Cour est tenue d'interpréter la loi de façon qu'elle soit compatible avec les principes fondamentaux du système juridique en vigueur.

Le juge Gonthier avance un deuxième argument à l'appui de son interprétation du par. 8(1). Il soutient qu'à moins que l'expression «toute question s'y rattachant»/«and any matters related thereto» soit interprétée comme conférant le pouvoir en matière d'outrage commis hors la présence du tribunal, elle est redondante. En toute déférence, je ne puis accepter qu'il découle de la règle générale, selon laquelle il y a lieu, si possible, de donner un sens à toutes les parties d'un texte législatif (*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 31), que les tribunaux sont libres de conférer à un tribunal inférieur un nouveau pouvoir que le législateur

avoided does not extend so as to give the courts a mandate to create new powers simply to avoid redundancy. Moreover, one must approach such general phrases against the background that they are commonly used in many statutes, not to confer unmentioned powers, but to ensure that the powers clearly given be exercised without undue restraint. It is true, as Gonthier J. points out, that ancillary powers can be inferred and need not be set out. Yet the reality is that statutes commonly do set them out, if only in the hope of avoiding arguments seeking to unduly restrict the effective exercise of expressly conferred powers. Many statutes conferring powers on inferior tribunals use such language. For example, the Canadian International Trade Tribunal ("CITT") by s. 16 of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985, c. 47 (4th Supp.), is given jurisdiction to: "(c) hear, determine and deal with all appeals that, pursuant to any other Act of Parliament or regulations thereunder, may be made to the Tribunal, and all matters related thereto". Are we to infer in each case that Parliament intended to confer the historically anomalous power of contempt *ex facie curiae* on each of these tribunals in order to give some meaning to the statute? I think not. Given the relatively common use of phrases like "and all [or any] matters related thereto" in legislative drafting, I do not find this argument persuasive.

With respect to s. 8(2), Gonthier J. relies heavily on inclusion of the phrase "enforcement of [the Tribunal's] orders". However, as seen above, given the emphasis in s. 8(2) on the evidence-gathering powers of the Tribunal, it is equally if not more plausible to interpret this phrase as referring to interlocutory orders made in the course of the hearing, an interpretation which fits with the traditional distinction between the power of contempt in the face of the court, frequently accorded to inferior tribunals, and the quite different power to

n'a pas mentionné. Le précepte selon lequel il y a lieu d'éviter l'interprétation redondante ne va pas jusqu'à donner aux tribunaux le mandat de créer de nouveaux pouvoirs simplement afin d'éviter la redondance. En outre, il faut aborder de telles expressions générales en tenant compte du fait qu'elles sont utilisées couramment dans maintes lois, non pas pour conférer des pouvoirs non mentionnés, mais pour s'assurer que les pouvoirs clairement conférés soient exercés sans restriction indue. Il est vrai, comme le souligne le juge Gonthier, qu'on peut déduire l'existence de pouvoirs accessoires et qu'ils n'ont pas besoin d'être énoncés. En réalité, toutefois, les lois les énoncent couramment, ne serait-ce que dans l'espoir d'éviter les arguments qui cherchent à limiter indûment l'exercice efficace de pouvoirs conférés expressément. Beaucoup de lois qui confèrent des pouvoirs à des tribunaux inférieurs utilisent ce langage. Par exemple, l'art. 16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4<sup>e</sup> suppl.), donne au Tribunal canadien du commerce extérieur («TCCE») le pouvoir «c) de connaître de tout appel pouvant y être interjeté en vertu de toute autre loi fédérale ou de ses règlements et des questions connexes». Devons-nous en déduire dans chaque cas que le législateur a voulu conférer le pouvoir historiquement anormal de punir l'outrage *ex facie curiae* à chacun de ces tribunaux afin de donner quelque sens à la loi? Je ne le crois pas. Vu l'emploi assez fréquent d'expressions comme «et des questions connexes» ou «de même que toute question s'y rattachant» dans la rédaction des lois, je ne trouve pas cet argument convaincant.

En ce qui concerne le par. 8(2), le juge Gonthier s'appuie fortement sur l'insertion de l'expression «exécution de[s] ordonnances [du Tribunal]». Toutefois, comme nous l'avons vu précédemment, étant donné l'accent mis, au par. 8(2), sur les pouvoirs du Tribunal en matière d'obtention d'éléments de preuve, il est également, voire plus, plausible d'interpréter cette expression comme visant les ordonnances interlocutoires rendues au cours de l'audition, une interprétation qui cadre avec la distinction traditionnelle entre le pouvoir de punir

punish for contempt outside the presence of the court, seldom accorded to inferior tribunals.

With respect to s. 8(3), Gonthier J. acknowledges that taken alone, the reference to contempt is not indicative of the extent of the powers of the Tribunal. For him, the determinative factor is s. 8(3)'s requirement that a finding of contempt and choice of punishment be approved by a judicial member of the Panel. This requirement is said to evidence an intention to accord the Tribunal contempt powers going beyond those which an inferior tribunal would ordinarily exercise.

The short answer to this argument is that the approval by a judicial member of the Tribunal is equally compatible with the view that the Tribunal's contempt power is confined to contempt in the face of the court as with the view that it extends to contempt outside the presence of the court. The narrower interpretation, although less invasive than the broader, nevertheless involves questions of law which may affect the liberty of the subject. In these circumstances, it makes sense to require approval of the judicial member even on the narrower version, particularly where such judicial member(s) has been granted exclusive jurisdiction over all questions of law arising in a Part VIII application. I do not take my learned colleague to suggest that Parliament included judicial officers in the Tribunal primarily to supervise its exercise of a 'special' power over contempt *ex facie*. Thus, it is quite possible, indeed probable, that reference to such officers in s. 8(3) has no bearing on the question of Parliament's intention. The decision by Parliament to confer this power exclusively upon the "judicial" member(s) of a given Panel may reflect its concern with the danger of providing non-judicial personnel with the power to punish contempt in the face of the court where unnecessary.

l'outrage commis en présence du tribunal, qui est accordé fréquemment aux tribunaux inférieurs, et le pouvoir tout à fait différent de punir l'outrage commis hors la présence du tribunal, qui est rarement accordé aux tribunaux inférieurs.

Quant au par. 8(3), le juge Gonthier reconnaît que, prise isolément, la mention de l'outrage n'indique pas la portée des pouvoirs du Tribunal. D'après lui, le facteur déterminant est l'exigence, au par. 8(3), que la conclusion qu'il y a eu outrage et le choix de la peine soient approuvés par un juge siégeant au Tribunal. On dit que cette exigence révèle l'intention de conférer au Tribunal des pouvoirs en matière d'outrage qui dépassent ceux qu'un tribunal inférieur exercerait ordinairement.

Pour répondre à cet argument, disons simplement que l'approbation d'un juge du Tribunal est aussi compatible avec l'opinion que le pouvoir du Tribunal en matière d'outrage se limite à l'outrage commis en sa présence qu'avec l'opinion qu'il s'étend à l'outrage commis hors sa présence. L'interprétation stricte, quoique moins envahissante que l'interprétation large, soulève néanmoins des questions de droit qui peuvent influencer sur la liberté du citoyen. Dans ces circonstances, il est logique d'exiger l'approbation du juge même dans le cas de l'interprétation stricte, particulièrement lorsque ce ou ces juges se sont vu conférer une compétence exclusive sur toutes les questions de droit prenant naissance dans le cadre d'une demande fondée sur la partie VIII. Je ne pense pas que mon collègue laisse entendre que le législateur a inclus des officiers de justice dans le Tribunal principalement pour surveiller son exercice d'un pouvoir «spécial» en matière d'outrage commis hors la présence du tribunal. Il est donc tout à fait possible, voire probable, que la mention de pareils officiers de justice, au par. 8(3), n'a aucun rapport avec la question de l'intention du législateur. La décision du législateur de conférer ce pouvoir exclusivement au(x) «juge(s)» siégeant au Tribunal dans une affaire donnée indique peut-être qu'il était préoccupé par le danger d'accorder à du personnel non judiciaire le pouvoir de punir l'outrage commis en présence du tribunal lorsque ce n'est pas nécessaire.

Gonthier J. argues that the effective functioning of the legislative scheme requires that the Tribunal be accorded the power to condemn and punish, as contempt, the violation of its final orders outside the presence of the court. In his view, the regulatory scheme embodied in the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act* demands that the Tribunal have jurisdiction to enforce its orders via contempt in order to give effect to the legislation's objectives. In the words of s. 12 of the *Interpretation Act*, referred to by Gonthier J., the Court should accord the Act a remedial interpretation that "best ensures the attainment of its [the statute's] objects." Parliament, it is argued, must have intended that the Tribunal's Part VIII orders be effective.

The assumption is that absent a power in the Tribunal to punish contempt of its Part VIII orders, such orders are ineffective, i.e. there are no other means to secure compliance. In my opinion, this assumption is unwarranted. The Act provides a variety of remedies for the enforcement of the Tribunal's Part VIII orders.

Section 74 makes it an offence to fail to comply with the order of the Tribunal. The Attorney General of Canada is empowered, under ss. 73 and 74 of the *Competition Act*, to enforce the Tribunal's Part VIII orders; she may prosecute the violation of an order, seeking the imposition of sanctions (penal and monetary) in a provincial superior court, or she may seek such sanctions in the Federal Court, Trial Division, on consent.

Gonthier J. argues that this provision differs from enforcement by means of the *ex facie* contempt power, in that it provides for definite fines and prison terms and lacks the flexibility of the power of contempt outside the court. Be that as it may, it does not support the assumption that without the power of contempt outside the court, the Tribunal will be disadvantaged. In fact it has at its disposal statutory quasi-criminal remedies remark-

Le juge Gonthier soutient que le fonctionnement efficace du régime législatif exige que le Tribunal soit investi du pouvoir de condamner et de punir, en tant qu'outrage, la violation de ses ordonnances définitives hors sa présence. À son avis, le régime de réglementation prévu dans la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* exige que le Tribunal ait compétence pour exécuter ses ordonnances au moyen de l'outrage afin de réaliser les objectifs de la loi. Selon les termes de l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, que cite le juge Gonthier, la Cour devrait donner à la Loi une interprétation corrective qui «soit compatible avec la réalisation de son objet». Le législateur, fait-on valoir, a nécessairement voulu que les ordonnances rendues par le Tribunal sous le régime de la partie VIII soient efficaces.

On suppose qu'en l'absence d'un pouvoir du Tribunal de punir l'outrage résultant de la violation de ses ordonnances fondées sur la partie VIII, ces ordonnances sont inopérantes, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'autre moyen d'en assurer le respect. À mon sens, cette hypothèse n'est pas justifiée. La Loi prévoit toute une gamme de recours pour l'exécution des ordonnances du Tribunal fondées sur la partie VIII.

Selon l'art. 74, commet une infraction quiconque transgresse une ordonnance du Tribunal. Le procureur général du Canada peut, en vertu des art. 73 et 74 de la *Loi sur la concurrence*, exécuter les ordonnances du Tribunal fondées sur la partie VIII; il peut poursuivre pour violation d'une ordonnance et demander l'imposition de sanctions (pénales et monétaires) devant une cour supérieure provinciale ou il peut, avec le consentement requis, demander ces sanctions devant la Section de première instance de la Cour fédérale.

Le juge Gonthier soutient que cette disposition diffère de l'exécution au moyen du pouvoir de punir l'outrage commis hors la présence du tribunal, du fait qu'elle prévoit des amendes et des peines d'emprisonnement déterminées et n'a pas la souplesse du pouvoir en matière d'outrage commis hors la présence du tribunal. Quoi qu'il en soit, elle n'étaye pas l'hypothèse selon laquelle, sans le pouvoir en matière d'outrage commis hors sa pré-



ably similar to, although perhaps more restricted than, the contempt power traditionally confined to superior courts. It does not follow from the fact that Parliament has chosen to circumscribe the means of criminal enforcement at the Tribunal's disposal that the Tribunal should be accorded the broader common law power of contempt *ex facie*. On the contrary, I would think the inference should be the opposite, namely that Parliament considered the matter, and gave the Tribunal the means to ensure, in a quasi-criminal context, the power of enforcement of its final orders that Parliament thought it should possess. I do not share Gonthier J.'s view that these provisions are directed at punishment rather than "securing compliance" (p. 407), nor understand how, if this were the case, it would distinguish the quasi-criminal remedies of the Act from contempt outside the presence of the court. In either case, enforcement and punishment are inextricably intertwined.

In addition to these quasi-criminal remedies, the Act provides that a private party may sue the offending party for damages suffered as a result of the violation of the Tribunal's order, pursuant to s. 36 of the *Competition Act*. Indeed, s. 36(2) provides that a finding of non-compliance in another proceeding, e.g. brought by the Attorney General of Canada under s. 74, is sufficient proof of the defendant's non-compliance with the Tribunal's order; thus, only the complainant's damages remain to be assessed.

In extending the power to punish the violation of a Part VIII order to the Tribunal as well as in answer to the above options, Gonthier J. relies, *inter alia*, on the absence of an express provision for the enforcement of these orders by the Federal Court, a provision present in other Acts to which he refers us (see p. 408). I fail to see how the absence of an express provision for filing the Tribunal's Part VIII orders with the Federal Court,

sence, le Tribunal sera désavantagé. En fait, il dispose, en vertu de la loi, de recours quasi criminels qui ressemblent remarquablement, bien qu'ils soient peut-être plus restreints, au pouvoir en matière d'outrage qui est réservé traditionnellement aux cours supérieures. Du fait que le législateur a choisi de circonscrire les moyens d'exécution en matière criminelle dont dispose le Tribunal, il ne s'ensuit pas que celui-ci devrait être investi du pouvoir général de punir l'outrage commis hors sa présence, que reconnaît la common law. Je pense qu'il faudrait en déduire le contraire, savoir que le législateur a examiné la question et donné au Tribunal le moyen de réaliser, dans un contexte quasi criminel, l'exécution de ses ordonnances définitives, un pouvoir que le législateur estimait devoir lui donner. Je ne partage pas l'avis du juge Gonthier selon lequel ces dispositions visent à punir plutôt qu'à «assurer le respect» (à la p. 407) et je ne comprends pas non plus comment, si c'était le cas, cela établirait une distinction entre les recours quasi criminels prévus par la Loi et l'outrage commis hors la présence du tribunal. Dans l'un et l'autre cas, l'exécution et la punition sont inextricablement liées.

En plus de ces recours quasi criminels, la Loi prévoit qu'un particulier peut poursuivre la partie contrevenante pour les dommages subis à la suite de la violation de l'ordonnance du Tribunal, conformément à l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*. En effet, le par. 36(2) prévoit qu'une conclusion qu'il y a eu violation dans une autre procédure engagée, par exemple, par le procureur général du Canada en vertu de l'art. 74, constitue une preuve suffisante de la violation de l'ordonnance du Tribunal par le défendeur; donc seuls les dommages-intérêts du plaignant restent à évaluer.

En étendant au Tribunal le pouvoir de punir la violation d'une ordonnance fondée sur la partie VIII et en réponse aux choix susmentionnés, le juge Gonthier s'appuie notamment sur l'absence d'une disposition expresse relative à l'exécution de ces ordonnances par la Cour fédérale, une disposition qui se trouve dans les autres lois auxquelles il nous renvoie (voir à la p. 408). Je ne vois pas comment l'absence d'une disposition expresse relative

or any other superior court, is either determinative or relevant to the question under consideration. First, Parliament may be assumed to know of the residual jurisdiction of the superior courts, which arguably permits enforcement through the courts by way of contempt: *CBC, supra*, at pp. 636 and 638, *per* Beetz J. Second, it is equally persuasive to argue that this so-called “lacuna” in the legislation indicates Parliament’s intention that the Tribunal’s orders be enforced only through the means provided in ss. 73 and 74 and s. 36 of the *Competition Act*. Such a lacuna does not, in my respectful opinion, evidence an intent to confer upon the Tribunal jurisdiction over contempt *ex facie*.

I note, in addition, that express provision for filing appears in a number of regulatory schemes but does not appear in others. A comparative examination of the tribunals (and their enabling legislation) expressly directed to a superior court for the enforcement of their orders with those tribunals which are not so directed evidences no pattern of subject matter (e.g. degree of national importance) nor adjudicative structure which would lend support to the argument that Parliament intended that some tribunals have resort to superior courts to enforce their orders while others are empowered to enforce their orders via a power over contempt *ex facie*. Absent convincing evidence that the failure to expressly include this common law right (to seek enforcement from a superior court) indicates a legislative intent to accord a tribunal certain special powers, I am of the opinion that Parliament did not intend that the Competition Tribunal exercise jurisdiction over contempt *ex facie*.

Gonthier J. also argues that, given the complexity inherent in monitoring and enforcing Part VIII orders, the methods expressly chosen by Parlia-

au dépôt, à la Cour fédérale ou à une autre cour supérieure, des ordonnances du Tribunal fondées sur la partie VIII est déterminante ou se rapporte à la question en litige. Premièrement, on peut supposer que le législateur est au courant de la compétence résiduelle des cours supérieures, qui, pourrait-on dire, permet que l’exécution se fasse par les tribunaux au moyen de l’outrage: *Société Radio-Canada*, précité, aux pp. 636 et 638, motifs du juge Beetz. Deuxièmement, il est également convaincant d’alléguer que cette prétendue «lacune» de la loi indique que le législateur a voulu que l’exécution des ordonnances du Tribunal se fasse uniquement par les moyens prévus aux art. 73 et 74 et à l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*. Une telle lacune ne prouve pas, à mon avis, une intention de conférer au Tribunal la compétence en matière d’outrage commis hors sa présence.

Je remarque, en outre, que la disposition expresse relative au dépôt figure dans un certain nombre de régimes de réglementation mais pas dans d’autres. Une étude comparative des tribunaux (et de leur loi habilitante) subordonnés expressément à une cour supérieure pour l’exécution de leurs ordonnances et des tribunaux qui ne sont pas ainsi subordonnés ne montre aucun modèle de sujet (par exemple, le degré d’importance nationale) ni aucune structure décisionnelle qui viendrait appuyer l’argument selon lequel le législateur a voulu que certains tribunaux aient recours aux cours supérieures pour faire exécuter leurs ordonnances tandis que d’autres peuvent exécuter les leurs au moyen d’un pouvoir en matière d’outrage commis hors leur présence. En l’absence d’une preuve convaincante que l’omission d’inclure expressément ce droit reconnu en common law (de s’adresser à une cour supérieure pour l’exécution de ses ordonnances) indique une intention du législateur d’accorder à un tribunal certains pouvoirs spéciaux, je suis d’avis que le législateur n’a pas voulu que le Tribunal de la concurrence exerce une compétence en matière d’outrage commis hors sa présence.

Le juge Gonthier soutient également que, vu la difficulté inhérente de surveiller et d’exécuter les ordonnances fondées sur la partie VIII, les

ment to enforce its policies (criminal and civil enforcement, outlined above) lead to a “corresponding loss of effectiveness”, i.e. the expertise of the Tribunal is lost. I make three points in response.

First, if the methods of enforcement which Parliament has chosen are defective, it is for Parliament and not the courts to rectify them.

Second, no evidence was placed before the Court which established either the complexity or non-complexity of orders typically made by the Tribunal under Part VIII, or the alleged “loss of effectiveness” of the Tribunal. The actual order at issue in this case was simple and easily enforced: Chrysler Canada Ltd. was ordered to sell its parts to Mr. Richard Brunet on trade terms ‘usual and customary’ to its relationship with Mr. Brunet. The Tribunal, in its determination of the application, may define such “terms”; quick reference could be had to such definition by a superior court seeking to enforce the Tribunal’s order. There is no suggestion that the particular expertise of the Tribunal was required for its enforcement, nor any evidence that the powers of enforcement expressly set out in the Act were inadequate to the task.

Third, the Act, while not (theoretically) conferring on the Tribunal the power to initiate proceedings for the enforcement of its final orders, permits access to the Tribunal’s expertise in the process of enforcement. In a criminal proceeding under s. 74, the prosecutorial arm of the government may utilize the Tribunal’s expertise to assist the court. In a contempt proceeding before a superior court, if it is the Director who is seeking enforcement of a Part VIII order, the Director may, as the Attorney General of Canada may with s. 74, use the Tribunal’s expertise. If the Tribunal brings the contempt motion, the Tribunal itself may provide assistance to the court as a party. Finally, the Tribunal may be able to seek and obtain the status of an intervener in the criminal proceedings under s. 74 (by application, for example, of r. 2 of the *Ontario Supreme*

méthodes choisies expressément par le législateur pour l’exécution de ses politiques (exécution susmentionnée en matières criminelles et civiles) mènent à une «perte d’efficacité correspondante», c’est-à-dire que l’expertise du Tribunal est perdue. J’ai trois remarques à faire pour répondre à cela.

Premièrement, si les méthodes d’exécution que le législateur a choisies sont déficientes, c’est à ce dernier et non pas aux tribunaux qu’il incombe de les corriger.

Deuxièmement, la Cour n’a été saisie d’aucune preuve qui établissait la complexité ou la non-complexité des ordonnances rendues ordinairement par le Tribunal sous le régime de la partie VIII, ou la prétendue «perte d’efficacité» du Tribunal. L’ordonnance en cause dans la présente affaire était simple et facile à exécuter: on a enjoint à Chrysler Canada Ltd. de vendre ses pièces à Richard Brunet suivant les conditions commerciales «habituelles» de sa relation avec M. Brunet. Pour se prononcer sur la demande, le Tribunal peut définir ces «conditions»; une cour supérieure qui tente de faire exécuter l’ordonnance du Tribunal pourrait se reporter rapidement à cette définition. Rien ne laisse entendre que l’expertise particulière du Tribunal était nécessaire pour son exécution et rien ne prouve que les pouvoirs d’exécution mentionnés expressément dans la Loi ne convenaient pas à cette tâche.

Troisièmement, bien qu’elle ne confère pas (théoriquement) au Tribunal le pouvoir d’engager des procédures pour l’exécution de ses ordonnances définitives, la Loi permet l’accès à l’expertise du Tribunal à l’étape de l’exécution. Dans des poursuites criminelles fondées sur l’art. 74, le Procureur général peut utiliser l’expertise du Tribunal pour aider la cour. Dans des procédures d’outrage devant une cour supérieure, si c’est le directeur qui demande l’exécution d’une ordonnance fondée sur la partie VIII, il peut, tout comme le procureur général du Canada le peut en vertu de l’art. 74, utiliser l’expertise du Tribunal. Si le Tribunal présente la requête pour outrage, il peut lui-même fournir de l’aide à la cour en tant que partie. En fin de compte, le Tribunal peut être en mesure de demander et d’obtenir la qualité d’intervenant dans

*Court Rules Respecting Criminal Proceedings—Part I*, SI/85-152); on a motion for contempt to a superior court; or on a civil action under s. 36. For example, if the prosecution, action or motion is before the Ontario Court, General Division, a motion for leave to intervene *simpliciter* may be made under r. 13.01 or the Tribunal may seek leave to intervene as a “friend of the court” under r. 13.02, *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84. See, for example, *Vachliotis v. Exodus Link Corp.* (1987), 23 C.P.C. (2d) 72 (Ont. Master) in which the city of Toronto was granted intervenor status where the interpretation of one of its zoning by-laws was at issue. Similarly, leave to intervene in the Federal Court may be available to a party such as the Tribunal under r. 1716 of the *Federal Court Rules*, C.R.C. 1978, c. 663. Given these options, it is clear that the Tribunal’s expertise would not necessarily ‘go to waste’ in the absence of power to directly enforce its final orders via a power over contempt *ex facie*.

In summary, I remain unpersuaded that the arguments advanced in support of the proposition that s. 8 confers on the Tribunal the power to convict and punish for contempt outside the presence of the Tribunal establish that the interpretation of the Court below was wrong. On the contrary, the wording of s. 8 and the role of the Tribunal in the statutory scheme support the conclusion that Parliament did not intend to confer on the Tribunal the power to enforce its final orders by the general power to find and punish contempt outside its presence.

### C. Section 96 of the Constitution Act, 1867

The respondent correctly noted in its factum that the Court, should it choose to allow the appeals, would be called upon to determine whether Parliament is constitutionally empowered to enact s. 8 of the *Competition Act*. In other words, the Court

les poursuites criminelles fondée sur l’art. 74 (en application, par exemple, de l’art. 2 des *Règles concernant les poursuites criminelles de la Cour suprême de l’Ontario—Partie I*, TR/85-152), à la suite d’une requête pour outrage adressée à une cour supérieure ou d’une action civile fondée sur l’art. 36. Par exemple, si les poursuites, l’action ou la requête est devant la Division générale de la Cour de l’Ontario, une simple requête pour autorisation d’intervenir peut être présentée en vertu de l’art. 13.01 ou le Tribunal peut demander l’autorisation d’intervenir à titre d’«ami de la cour» en vertu de l’art. 13.02 des *Règles de procédure civile*, Règl. de l’Ont. 560/84. Voir, par exemple, *Vachliotis c. Exodus Link Corp.* (1987), 23 C.P.C. (2d) 72 (protonotaire Ont.), dans lequel la ville de Toronto a obtenu la qualité d’intervenant lorsque l’interprétation de l’un de ses règlements de zonage était en cause. De même, une autorisation d’intervenir en Cour fédérale peut être obtenue par une partie comme le Tribunal, en vertu de la règle 1716 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C. 1978, ch. 663. Vu ces choix, il est manifeste que l’expertise du Tribunal ne serait pas nécessairement «perdue» en l’absence du pouvoir d’exécuter directement ses ordonnances définitives au moyen d’un pouvoir en matière d’outrage commis hors sa présence.

En résumé, je ne suis pas convaincue que les arguments avancés à l’appui de la proposition selon laquelle l’art. 8 confère au Tribunal le pouvoir de condamner et de punir pour l’outrage commis hors sa présence établissent que l’interprétation donnée par la Cour d’appel fédérale était erronée. Au contraire, le texte de l’art. 8 et le rôle du Tribunal dans le régime législatif étaient la conclusion que le législateur n’a pas voulu conférer au Tribunal le pouvoir d’exécuter ses ordonnances définitives au moyen du pouvoir général de constater et de punir l’outrage commis hors sa présence.

### C. L’article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

L’intimée a fait remarquer à juste titre dans son mémoire que, si la Cour choisissait d’accueillir les pourvois, elle devrait déterminer si le législateur fédéral peut, selon la Constitution, adopter l’art. 8 de la *Loi sur la concurrence*. En d’autres termes, la

must ensure that Parliament has the competence, under ss. 96 to 101 of the *Constitution Act, 1867*, to confer superior court powers upon administrative appointees.

Neither of the appellants addressed this question in their written materials; the respondent makes only cursory reference to it in its factum. Nor did the Trial Division or the Court of Appeal below address this issue. This Court heard only brief and generalized oral submissions on it. The dearth of materials before the Court on such an important constitutional issue, coupled with the conclusion at which I have arrived on the main issue in these appeals, dictate a cautious approach, following the lead of Dickson J. in *CBC, supra*. My remarks are accordingly brief.

Gonthier J. avoids the difficult s. 96 issue by using a more generous application of the third branch of the test set out by this Court in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, than I would be inclined to adopt. In that case this Court held that s. 96 constitutes no bar to vesting s. 96 judicial powers in an inferior tribunal provided three tests were met: (1) the power in question is broadly conformable to the powers of s. 96 courts at the time of Confederation; (2) the power is a “judicial power”; and (3) the power is “necessarily incidental” to the achievement of a broader policy objective by the government: see *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, at pp. 276-77. In essence, provinces are empowered to vest ancillary judicial powers formerly exercised by s. 96 courts (exclusively) so long as the judicial or quasi-judicial function bestowed is a necessary part of an otherwise valid administrative structure. Accepting, as my learned colleague does, that the power to punish for contempt outside the presence of the court is a s. 96 judicial power, the question is whether the grant of the power is “necessarily incidental” or “essential” to the functioning of the Tribunal. Gonthier J. so finds, concluding that “[o]nly a specialized tribu-

Cour doit s’assurer que le législateur fédéral a compétence, en vertu des art. 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour conférer des pouvoirs d’une cour supérieure à des organismes administratifs.

Aucun des appelants n’a abordé cette question dans ses documents écrits; l’intimée n’y a fait que des allusions superficielles dans son mémoire. Ni la Section de première instance ni la Cour d’appel n’ont abordé non plus cette question. Notre Cour n’a entendu que des observations orales brèves et générales à cet égard. La pénurie de documents produits devant la Cour relativement à une question constitutionnelle aussi importante, conjuguée à la conclusion à laquelle je suis parvenue en ce qui concerne la principale question dans les présents pourvois, incite à la prudence, selon l’exemple donné par le juge Dickson dans l’arrêt *Société Radio-Canada*, précité. Mes observations seront donc brèves.

Le juge Gonthier évite la difficile question de l’art. 96 en recourant à une application plus générale, que je ne serais portée à le faire, du troisième volet du critère énoncé par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714. Dans cette affaire, notre Cour a statué que l’art. 96 n’empêche pas l’attribution à un tribunal inférieur des pouvoirs judiciaires prévus à l’art. 96 pourvu que trois conditions soient remplies: (1) le pouvoir en question correspond de manière générale aux pouvoirs que les cours visées à l’art. 96 exerçaient à l’époque de la Confédération, (2) il s’agit d’un «pouvoir judiciaire» et (3) le pouvoir est «nécessairement accessoire» à la réalisation d’un objectif plus large du gouvernement: voir *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, aux pp. 276 et 277. Essentiellement, les provinces peuvent conférer des pouvoirs judiciaires accessoires qui étaient autrefois exercés par les cours visées à l’art. 96 (exclusivement), dans la mesure où la fonction judiciaire ou quasi judiciaire attribuée fait nécessairement partie d’une structure administrative par ailleurs valide. Vu que, comme mon collègue, j’admets que le pouvoir de punir l’outrage commis hors la pré-

nal such as the Tribunal can properly ensure the enforcement of the orders it makes” (p. 419).

In my view, the record does not support such a broad and categorical conclusion. As already noted, the Act provides a variety of methods of enforcing the final orders of the Tribunal: see *supra* at pp. 437-38. There is no evidence before us supporting the proposition that these methods are inadequate, much less that supplementing them with the power to punish for contempt outside the presence of the court is essential or necessarily incidental to the Tribunal’s functioning. Nor has Parliament clearly said the power is necessary; the language relied on for the power is at best ambiguous and stands in sharp contrast to the express language in which the other methods of enforcement envisaged by Parliament are set out.

If the case cannot be brought within the *Residential Tenancies* analysis, the s. 96 question of whether empowering federally appointed members of the Competition Tribunal with jurisdiction to punish contempt outside the presence of the court must be met directly. This casts us into new waters, for the most part uncharted.

None of the governing authorities are particularly helpful. Neither *Re Residential Tenancies Act, 1979, supra*; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238, nor *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, *supra*, assess whether the focus of ss. 96 to 101 is the protection of the federal executive’s exclusive right to control and supervise persons exercising the “core jurisdiction” of a superior court of record, or whether the focus of ss. 96 to 101 is the broader principle that statutory bodies, both provincial and federal,

sence du tribunal est un pouvoir judiciaire visé à l’art. 96, il s’agit de déterminer si l’attribution de ce pouvoir est «nécessairement accessoire» ou «essentielle» au fonctionnement du Tribunal. Le juge Gonthier croit que oui et il conclut que «[s]eul un tribunal spécialisé comme le Tribunal peut assurer comme il se doit l’exécution des ordonnances qu’il rend» (p. 419).

À mon sens, le dossier ne permet pas de tirer une conclusion aussi générale et catégorique. Comme je l’ai déjà mentionné, la Loi prévoit diverses méthodes d’exécution des ordonnances définitives du Tribunal: voir ci-dessus aux pp. 437 et 438. Aucune preuve présentée devant nous n’étaye la proposition selon laquelle ces méthodes ne sont pas adéquates et encore moins celle voulant que leur ajouter le pouvoir de punir l’outrage commis hors la présence du tribunal est essentiel ou nécessairement accessoire au fonctionnement du Tribunal. Le législateur n’a pas dit clairement non plus que ce pouvoir est nécessaire; le langage invoqué relativement au pouvoir est au mieux ambigu et contraste grandement avec le langage explicite utilisé pour énoncer les autres méthodes d’exécution envisagées par le législateur.

Si on ne peut pas appliquer à la présente affaire l’analyse du *Renvoi relatif à la Loi sur la location résidentielle*, il faut aborder directement la question, fondée sur l’art. 96, de savoir s’il y a lieu d’attribuer aux juges du Tribunal de la concurrence nommés par le gouvernement fédéral le pouvoir de punir l’outrage commis hors la présence du tribunal. Cela nous amène sur un terrain nouveau qui est en majeure partie inexploré.

La jurisprudence applicable ne nous aide pas particulièrement. Le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, les arrêts *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704, et *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238, de même que le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, précité, n’évaluent pas si les art. 96 à 101 sont axés sur la protection du droit exclusif du pouvoir exécutif fédéral de contrôler et de surveiller les personnes qui exercent la «compétence fondamentale» d’une cour supérieure d’ar-

should not be allowed to usurp the “judicial” function reserved to those (special) bodies accorded the general jurisdiction of a superior court of record. The absence of a focused argument, coupled with the absence of judicial consideration of this issue in the courts below as well as in the authorities cited *supra*, militates against any pronouncement by the Court on this question of fundamental constitutional significance. Fortunately, my conclusion on the primary ground of appeal herein provides me with the option of waiting for another day to address this important issue. In the circumstances, I believe it wise to exercise this option.

#### Disposition

I would dismiss the appeals and affirm the decision of the Court below.

*Appeals allowed, McLachlin J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Competition Tribunal: Johnston & Buchan, Ottawa.*

*Solicitor for the appellant Director of Investigation and Research: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent Chrysler Canada Ltd.: Perley-Robertson, Panet, Hill & McDougall, Ottawa.*

archives, ou si les art. 96 à 101 sont axés sur le principe plus large selon lequel les organismes, tant provinciaux que fédéraux, qui sont créés par la loi ne devraient pas pouvoir usurper la fonction «judiciaire» réservée aux organismes (spéciaux) à qui est conférée la compétence générale d’une cour supérieure d’archives. L’absence d’un argument précis, conjuguée à l’absence d’examen de cette question par les tribunaux d’instance inférieure et dans la jurisprudence précitée, fait que la Cour ne devrait pas se prononcer sur cette question d’importance fondamentale sur le plan constitutionnel. Heureusement, ma conclusion relative au premier moyen d’appel me donne le choix d’attendre une autre occasion pour aborder cette question importante. Dans les circonstances, je crois qu’il est sage d’exercer ce choix.

#### a Dispositif

Je suis d’avis de rejeter les pourvois et de confirmer l’arrêt de la Cour d’appel fédérale.

*e Pourvois accueillis, le juge McLachlin est dissidente.*

*Procureurs de l’appellant le Tribunal de la concurrence: Johnston & Buchan, Ottawa.*

*f Procureur de l’appellant le directeur des enquêtes et recherches: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*g Procureurs de l’intimée Chrysler Canada Ltd.: Perley-Robertson, Panet, Hill & McDougall, Ottawa.*

**IN THE MATTER OF** Section 27 of the  
*Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1

**AND IN THE MATTER OF** a Reference by  
the Lieutenant-Governor in Council to the  
Court of Appeal of Alberta for hearing and  
consideration of the questions set out in  
Order-in-Council O.C. 538/90 in respect of  
Bill C-62, an Act proposed by the House of  
Commons of Canada to amend the *Excise  
Tax Act*, the *Criminal Code*, the *Customs Act*,  
the *Customs Tariff*, the *Excise Act*, the  
*Income Tax Act*, the *Statistics Act* and the  
*Tax Court of Canada Act*

between

**The Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**The Attorney General for  
Alberta** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the  
Attorney General of British Columbia, the  
Attorney General for Saskatchewan and the  
Canadian Federation of Independent  
Business** *Intervenors*

and between

**The Attorney General for Alberta** *Appellant*

v.

**The Attorney General of  
Canada** *Respondent*

**DANS L'AFFAIRE DE** l'article 27 de la  
*Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1

**ET DANS L'AFFAIRE** d'un renvoi du  
lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour  
d'appel de l'Alberta pour qu'elle donne un  
avis sur les questions énoncées dans le  
décret O.C. 538/90 relativement au projet de  
loi C-62, proposé par la Chambre des  
communes du Canada en vue de modifier la  
*Loi sur la taxe d'accise*, le *Code criminel*, la  
*Loi sur les douanes*, le *Tarif des douanes*, la  
*Loi sur l'accise*, la *Loi de l'impôt sur le  
revenu*, la *Loi sur la statistique* et la *Loi sur  
la Cour canadienne de l'impôt*

d entre

**Le procureur général du Canada** *Appellant*

e  
c.

**Le procureur général de l'Alberta** *Intimé*

f

et

**Le procureur général de l'Ontario, le  
procureur général de la Colombie-  
Britannique, le procureur général de la  
Saskatchewan et la Fédération canadienne  
de l'entreprise indépendante** *Intervenants*

g  
et entre

**Le procureur général de l'Alberta** *Appellant*

i  
c.

**Le procureur général du Canada** *Intimé*

j



and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan and the Canadian Federation of Independent Business** *Intervenors*

INDEXED AS: REFERENCE RE GOODS AND SERVICES TAX

File Nos.: 22635, 22664.

1992: February 24, 25; 1992: June 25.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson\* and Iacobucci J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Distribution of legislative powers — Taxation — Goods and Services Tax — Whether GST Act ultra vires Parliament in whole or in part — Whether suppliers under GST Act entitled to recover expenses incurred in collection and remittance of GST from consolidated revenue fund — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 92(13), 103 — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX.*

*Constitutional law — Intergovernmental immunity from taxation — Appropriation of provincial funds — Provinces obliged under GST Act to collect and remit GST on taxable supplies when they act as suppliers — Whether obligation to collect and remit GST amounts to taxation of provinces' property or appropriation of provincial funds for federal purposes — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 125, 126 — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX.*

*Agency — Obligations of principal — Remuneration of agent — Vendors of taxable supplies appointed agents of Crown in right of Canada under GST Act for purposes of collecting and remitting GST — Whether vendors entitled to recover expenses incurred in collection*

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

et

**Le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan et la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante** *Intervenants*

<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES

N<sup>os</sup> du greffe: 22635, 22664.

<sup>c</sup> 1992: 24, 25 février; 1992: 25 juin.

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

<sup>d</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

<sup>e</sup> *Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Taxation — Taxe sur les produits et services — La Loi sur la TPS est-elle ultra vires du Parlement intégralement ou en partie? — Les fournisseurs aux termes de la Loi sur la TPS sont-ils autorisés à recouvrer sur le Trésor les dépenses engagées pour percevoir et remettre la TPS? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 92(13), 103 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, partie IX.*

<sup>g</sup> *Droit constitutionnel — Immunité intergouvernementale à l'égard de la taxation — Affectation des fonds des provinces — La Loi sur la TPS oblige les provinces à percevoir et à remettre la TPS sur les fournitures taxables lorsqu'elles agissent à titre de fournisseurs — L'obligation de percevoir et de remettre la TPS équivaut-elle à une taxation des biens de la province ou à une affectation des fonds des provinces à des fins fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 125, 126 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, partie IX.*

<sup>i</sup> *Mandat — Obligations du mandant — Rémunération du mandataire — Les vendeurs de fournitures taxables sont nommés mandataires de la Couronne du chef du Canada aux termes de la Loi sur la TPS aux fins de la perception et de la remise de la TPS — Les vendeurs sont-ils autorisés à recouvrer les dépenses engagées pour percevoir et remettre la TPS? — Loi sur la taxe*

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

and remittance of GST — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 122, 123, 221, 240, 346.

*Appeal — Reference — Abstract question — Whether Court should decline to answer question.*

*Practice — Intervenors — New issues — Reference — New issues raised by intervenor falling outside scope of reference — Whether Court should consider intervenor's arguments.*

The Lieutenant-Governor in Council of Alberta referred to the Court of Appeal of that province several questions challenging the constitutionality of the federal Goods and Services Tax ("GST"), which was enacted by Part IX of the *Excise Tax Act* ("GST Act"). The GST, a value-added tax, is designed to be a tax on consumption. It is imposed on any supply other than an exempt supply. A taxable supply attracts the tax each time it is sold. To the extent that the purchaser of a taxable supply uses that good or service in the production of other taxable supplies, it is entitled to an "input tax credit" and can recover the tax it has paid from the government. A number of subordinate entities created by the provincial governments, such as municipalities, universities, public colleges, public hospitals, schools and school authorities, are entitled to claim input tax credits to the extent that their purchases are used in making taxable supplies, and they are eligible for a special rebate of a portion of the tax paid on other purchases. The provinces are not liable to pay tax on their purchases. Under the GST Act, every vendor of a taxable supply, including a province, is appointed an agent of the Crown in right of Canada for the purposes of the collection and remittance of the GST.

The questions referred to the Court of Appeal read as follows:

1. Having regard to the *Constitution Acts, 1867 to 1982* or otherwise, is the *GST Act ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part and, if so, in what particular or particulars and to what extent?
2. Does the system of collection under the *GST Act*
  - (a) at any stage prior to the supply of taxable supplies to consumers or to suppliers of exempt supplies,

*d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 122, 123, 221, 240, 346.*

*Appel — Renvoi — Question abstraite — La Cour doit-elle refuser de répondre à la question?*

*Pratique — Intervenants — Nouvelles questions — Renvoi — Les nouvelles questions soulevées par un intervenant ne s'inscrivent pas dans le cadre du renvoi — La Cour doit-elle examiner les arguments de l'intervenant?*

Le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta a soumis à la Cour d'appel de cette province plusieurs questions qui contestent la constitutionnalité de la taxe fédérale sur les produits et services («TPS»), qui a été adoptée par la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* («Loi sur la TPS»). La TPS, une taxe à la valeur ajoutée, est conçue comme une taxe à la consommation. Elle est imposée sur toute fourniture autre qu'une fourniture exonérée. La taxe s'applique chaque fois qu'une fourniture taxable est vendue. Dans la mesure où l'acheteur d'une fourniture taxable utilise ce bien ou ce service dans la production d'autres fournitures taxables, il a le droit de recevoir un «crédit de taxe sur les intrants» et peut recouvrer du gouvernement la taxe qu'il a payée. Un certain nombre d'organismes subordonnés créés par les gouvernements provinciaux, comme les municipalités, les universités, les collèges publics, les hôpitaux publics, les écoles et les administrations scolaires, ont le droit de réclamer des crédits de taxe sur les intrants dans la mesure où leurs achats sont utilisés pour produire des fournitures taxables et ils sont admissibles à un rabais spécial d'une partie de la taxe versée sur d'autres achats. Les provinces ne sont pas tenues de payer la taxe sur leurs achats. Aux termes de la *Loi sur la TPS*, tous les vendeurs d'une fourniture taxable, y compris les provinces, sont nommés mandataires de la Couronne du chef du Canada aux fins de la perception et de la remise de la TPS.

Voici les questions soumises à la Cour d'appel:

1. Compte tenu des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* ou autrement, les dispositions législatives sur la TPS sont-elles *ultra vires* du Parlement du Canada en tout ou en partie et, dans l'affirmative, à quel égard et dans quelle mesure?
2. Le régime de perception prévu dans ces dispositions,
  - a) à toute étape antérieure à l'offre de fournitures taxables aux consommateurs ou aux fournisseurs de fournitures exonérées,

- (b) prior to the collection by a supplier from a recipient, or
- (c) otherwise
- constitute an infringement of the jurisdiction of the Legislature of Alberta with respect to the regulation of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, or of another provincial power under that Act, so that the *GST Act* in its application of the system of collection or any part of it is *ultra vires* the Parliament of Canada?
3. Having regard to s. 103 of the *Constitution Act, 1867* and the common law, are suppliers entitled to charge and to collect from the Consolidated Revenue Fund of Canada all costs, charges and expenses incidental to collecting and paying a remittance under the *GST Act*?
4. Having regard to s. 125 of the *Constitution Act, 1867*,
- (a) is the imposition of obligations under the *GST Act* on the Government of Alberta as a supplier to collect and pay a remittance on a taxable supply that is Alberta property *ultra vires* the Parliament of Canada,
- (b) does the imposition of a remittance under the *GST Act* on a recipient from the Government of Alberta of a taxable supply that is Alberta property or that generates revenue to the Government of Alberta constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada; and
- (c) does the imposition of a remittance that is computed under s. 154 of the *GST Act* on the basis of consideration for a taxable supply that includes an amount of provincial tax constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada?
5. Having regard to s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, is the requirement under the *GST Act* that the Government of Alberta use part of the Government of Alberta's revenue
- (a) to collect a remittance or caused a remittance to be collected, or
- (b) to pay a remittance prior to the receipt of the remittance from the recipient of a taxable supply
- b) avant la perception par un fournisseur auprès d'un acquéreur, ou
- c) autrement,
- porte-t-il atteinte à la compétence de la législature de l'Alberta en ce qui concerne la réglementation de la propriété et des droits civils aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou un autre pouvoir provincial conféré par cette loi, de façon que les dispositions législatives sur la TPS relatives au régime de perception ou une partie de ce régime sont *ultra vires* du Parlement du Canada?
3. Compte tenu de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la common law, les fournisseurs ont-ils le droit d'exiger et de percevoir du Trésor canadien tous les frais et les dépenses attribuables à la perception et au versement d'une remise en vertu des dispositions législatives sur la TPS?
4. Compte tenu de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,
- a) l'imposition au gouvernement de l'Alberta, en tant que fournisseur et en vertu des dispositions législatives sur la TPS, de l'obligation de percevoir et de verser une remise sur une fourniture taxable qui est une propriété de l'Alberta est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada,
- b) l'imposition, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'une remise à un acquéreur d'une fourniture taxable du gouvernement de l'Alberta qui est une propriété de l'Alberta ou qui est une source de recettes pour le gouvernement de l'Alberta constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada, et
- c) l'imposition d'une remise calculée en vertu de l'art. 154 des dispositions législatives sur la TPS en contrepartie d'une fourniture taxable et qui comprend une taxe provinciale constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada?
5. Compte tenu de l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'obligation pour le gouvernement de l'Alberta, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'utiliser une partie de ses recettes
- a) pour percevoir ou faire percevoir une remise, ou
- b) pour verser une remise avant de l'avoir reçue de l'acquéreur d'une fourniture taxable

*ultra vires* the Parliament of Canada?

6. Having regard to ss. 125 and 126 of the *Constitution Act, 1867*,

- (a) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta exempt from tax under the *GST Act*, *a*
- (b) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, designated as agents of the Government of Alberta, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, exempt from tax under the *GST Act*, *b*
- (c) is the acquisition of taxable supplies by the Crown Purchase Agency referred to in section 2(k) of the Appendix exempt from tax under the *GST Act*, and *c*
- (d) is the acquisition or use by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, of taxable supplies that are provided by the Crown Purchase Agency to the provincial authorities exempt from tax under the *GST Act*? *d*

The opinion of the Court of Appeal was unanimous, except on question 4. The answer to question 1 was no, though the provisions referred to in question 5(a) and (b) are not binding on the province. The answer to question 2 was no. The answer to question 3 was yes, but with four limiting qualifications. The answer to question 4 was yes, with qualifications that differed between the majority and the minority. The answer to question 5 was yes, to the extent that the *GST Act* purported to impose collection and remittance obligations upon the province. The Court of Appeal declined to answer question 6. *e*

The Attorney General of Canada appealed from the judgment of the Court of Appeal with respect to the answers to questions 1, 3, 4 and 5. The Attorney General for Alberta appealed with respect to the answers to questions 1, 2, 3, 4 and 6. In this Court, as in the Court of Appeal, the Attorney General for Ontario sought to raise a new ground for attacking the constitutionality of the *GST Act*, arguing that the Act had never been properly passed through Parliament because the “closure” and “guillotine” rules invoked by the federal govern- *f*

est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada?

6. Compte tenu des art. 125 et 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

- a) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS, *a*
- b) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, désignées comme mandataires du gouvernement de l'Alberta, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS, *b*
- c) l'acquisition de fournitures taxables par l'organisme gouvernemental acheteur mentionné à l'alinéa 2k) de l'annexe est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS, et *c*
- d) l'acquisition ou l'utilisation par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, de fournitures taxables fournies par l'organisme gouvernemental acheteur aux autorités provinciales est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS? *d*

La Cour d'appel a été unanime, sauf en ce qui concerne la quatrième question. Elle a répondu par la négative à la première question, bien que les dispositions mentionnées dans la question 5a) et b) ne lient pas la province. Elle a répondu à la deuxième question par la négative. La troisième question a reçu une réponse affirmative, mais avec quatre restrictions. Elle a répondu par l'affirmative à la quatrième question avec des restrictions différentes pour les juges de la majorité et de la minorité, et par l'affirmative à la cinquième question, dans la mesure où les dispositions législatives sur la TPS avaient pour but d'imposer à la province des obligations en matière de perception et de remise. Elle a refusé de répondre à la sixième question. *e*

Le procureur général du Canada se pourvoit contre l'arrêt de la Cour d'appel relativement aux réponses de cette cour aux questions 1, 3, 4 et 5. Le procureur général de l'Alberta se pourvoit en ce qui a trait aux réponses aux questions 1, 2, 3, 4 et 6. Devant notre Cour comme devant la Cour d'appel, le procureur général de l'Ontario a cherché à soulever un nouveau moyen pour contester la constitutionnalité de la Loi sur la TPS, lorsqu'il a fait valoir que la Loi n'a jamais été adoptée correctement par le Parlement parce que les règles en matière de *f*

ment in the passage of the GST Act were themselves *ultra vires*.

*Held:* The appeal of the Attorney General of Canada is allowed and the appeal of the Attorney General for Alberta is dismissed. Questions 1 to 5 were answered in the negative. The Court declined to answer question 6.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The GST Act as a whole is a valid exercise of the federal taxation power under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. The GST Act is properly characterized as being in relation to a mode or system of taxation. Its sole purpose is to raise revenue for the federal government, and the effects produced by the Act on matters within provincial jurisdiction over property and civil rights are incidental to this purpose. The means chosen to raise revenue is a tax on value added throughout the chain of production, with input tax credits granted in respect of taxable supplies used in the production of other taxable supplies. To sever the system of input tax credits from the revenue-raising portions of the GST Act would fundamentally change the character of the tax, from a value-added tax to a federal retail sales tax, and would carve out an exception to the text of s. 91(3) which the words "any Mode or System of Taxation" cannot reasonably bear. The means chosen is sufficiently well integrated into the scheme of the GST Act as a whole that the intrusion upon provincial jurisdiction is justified.

The registered suppliers under the GST Act do not have a right, under s. 103 of the *Constitution Act, 1867*, to be reimbursed from the consolidated revenue fund of Canada for all expenses and charges incurred in collecting the GST. Section 103 is an appropriations provision, permitting the Government of Canada to make disbursements from the consolidated revenue fund for the purposes of raising revenue without the necessity of annual Parliamentary votes. Its purpose is to immunize the revenue-collecting machinery of the federal government from the uncertainties of annual appropriations by Parliament. It was never intended to create a legally enforceable right in third parties to receive compensation for revenue-raising duties imposed on them by Parliament. Even if s. 103 were to confer authority on the federal government to compensate such third parties, it would not create a correlative power in those third par-

«clôture» et de «guillotine», invoquées par le gouvernement fédéral lors de l'adoption de la Loi sur la TPS, sont elles-mêmes *ultra vires*.

*Arrêt:* Le pourvoi du procureur général du Canada est accueilli et le pourvoi du procureur général de l'Alberta est rejeté. Les questions 1 à 5 reçoivent une réponse négative. La Cour refuse de répondre à la sixième question.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: Dans son ensemble, la Loi sur la TPS constitue un exercice valide du pouvoir fédéral en matière de taxation prévu au par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Loi sur la TPS est qualifiée à bon droit comme ayant un rapport avec un mode ou un système de taxation. Elle n'a d'autre but que de procurer des recettes au gouvernement fédéral, et l'effet de la Loi sur des matières qui relèvent de la compétence provinciale est nécessairement accessoire à ce but. Le moyen choisi pour produire des recettes est une taxe à la valeur ajoutée qui s'applique à toute la chaîne de production avec des crédits de taxe sur les intrants accordés à l'égard des fournitures taxables utilisées dans la production d'autres fournitures taxables. Établir une distinction entre le système des crédits de taxe sur les intrants et les parties concernant le prélèvement de deniers dans la Loi sur la TPS modifierait d'une manière fondamentale le caractère de la taxe—d'une taxe à la valeur ajoutée elle deviendrait une taxe fédérale sur la vente au détail—et constituerait une exception au texte du par. 91(3), que les termes «tous modes ou systèmes de taxation» ne peuvent raisonnablement appuyer. Le moyen choisi est assez bien intégré au régime de la Loi sur la TPS dans son ensemble que l'empiétement sur la compétence provinciale est justifié.

Les fournisseurs inscrits aux termes de la Loi sur la TPS n'ont pas le droit aux termes de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d'être remboursés par le Trésor canadien de toutes les dépenses et tous les frais engagés pour percevoir la TPS. L'article 103 est une disposition d'affectation de crédits qui permet au gouvernement du Canada de prélever des fonds sur le Trésor pour produire des recettes sans qu'il soit nécessaire de demander chaque année des crédits parlementaires. Il a pour but d'immuniser le mécanisme de perception de recettes pour le gouvernement fédéral contre les incertitudes découlant de l'affectation de crédits annuels par le Parlement. Il n'a jamais été question de créer un droit applicable en vertu de la loi à l'égard des tiers, leur permettant de recevoir une contrepartie pour les fonctions de perception de recettes que leur impose le législateur. Même si l'art. 103 devait conférer au gouvernement

ties to enforce these payments. The decision to spend appropriated funds remains within the discretion of the government.

As well, the vendors of taxable supplies, as agents of the government for the collection and remittance of the GST, are not entitled to recover at common law the expenses incurred in the course of the agency. Firstly, the presumption that compensation is to be paid where property is taken under a statutory scheme, unless this is expressly excluded by the terms of the statute, has no application in the case of the GST collection regime since no property of the supplier is "taken" by the imposition of the GST collection and remittance obligations. Secondly, Parliament has the right to impose duties relating to the collection of taxes without reimbursing those upon whom the duties are imposed. In any case, the GST Act does contemplate a limited right of reimbursement in the form of the transitional credit for small businesses. Since Parliament did direct its attention to the question of compensation by providing partial compensation in certain cases, common law rights which might have operated but for the statute cannot be relied upon. Thirdly, there is no question of any contractual relationship between the vendors of taxable supplies and the Government of Canada. In the absence of a contract, the common law duty of principals to pay remuneration for services rendered has no application to vendors of taxable supplies. Fourthly, while the principal has a duty to indemnify an agent for tortious liability to third parties incurred in good faith in the course of the agency, compliance with a statutorily imposed duty would constitute a defence in the unlikely event that such claims of liability were to arise. Finally, the suggestion that registered suppliers have a restitutionary claim against the federal government for the costs and expenses of collecting the GST is without merit.

The GST Act does not violate s. 125 of the *Constitution Act, 1867*. The province's obligation under the GST Act to collect and remit the GST from purchasers of taxable supplies when the province acts as supplier does not amount to taxation of the property of the province. The GST only becomes payable by virtue of transactions in which some property interest has left the supplier and become vested in the purchaser. It is clearly the purchaser, not the supplier, who is liable to pay the

fédéral le pouvoir d'indemniser ces tiers, il ne créerait pas à leur égard le pouvoir corrélatif d'exiger le versement de ces paiements. La décision de dépenser les crédits affectés relève du pouvoir discrétionnaire du gouvernement.

De même, les vendeurs de fournitures taxables, à titre de mandataires du gouvernement pour la perception et la remise de la TPS, ne sont pas autorisés en vertu de la common law à recouvrer les dépenses engagées au cours du mandat. Premièrement, la présomption selon laquelle une indemnisation doit être payée, lorsqu'un bien est pris aux termes d'une loi, à moins que cela ne soit expressément exclu dans le texte de la loi, ne s'applique pas dans le cas du régime de perception de la TPS étant donné que le fournisseur n'est «dépossédé» d'aucun bien par l'imposition des obligations en matière de perception et de remise de la TPS. Deuxièmement, le Parlement a le droit d'imposer, aux termes d'une loi, des obligations en matière de perception de taxes sans rembourser les personnes auxquelles elles sont imposées. De toute façon, la Loi sur la TPS prévoit un droit limité à un remboursement sous forme de crédit transitoire pour la petite entreprise. Étant donné que le législateur a bien pris en considération la question de l'indemnisation en prévoyant une indemnisation partielle dans certains cas, on ne peut se fonder sur les droits découlant de la common law qui auraient pu s'appliquer n'eût été la loi. Troisièmement, il n'est nullement question d'un rapport contractuel entre les vendeurs de fournitures taxables et le gouvernement du Canada. En l'absence de contrat, l'obligation des mandants en vertu de la common law de verser une rémunération pour les services rendus ne s'applique pas aux vendeurs de fournitures taxables. Quatrièmement, bien qu'il existe une obligation pour le mandant d'indemniser un mandataire pour la responsabilité envers les tiers engagée de bonne foi dans le cadre du mandat, le respect d'une obligation imposée par la loi constituerait un moyen de défense dans le cas peu probable de la présentation de telles allégations de responsabilité. Enfin, la prétention selon laquelle les fournisseurs inscrits ont un droit de restitution contre le gouvernement fédéral pour les frais et les dépenses liés à la perception de la TPS n'est pas fondée.

La Loi sur la TPS ne viole pas l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'obligation pour la province, imposée par la Loi sur la TPS, de percevoir la TPS des acheteurs de fournitures taxables et de la remettre lorsque la province agit à titre de fournisseur n'équivaut pas à l'imposition d'une taxe sur un bien de la province. La TPS ne devient payable qu'en vertu des opérations dans lesquelles le fournisseur s'est départi d'un intérêt dans le bien pour le transmettre à l'acheteur. C'est de toute

tax. The possibility that the application of the GST on property sold by the provinces may reduce provincial revenues does not render the GST a "taxation" of provincial property. Nor does the calculation of the GST as a fraction of a price a portion of which is provincial tax amount to the federal taxation of provincial tax. Rather, the price paid for a taxable supply, including a component that is provincial tax, is the measure chosen by Parliament by which the liability of the purchaser to pay the GST is calculated.

The GST Act does not violate s. 126 of the *Constitution Act, 1867*. The obligation imposed by the GST Act upon provinces to collect and remit the GST when they act as suppliers does not amount to the appropriation of provincial funds for federal purposes by Parliament. The obligation is clearly not the same as an obligation to pay out a sum of money to the federal government from the provincial consolidated revenue fund. Parliament has simply imposed certain administrative burdens upon suppliers that are necessarily incidental to a valid federal scheme of "taxation" within the meaning of s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. It is only in so far as the province operates as a commercial entity that it becomes subject to these burdens.

Question 6 should not be answered. This question is highly abstract and cannot precisely or usefully be answered in its present form.

The arguments of the Attorney General for Ontario should not be considered. The issues sought to be raised by the intervener, which relate to the regularity of the adoption of the GST Act, fall outside the intended scope of the Reference.

*Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.*: The GST Act is *intra vires* Parliament. The Act falls squarely within s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. The GST, a value-added tax, is intended to raise money. It is in pith and substance a mode or system of taxation, so one need not enquire any further about whether it might be justified as necessarily incidental to the legislative scheme. The fact that it may affect activities within provincial regulatory competence is immaterial. It flows from this that the collection provisions of the GST Act, which are simply part and parcel of the mode or system of taxation adopted by Parliament, are also *intra vires*. There is no indication that they were enacted for any other purpose than to collect the tax, and colourability is not lightly to

évidence l'acheteur et non le vendeur qui est tenu de payer la taxe. La possibilité que l'application de la TPS sur la vente d'un bien d'une province puisse réduire les recettes de la province ne transforme pas la TPS en une «taxe» sur un bien de la province. Le calcul de la TPS comme une fraction d'un prix dont une partie constitue une taxe provinciale n'équivaut pas à une taxe fédérale imposée sur une taxe provinciale. Le prix payé pour une fourniture taxable, comprenant une composante qui est une taxe provinciale, est la mesure choisie par le législateur pour calculer l'obligation de l'acheteur de payer la TPS.

La Loi sur la TPS ne viole pas l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'obligation que la Loi sur la TPS impose aux provinces de percevoir et de remettre la TPS lorsqu'elles agissent à titre de fournisseurs n'équivaut pas à une affectation par le Parlement des fonds des provinces à des fins fédérales. L'obligation n'est de toute évidence pas la même qu'une obligation de prélever une somme d'argent sur le Trésor de la province pour la verser au gouvernement fédéral. Le législateur fédéral a simplement imposé aux fournisseurs certains fardeaux administratifs qui sont nécessairement accessoires à un régime de «taxation» fédéral valide selon le sens dans lequel ce terme est utilisé au par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est seulement dans la mesure où la province agit à titre d'entreprise commerciale qu'elle devient assujettie à ces fardeaux.

Il ne convient pas de répondre à la sixième question. Cette question est très abstraite et il n'est pas possible d'y donner une réponse utile dans sa forme actuelle.

Il ne convient pas d'examiner les arguments du procureur général de l'Ontario. Les questions que l'intervenant cherche à soulever, qui se rapportent à la régularité de l'adoption de la Loi sur la TPS, n'entrent pas dans le cadre visé par le renvoi.

*Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé*: La Loi sur la TPS est *intra vires* du Parlement. La Loi relève manifestement du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La TPS, une taxe sur la valeur ajoutée, est conçue pour prélever des deniers. Elle est, de par son caractère véritable, un mode ou système de taxation et il n'est donc pas nécessaire de chercher davantage à savoir si elle peut se justifier comme étant nécessairement accessoire au régime législatif. Son incidence possible sur les activités relevant du pouvoir de réglementation des provinces est sans importance. Il en résulte que les dispositions de la Loi sur la TPS relatives à la perception, qui font simplement partie intégrante du mode ou système de taxation adopté par le Parlement, sont également

be imputed. To sever the provisions of the GST Act that do not result in raising revenues from those that do would result in a completely different system of taxation. It would fetter Parliament's discretion to raise money by any mode or system of taxation. That the collection provisions may have an impact on property and civil rights is of no moment. There is no hermetic division between the federal legislative domain and that covered by property and civil rights. Some spillover is inevitable.

Section 103 of the *Constitution Act, 1867* merely provides for the appropriation of monies from the consolidated revenue fund of Canada and does not impose an independent legal obligation on Canada to compensate collecting agents. Rather, it refers to costs, charges and expenses the Government of Canada is obliged to pay by statute or contract independently of s. 103. Whatever duty might reside in the Crown at common law to pay suppliers for collecting the tax, by providing in the GST Act for a one-time transitional credit for small businesses to assist them in offsetting their initial compliance costs, Parliament has given a clear indication that it did not intend to provide further compensation for the purpose.

For the reasons given by Lamer C.J., the GST Act does not violate s. 125 of the *Constitution Act, 1867*. The GST is not, in pith and substance, a tax imposed on provincial property. It is a tax imposed against the purchaser of goods or services and simply collected by the province in common with other suppliers of goods or services. The province is in no different position from an employer obliged to withhold income under the *Income Tax Act*.

Under s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, a province has the exclusive power to appropriate money from its consolidated revenue for provincial purposes. The federal government cannot impose on a province the cost of carrying out a federal activity in the province. It does not follow, however, that an administrative duty reasonably placed by Parliament on a province in the course of enacting a scheme falling squarely within a federal power will be invalid because the performance of that duty will in consequence require some expenditure by the province. In creating a tax system, which falls in

*intra vires*. Rien ne permet de croire qu'elles ont été adoptées dans quelque autre but que de percevoir la taxe, et l'on ne doit pas les considérer à la légère comme étant un artifice. Séparer les dispositions de la Loi sur la TPS qui n'aboutissent pas au prélèvement de deniers de celles qui ont ce résultat, donnerait un système de taxation complètement différent. Cela ferait obstacle au pouvoir discrétionnaire du Parlement de prélever des sommes d'argent par tout mode ou système de taxation. Il est sans importance que les dispositions relatives à la perception puissent avoir une incidence sur la propriété et les droits civils. Il n'existe pas de cloison étanche entre le domaine législatif fédéral et celui qui est visé par la propriété et les droits civils. Il est inévitable qu'il y ait certains chevauchements.

L'article 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait que prévoir le paiement de sommes d'argent sur le Trésor du Canada. Il n'impose pas au Canada l'obligation légale distincte d'indemniser les percepteurs. Il fait plutôt mention des frais, charges et dépenses que doit acquitter le gouvernement du Canada en vertu d'une loi ou d'un contrat indépendamment de l'art. 103. Quelle que puisse être l'obligation de la Couronne, en common law, de payer les fournisseurs pour percevoir la taxe, en prévoyant un crédit transitoire unique pour la petite entreprise afin de l'aider à faire face au coût initial de l'observation de la Loi sur la TPS, le Parlement a indiqué clairement qu'il n'entend pas donner d'autre indemnité à cet égard.

Pour les motifs exposés par le juge en chef Lamer, la Loi sur la TPS ne viole pas l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La TPS n'est pas, de par son caractère véritable, une taxe sur la propriété de la province. C'est une taxe imposée à quiconque achète des produits ou des services et elle est simplement perçue par la province en commun avec d'autres fournisseurs de produits et de services. La province ne se trouve pas dans une situation différente de celle de l'employeur obligé de faire des retenues en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'article 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à la province le pouvoir exclusif de prélever des deniers sur son Trésor à des fins provinciales. Le gouvernement fédéral ne peut pas faire supporter à une province le coût de l'exercice d'une activité fédérale dans cette province. Il ne s'ensuit toutefois pas qu'une obligation administrative, raisonnablement imposée à une province par le Parlement dans le cadre de l'adoption d'une mesure législative relevant manifestement de la compétence fédérale, sera invalide parce que l'exécution de cette obligation aura pour conséquence d'imposer



pith and substance within s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament may incidentally require the provinces to assume such a burden. Otherwise, the broad taxing power there granted would be frustrated.

Question 6 should not be answered. Parliament has seen fit not to impose duties and taxes of the kind addressed in that question. The Court would ill serve the nation if it attempted to respond to a question raising such fundamental issues in the abstract.

For the reasons given by Lamer C.J., the arguments of the Attorney General for Ontario should not be considered.

#### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Applied:** *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; **distinguished:** *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9; *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; **referred to:** *The Queen v. Waterous Engine Works Co.* (1893), 3 Que. Q.B. 222; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Zaidan Group Ltd. v. London (City)*, [1991] 3 S.C.R. 593, aff'g (1990), 71 O.R. (2d) 65 (C.A.); *Phillips v. City of Sault Ste. Marie*, [1954] S.C.R. 404; *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] S.C.R. 554; *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1; *Reference re Education System in Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Angliers Railway Crossing*, [1937] S.C.R. 451; *Reference re Authority of Parliament in Relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54.

By La Forest J.

**Distinguished:** *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C.

quelque dépense à la province. En créant un système de taxation, ce qui relève, de par son caractère véritable, du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement peut accessoirement exiger des provinces qu'elles assument ce fardeau. Autrement, le large pouvoir de taxation conféré par cette disposition se trouverait contrarié.

Il ne convient pas de répondre à la sixième question. Le Parlement a jugé bon de ne pas imposer de droits et de taxes du genre de ceux qui sont visés à cette question. La Cour desservirait la nation si elle tentait de répondre dans l'abstrait à des questions soulevant des points aussi fondamentaux.

Pour les motifs exposés par le juge en chef Lamer, il ne convient pas d'examiner les arguments du procureur général de l'Ontario.

#### Jurisprudence

<sup>d</sup> Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts appliqués:** *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; **distinction d'avec les arrêts:** *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9; *Attorney-General for Quebec c. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; **arrêts mentionnés:** *The Queen c. Waterous Engine Works Co.* (1893), 3 B.R. 222; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 593, conf. (1990), 71 O.R. (2d) 65 (C.A.); *Phillips c. City of Sault Ste. Marie*, [1954] R.C.S. 404; *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] R.C.S. 554; *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1; *Reference re Education System in Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Reference re Angliers Railway Crossing*, [1937] R.C.S. 451; *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.

Citée par le juge La Forest

**Distinction d'avec les arrêts:** *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C.

355; referred to: *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Zaidan Group Ltd. v. London (City)*, [1991] 3 S.C.R. 593; *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] S.C.R. 554; *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, ss. 91(3), 92(13), 102, 103, 104, 105, 106, 125, 126.  
*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 [am. 1990, c. 45, s. 12], ss. 122, 123, 154, 221, 222, 240, 313(1), 346.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 153, 227(4).  
*Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 27.

### Authors Cited

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 5th ed. London: Butterworths, 1983.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 289, 117 A.R. 321, 84 D.L.R. (4th) 577, [1992] 1 W.W.R. 1, in the matter of a reference concerning the federal Goods and Services Tax. The appeal of the Attorney General of Canada is allowed and the appeal of the Attorney General for Alberta is dismissed.

*T. B. Smith, Q.C., James M. Mabbutt, Q.C., and James N. Shaw*, for the appellant/respondent.

*James C. MacPherson, Peter J. McIntyre and Gina A. Ross*, for the respondent/appellant.

*Janet E. Minor, Peter Landmann and John Terry*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Hunter W. Gordon*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Graeme G. Mitchell*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*rio*, [1937] A.C. 355; arrêts mentionnés: *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 593; *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] R.C.S. 554; *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9.

### Lois et règlements cités

*Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 27.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(3), 92(13), 102, 103, 104, 105, 106, 125, 126.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 153, 227(4).  
*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 [mod. 1990, ch. 45, art. 12], art. 122, 123, 154, 221, 222, 240, 313(1), 346.

### Doctrine citée

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 5th ed. London: Butterworths, 1983.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 289, 117 A.R. 321, 84 D.L.R. (4th) 577, [1992] 1 W.W.R. 1, dans l'affaire d'un renvoi concernant la taxe fédérale sur les produits et services. Le pourvoi du procureur général du Canada est accueilli et le pourvoi du procureur général de l'Alberta est rejeté.

*T. B. Smith, c.r., James M. Mabbutt, c.r., et James N. Shaw*, pour l'appellant/intimé.

*James C. MacPherson, Peter J. McIntyre et Gina A. Ross*, pour l'intimé/appellant.

*Janet E. Minor, Peter Landmann et John Terry*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Hunter W. Gordon*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Graeme G. Mitchell*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*F. J. C. Newbould, Q.C., and Freya Kristjanson,* for the intervener the Canadian Federation of Independent Business.

*F. J. C. Newbould, c.r., et Freya Kristjanson,* pour l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante.

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

<sup>a</sup> Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LAMER C.J.—

<sup>b</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER—

1. The Facts

<sup>b</sup> 1. Les faits

These appeals involve a challenge to the constitutionality of the federal Goods and Services Tax. The legislation enacting the Goods and Services Tax (hereinafter referred to as the "GST Act") was passed by Parliament in December, 1990, by Part IX of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15. It received Royal Assent on December 17, 1990 (S.C. 1990, c. 45, s. 12). The Goods and Services Tax ("GST") is calculated at the rate of seven percent and this rate applies to most sales of taxable supplies, which include most goods and services. Provincial governments are not liable to pay tax on their purchases. However, a number of subordinate entities created by the provincial governments such as municipalities, universities, public colleges, public hospitals, schools and school authorities, for convenience referred to as the "MUSH sector", are liable to pay the tax.

<sup>c</sup> Les présents pourvois portent sur une contestation de la constitutionnalité de la taxe fédérale sur les produits et services. Les dispositions législatives relatives à la taxe sur les produits et services (ci-après la «Loi sur la TPS») ont été adoptées par le Parlement en décembre 1990 dans la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15. Elles ont reçu la sanction royale le 17 décembre 1990 (L.C. 1990, ch. 45, art. 12). La taxe sur les produits et services («TPS») est calculée au taux de sept pour cent et ce taux s'applique à la plupart des ventes de fournitures taxables, qui comprennent la plupart des produits et services. Les gouvernements provinciaux ne sont pas tenus de payer la taxe sur leurs achats. Toutefois, un certain nombre d'organismes subordonnés créés par les gouvernements provinciaux, comme les municipalités, les universités, les collèges publics, les hôpitaux publics, les écoles et les administrations scolaires, appelés par souci de commodité le «secteur MUSH», sont tenus de payer la taxe.

The GST is designed to be a tax on consumption. To this end, the GST Act contemplates three classes of goods and services. Taxable supplies attract the tax of seven percent each time they are sold. To the extent that the purchaser of a taxable supply uses that good or service in the production of other taxable supplies, it is entitled to an "input tax credit" and can recover the tax it has paid from the government. The MUSH sector is entitled to claim input tax credits to the extent that its purchases are used in making taxable supplies, and it is eligible for a special rebate of a portion of the tax paid on other purchases.

<sup>d</sup> La TPS est conçue comme une taxe à la consommation. À cette fin, la Loi sur la TPS vise trois catégories de produits et services. Une taxe de sept pour cent s'applique à la vente des fournitures taxables. Dans la mesure où l'acheteur d'une fourniture taxable utilise ce bien ou ce service dans la production d'autres fournitures taxables, il a le droit de recevoir un «crédit de taxe sur les intrants» et peut recouvrer du gouvernement la taxe qu'il a payée. Le secteur MUSH a le droit de réclamer des crédits de taxe sur les intrants dans la mesure où ses achats sont utilisés pour produire des fournitures taxables et il est admissible à un remboursement spécial d'une partie de la taxe versée sur d'autres achats.

By definition, to the extent that taxable supplies are not used by the purchaser to produce other taxable supplies, they are consumed by the purchaser. To this extent, the purchaser cannot recapture the tax already paid through the input tax credit mechanism. Hence, the GST is collected and refunded down through each stage of the production process to the ultimate consumption of a taxable supply, at which stage the tax paid is not recoverable by the purchaser.

Exempt supplies and zero-rated supplies do not attract any tax from the ultimate consumer. However, in respect of exempt supplies, the vendor, while paying the GST on purchases, is not entitled to an input tax credit. In consequence, in the case of exempt supplies GST is paid to the federal government at the penultimate stage in the production chain rather than by the ultimate consumer. In principle, zero-rated supplies attract the GST in the same way as any other taxable supply as they move through the production chain to the ultimate consumer. However, the consumer pays a tax set at "0 %", and suppliers are entitled to the input tax credit, so that no net revenue is raised for the federal government at any stage in the production chain by the production and sale of these goods.

By Order-in-Council dated October 11, 1990, the Lieutenant-Governor in Council of Alberta referred several questions relating to the validity and effect of the GST Act to the Court of Appeal for Alberta, pursuant to s. 27 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1. These questions are reproduced below:

1. Having regard to the *Constitution Acts, 1867 to 1982* or otherwise, is the *GST Act ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part and, if so, in what particular or particulars and to what extent?

2. Does the system of collection under the *GST Act*

(a) at any stage prior to the supply of taxable supplies to consumers or to suppliers of exempt supplies,

Par définition, dans la mesure où des fournitures taxables ne sont pas utilisées par l'acheteur pour produire d'autres fournitures taxables, elles sont consommées par l'acheteur. Dans ces cas-là, l'acheteur ne peut récupérer, par le mécanisme de crédit de taxe sur les intrants, la taxe qu'il a déjà payée. Par conséquent, la TPS est perçue et remboursée à chaque étape du processus de production jusqu'à la consommation finale d'une fourniture taxable, la taxe payée ne pouvant être récupérée par l'acheteur à cette étape.

Aucune taxe n'est payée par le consommateur final sur les fournitures exonérées et les fournitures détaxées. Toutefois, en ce qui a trait aux fournitures exonérées, le vendeur, tout en payant la TPS sur les achats, n'a pas le droit à un crédit de taxe sur les intrants. En conséquence, dans le cas des fournitures exonérées, la TPS est payée au gouvernement fédéral à l'avant-dernière étape dans la chaîne de production plutôt que par le consommateur final. En principe, les fournitures détaxées entraînent la TPS de la même manière que toute autre fourniture taxable tout au long de la chaîne de production jusqu'au consommateur final. Toutefois, le consommateur paye une taxe établie à «0 p. 100» et les fournisseurs ont droit au crédit de taxe sur les intrants, de manière que le gouvernement fédéral ne retire de recette nette de la production et la vente de ces produits à aucune étape de la chaîne de production.

Par le décret daté du 11 octobre 1990, le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta a renvoyé plusieurs questions relatives à la validité et à l'effet de la Loi sur la TPS devant la Cour d'appel de l'Alberta, aux termes de l'art. 27 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1. Voici le texte de ces questions:

1. Compte tenu des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* ou autrement, les dispositions législatives sur la TPS sont-elles *ultra vires* du Parlement du Canada en tout ou en partie et, dans l'affirmative, à quel égard et dans quelle mesure?

2. Le régime de perception prévu dans ces dispositions,

a) à toute étape antérieure à l'offre de fournitures taxables aux consommateurs ou aux fournisseurs de fournitures exonérées,

- (b) prior to the collection by a supplier from a recipient, or
- (c) otherwise
- constitute an infringement of the jurisdiction of the Legislature of Alberta with respect to the regulation of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, or of another provincial power under that Act, so that the *GST Act* in its application of the system of collection or any part of it is *ultra vires* the Parliament of Canada?
3. Having regard to s. 103 of the *Constitution Act, 1867* and the common law, are suppliers entitled to charge and to collect from the Consolidated Revenue Fund of Canada all costs, charges and expenses incidental to collecting and paying a remittance under the *GST Act*?
4. Having regard to s. 125 of the *Constitution Act, 1867*,
- (a) is the imposition of obligations under the *GST Act* on the Government of Alberta as a supplier to collect and pay a remittance on a taxable supply that is Alberta property *ultra vires* the Parliament of Canada,
- (b) does the imposition of a remittance under the *GST Act* on a recipient from the Government of Alberta of a taxable supply that is Alberta property or that generates revenue to the Government of Alberta constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada, and
- (c) does the imposition of a remittance that is computed under s. 154 of the *GST Act* on the basis of consideration for a taxable supply that includes an amount of provincial tax constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada?
5. Having regard to s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, is the requirement under the *GST Act* that the Government of Alberta use part of the Government of Alberta's revenue
- (a) to collect a remittance or cause a remittance to be collected, or
- (b) to pay a remittance prior to the receipt of the remittance from the recipient of a taxable supply
- b) avant la perception par un fournisseur auprès d'un acquéreur, ou
- c) autrement,
- porte-t-il atteinte à la compétence de la législature de l'Alberta en ce qui concerne la réglementation de la propriété et des droits civils aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou un autre pouvoir provincial conféré par cette loi, de façon que les dispositions législatives sur la TPS relatives au régime de perception ou une partie de ce régime sont *ultra vires* du Parlement du Canada?
3. Compte tenu de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la common law, les fournisseurs ont-ils le droit d'exiger et de percevoir du Trésor canadien tous les frais et les dépenses attribuables à la perception et au versement d'une remise en vertu des dispositions législatives sur la TPS?
4. Compte tenu de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,
- a) l'imposition au gouvernement de l'Alberta, en tant que fournisseur et en vertu des dispositions législatives sur la TPS, de l'obligation de percevoir et de verser une remise sur une fourniture taxable qui est une propriété de l'Alberta est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada,
- b) l'imposition, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'une remise à un acquéreur d'une fourniture taxable du gouvernement de l'Alberta qui est une propriété de l'Alberta ou qui est une source de recettes pour le gouvernement de l'Alberta constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada, et
- c) l'imposition d'une remise calculée en vertu de l'art. 154 des dispositions législatives sur la TPS en contrepartie d'une fourniture taxable et qui comprend une taxe provinciale constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada?
5. Compte tenu de l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'obligation pour le gouvernement de l'Alberta, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'utiliser une partie de ses recettes
- a) pour percevoir ou faire percevoir une remise, ou
- b) pour verser une remise avant de l'avoir reçue de l'acquéreur d'une fourniture taxable

*ultra vires* the Parliament of Canada?

6. Having regard to ss. 125 and 126 of the *Constitution Act, 1867*,

- (a) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta exempt from tax under the *GST Act*,
- (b) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, designated as agents of the Government of Alberta, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, exempt from tax under the *GST Act*,
- (c) is the acquisition of taxable supplies by the Crown Purchase Agency referred to in section 2(k) of the Appendix exempt from tax under the *GST Act*, and
- (d) is the acquisition or use by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, of taxable supplies that are provided by the Crown Purchase Agency to the provincial authorities exempt from tax under the *GST Act*?

These same six constitutional questions were stated by the Chief Justice on November 14, 1991 and form the background of these appeals.

The opinion of the Court of Appeal for Alberta was unanimous, except for Côté J.A., who was in dissent on question 4: (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 289, 117 A.R. 321, 84 D.L.R. (4th) 577, [1992] 1 W.W.R. 1. The answer to question 1 was no, though the provisions referred to in question 5(a) and (b) are not binding on the province. The answer to question 2 was no.

The answer to question 3 was yes, but with four limiting qualifications: reimbursement was available provided that (a) the charges are not salary wages or remuneration for time and effort, (b) they are incurred in the course of the supplier's activities as an agent for the federal government in collecting the tax, (c) they are reasonably attributable to Canada's interest in the tax, and (d) they are

est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada?

6. Compte tenu des art. 125 et 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

- a) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,
- b) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, désignées comme mandataires du gouvernement de l'Alberta, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,
- c) l'acquisition de fournitures taxables par l'organisme gouvernemental acheteur mentionné à l'alinéa 2k) de l'annexe est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS, et
- d) l'acquisition ou l'utilisation par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, de fournitures taxables fournies par l'organisme gouvernemental acheteur aux autorités provinciales est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS?

Ces six questions constitutionnelles ont été énoncées par le Juge en chef le 14 novembre 1991 et constituent le fondement des présents pourvois.

La Cour d'appel de l'Alberta a été unanime, à l'exception de la dissidence du juge Côté sur la quatrième question: (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 289, 117 A.R. 321, 84 D.L.R. (4th) 577, [1992] 1 W.W.R. 1. Elle a répondu par la négative à la première question, bien que les dispositions mentionnées dans la question 5a) et b) ne lient pas la province. Elle a répondu à la deuxième question par la négative.

La troisième question a reçu une réponse affirmative, mais avec quatre restrictions: le remboursement était possible pourvu que les frais a) ne constituent pas des salaires ou une rémunération pour du temps et des efforts, b) aient été engagés dans le cadre des activités du fournisseur à titre de mandataire du gouvernement fédéral pour percevoir la taxe, c) soient raisonnablement attribuables

incurred reasonably and without negligence or known illegality.

The answer to question 4 was yes, with qualifications that differed between the majority and Côté J.A. in dissent. The answer to question 5 was yes, to the extent that the GST Act purported to impose collection and remittance obligations upon the province. The Court of Appeal declined to answer question 6.

The Attorney General of Canada appealed from the judgment of the Court of Appeal with respect to that court's answers to questions 1, 3, 4 and 5 of the Reference. The Attorney General for Alberta also appealed, with respect to the answers to questions 1, 2, 3, 4 and 6. By an order of this Court the two appeals were consolidated and set down for hearing on February 24 and 25, 1992.

2. Judgment of the Court of Appeal for Alberta (1991), 84 D.L.R. (4th) 577

(1) *Majority (Laycraft C.J.A., Kerans, Hetherington, Stratton J.J.A., Côté J.A. dissenting in part)*

The majority of the Court of Appeal concluded that the system of collection created by the GST Act was not *ultra vires* the Parliament of Canada. To sever those provisions of the GST Act that did not result in the raising of money—the input tax system and the scheme in respect of zero-rated supplies—from those that did, would result in a completely different system of taxation from that contemplated by Parliament. The tax, instead of being a value-added tax, would become a retail sales tax.

The Court of Appeal concluded that nothing in s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, restricted Parliament in its choice of any system of taxation, and concluded that those provisions that did not have the effect of raising money were necessarily incidental to the scheme of the GST as a whole.

à l'intérêt du Canada dans la taxe et d) aient été engagés de manière raisonnable et sans négligence ou illégalité connue.

La Cour d'appel a répondu par l'affirmative à la quatrième question avec des restrictions différentes pour les juges de la majorité et pour le juge Côté, dissident. Elle a répondu par l'affirmative à la cinquième question, dans la mesure où la Loi sur la TPS avait pour but d'imposer à la province des obligations en matière de perception et de remise. Elle a refusé de répondre à la sixième question.

Le procureur général du Canada se pourvoit contre l'arrêt de la Cour d'appel relativement aux réponses de cette cour aux questions 1, 3, 4 et 5 du Renvoi. Le procureur général de l'Alberta se pourvoit également en ce qui a trait aux réponses aux questions 1, 2, 3, 4 et 6. Par une ordonnance de notre Cour, les deux pourvois ont été réunis et les dates d'audience ont été fixées aux 24 et 25 février 1992.

2. L'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 84 D.L.R. (4th) 577

(1) *Les juges de la majorité (le juge en chef Laycraft et les juges Kerans, Hetherington et Stratton, le juge Côté est dissident en partie)*

La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que le système de perception créé par la Loi sur la TPS n'était pas *ultra vires* du Parlement du Canada. Séparer les dispositions de la Loi sur la TPS qui ne donnent pas lieu à une perception de fonds—le système de crédit de taxe sur les intrants et le processus relatif aux fournitures détaxées—de celles qui ont cet effet, entraînerait un système de taxation entièrement différent de celui que le législateur envisageait. La taxe, au lieu d'être une taxe à la valeur ajoutée, deviendrait une taxe de vente au détail.

La Cour d'appel a conclu que le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne limite nullement le choix par le Parlement d'un système de taxation et que les dispositions qui ne portent pas sur la perception de sommes d'argent sont nécessairement accessoires à l'ensemble du régime de la TPS.

The Court of Appeal further concluded that various provisions of the GST Act—notably the agency and trust provisions, and the imposition upon suppliers of detailed accounting requirements—did encroach significantly upon matters traditionally subject to provincial jurisdiction over property and civil rights in the province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. Relying on the judgment of this Court in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, the Court of Appeal concluded that “a strict test” was required to determine whether the challenged provisions were sufficiently integrated with the overall scheme of the legislation to be justified. However, the court noted that the object of the GST Act was the imposition of a value-added tax on consumers of taxable supplies and suppliers of exempt supplies, and found that the government achieved this object by requiring a supplier to pay the tax at the time of purchase and then allowing recovery, through the input tax scheme, of that portion of the payment that is attributable to the production and sale of other taxable supplies. In the opinion of the Court of Appeal, these provisions of the GST Act were essential if the legislation was to achieve its object, and their inclusion in the scheme was therefore justified. Consequently, the test of necessary incidence was passed.

In respect of the third question, the Court of Appeal stated that there exists a general common law presumption against the taking of property without payment of compensation. However, it concluded that it was not necessary to resort to this general doctrine, since ss. 221(1) and 222(1) of the GST Act unilaterally designate vendors of taxable supplies agents of the Crown in right of Canada for the collection of the GST, and trustees of the Crown in respect of the funds collected. Consequently, the more specific common law duties of principals to reimburse agents for expenses incurred in the course of their agency were directly applicable. The court concluded that the obligations of the principal or person requesting services fell into two distinct categories: compensation for

La Cour d’appel a en outre conclu que diverses dispositions de la Loi sur la TPS—notamment les dispositions sur les mandataires et les fiducies et sur l’imposition aux fournisseurs d’exigences précises en matière de comptabilité—empiètent d’une manière importante sur des questions traditionnellement assujetties à la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sur le fondement de l’arrêt de notre Cour *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, la Cour d’appel a conclu qu’«un critère strict» était nécessaire pour déterminer si les dispositions contestées étaient suffisamment intégrées dans le régime global de la loi pour être justifiées. Toutefois, la cour a souligné que la Loi sur la TPS a pour objet l’imposition d’une taxe à la valeur ajoutée aux consommateurs de fournitures taxables et aux fournisseurs de fournitures exonérées et a conclu que le gouvernement a atteint cet objectif en exigeant d’un fournisseur qu’il paye la taxe au moment de l’achat et ensuite qu’il puisse récupérer par le régime de crédit de taxe sur les intrants, la partie du paiement qui se rapporte à la production et à la vente d’autres fournitures taxables. De l’avis de la Cour d’appel, ces dispositions de la Loi sur la TPS sont essentielles pour que la loi atteigne son objectif et leur inclusion dans le régime est par conséquent justifiée. En conséquence, le critère de l’accessoire nécessaire est respecté.

En ce qui a trait à la troisième question, la Cour d’appel a dit qu’il existe une présomption générale de common law contre la prise d’un bien sans le paiement d’une contrepartie. Toutefois, elle a conclu qu’il n’était pas nécessaire d’avoir recours à cette doctrine générale, étant donné que les par. 221(1) et 222(1) de la Loi sur la TPS désignent de manière unilatérale les vendeurs de fournitures taxables à titre de mandataires de la Couronne du chef du Canada pour la perception de la TPS et à titre de fiduciaires de l’État en ce qui a trait aux sommes perçues. Par conséquent, les obligations plus précises de common law à l’égard des mandants qui doivent rembourser les mandataires des dépenses engagées dans le cadre de leur mandat sont directement applicables. La cour a conclu



time and effort expended in the course of the agency, and indemnification against expense or liability incurred to third parties. The court concluded that, in the absence of a contract, a principal is under no duty to reimburse an agent for time and effort expended in the course of the agency. On this basis, the court concluded, at p. 589, that:

To suggest that here Canada is impliedly contracting to pay GST suppliers for their time and effort would be to invent both an intent and an appearance. Canada is not so promising, and no reasonable person could think that Canada really is. None of the parties to this reference suggest that there is any such contract, express or implied. Yet (as noted), that is the common-law test for remuneration. The standard textbooks on restitution do not appear to offer any basis to compel payment for such services either.

Therefore, we conclude that, apart from s. 103 of the *Constitution Act, 1867*, Canada need not pay suppliers for their time and trouble.

On the other hand, the Court of Appeal concluded that a principal did have a common law duty to indemnify the agent for special expenses and liability incurred to third parties in the course of the agency. While there was no question that valid legislation could extinguish this duty, the court concluded that there were no provisions in the GST Act which purported to do this. The great bulk of GST transactions and remittances would involve no such expense or liability, and therefore would not bring into play the duty for Canada to reimburse vendors of taxable supplies. However, in situations where such liability was incurred, it would be just that Canada, the principal, reimburse its fair share of that expense or liability to its agents. Therefore, and to this extent only, the court concluded that the obligation to reimburse or indemnify did exist.

que les obligations du mandant ou de la personne qui demande des services s'inscrivent dans deux catégories distinctes: une contrepartie pour le temps et les efforts consacrés dans le cadre du mandat, et l'indemnisation des dépenses ou des frais engagés par des tiers. La cour a conclu que, en l'absence d'un contrat, un mandant n'est nullement tenu de rembourser un mandataire relativement au temps et aux efforts consacrés dans le cadre du mandat. Sur ce fondement, la cour a dit, à la p. 589:

[TRADUCTION] En faisant valoir que, en l'espèce, le Canada conclut de façon implicite un contrat pour rembourser les fournisseurs relativement à leur temps et à leurs efforts, on invente à la fois une intention et une apparence. Le Canada ne fait pas de telles promesses et aucune personne raisonnable ne pourrait penser qu'il le fait vraiment. Aucune des parties au présent renvoi ne laisse entendre qu'il existe un tel contrat, exprès ou implicite. Toutefois, (comme nous l'avons mentionné), c'est là le critère de common law en matière de rémunération. Les ouvrages de base sur la restitution ne semblent pas non plus appuyer le remboursement de ces services.

Par conséquent, nous concluons que, indépendamment de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Canada n'est pas tenu de payer les fournisseurs pour leur temps et leur peine.

Par ailleurs, la Cour d'appel a conclu qu'un mandant a une obligation de common law d'indemniser le mandataire pour les dépenses et les frais spéciaux engagés par des tiers dans le cadre du mandat. Bien qu'il soit évident qu'une loi valide peut éteindre cette obligation, la cour a conclu qu'aucune disposition de la Loi sur la TPS n'a cet effet. La plus grande partie des opérations et des versements en matière de TPS ne comporterait pas de telles dépenses ou frais et par conséquent n'entraînerait pas l'obligation pour le Canada de rembourser les vendeurs de fournitures taxables. Toutefois, dans les situations où de tels frais ont été engagés, il serait juste que le Canada, le mandant, rembourse sa part équitable de ses dépenses ou de ses frais à ses mandataires. Par conséquent, et seulement dans cette mesure, la cour a conclu à l'existence de l'obligation de remboursement ou d'indemnisation.

In view of its conclusions with respect to the common law duty to reimburse, the Court of Appeal found it unnecessary to decide whether s. 103 of the *Constitution Act, 1867* imposes a duty of reimbursement independently of the common law. However, where the common law duty of reimbursement does operate, the court concluded that s. 103 makes fulfilment of this duty a first charge upon the consolidated revenue fund of Canada. In the court's opinion, the words "first charge" contained in s. 103 were inconsistent with the idea that such payments were optional.

The Court of Appeal was of the view that s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, offered a province immunity from a tax imposed on its property by Canada, and that Canada enjoyed the same immunity in respect of taxation by the provinces. This dual immunity constituted one of the "warning markers" essential to the working of a federal system of government. The court considered that the purpose of s. 125 was to head off the temptation for a government to exact revenue, not from the people directly, but from another level of government. Similarly, the purpose of s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, was to prohibit the appropriation of the funds of one level of government by another, a logical corollary of interjurisdictional immunity from taxation of government property.

The majority of the Court of Appeal concluded that the collection and remittance provisions under attack did not impose a tax directly on the property of a province. However, they did purport to impose certain obligations on a province. By virtue of s. 313(1) of the GST Act, the price for non-compliance with collection and remittance obligations was an action in the superior courts for recovery of the tax revenue "deemed" to have been collected, and, ultimately, the issuance of writs of execution against provincial property. Since the collection mechanism required the vendor of taxable supplies either to collect and remit the tax or pay the tax itself, it offended s. 125 of the *Constitution Act, 1867* in its application to provincial governments,

Compte tenu de ses conclusions en ce qui a trait à l'obligation de remboursement de la common law, la Cour d'appel a jugé qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question de savoir si l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* impose une obligation de remboursement indépendamment de la common law. Toutefois, lorsque l'obligation de remboursement de la common law s'applique, la cour a conclu que, en vertu de l'art. 103, le respect de cette obligation constitue une première charge sur le Trésor canadien. De l'avis de la cour, l'expression «première charge» à l'art. 103 est incompatible avec l'idée que de tels paiements sont facultatifs.

La Cour d'appel s'est dite d'avis que l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à une province l'immunité contre une taxe imposée sur ses biens par le Canada et que le Canada jouit de la même immunité relativement à la taxation par les provinces. Cette double immunité constitue l'une des [TRADUCTION] «balises» essentielles au fonctionnement d'un système de gouvernement fédéral. La cour a considéré que l'art. 125 a pour but d'éliminer la tentation pour un gouvernement de retirer des recettes, non pas directement des personnes, mais d'un autre palier de gouvernement. De même, l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867* vise à empêcher un palier de gouvernement de s'approprier les fonds d'un autre palier, un corollaire logique de l'exclusivité des compétences à l'égard de la taxation des biens du gouvernement.

La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que les dispositions contestées relatives à la perception et à la remise n'imposent pas une taxe directement sur les biens d'une province. Toutefois, elles imposent certaines obligations à une province. En vertu du par. 313(1) de la Loi sur la TPS, le non-respect des obligations en matière de perception et de remise entraîne une action devant les tribunaux d'instance supérieure pour le recouvrement des recettes fiscales qui sont «réputées» avoir été perçues et, finalement, la délivrance de brefs d'exécution contre des biens de la province. Étant donné qu'il exige que le vendeur d'une fourniture taxable perçoive ou remette la taxe ou la paye lui-même, le mécanisme de perception porte atteinte à l'art. 125

and was to that extent inoperative. Thus, while a province might voluntarily comply with the GST Act's collection and remittance provisions, it was under no legal obligation to do so. The court concluded, at p. 602, that:

[A]n attempt by Canada to oblige a province to expend valuable effort to collect the GST on taxable supplies by the province is an exaction in the nature of a tax and is caught by both s. 125 and s. 126. As a result, the provisions in the GST Act imposing these duties do not validly operate against a province. However, we would not declare them of no force and effect, because they do, as we have elsewhere said, lawfully bind others.

The court also rejected the suggestion that the application of the GST to taxable supplies sold by the province amounted to a tax on the province's property. While the imposition of GST upon sales by the province might well depress the price that the province could charge on such transactions, the real bite of the tax was not intended to fall on the seller. Most federal taxes, including the federal income tax, have some impact upon provincial revenues, but they do not amount, for this reason alone, to impermissible indirect taxation of provincial property contrary to s. 125, or to indirect appropriations of provincial funds contrary to s. 126, of the *Constitution Act, 1867*.

The Court of Appeal declined to answer the final question in the Reference, on the grounds that some of the Crown organizations and agents referred to in the question did not exist, and that without greater specificity of description, any answers given would be useless or even misleading. Moreover, even if it were possible to give the answers requested, exceptions would have to be made if it were decided that the establishment of these organizations was in truth a colourable attempt to interfere with a federal scheme of tax-

de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans son application aux gouvernements provinciaux et est dans cette mesure inopérant. Par conséquent, bien qu'une province puisse se conformer volontairement aux dispositions de la Loi sur la TPS relatives à la perception et à la remise, elle n'a aucune obligation légale de le faire. La cour a conclu à la p. 602:

[TRADUCTION] [T]oute tentative par le Canada d'obliger une province à faire des efforts importants pour percevoir la TPS sur des fournitures taxables par la province constitue un impôt de la nature d'une taxe et s'inscrit dans le cadre de l'art. 125 et de l'art. 126. En conséquence, les dispositions de la Loi sur la TPS imposant ces obligations ne s'appliquent pas valablement à une province. Toutefois, nous ne sommes pas d'avis de les déclarer inopérantes parce que, comme nous l'avons dit précédemment, elles lient légalement d'autres personnes.

La cour a également rejeté l'argument selon lequel l'application de la TPS à des fournitures taxables vendues par la province équivaut à une taxe sur les biens de la province. Bien que l'imposition de la TPS sur les ventes de la province pourrait bien réduire le prix que la province serait en mesure d'exiger dans de telles opérations, le véritable effet de la taxe ne devait pas toucher le vendeur. La plupart des taxes fédérales, y compris l'impôt fédéral sur le revenu, ont un certain effet sur les recettes des provinces mais elles n'équivalent pas, pour cette seule raison, à une taxation indirecte inadmissible des biens de la province en contravention de l'art. 125, ou à une appropriation indirecte des fonds de la province en contravention de l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La Cour d'appel a refusé de répondre à la dernière question du renvoi, pour les motifs que certains organismes et mandataires de l'État mentionnés dans la question n'existaient pas et que, sans une description plus détaillée, toute réponse serait inutile ou même trompeuse. Qui plus est, même s'il était possible de répondre, il y aurait des exceptions s'il était jugé que la création de ces organismes était en réalité une tentative déguisée d'intervenir dans un régime de taxation fédéral. En l'absence de tout régime précis à évaluer, la Cour

tion. In the absence of any specific existing scheme to evaluate, the Court of Appeal concluded that it would not be appropriate to provide speculative answers.

(2) *Côté J.A. (dissenting in part)*

Côté J.A. joined in the judgment of the Court of Appeal except with respect to question 4. In his opinion, there could arise circumstances in which the imposition of the GST upon purchasers of taxable supplies from the provincial government could amount to an impermissible taxation of the province's property. Côté J.A. stated that the characterization of the tax as a tax upon the purchaser, rather than the vendor, determined very little, and that the true question was on whom the burden of the tax actually fell. There could well arise situations where the imposition of the GST upon the purchaser would simply reduce the price the vendor could charge for a taxable supply. In these cases, the true burden of the tax was borne by the vendor.

In Côté J.A.'s opinion, the value of property is measured by what that property can be sold or rented for on the market. Therefore, a tax on the income from property is capable of amounting to a tax on that property itself. Since the purpose of s. 125 was to protect the property of the province from taxation by other levels of government, the application of the GST to sales of taxable supplies by the provincial government was *ultra vires* to the extent that the tax burden was actually absorbed by the province as vendor. To the extent that the province could establish by evidence that it, rather than the purchaser, bore the true burden of the tax in the form of reduced revenues from the sale of its property, Côté J.A. was of the opinion that the application of the GST to sales by the province should be declared *ultra vires*.

3. The Interveners

Before this Court, the Attorneys General for Saskatchewan, British Columbia and Ontario, as

d'appel a conclu qu'il ne serait pas à propos de répondre d'une manière spéculative.

(2) *Le juge Côté (dissident en partie)*

Le juge Côté a souscrit à l'arrêt de la Cour d'appel sauf en ce qui a trait à la quatrième question. À son avis, il pourrait y avoir des circonstances dans lesquelles l'imposition de la TPS aux acheteurs de fournitures taxables d'un gouvernement provincial pourrait équivaloir à une taxation inadmissible d'un bien de la province. Le juge Côté a dit que la caractérisation de la taxe comme une taxe visant l'acheteur, plutôt que le vendeur, était très peu concluante et que la véritable question était de savoir à qui incombait le fardeau de la taxe. Il pourrait très bien y avoir des situations dans lesquelles l'imposition de la TPS à l'acheteur aurait pour effet de réduire le prix que le vendeur pourrait exiger pour une fourniture taxable. Dans ces cas, le véritable fardeau de la taxe incomberait au vendeur.

De l'avis du juge Côté, la valeur d'un bien se calcule en fonction du montant pour lequel il peut être vendu ou loué sur le marché. Par conséquent, une taxe imposée sur le revenu provenant d'un bien peut équivaloir à une taxe sur ce bien lui-même. Étant donné que le but de l'art. 125 est de protéger les biens d'une province contre la taxation par d'autres paliers de gouvernement, l'application de la TPS aux ventes de fournitures taxables par le gouvernement provincial est *ultra vires* dans la mesure où le fardeau de la taxe est réellement absorbé par la province à titre de vendeur. Dans la mesure où la province pourrait faire la preuve que c'est elle, et non l'acheteur qui supporte le véritable fardeau de la taxe sous la forme d'une diminution des recettes tirées de la vente de ses biens, le juge Côté était d'avis que l'application de la TPS aux ventes de la province devrait être déclarée *ultra vires*.

3. Les intervenants

Devant notre Cour, les procureurs généraux de la Saskatchewan, de la Colombie-Britannique et de

well as the Canadian Federation of Independent Business ("CFIB"), were granted leave to intervene. The CFIB intervenes only with respect to the third constitutional question, on which it adopts the position advanced by the Attorney General for Alberta. In addition, the CFIB urged the Court to find that registered suppliers who incurred costs and expenses in complying with the GST Act have a restitutionary claim against the federal consolidated revenue fund in full reimbursement of these expenses.

The Attorney General for Saskatchewan adopts the submissions of the Attorney General for Alberta with respect to the first five constitutional questions, but urged us to decide that the Court of Appeal of Alberta was correct to decline to answer the sixth constitutional question. In addition, the Attorney General for Saskatchewan offered an argument of its own in respect of constitutional questions four and five.

The Attorney General of British Columbia intervenes with respect to both the fifth and sixth constitutional questions, arguing that questions 5(a), 5(b), 6(a), and 6(b) should be answered in the affirmative.

The Attorney General for Ontario intervened on what we consider to be a subject unrelated to the broad issues involved in these appeals. Put succinctly, counsel for the Attorney General for Ontario sought to argue that the GST Act had never been properly passed through Parliament, on the grounds that House of Commons Standing Orders 57—"closure"—and 78(3)—government imposed time limits on debate ("guillotine")—which were invoked by the federal government in the passage of the GST Act, are themselves *ultra vires*.

It will not be necessary for us to deal separately with the submissions of the interveners in any detail, as our opinion with respect to their arguments will become apparent from the answers we give to the six constitutional questions in these appeals. For reasons that appear later in this judg-

l'Ontario ainsi que la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante («FCEI») ont obtenu l'autorisation d'intervenir. La FCEI n'intervient qu'en ce qui a trait à la troisième question constitutionnelle, à l'égard de laquelle elle adopte la position du procureur général de l'Alberta. De plus, la FCEI a prié la Cour de conclure que les fournisseurs inscrits qui ont engagé des frais et des dépenses pour se conformer à la Loi sur la TPS peuvent exercer un droit de restitutions contre le Trésor fédéral en vue d'obtenir le remboursement complet de ces dépenses.

Le procureur général de la Saskatchewan fait siens les arguments du procureur général de l'Alberta en ce qui a trait aux cinq premières questions constitutionnelles, mais nous prie de décider que la Cour d'appel de l'Alberta a eu raison de refuser de répondre à la sixième question. De plus, le procureur général de la Saskatchewan a présenté son propre argument relativement aux quatrième et cinquième questions constitutionnelles.

Le procureur général de la Colombie-Britannique intervient en ce qui a trait aux cinquième et sixième questions constitutionnelles, et soutient qu'il faudrait répondre par l'affirmative aux questions 5a), 5b), 6a) et 6b).

Le procureur général de l'Ontario intervient à l'égard de ce que nous considérons comme un sujet qui ne se rapporte pas aux questions générales soulevées dans les présents pourvois. En bref, les avocats du procureur général de l'Ontario font valoir que la Loi sur la TPS n'a jamais été adoptée correctement par le Parlement pour le motif que l'art. 57—«clôture»—et le par. 78(3)—l'imposition par le gouvernement d'une limite aux débats («guillotina») —du Règlement de la Chambre des communes qui ont été invoqués par le gouvernement fédéral lors de l'adoption de la Loi sur la TPS sont eux-mêmes *ultra vires*.

Il ne nous sera pas nécessaire de traiter séparément des arguments des intervenants d'une manière détaillée, car notre opinion à l'égard de ceux-ci ressortira des réponses que nous donnons aux six questions constitutionnelles dans les présents pourvois. Pour des motifs que nous expose-

ment, we did not consider it appropriate to hear the submissions of the Attorney General for Ontario.

#### 4. Analysis

All the parties agreed, and we accepted their submission, that the first constitutional question need not be answered separately from the others. The first question pertains to the global *vires* of the GST Act. In effect, it is an “umbrella” question which comprises within itself the answers to the remaining more specific questions. For this reason, we will proceed directly to consider the second constitutional question posed.

#### *Constitutional Question 2*

Section 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, provides as follows:

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

. . .

3. The raising of Money by any Mode or System of Taxation.

Section 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, provides as follows:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

. . .

13. Property and Civil Rights in the Province.

rons plus loin dans le présent arrêt, nous ne jugeons pas à propos d’entendre les arguments du procureur général de l’Ontario.

#### a 4. L’analyse

Toutes les parties ont convenu, et nous acceptons leur argument, qu’il n’est pas nécessaire de répondre à la première question constitutionnelle séparément des autres. La première question se rapporte à la constitutionnalité globale de la Loi sur la TPS. En effet, il s’agit d’une question «de portée générale» qui renferme les réponses aux autres questions plus précises. Pour ce motif, nous examinerons directement la deuxième question constitutionnelle.

#### *La deuxième question constitutionnelle*

Voici le texte du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

91. Il sera loisible à la Reine, sur l’avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l’autorité législative exclusive du Parlement du Canada s’étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

. . .

3. le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation;

Voici le texte du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

. . .

13. la propriété et les droits civils dans la province.

The interaction between these two provisions is at the heart of the challenge to the *vires* of the GST Act brought by the Attorney General for Alberta.

Canada concedes, and I am of the same view, that the GST Act affects matters which fall within the provincial jurisdiction under s. 92(13) to pass legislation in relation to property and civil rights in the province. It is therefore necessary to answer two questions in order to determine whether this incursion into provincial jurisdiction is justified. First, it is necessary to decide whether the GST Act is a valid exercise of any federal head of jurisdiction under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. Secondly, it must be decided whether the effect the GST scheme has on matters traditionally within the province's jurisdiction can be said to be necessarily incidental to the exercise of this federal power.

In my view, the answer to the first question is quite simple. The GST Act has no purpose other than to raise revenue for the federal government, and it does in fact raise revenue at the point of consumption of taxable supplies. As such, it would be hard to dispute that the Act itself is properly characterized as being in relation to a mode or system of taxation in the meaning of s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. While the GST Act certainly affects matters falling under provincial jurisdiction, it cannot reasonably be said to be aimed at a provincial purpose.

With respect, in my opinion, the Attorney General for Alberta's attack on the GST Act at this level is implausible. The decision of this Court in *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427, is clearly distinguishable. In that case, the federal government sought to support legislation creating a system of unemployment insurance under a number of federal heads of power, including s. 91(3). The Court was quite correct to reject the argument that the goal of the legislation in question was to raise revenue by a mode or system of taxation, and to find that its true purpose was to impose certain conditions on

L'interaction entre ces deux dispositions est au cœur de la contestation de la constitutionnalité de la Loi sur la TPS présentée par le procureur général de l'Alberta.

Le Canada admet, et je suis du même avis, que la Loi sur la TPS touche à des questions qui relèvent de la compétence provinciale, aux termes du par. 92(3), de légiférer relativement à la propriété et aux droits civils dans la province. Il est par conséquent nécessaire de répondre à deux questions pour déterminer si cet empiètement sur la compétence provinciale est justifié. Premièrement, il est nécessaire de décider si la Loi sur la TPS constitue un exercice valide en vertu d'un pouvoir fédéral aux termes de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Deuxièmement, il faut décider si l'on peut dire que l'effet du régime de la TPS sur des matières qui relèvent traditionnellement de la compétence provinciale est nécessairement accessoire à l'exercice de ce pouvoir fédéral.

À mon avis, la réponse à la première question est très simple. La Loi sur la TPS n'a d'autre but que de procurer des recettes au gouvernement fédéral, ce qu'elle fait au stade de la consommation des fournitures taxables. À ce titre, il serait difficile de contester que la Loi elle-même est qualifiée à bon droit comme ayant un rapport avec un mode ou un système de taxation au sens du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que la Loi sur la TPS touche certainement à des matières qui relèvent de la compétence provinciale, on ne peut raisonnablement dire qu'elle vise un objectif provincial.

Avec égards, à mon avis, la contestation du procureur général de l'Alberta concernant la Loi sur la TPS à ce niveau est peu vraisemblable. On peut clairement établir une distinction d'avec l'arrêt de notre Cour *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427. Dans cette affaire, le gouvernement fédéral cherchait à appuyer une loi qui créait un système d'assurance-chômage en vertu d'un certain nombre de pouvoirs du fédéral, y compris le par. 91(3). La Cour a eu tout à fait raison de rejeter l'argument selon lequel le but de la législation en question était de procurer des recettes par un mode ou un système de taxation

employment contracts and create a system of unemployment insurance. That is clearly not the present case.

The GST Act has significant effects upon matters within provincial jurisdiction, but it is impossible to say that the purpose of the Act is to produce these effects. The purpose of the Act is to raise revenue for the federal government, and the effects produced by the scheme on matters within provincial jurisdiction are incidental to this purpose.

It must still be decided, however, whether these incidental effects are sufficiently a part of the scheme of the GST Act that they are justifiable, despite the incursion upon provincial jurisdiction, on the “necessarily incidental” doctrine. The appropriate test has been stated by this Court on a number of occasions, but in substance what is required is a high degree of integration between a scheme enacted pursuant to a valid federal objective, and those portions of the scheme which impinge upon provincial jurisdiction. In *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, the majority of the Court (Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey and Chouinard JJ.) had this to say about the “necessarily incidental” doctrine (at pp. 1052-53):

One has to bear in mind . . . in dealing with the arrogation of property rights by federal authority in the exercise of some other right, that, whatever the terminology may be, it is only such part of the property right and such extent of the taking of that right, as may be tied inherently and of necessity to the exercise of the authority in question by the federal level of government that the Constitution will permit. [Emphasis added.]

The test is clearly a strict one. However, in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, *supra*, at p. 669, Dickson C.J. indicated that a degree of judicial moderation was appropriate, for the reason that a federal system requires both

et de conclure que son véritable objectif était d'imposer certaines conditions aux contrats d'emploi et de créer un système d'assurance-chômage. De toute évidence ce n'est pas le cas en l'espèce.

La Loi sur la TPS a des effets importants sur des matières qui relèvent de la compétence provinciale, mais il est impossible de dire qu'elle a pour but de produire ces effets. Son but est de procurer des recettes au gouvernement fédéral, et les effets produits par le régime sur des matières qui relèvent de la compétence provinciale sont accessoires à ce but.

Toutefois, il faut encore décider si ces effets accessoires font suffisamment partie du régime des dispositions sur la TPS pour qu'ils soient justifiables, malgré l'empiètement sur la compétence provinciale, aux termes de la doctrine du «caractère nécessairement accessoire». Le critère approprié a été énoncé par notre Cour à maintes reprises, mais en substance ce qui est nécessaire c'est un haut degré d'intégration entre un régime adopté aux termes d'un objectif fédéral régulier et les parties du régime qui empiètent sur la compétence provinciale. Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, la Cour, à la majorité (les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey et Chouinard), s'est exprimée de la manière suivante sur la doctrine du «caractère nécessairement accessoire» (aux pp. 1052 et 1053):

On doit [ . . . ] se rappeler, face à l'usurpation de droits de propriété par le gouvernement fédéral dans l'exercice de quelque autre droit, que peu importe la terminologie employée, la Constitution ne permet au gouvernement fédéral de s'arroger le droit de propriété que dans la mesure où ce droit est intimement et nécessairement lié à l'exercice du pouvoir en question. [Je souligne.]

De toute évidence, il s'agit d'un critère strict. Toutefois, dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, à la p. 669, le juge en chef Dickson a indiqué qu'il convenait que les tribunaux exercent un certain degré de retenue pour le motif qu'un système fédéral exige que les deux paliers de gouvernement aient un certain



levels of government to be accorded a degree of latitude in the pursuit of valid objectives:

In determining the proper test it should be remembered that in a federal system it is inevitable that, in pursuing valid objectives, the legislation of each level of government will impact occasionally on the sphere of power of the other level of government; overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state. Thus a certain degree of judicial restraint in proposing strict tests which will result in striking down such legislation is appropriate.

Dickson C.J. continued at pp. 671-72 to set out an analytical scheme for the evaluation of federal incursions upon matters within provincial jurisdiction under the "necessarily incidental" doctrine. The first step is to decide whether the impugned scheme in fact touches matters within provincial jurisdiction. If it does not, the inquiry ends, but if it does, then it is necessary to ask whether the legislation in question is enacted pursuant to some valid federal head of power. If the legislation is not enacted pursuant to a valid purpose, then of course it must be struck down. However, if it is enacted pursuant to a valid federal purpose, then it is necessary to determine whether the impugned provisions are "sufficiently integrated with the scheme that [they] can be upheld by virtue of that relationship." If the impugned provisions are not sufficiently integrated into the scheme as a whole, then they cannot be sustained as a valid exercise of federal power. However, if the test of integration is passed, then the provisions are supportable as an exercise of federal jurisdiction notwithstanding that they affect matters falling within the jurisdiction of the provinces.

In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, *supra*, Dickson C.J. was considering the extent of permissible federal incursion upon provincial matters in relation to the federal power over trade and commerce. However, in my view, nothing limits his analysis to the trade and commerce power. Applying this analysis to the

degré de latitude dans la poursuite d'objectifs réguliers:

En déterminant le critère approprié, il faut se rappeler que, dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier du gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral. Il est donc approprié que les tribunaux exercent une certaine forme de retenue quand ils proposent des critères stricts qui auront pour effet d'invalider de telles mesures législatives.

Le juge en chef Dickson poursuit aux pp. 671 et 672 et établit un régime analytique pour l'évaluation des empiétements du fédéral dans des matières qui relèvent de la compétence provinciale aux termes de la doctrine du «caractère nécessairement accessoire». Premièrement il convient de décider si le régime contesté touche en fait à des matières qui relèvent de la compétence provinciale. Si ce n'est pas le cas, inutile d'aller plus loin, mais si c'est le cas, alors il est nécessaire de demander si le texte législatif en question est adopté en vertu d'un pouvoir fédéral valide. Si le texte législatif n'est pas adopté dans la poursuite d'un objectif régulier, alors évidemment il faut l'annuler. Toutefois, s'il a été adopté dans la poursuite d'un objectif fédéral régulier, alors il est nécessaire de déterminer si les dispositions contestées sont «suffisamment intégrée[s] au système pour pouvoir être maintenue[s] en raison de ce rapport.» Si les dispositions contestées ne sont pas suffisamment intégrées à l'ensemble du régime, elles ne peuvent être maintenues à titre d'exercice valide du pouvoir fédéral. Toutefois, si le critère de l'intégration est respecté, alors les dispositions sont admissibles à titre d'exercice d'un pouvoir fédéral même si elles touchent à des matières qui relèvent de la compétence des provinces.

Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, le juge en chef Dickson a examiné la portée d'un empiétement fédéral acceptable dans des matières provinciales relativement au pouvoir fédéral sur les échanges et le commerce. Toutefois, à mon avis, rien ne limite son analyse au pouvoir en matière d'échanges et de

GST Act, it is clear—indeed it is conceded—that the Act intrudes on provincial powers. However, the GST Act was enacted pursuant to a valid federal objective—the raising of revenue for the federal government pursuant to s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. On the question of integration, I am of the opinion that Canada is correct to say that to sever the revenue raising portions of the GST Act from those portions which do not raise revenue would be to change the character of the tax fundamentally, from a value-added tax to a federal retail sales tax. The objective of the Act is to raise revenue for the federal government, and the means chosen is a tax on value added throughout the chain of production, with input tax credits granted in respect of taxable supplies that are redirected to production instead of consumed. The means chosen are highly integrated into the scheme of the GST Act as a whole, and, indeed, to sever the system of input tax credits from the rest of the Act would be to carve out an exception to the text of s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867* which the words “any Mode or System of Taxation” cannot reasonably bear.

I conclude that the GST Act is enacted pursuant to a federal head of power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and that while the scheme it establishes does intrude upon matters traditionally falling under the provincial power over property and civil rights, the scheme is sufficiently well integrated into the GST Act as a whole that the intrusion upon provincial jurisdiction is justified. The second constitutional question therefore must be answered in the negative.

### *Constitutional Question 3*

According to the Attorney General for Alberta, registered suppliers under the GST Act have the right to be reimbursed from the consolidated revenue fund of Canada for all expenses and charges incurred in collecting the GST. This argument is

commerce. Si l'on applique cette analyse à la Loi sur la TPS, il est évident—en fait il est admis—que la Loi empiète sur les pouvoirs des provinces. Toutefois, la Loi sur la TPS a été adoptée aux termes d'un objectif fédéral régulier—le prélèvement de deniers pour le gouvernement fédéral aux termes du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Quant à l'intégration, je suis d'avis que le Canada est fondé à dire que le fait d'établir une distinction entre les parties concernant le prélèvement de deniers dans la Loi sur la TPS d'avec celles qui ne produisent pas de recettes modifierait d'une manière fondamentale le caractère de la taxe: d'une taxe à la valeur ajoutée elle deviendrait une taxe fédérale sur la vente au détail. La Loi a pour objet de produire des recettes pour le gouvernement fédéral et le moyen choisi est une taxe à la valeur ajoutée qui s'applique à toute la chaîne de production avec des crédits de taxe sur les intrants accordés à l'égard des fournitures taxables qui reprennent la voie de la production plutôt que celle de la consommation. Le moyen choisi est hautement intégré au régime de la Loi sur la TPS dans son ensemble et, en fait, établir une distinction entre le système de crédit de taxe sur les intrants et le reste de la Loi constituerait une exception au texte du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que les termes «tous modes ou systèmes de taxation» ne peuvent raisonnablement appuyer.

Je conclus que la Loi sur la TPS est adoptée en application d'un pouvoir fédéral découlant de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que, bien que le régime qu'elle établit empiète sur des matières qui relèvent traditionnellement du pouvoir provincial sur la propriété et les droits civils, le régime est assez bien intégré à l'ensemble de la Loi sur la TPS que l'empiètement sur la compétence provinciale est justifié. Par conséquent, il faut répondre à la deuxième question constitutionnelle par la négative.

### *Troisième question constitutionnelle*

Selon le procureur général de l'Alberta, les fournisseurs inscrits aux termes de la Loi sur la TPS ont le droit d'être remboursés par le Trésor canadien de toutes les dépenses et tous les frais engagés pour percevoir la TPS. Cet argument est fondé sur

based on s. 103 of the *Constitution Act, 1867*, and on the common law of agency.

Section 103 of the *Constitution Act, 1867* reads as follows:

**103.** The Consolidated Revenue Fund of Canada shall be permanently charged with the Costs, Charges, and Expenses incident to the Collection, Management, and Receipt thereof, and the same shall form the First Charge thereon, subject to be reviewed and audited in such Manner as shall be ordered by the Governor General in Council until the Parliament otherwise provides.

By virtue of ss. 123, 221 and 240 of the GST Act, every vendor of a taxable supply is unilaterally appointed an agent of the Crown in right of Canada for the purposes of the collection and remittance of the GST. By virtue of s. 122 the provinces are also bound to collect and remit the GST when they sell taxable supplies.

The Attorney General for Alberta's position is that s. 103 of the *Constitution Act, 1867* has the effect of giving all vendors of taxable supplies a right to be reimbursed out of the consolidated revenue fund of Canada for expenses they incur in collecting and remitting the GST. At the outset, I must say that if this submission is correct, it produces a startling result. The federal government would be obliged to reimburse any expenses incurred by statutory agents of the Government of Canada in the collection of taxes. I see no reason why this obligation would be limited to expenses incurred in the collection of the GST. Under ss. 153 and 227(4) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, for instance, employers are under a duty to withhold and remit income tax in respect of their employees. It has not hitherto been suspected that all such persons have a right—indeed, a constitutional right which cannot be modified or extinguished by statute—to be reimbursed for their time, effort and expenses out of the consolidated revenue fund of Canada.

In my opinion, Canada is correct to submit that s. 103 is appropriately construed as an appropriations provision, permitting the Government of

l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur le principe du mandat en common law.

Voici le texte de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

**103.** Le Fonds du revenu consolidé du Canada sera, en permanence, grevé des frais, charges et dépenses entraînés pour le percevoir, l'administrer et le recouvrer, lesquels constitueront la première charge sur ce fonds, et pourront être soumis à l'examen et à la vérification qu'ordonnera le gouverneur général en conseil jusqu'à ce que le Parlement y pourvoie autrement.

En vertu des art. 123, 221 et 240 de la Loi sur la TPS, le vendeur d'une fourniture taxable est unilatéralement nommé mandataire de la Couronne du chef du Canada aux fins de la perception et de la remise de la TPS. En vertu de l'art. 122, les provinces sont également tenues de percevoir et de remettre la TPS lorsqu'elles vendent des fournitures taxables.

Selon le procureur général de l'Alberta, l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a pour effet de donner à tous les vendeurs de fournitures taxables le droit d'être remboursés par le Trésor canadien des dépenses qu'ils engagent pour percevoir et remettre la TPS. Tout d'abord, je dois dire que, s'il est bien fondé, cet argument produit un résultat étonnant. Le gouvernement fédéral serait tenu de rembourser toutes les dépenses engagées dans la perception des taxes par les mandataires du gouvernement du Canada nommés par la Loi. Je ne vois aucune raison pour laquelle cette obligation serait limitée aux dépenses engagées dans la perception de la TPS. Aux termes de l'art. 153 et du par. 227(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, par exemple, les employeurs sont tenus de retenir et de remettre l'impôt sur le revenu à l'égard de leurs employés. Jusqu'ici personne n'a laissé entendre que toutes ces personnes avaient un droit—en fait, un droit constitutionnel qui ne peut être modifié ou éteint par une loi—d'être remboursées pour leur temps, leurs efforts et leurs dépenses par le Trésor canadien.

À mon avis, le Canada soutient à bon droit que l'art. 103 est correctement interprété comme une disposition d'affectation de crédits qui permet au

Canada to make disbursements from the consolidated revenue fund for the purposes of raising revenue without the necessity of annual Parliamentary votes. Indeed, this construction is quite consistent with the overall scheme in which s. 103 is embedded. Section 102 of the *Constitution Act, 1867* creates the consolidated revenue fund of Canada. Section 104 creates a charge on that fund for the payment of interest on the public debts of the old provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick. Section 105 creates a charge on the consolidated revenue fund for the payment of the salary of the Governor General of Canada. Finally, s. 106 provides for appropriations by Parliament from the consolidated revenue fund for other public purposes.

It is clear to me that the scheme of ss. 102 through 106 was intended to insure that the federal government could carry on at least certain aspects of the business of government without the necessity of annual appropriations by Parliament. It was intended, for instance, that the salary of the Governor General should not be at the mercy of annual votes in the House of Commons. Similarly, it was recognized that if annual votes were required for the payment of interest on the public debt it would rapidly have become impossible for the government to raise funds through borrowing. Equally, it was recognized that without the authority to expend funds for the collection of taxes, the entire operations of the government could be brought to a standstill.

Clearly, therefore, the purpose of s. 103 was to immunize the revenue-collecting machinery of the federal government from the uncertainties of annual appropriations by Parliament. It was never intended to create a legally enforceable right in third parties to receive compensation for revenue-raising duties imposed on them by Parliament. Even if one were to suggest, *arguendo*, that s. 103 confers authority on the federal government to compensate such third parties, it would be a *non sequitur* to say that this created a correlative power in those third parties to enforce these payments. In *The Queen v. Waterous Engine Works Co.* (1893),

gouvernement du Canada de prélever des fonds sur le Trésor pour produire des recettes sans qu'il soit nécessaire de demander chaque année des crédits parlementaires. En fait, cette interprétation est tout à fait compatible avec le régime global dans lequel s'inscrit l'art. 103. Le Trésor canadien a été constitué en vertu de l'art. 102 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 104 crée une charge sur ce fonds pour le paiement de l'intérêt des dettes publiques des anciennes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick. L'article 105 crée une charge sur le Trésor pour le paiement du traitement du gouverneur général du Canada. Enfin, l'art. 106 prévoit l'affectation par le Parlement de crédits tirés du Trésor pour d'autres fins publiques.

Il est clair selon moi que le régime des art. 102 à 106 visait à faire en sorte que le gouvernement fédéral puisse s'acquitter au moins de certains aspects des affaires du gouvernement sans que des affectations de crédits annuelles par le Parlement soient nécessaires. Par exemple, on a voulu que le traitement du gouverneur général ne soit pas à la merci des crédits annuels votés à la Chambre des communes. De même, on a reconnu que s'il avait été nécessaire de voter des crédits annuels pour le paiement de l'intérêt sur la dette publique il serait rapidement devenu impossible pour le gouvernement d'obtenir des fonds au moyen d'emprunts. En outre, il a été reconnu que sans le pouvoir de dépenser des fonds pour la perception de taxes, l'ensemble des opérations du gouvernement pourrait être paralysé.

Par conséquent, de toute évidence, le but de l'art. 103 était d'immuniser le mécanisme de perception de recettes pour le gouvernement fédéral contre les incertitudes découlant de l'affectation de crédits annuels par le Parlement. Il n'a jamais été question de créer un droit applicable en vertu de la loi à l'égard des tiers, leur permettant de recevoir une contrepartie pour les fonctions de perception de recettes que leur impose le législateur. Même si l'on devait soutenir, aux fins de l'analyse, que l'art. 103 confère au gouvernement fédéral le pouvoir d'indemniser ces tiers, il ne serait pas pertinent de dire qu'il en découle pour ces tiers le pou-

3 Que. Q.B. 222, Wurtele J. stated the principle that appropriations from the consolidated revenue fund are permissive, in the sense that they authorize, but do not compel, the executive to make the authorized expenditures. The decision to spend appropriated funds remains within the discretion of the government. I am therefore of the opinion that the third constitutional question cannot be answered in the affirmative on the basis of s. 103 of the *Constitution Act, 1867*.

The Attorney General for Alberta, however, makes the alternative argument that vendors of taxable supplies are entitled to recover the expenses incurred in collection and remission of the GST at common law. This common law right of recovery was urged upon us on two distinct bases. First, it was submitted that the decision of this Court in *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101, reaffirms the principle that where property is taken under a statutory scheme there is a presumption that compensation is to be paid unless this is expressly excluded by the terms of the statute. This line of argument can be dealt with quite briefly. In my view, the presumption of “no taking without compensation” has no application in the case of the GST collection regime. Alberta’s suggestion that in collecting and remitting the GST the vendor of a taxable supply has had his property “taken” is difficult to understand. It is the purchaser, not the supplier, who is obliged to pay the GST. The supplier is simply the agent of the Crown in right of Canada for the purposes of collection. Even in those cases where the vendor is obliged to absorb the GST in order to maintain sales, the resulting reduction in revenue cannot reasonably be characterized as a “taking” of the supplier’s property by the federal government. Were such reasoning to prevail, virtually any governmental policy which resulted directly or indirectly in the reduction of a supplier’s revenue could be characterized as a “taking” of property which would give rise to a right to compensation. In truth, since no property of the supplier is “taken” by the imposition of the GST collection

voir corrélatif d’exiger le versement de ces paiements. Dans l’arrêt *The Queen c. Waterous Engine Works Co.* (1893), 3 B.R. 222, le juge Wurtele a énoncé le principe selon lequel les affectations des crédits tirés du Trésor créent une faculté, dans le sens qu’elles autorisent, mais n’obligent pas, l’exécutif à effectuer les dépenses autorisées. La décision de dépenser les crédits affectés relève du pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Par conséquent, je suis d’avis qu’on ne peut répondre par l’affirmative à la troisième question constitutionnelle sur le fondement de l’art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Toutefois, le procureur général de l’Alberta présente l’argument subsidiaire selon lequel les vendeurs de fournitures taxables sont autorisés en vertu de la common law à recouvrer les dépenses engagées pour percevoir et remettre la TPS. Ce droit de recouvrement en vertu de la common law nous a été présenté sur deux fondements distincts. Premièrement, on a soutenu que l’arrêt de notre Cour *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101, réaffirme le principe selon lequel lorsqu’un bien est pris aux termes d’une loi, il existe une présomption selon laquelle une indemnisation doit être payée à moins que cela ne soit expressément exclu dans le texte de la loi. On peut répondre à cet argument assez brièvement. À mon avis, la présomption selon laquelle «il n’y a aucune dépossession sans indemnisation» ne s’applique pas dans le cas du régime de perception de la TPS. Il est difficile de comprendre l’argument de l’Alberta selon lequel le vendeur d’une fourniture taxable, lorsqu’il perçoit et remet la TPS, se trouve «dépossédé» de son bien. C’est l’acheteur et non le fournisseur, qui est tenu de payer la TPS. Le fournisseur est simplement le mandataire de la Couronne du chef du Canada aux fins de la perception. Même dans les cas où le vendeur est tenu d’absorber la TPS pour maintenir ses ventes, la réduction de revenu qui en résulte ne peut raisonnablement être qualifiée de «dépossession» du bien du fournisseur par le gouvernement fédéral. Si un tel raisonnement devait s’appliquer, pratiquement toutes les politiques gouvernementales qui entraînent directement ou indirectement une réduction du revenu d’un fournisseur pourraient être qualifiées

and remittance obligations, a right to compensation cannot be supported on this basis.

Alternatively, the Attorney General for Alberta submits that since suppliers are designated agents of the government for the collection of the GST, the common law duties of principals with respect to agents are triggered. These duties are said to include the duty of the principal to reimburse agents for all costs and liabilities incurred in the course of the agency. In my opinion, with respect, this argument constitutes a considerable exaggeration of the common law duty of principals to agents. According to Fridman in *The Law of Agency* (5th ed. 1983), at p. 164:

The most important duty of the principal is to remunerate the agent for services rendered. The obligation to pay such remuneration—the agent's "commission"—exists only where it has been created by an express or implied contract between principal and agent. . . . It is a question of construction in each case whether it was the intention of the parties that the agent shall work gratuitously or whether an agreement to pay remuneration was expressly made, or can be implied into the relationship. [Emphasis added.]

The duty to remunerate the agent for costs incurred in the course of the agency does not, therefore, arise automatically. It only arises in cases in which the principal and the agent contract, expressly or by implication, for such remuneration to be paid.

Clearly there is no question of a contract between the Government of Canada and the vendors of taxable supplies for the government to remunerate the vendors for costs incurred in collecting the GST. The obligation to collect and remit the GST is imposed unilaterally by ss. 221 (agency) and 222 (trust) of the GST Act. The government has turned its mind to the question of remuneration and has expressly provided for a lim-

de «dépossession» d'un bien qui serait susceptible de donner lieu à une indemnisation. En vérité, étant donné que le fournisseur n'est «dépossédé» d'aucun bien par l'imposition des obligations en matière de perception et de remise de la TPS, un droit à une indemnisation ne peut s'appuyer sur ce fondement.

Subsidiairement, le procureur général de l'Alberta soutient que puisque les fournisseurs sont désignés à titre de mandataires du gouvernement pour la perception de la TPS, les obligations que la common law impose aux mandants envers les mandataires entrent en jeu. Ces obligations comprendraient l'obligation du mandant de rembourser les mandataires de tous les frais et dépenses engagés au cours du mandat. À mon avis, avec égards, cet argument exagère considérablement l'obligation de common law des mandants envers les mandataires. Selon Fridman dans son ouvrage *The Law of Agency* (5<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 164:

[TRADUCTION] L'obligation la plus importante du mandant est de rémunérer le mandataire pour les services rendus. L'obligation de payer une telle rémunération—la «commission» du mandataire—n'existe que si elle a été créée par un contrat exprès ou implicite entre le mandant et le mandataire. [ . . . ] Dans chaque cas, il faut déterminer par interprétation, si les parties avaient l'intention que le mandataire travaille de façon gratuite ou s'il y avait une entente expresse en matière de rémunération ou si cette entente peut être déduite du rapport qui existait. [Je souligne.]

Le devoir de rémunérer le mandataire pour les dépenses engagées dans le cadre du mandat n'est donc pas automatique. Il ne survient que dans les cas où le mandant et le mandataire prévoient, expressément ou implicitement, par contrat le paiement d'une telle rémunération.

De toute évidence, il n'est nullement question d'un contrat entre le gouvernement du Canada et les vendeurs de fournitures taxables prévoyant que le gouvernement devra rémunérer les vendeurs pour les dépenses engagées dans la perception de la TPS. L'obligation de percevoir et de remettre la TPS est imposée de façon unilatérale par les art. 221 (mandat) et 222 (fiducie) de la Loi sur la TPS. Le gouvernement a examiné la question de la

ited right of reimbursement in the form of the transitional credit for small businesses, as I point out below. The matter having been expressly considered in the legislation and no further compensation having been provided for, no contractual duty of reimbursement can be said to arise either expressly or by implication. It is not necessary in the context of these appeals to decide whether there could ever arise a case in which governments would be under a duty to reimburse agents unilaterally created by statute for the costs incurred in the course of their agency.

Outside of contract a common law right to recover remuneration does not exist. On the other hand, a right of indemnification for tortious liability operates in favour of agents who inadvertently cause tortious injury to others in the course of their agency. This right of indemnity does not, contrary to the submission of the Attorney General for Alberta, arise on the facts assumed on this Reference. It is difficult to see how a vendor of taxable supplies could cause tortious injury to third parties by complying with its obligations under the GST Act. Indeed, compliance with a statutorily imposed duty would constitute a defence in the unlikely event that such claims of liability were to arise. The common law right of agents to indemnity, therefore, cannot provide support for the right claimed by Alberta on behalf of registered suppliers under the GST Act.

The CFIB also relies upon the common law as a basis for the recovery of expenses incurred in connection with the collection and remittance of the GST by registered suppliers, but by a different path of reasoning altogether. According to the CFIB, registered suppliers have a restitutionary claim against the federal government for the costs and expenses of collecting the GST. In my opinion this novel suggestion is without merit.

In the decision of this Court in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, Dickson J., as he then

rémunération et a expressément prévu un droit restreint de remboursement sous forme de crédit transitoire pour la petite entreprise, comme je le signale plus loin. Comme la question a été expressément envisagée dans la législation et qu'aucune autre indemnité n'a été prévue, on ne peut pas dire qu'entre en jeu un devoir contractuel de remboursement, que ce soit expressément ou implicitement. Il n'est pas nécessaire dans le contexte des présents pourvois de décider s'il pourrait survenir un cas où les gouvernements seraient tenus de rembourser à des mandataires, créés unilatéralement par une loi, les dépenses engagées dans le cadre de leur mandat.

En l'absence de contrat, il n'existe pas en common law de droit d'obtenir une rémunération. Par ailleurs, le droit à l'indemnisation en cas de responsabilité délictuelle s'applique en faveur du mandataire qui, par inadvertance, cause des préjudices à autrui dans le cadre de son mandat. Contrairement à ce que prétend le procureur général de l'Alberta, ce droit à l'indemnisation ne s'applique pas aux faits du présent Renvoi. Il est difficile de voir de quelle manière le vendeur d'une fourniture taxable pourrait causer un préjudice à un tiers lorsqu'il se conforme à ses obligations aux termes de la Loi sur la TPS. En fait, le respect d'une obligation imposée par la loi constituerait un moyen de défense dans le cas peu probable de la présentation de telles allégations de responsabilité. Par conséquent, le droit à l'indemnisation que prévoit la common law à l'égard des mandataires ne peut appuyer le droit revendiqué par l'Alberta pour le compte des fournisseurs inscrits aux termes de la Loi sur la TPS.

La FCEI se fonde également sur la common law pour le recouvrement des dépenses engagées relativement à la perception et à la remise de la TPS par les fournisseurs inscrits, mais elle suit un raisonnement tout à fait différent. Selon la FCEI, les fournisseurs inscrits peuvent faire valoir un droit de restitution contre le gouvernement fédéral pour les frais et les dépenses liés à la perception de la TPS. À mon avis, ce nouvel argument n'est pas fondé.

Dans l'arrêt de notre Cour *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, le juge Dickson, plus tard

was, stated that three basic conditions were to be fulfilled before restitutionary recovery would be permitted: these are (1) an enrichment, (2) a corresponding deprivation, and (3) a lack of any juridical reason for the enrichment. Under the GST Act the expenses involved in collecting and remitting the GST are borne by registered suppliers. This certainly constitutes a burden to these suppliers and a benefit to the federal government. However, this is precisely the burden contemplated by the statute. Hence, a juridical reason for the retention of the benefit by the federal government exists unless the statute itself is *ultra vires*. This, however, is the subject of constitutional questions 1 and 2.

The CFIB's argument thus involves it in the following dilemma: If the GST Act is *ultra vires*, then registered suppliers cannot be compelled to collect the tax, and it is not necessary to consider the extent of any restitutionary claim this group might have against the federal government. If, on the other hand, the GST Act is *intra vires*, then the statute itself constitutes a valid juristic reason for the retention of the benefit the federal government receives by being able to rely upon registered suppliers to collect the tax at their own expense. In neither case is the outcome urged upon us by the CFIB supportable.

It follows from all this that any right to remuneration for the time and trouble involved in collecting the GST would have to flow from the statute itself, which plainly lacks any such general provisions. I note, however, that the GST Act is not entirely silent on the issue of compensation for the costs of compliance. Section 346 of the statute provides a one-time transitional credit for small businesses to assist them in offsetting their initial compliance costs. In my opinion, this is a strong indication that Parliament did direct its attention to the question of compensation for compliance costs by enacting a provision providing partial compensation in certain cases. Even if the Attorney Gen-

Juge en chef, a dit que trois conditions fondamentales devaient être remplies pour qu'il puisse y avoir recouvrement pour fins de restitution: (1) un enrichissement, (2) un appauvrissement correspondant, et (3) l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Aux termes de la Loi sur la TPS, les dépenses engagées pour la perception et la remise de la TPS incombent aux fournisseurs inscrits. Cette situation représente certainement un fardeau pour ces fournisseurs et un avantage pour le gouvernement fédéral. Toutefois, il s'agit précisément du fardeau que prévoit la loi. Il existe donc un motif juridique pour que le gouvernement fédéral conserve cet avantage à moins que les dispositions elles-mêmes ne soient *ultra vires*. Cependant, cet argument fait l'objet des première et deuxième questions constitutionnelles.

L'argument présenté par la FCEI, fait donc intervenir le dilemme suivant: si la Loi sur la TPS est *ultra vires*, alors les fournisseurs inscrits ne peuvent être obligés de percevoir la taxe et il n'est pas nécessaire d'examiner la portée de tout droit de restitution que ce groupe pourrait faire valoir contre le gouvernement fédéral. Si, par ailleurs, la Loi sur la TPS est constitutionnelle, alors elle constitue un motif juridique valide pour que le gouvernement fédéral conserve l'avantage qu'il reçoit en étant en mesure de compter sur les fournisseurs inscrits pour percevoir la taxe à leurs propres frais. La conclusion que nous fait valoir la FCEI n'est admissible dans ni l'un ni l'autre des cas.

Il en découle que tout droit à une rémunération pour le temps et la peine consacrés à la perception de la TPS devraient découler de la loi elle-même, qui de toute évidence ne prévoit pas de telles dispositions générales. Toutefois, je remarque que la Loi sur la TPS n'est pas entièrement silencieuse sur la question de l'indemnisation relative aux frais engagés pour en assurer le respect. L'article 346 prévoit un crédit transitoire unique pour la petite entreprise afin de l'aider à compenser ses coûts initiaux pour se conformer à la loi. À mon avis, il s'agit d'une bonne indication que le législateur a bien pris en considération la question de l'indemnisation relativement aux coûts qu'entraîne le res-



eral for Alberta were correct to suggest that a more generous right to compensation exists at common law, in my view Parliament decided to substitute for that right its own view of the socially appropriate level of compensation for compliance costs. As this Court recently decided in *Zaidan Group Ltd. v. London (City)*, [1991] 3 S.C.R. 593, aff'g (1990), 71 O.R. (3d) 65 (C.A.), where a statute establishes a scheme providing for compensation, common law rights which might have operated but for the statute cannot be relied upon.

In my opinion, the right to compensation contended for by Alberta is supported neither by s. 103 of the *Constitution Act, 1867*, nor by the common law, nor by the operation of the GST Act itself. The third constitutional question must therefore be answered in the negative.

#### *Constitutional Question 4*

Section 125 of the *Constitution Act, 1867* provides as follows:

125. No Lands or Property belonging to Canada or any Province shall be liable to Taxation.

In *Reference re Exported Natural Gas Tax*, supra, at p. 1081, the majority of this Court concluded that s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867* must be subordinated to s. 125. Section 125, therefore, is an exception to the general taxation power of the federal Parliament under s. 91(3). The Attorney General for Alberta argues that the imposition upon the province of the obligation to collect and remit the GST when the province acts as a supplier runs afoul of this constitutional injunction and is therefore *ultra vires* Parliament.

Canada does not contend that a province is liable to pay the GST as a purchaser of taxable supplies. Instead, it claims simply that the province is under an obligation to collect and remit the GST

pect des dispositions en prévoyant une indemnisation partielle dans certains cas. Même si le procureur général de l'Alberta était fondé à soutenir qu'il existe en common law un droit à l'indemnisation plus généreux, à mon avis, le législateur a décidé de remplacer ce droit par sa propre évaluation du niveau d'indemnisation socialement approprié à l'égard des coûts entraînés par le respect des dispositions. Comme notre Cour l'a récemment conclu dans *Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 593, conf. (1990), 71 O.R. (3d) 65 (C.A.), lorsqu'une loi crée un régime prévoyant une indemnisation, on ne peut se fonder sur les droits découlant de la common law qui auraient pu s'appliquer n'eût été la loi.

À mon avis, le droit à l'indemnisation que fait valoir l'Alberta n'est appuyé ni par l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni par la common law ni par l'application de la Loi sur la TPS elle-même. Par conséquent, il faut répondre par la négative à la troisième question constitutionnelle.

#### *Quatrième question constitutionnelle*

Voici le texte de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

125. Aucune terre ou propriété appartenant au Canada ou à une province ne sera sujette à taxation.

Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précité, à la p. 1081, notre Cour, à la majorité, a conclu que le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* doit être assujéti à l'art. 125. Par conséquent, l'art. 125 constitue une exception au pouvoir général du Parlement fédéral en matière de taxation, prévu au par. 91(3). Le procureur général de l'Alberta soutient que l'imposition à la province de l'obligation de percevoir et de remettre la TPS lorsque la province agit à titre de fournisseur va à l'encontre de cette injonction constitutionnelle et est, par conséquent, *ultra vires* du Parlement.

Le Canada ne soutient pas qu'une province est tenue de payer la TPS à titre d'acheteur de fournitures taxables. Plutôt, il soutient simplement que la province est tenue de percevoir la TPS des ache-

from purchasers of taxable supplies when the province acts as supplier. The Attorney General for Alberta's position is that this amounts to taxation of the property of the province.

In *Reference re Exported Natural Gas Tax*, *supra*, the majority of this Court said, at p. 1078, that

Section 125 provides, in broad terms, that no lands or property of the federal or provincial Crown shall be "liable to taxation". The purpose of this immunity, as we have seen, is to prevent one level of government from appropriating to its own use the property of the other, or the fruits of that property. This immunity would be illusory if it applied only to taxes "on property" but not to a tax on the Crown in respect of a transaction affecting its property or on the transaction itself. The immunity would be illusory since, by the simple device of framing a tax as "*in personam*" rather than "*in rem*" one level of government could with impunity tax away the fruits of property owned by the other. The fundamental constitutional protection framed by s. 125 cannot depend on subtle nuances of form.

By analogy to this reasoning, the Attorney General for Alberta submits that the imposition of the GST on taxable supplies made by the province as vendor amounts to taxation of the "fruits" of provincial property. It is said that if provincial property is exempt from taxation, then it cannot be taxed indirectly by characterizing the subject matter of the tax as a "transaction" involving that property. The imposition of the GST on property sold by the province, it is argued, runs contrary to the protection of s. 125 of the *Constitution Act, 1867* and therefore is *ultra vires* Parliament.

In my opinion, with respect, the Attorney General for Alberta's analogy cannot withstand scrutiny. In *Reference re Exported Natural Gas Tax*, this Court was considering federal legislation which purported to impose a tax upon the receipt by distributors of natural gas that was the property of the province of Alberta. By the operation of a

teurs de fournitures taxables et de la remettre lorsque la province agit à titre de fournisseur. Le procureur général de l'Alberta est d'avis que cette situation équivaut à l'imposition d'une taxe sur un bien de la province.

Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précité, notre Cour, à la majorité, a dit, à la p. 1078:

L'article 125 stipule, de façon générale, que nulle terre ou propriété appartenant à la Couronne du chef du Canada ou d'une province ne sera «sujette à taxation». Cette immunité, comme nous l'avons déjà constaté, vise à empêcher un palier de gouvernement de s'approprier, pour son propre usage, les biens de l'autre palier de gouvernement ou les fruits de ces biens. Cette immunité serait illusoire si elle s'appliquait uniquement aux taxes «sur les biens» et non à une taxe qui frappe la Couronne relativement à une opération touchant ses biens ou à une taxe sur l'opération elle-même. L'immunité serait illusoire puisque, simplement en adoptant une formulation qui crée une taxe «*in personam*» au lieu d'une taxe «*in rem*», un palier de gouvernement pourrait impunément, au moyen de cette taxe, enlever à l'autre palier de gouvernement les fruits provenant des biens de ce dernier. La protection fondamentale qu'offre l'art. 125 de la Constitution ne peut pas reposer sur des nuances subtiles en ce qui concerne la forme.

Par analogie avec ce raisonnement, le procureur général de l'Alberta soutient que l'imposition de la TPS sur des fournitures taxables fabriquées par la province à titre de vendeur équivaut à la taxation des «fruits» provenant des biens de la province. On dit que si des biens de la province sont exonérés de taxation, alors ils ne peuvent être taxés indirectement par une caractérisation de l'objet de la taxe comme une «opération» touchant ce bien. On soutient que l'imposition de la TPS sur un bien vendu par la province est contraire à la protection que confère l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, par conséquent, *ultra vires* du Parlement.

À mon avis, avec égards, l'analogie faite par le procureur général de l'Alberta ne peut résister à un examen approfondi. Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, notre Cour a examiné une loi fédérale qui avait pour but d'imposer une taxe sur la réception par le distributeur de gaz naturel qui était la propriété de la province de l'Al-

deeming provision, where natural gas was exported, the exporter was treated as a “distributor” of the natural gas exported and was deemed to have “received” it at the time it was exported. In consequence, the province became liable to pay a tax upon natural gas that remained the property of Alberta at the moment of its export.

The GST, in contrast, does not apply to exports. It applies to the domestic provision of taxable supplies, and it is the purchaser, rather than the supplier, which is liable to pay the tax. Indeed, the tax only becomes payable by virtue of transactions in which some property interest has left the supplier and become vested in the purchaser. Clearly, therefore, it is the purchaser, not the vendor, which is taxed.

Nor can it plausibly be said that the imposition of the GST on sales of provincial property amounts to a tax on the fruits of provincial property in that, due to their liability to pay the GST, purchasers will purchase less of such property, resulting in lost sales and diminished revenues to the province. The fact that a federal tax renders provincial property less commercially attractive than it would be if the tax did not apply does not render that tax a tax upon provincial property. In *Phillips v. City of Sault Ste. Marie*, [1954] S.C.R. 404, this Court considered the case of a municipal tax levied on tenants of land owned by the Crown in right of Canada. The tax was assessed on the basis of the value of the premises occupied as assessed by the city. This Court found that the tax was not levied upon the land, but upon the occupants; the value of the land was simply the measure by which the liability of the occupants to pay the tax was to be assessed. Consequently, the tax did not violate s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, notwithstanding that, *de facto*, its collection might lower the returns that the Crown in right of Canada could realize from rental of the land.

Clearly, a practical consequence of the collection and remittance responsibilities imposed by the

berta. Par une disposition qui créait une présomption, lorsque le gaz naturel était exporté, l'exportateur était considéré comme un «distributeur» du gaz naturel exporté et était présumé l'avoir «reçu» au moment de l'exportation. En conséquence, la province était tenue de payer une taxe sur le gaz naturel qui demeurait la propriété de l'Alberta au moment de son exportation.

La TPS par contre ne s'applique pas aux exportations. Elle s'applique à la prestation intérieure de fournitures taxables et c'est l'acheteur, plutôt que le fournisseur, qui est tenu de la payer. En fait, la taxe ne devient payable qu'en vertu des opérations dans lesquelles le fournisseur s'est départi d'un intérêt dans le bien pour le transmettre à l'acheteur. Par conséquent, c'est de toute évidence l'acheteur et non le vendeur qui est taxé.

On ne peut non plus dire d'une manière plausible que l'imposition de la TPS sur les ventes de biens de la province équivaut à une taxe sur les fruits de ces biens parce que, en raison de leur obligation de payer la TPS, les acheteurs achèteront moins de ces biens, entraînant des pertes de ventes et des diminutions de recettes pour la province. Le fait qu'une taxe fédérale rend un bien de la province moins attrayant sur le plan commercial qu'il le serait en l'absence de taxe ne transforme pas cette taxe en une taxe sur un bien de la province. Dans l'arrêt *Phillips c. City of Sault Ste. Marie*, [1954] R.C.S. 404, notre Cour a examiné le cas d'une taxe municipale imposée aux locataires de terrains qui étaient la propriété de la Couronne du chef du Canada. La taxe a été établie sur la valeur des lieux occupés déterminée par l'évaluation municipale. Notre Cour a conclu que la taxe n'avait pas été imposée sur le terrain, mais plutôt sur les occupants; la valeur du terrain était simplement la mesure permettant d'évaluer l'obligation des occupants de payer la taxe. Par conséquent, la taxe ne portait pas atteinte à l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, même si, en réalité, sa perception pouvait réduire les bénéfices que la Couronne du chef du Canada pouvait retirer de la location du terrain.

De toute évidence, une conséquence pratique des responsabilités en matière de perception et de

GST Act may result in a cost to the province, but neither the true aim and purpose of the scheme nor its incidental effects runs contrary to the spirit of s. 125. As the majority of this Court clearly stated in *Reference re Exported Natural Gas Tax, supra*,<sup>a</sup> at pp. 1053-54, in order to violate s. 125 the impugned measure must in pith and substance constitute taxation. The possibility that the GST may have the effect of reducing provincial revenues from the sale of provincial property does not render the GST a "taxation" of provincial property. Nor does the calculation of the GST as a fraction of a price a portion of which is provincial tax amount to the federal taxation of provincial tax. Rather, the price paid for a taxable supply, including a component that is provincial tax, is the measure chosen by Parliament by which the liability of the purchaser to pay the GST is calculated.

Since the obligation of a province to collect and remit the GST when it acts as supplier does not amount to a taxation of the province's property, s. 125 of the *Constitution Act, 1867* has no application in these situations. Consequently, the fourth constitutional question must be answered in the negative.

#### *Constitutional Question 5*

Section 126 of the *Constitution Act, 1867* provides:

**126.** Such Portions of the Duties and Revenues over which the respective Legislatures of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick had before the Union Power of Appropriation as are by this Act reserved to the respective Governments or Legislatures of the Provinces, and all Duties and Revenues raised by them in accordance with the special Powers conferred upon them by this Act, shall in each Province form One Consolidated Revenue Fund to be appropriated for the Public Service of the Province.

The Attorneys General for Alberta and Canada agree that s. 126 has the effect of immunizing the consolidated revenue funds of the provinces from appropriation, except by their provincial legisla-

remise imposées par la Loi sur la TPS est qu'il peut en résulter des frais pour la province, mais ni le but et l'objectif véritables du régime ni ses effets accessoires ne sont contraires à l'esprit de l'art. 125. Comme notre Cour, à la majorité, l'a dit clairement dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précité, aux pp. 1053 et 1054, pour qu'il y ait violation de l'art. 125, la mesure contestée doit, de par son caractère véritable, constituer une taxation. La possibilité que la TPS puisse avoir pour effet de réduire les recettes de la province provenant de la vente de ses biens ne transforme pas la TPS en une «taxe» sur un bien de la province. Le calcul de la TPS comme une fraction d'un prix dont une partie constitue une taxe provinciale n'équivaut pas à une taxe fédérale imposée sur une taxe provinciale. Le prix payé pour une fourniture taxable, comprenant une composante qui est une taxe provinciale, est la mesure choisie par le législateur pour calculer l'obligation de l'acheteur de payer la TPS.

Étant donné que l'obligation d'une province de percevoir et de remettre la TPS lorsqu'elle agit à titre de fournisseur n'équivaut pas à la taxation d'un bien d'une province, l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'applique pas dans ces situations. Par conséquent, il faut répondre par la négative à la quatrième question constitutionnelle.

#### *Cinquième question constitutionnelle*

Voici le texte de l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

**126.** Les droits et revenus que les législatures respectives du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick avaient, avant l'Union, le pouvoir d'affecter et qui sont, par la présente loi, réservés aux gouvernements ou législatures des provinces respectives, et tous les droits et revenus perçus par elles conformément aux pouvoirs spéciaux que leur confère la présente loi, formeront dans chaque province un fonds de revenu consolidé qui sera affecté au service public de celle-ci.

Les procureurs généraux de l'Alberta et du Canada conviennent que l'art. 126 a pour effet d'immuniser le Trésor des provinces contre une affectation de crédits, sauf par les assemblées législatives de

tures. The Attorney General for Alberta, however, contends that the obligation imposed by the GST Act upon provinces to collect and remit the GST in respect of taxable supplies made by the province amounts to the appropriation of provincial funds for federal purposes by the federal Parliament. In support of this position, the Attorney General for Alberta relies on the decisions of this Court in *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] S.C.R. 554, and *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9. In my opinion, neither of these decisions supports the proposition that the Attorney General for Alberta seeks to advance.

In *Reference re Troops in Cape Breton*, the question was whether the province of Nova Scotia was liable to reimburse the federal government for the expense of sending troops to quell a local disturbance in Cape Breton at the request of the Attorney General of the province. The *Militia Act*, R.S.C. 1906, c. 41, as amended by S.C. 1924, c. 57, purported to impose such an obligation upon the government of a province whose Attorney General had called in federal troops to assist the civil power in the province. The majority of this Court decided that Parliament lacked jurisdiction to impose this obligation. Appropriations from the consolidated revenue fund of the province belong exclusively to the legislature of the province.

Similarly, in *Peel*, this Court was required to rule upon the constitutionality of s. 20(2) of the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, which purported to authorize judicial orders directing the expenditure of money by municipalities for the custody and support of delinquent children. Relying upon *Reference re Troops in Cape Breton*, Martland J. decided that Parliament had no jurisdiction to compel municipalities, which are creatures of the provincial legislatures, to expend money. Interestingly, however, Martland J. did suggest, at p. 22, that s. 20(2) could have been *intra vires* Parliament if it had been shown to be necessarily incidental to the operation of valid federal legislation in relation to criminal law. However, as the section pertained to the continuing

celles-ci. Toutefois, le procureur général de l'Alberta soutient que l'obligation que la Loi sur la TPS impose aux provinces de percevoir et de remettre la TPS relativement aux fournitures taxables fabriquées par les provinces équivaut à une affectation par le Parlement des fonds des provinces à des fins fédérales. Le procureur général de l'Alberta fonde sa position sur les arrêts de notre Cour *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] R.C.S. 554, et *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9. À mon avis, aucun de ces arrêts n'appuie l'argument que le procureur général de l'Alberta cherche à faire valoir.

Dans l'arrêt *Reference re Troops in Cape Breton*, la question était de savoir si la province de la Nouvelle-Écosse était tenue de rembourser le gouvernement fédéral de la dépense que représentait l'envoi de troupes pour réprimer des troubles locaux au Cap Breton à la demande du procureur général de la province. La *Loi de Milice*, S.R.C. 1906, ch. 41, modifiée par S.C. 1924, ch. 57, avait pour but d'imposer une telle obligation au gouvernement d'une province dont le procureur général avait demandé l'envoi de troupes fédérales pour aider le pouvoir civil dans la province. Notre Cour, à la majorité, a conclu que le Parlement n'avait pas le pouvoir d'imposer cette obligation. Les affectations de crédits sur le Trésor de la province appartiennent exclusivement à l'assemblée législative de la province.

De même, dans l'arrêt *Peel*, on a demandé à notre Cour de se prononcer sur la constitutionnalité du par. 20(2) de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3, qui avait pour but d'autoriser les ordonnances judiciaires visant le paiement de sommes d'argent par les municipalités pour la garde et l'entretien d'enfants délinquants. Sur le fondement de l'arrêt *Reference re Troops in Cape Breton*, le juge Martland a conclu que le Parlement n'était pas compétent pour obliger les municipalités, qui sont créées par le législateur provincial, à payer des sommes d'argent. Toutefois, il est intéressant de noter que le juge Martland a laissé entendre, à la p. 22, que le par. 20(2) aurait pu être *intra vires* du Parlement si l'on avait démontré qu'il était nécessairement accessoire à l'applica-

support of delinquent children after criminal proceedings had terminated, it could not be justified as criminal law in the meaning of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*:

The effect of s. 20(2) is to alter the role of municipal institutions, not necessarily limited to financial matters but also with respect to their duty toward persons found within their boundaries. This is an indirect amendment to provincial legislation respecting municipalities. It could not be justified in the absence of a direct link with federal legislative power under s. 91(27). There is no direct link between the municipality "to which the child belongs" and the issue of the child's criminality. The obligation sought to be imposed on the municipality arises only after the criminal proceedings have been completed and sentence has been imposed. [Emphasis added.]

I have already concluded that there does exist a "direct link" between the obligations placed on suppliers by the GST Act and the federal power over taxation under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. On the above reasoning, therefore, even if the GST Act imposed an obligation to pay out a sum of money for federal purposes this might be justified.

The GST Act, however, does not go nearly this far. The obligation to collect and remit the GST is clearly not the same as an obligation to pay out a sum of money to the federal government from the provincial consolidated revenue fund. To this extent, *Reference re Troops in Cape Breton* and *Peel* are beside the point. Parliament has simply imposed certain administrative burdens upon suppliers that are necessarily incidental to a valid federal scheme of taxation within the meaning of that term as it is used in s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*.

The Attorney General of Canada argues that there is nothing impermissible in valid federal legislation imposing administrative burdens upon provincial governments, provided that these are necessarily incidental to the operation of a valid federal scheme of taxation. In *Attorney-General for Que-*

tion d'une loi fédérale valide en matière de droit criminel. Toutefois, comme l'article se rapportait à l'entretien permanent d'enfants délinquants après la fin des procédures criminelles, il ne pouvait être justifié à titre de droit criminel au sens du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

Le paragraphe 20(2) a pour effet de modifier le rôle des institutions municipales, pas nécessairement quant aux seules questions financières mais également à l'égard de leurs obligations envers les personnes qui se trouvent sur leur territoire. C'est là une modification indirecte des lois provinciales relatives aux municipalités. Ce paragraphe n'est pas justifié en l'absence d'un lien direct avec le pouvoir législatif fédéral en vertu de l'art. 91(27). Il n'y a pas de lien direct entre la municipalité «à laquelle il [l'enfant] appartient» et la question de la criminalité de l'enfant. L'obligation que la Loi cherche à imposer à la municipalité se présente uniquement une fois les procédures criminelles complétées et la sentence imposée. [Je souligne.]

J'ai déjà conclu qu'il existait un «lien direct» entre les obligations imposées aux fournisseurs par la Loi sur la TPS et le pouvoir fédéral en matière de taxation aux termes du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, suivant le raisonnement qui précède, même si la Loi sur la TPS imposait une obligation de payer une somme d'argent à des fins fédérales, cela pourrait être justifié.

Toutefois, la Loi sur la TPS ne va pas aussi loin. L'obligation de percevoir et de remettre la TPS n'est de toute évidence pas la même qu'une obligation de prélever une somme d'argent sur le Trésor de la province pour la verser au gouvernement fédéral. Dans cette mesure, les arrêts *Reference re Troops in Cape Breton* et *Peel* sont hors de propos. Le législateur fédéral a simplement imposé aux fournisseurs certains fardeaux administratifs qui sont nécessairement accessoires à un régime de taxation fédérale valide selon le sens dans lequel ce terme est utilisé au par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le procureur général du Canada soutient qu'il n'y a rien d'inacceptable à ce qu'une disposition législative fédérale valide impose un fardeau administratif à des gouvernements provinciaux, pourvu qu'il soit nécessairement accessoire à l'application d'un régime de taxation fédérale valide. Dans l'arrêt

*bec v. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715 (P.C.), for instance, it was decided that federal legislation in relation to railways could authorize the compulsory taking of provincial Crown lands to the extent necessary for the building of railway lines. In *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, this Court upheld the *Dominion Controverted Elections Act, 1874*, which conferred upon provincial superior courts the jurisdiction, and imposed the duty, of trying controverted elections of members of the House of Commons.

The case of *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569, also relied on by Canada, is less helpful. In that case, the issue was whether the *Motor Vehicle Transport Act, S.C. 1953-54, c. 59*, which permitted the respondent Board, an entity created by the Ontario legislature, to issue and review licenses for the interprovincial transport of goods, was *ultra vires* as an impermissible delegation of Parliament's legislative powers to a provincial body. Cartwright J., for the majority, found that there was no delegation, but, rather, simply the adoption by Parliament of the legislation of another body, as it might from time to time exist, as its own. The decision in *Coughlin* is not clearly relevant to the question we are faced with here, as Parliament did not purport to compel Ontario to establish a Highway Transport Board to administer the federal statute, nor did Cartwright J. suggest that it could have done so.

In any case, in my opinion it is not necessary for us to analyze the limits of the federal power to impose administrative obligations on the provinces, pursuant to a valid federal scheme of taxation, in order to answer the fifth constitutional question. The most that can be said of the collection and remittance obligations created by the GST Act is that they impose certain administrative burdens on commercial entities operating in the province. It is only in so far as the province operates as

*Attorney-General for Quebec c. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715 (C.P.), par exemple, il a été jugé qu'une loi fédérale relative aux chemins de fer pouvait autoriser l'expropriation de terres de la Couronne provinciale dans la mesure nécessaire pour la construction de voies de chemin de fer. Dans l'arrêt *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, notre Cour a confirmé l'*Acte des élections fédérales contestées, 1874*, qui conférait aux cours supérieures des provinces la compétence pour juger les élections controversées des députés de la Chambre des communes et leur imposait l'obligation de le faire.

L'arrêt *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569, sur lequel s'est également fondé le Canada, est moins utile. Dans cette affaire, la question était de savoir si la *Loi sur le transport par véhicule à moteur, S.C. 1953-54, ch. 59*, qui autorisait la commission intimée, un organisme créé par l'assemblée législative de l'Ontario, à délivrer et à réviser les permis pour le transport interprovincial de marchandises, était *ultra vires* en tant que délégation inacceptable de pouvoirs législatifs du Parlement à un organisme provincial. Le juge Cartwright, au nom de la majorité, a conclu qu'il n'y avait aucune délégation mais, plutôt, simplement l'adoption comme sienne par le Parlement de la législation d'un autre organisme telle qu'elle pouvait exister. L'arrêt *Coughlin* n'est pas clairement pertinent relativement à la question qui nous est soumise en l'espèce, car le Parlement n'a pas eu l'intention d'obliger l'Ontario à créer une commission du transport routier pour administrer la loi fédérale et le juge Cartwright n'a pas non plus laissé entendre qu'il aurait pu le faire.

De toute façon, à mon avis, pour répondre à la cinquième question constitutionnelle, il n'est pas nécessaire que nous analysons les limites du pouvoir fédéral d'imposer des obligations administratives aux provinces aux termes d'un régime de taxation fédérale valide. Le plus que l'on puisse dire au sujet des obligations relatives à la perception et à la remise créées par la Loi sur la TPS est qu'elles imposent certains fardeaux administratifs à des entreprises commerciales exploitées dans la pro-

a commercial entity that it becomes subject to these burdens. This is not the same thing as an appropriation of money from the provincial consolidated revenue fund, without the consent of the provincial legislature, for federal purposes. Indeed, from the point of view of policy, it is far from clear that it would be desirable to adopt an interpretation of the GST Act which would give special advantages to provinces when they act as commercial entities. Section 126 of the *Constitution Act, 1867* does not come into play. For this reason I conclude that the fifth constitutional question must be answered in the negative.

### *Constitutional Question 6*

The Alberta Court of Appeal declined to answer the final constitutional question. In my view, it was correct so to decide, and, for the reasons given by the Court of Appeal, I am of the view that this Court ought not to answer it either. The sixth constitutional question is highly abstract, in that it does not refer to specific provincial institutions, and, indeed, refers to some hypothetical provincial institutions which apparently do not exist. Without greater specificity and detail, answers given by this Court could be quite misleading. Worse yet, they could be invoked to justify provincial attempts to frustrate the operation of the GST by the disingenuous manipulation of institutional forms.

In my view, the Attorney General of Canada is quite correct to argue that in the absence of a legislative scheme the pith and substance of which can be ascertained, this Court is placed in the impossible position where it cannot distinguish between valid schemes of provincial legislation, and colourable attempts to circumvent a valid federal scheme of taxation enacted under s. 91(3).

Where this Court is faced with a hypothetical question which cannot be answered with any assurance of correctness, the appropriate course of action is for us to decline to answer the question.

vince. C'est seulement dans la mesure où la province agit à titre d'entreprise commerciale qu'elle devient assujettie à ces fardeaux. Ce n'est pas la même chose qu'une affectation de crédits sur le Trésor de la province, à des fins fédérales, sans le consentement de l'assemblée législative provinciale. En fait, sur le plan des principes, il est loin d'être évident qu'il serait souhaitable d'interpréter la Loi sur la TPS de manière à accorder des avantages spéciaux aux provinces lorsqu'elles agissent à titre d'entreprises commerciales. L'article 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'applique pas. Pour ces motifs, je conclus qu'il faut répondre par la négative à la cinquième question constitutionnelle.

### *Sixième question constitutionnelle*

La Cour d'appel de l'Alberta a refusé de répondre à la dernière question constitutionnelle. J'estime qu'elle a eu raison de le faire et, pour les motifs qu'elle a énoncés, je suis d'avis que notre Cour ne devrait pas non plus y répondre. La sixième question constitutionnelle est très abstraite, en ce sens qu'elle ne mentionne pas d'organismes provinciaux précis; en fait, elle fait mention de certains organismes provinciaux hypothétiques qui apparemment n'existent pas. Sans autres détails, les réponses que pourrait donner notre Cour risqueraient d'être trompeuses. Ce qui serait pire, elles pourraient être invoquées pour justifier des tentatives provinciales en vue de faire échouer l'application de la TPS par une manipulation dissimulée de formulaires institutionnels.

À mon avis, le procureur général du Canada a eu tout à fait raison de soutenir que, en l'absence d'un régime législatif dont le caractère véritable peut être vérifié, notre Cour est placée dans la situation impossible où elle ne peut établir de distinction entre des régimes valides de législation provinciale et des tentatives frauduleuses pour contourner un régime fédéral de taxation valide adopté aux termes du par. 91(3).

Lorsque notre Cour est saisie d'une question hypothétique à laquelle elle ne peut garantir de réponse exacte, la démarche à suivre est de refuser d'y répondre. Dans *McEvoy c. Procureur général*



In *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704, we said (at p. 708):

This Court is entitled to exercise its judgment on whether it should answer referred questions if it concludes that they do not exhibit sufficient precision to permit cogent answers. This is irrespective of the fact that the reference power is couched in broad terms . . .

It is clear that we are entitled to decline to answer a question referred to us on a reference if the question is such that the answer given would not be precise or useful: see also, *Reference re Education System in Montreal*, [1926] S.C.R. 246, *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200, *Reference re Angliers Railway Crossing*, [1937] S.C.R. 451, *Reference re Authority of Parliament in Relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54. The sixth constitutional question in this Reference cannot usefully be answered in its present form, and we therefore respectfully decline to answer it.

##### 5. Arguments of the Attorney General for Ontario

The Attorney General for Ontario was granted leave to intervene in these proceedings and filed a factum. After reviewing these materials and hearing the submissions of counsel on the point, we decided that we would not hear the submissions of the counsel for the Attorney General for Ontario.

Briefly, it was the position of the Attorney General for Ontario that the GST Act had been passed through Parliament by an invalid procedure and was therefore void in its entirety. The Attorney General for Ontario pressed this argument as an intervener before the Alberta Court of Appeal, which, in its judgment, declined to deal with these submissions on the merits. In my view, the Court of Appeal was quite correct in this decision.

The Attorney General for Ontario has sought to raise an entirely different ground for attacking the *vires* of the GST Act, and one which was not addressed by the principal parties in these appeals. To address the issues raised by the Attorney Gen-

*du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704, nous avons dit, à la p. 708:

Cette Cour a le pouvoir discrétionnaire de décider si elle devrait répondre aux questions soumises par renvoi si elle conclut que celles-ci ne sont pas assez précises pour permettre d'y apporter des réponses valables. Elle peut l'exercer même si la formulation du pouvoir de renvoi est générale . . .

Il est clair que nous avons le droit de refuser de répondre à une question qui nous est soumise dans le cadre d'un renvoi si celle-ci est telle que la réponse ne serait pas précise ou utile: voir également, *Reference re Education System in Montreal*, [1926] R.C.S. 246, *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200, *Reference re Angliers Railway Crossing*, [1937] R.C.S. 451, *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54. Il n'est pas possible de donner une réponse utile à la sixième question constitutionnelle dans le présent renvoi sous sa forme actuelle et par conséquent, nous refusons, avec égards, d'y répondre.

##### 5. Les arguments du procureur général de l'Ontario

Le procureur général de l'Ontario a obtenu l'autorisation d'intervenir en l'espèce et a déposé un mémoire. Après examen de ces documents et audition des arguments des avocats sur ce point, nous avons décidé de ne pas entendre les arguments du procureur général de l'Ontario.

En bref, le procureur général de l'Ontario était d'avis que le Parlement avait adopté la Loi sur la TPS en vertu d'une procédure qui n'était pas valide et qu'elle était par conséquent entièrement nulle. Le procureur général de l'Ontario a fait valoir cet argument à titre d'intervenant devant la Cour d'appel de l'Alberta, qui dans son arrêt, a refusé de traiter ces arguments au fond. À mon avis, la décision de la Cour d'appel était bien fondée.

Le procureur général de l'Ontario a cherché à soulever un moyen entièrement différent pour contester la constitutionnalité de la Loi sur la TPS, un moyen que les principales parties en l'espèce n'avaient pas présenté. Pour traiter des questions

eral for Ontario would require this Court to embark on a lengthy analysis of issues not raised by any of the other parties and not related to the substance of these appeals.

We are all of the opinion that the issues sought to be raised by the Attorney General for Ontario fall outside the intended scope of the Reference. In *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, this Court declined to address a similar argument sought to be raised by an intervener on this very ground. I would adopt the reasoning of Pigeon J. in this respect where he said at p. 1290:

It does not appear to me that the appellants' attack based upon the alleged absence of a message from the Governor General recommending its enactment, comes within the scope of the question submitted. Nothing in the order of reference or in the material submitted therewith, raises any issue with respect to the regularity of the adoption of the Act, as opposed to its intrinsic validity depending on Parliament's legislative authority. On a reference the Court has to give answers on the basis of the questions submitted exclusively (*Re: Quebec Magistrates' Court*, [1965] S.C.R. 722), intervening parties are not permitted to raise other issues and to bring up other facts as they might in ordinary litigation. I would therefore decline to consider this ground of attack.

With all due respect, therefore, the arguments sought to be raised by the Attorney General for Ontario are not helpful. Intervener status is granted when this Court feels that the intervener may be of assistance to the Court in resolving the principal issues before us. Intervener status is not granted to allow the intervener to raise an entirely new set of issues which are not addressed by the principal parties. This principle is even stronger in reference cases, where the scope of the appeal is governed by specific questions posed by the Lieutenant-Governor or the Governor General in Council.

We therefore will not address the merits of the arguments sought to be raised by counsel for the

soulevées par le procureur général de l'Ontario, il faudrait que notre Cour s'engage dans une longue analyse de questions qui n'ont pas été soulevées par les autres parties et qui ne se rapportent pas au fond des présents pourvois.

Nous sommes tous d'avis que les questions que le procureur général de l'Ontario cherche à soulever n'entrent pas dans le cadre visé par le renvoi. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, notre Cour a refusé d'examiner un argument semblable qu'un intervenant cherchait à faire valoir sur ce même fondement. J'adopte le raisonnement du juge Pigeon à cet égard lorsqu'il a dit à la p. 1290:

À mon avis, l'argumentation des appelants fondée sur l'absence de message du gouverneur général recommandant l'adoption de la disposition n'est pas pertinente. Rien dans le décret de renvoi ni dans les documents fournis ne met en doute la régularité de l'adoption de la Loi, par opposition à sa validité intrinsèque qui dépend du pouvoir législatif du Parlement. Dans un renvoi, la Cour doit seulement répondre aux questions posées (*Re: La Cour de magistrat du Québec*, [1965] R.C.S. 722), et les intervenants ne sont pas autorisés à soulever d'autres questions ni à soumettre d'autres faits, comme ils le peuvent dans un litige ordinaire. En conséquence, je ne puis considérer ce moyen.

Par conséquent, avec égards, les arguments que le procureur général de l'Ontario cherche à faire valoir ne sont pas utiles. Le statut d'intervenant est accordé lorsque notre Cour est d'avis que l'intervenant peut l'aider à trancher les principales questions qui lui sont présentées. Il n'est pas accordé pour permettre à l'intervenant de soulever des questions entièrement nouvelles, que les parties principales n'ont pas présentées. Ce principe est encore plus fort dans les renvois, lorsque la portée du pourvoi est régie par des questions précises posées par le lieutenant-gouverneur ou par le gouverneur général en conseil.

Par conséquent, nous n'examinerons pas le fondement des arguments que les avocats du procu-

Attorney General for Ontario. They are not helpful to us in the disposition of these appeals.

## 6. Conclusion

In the result, the appeal of the Attorney General of Canada is allowed and the appeal of the Attorney General for Alberta is dismissed. The constitutional questions are answered as follows:

1. Having regard to the *Constitution Acts, 1867 to 1982* or otherwise, is the *GST Act ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part and, if so, in what particular or particulars and to what extent?

Answer: No.

2. Does the system of collection under the *GST Act*

(a) at any stage prior to the supply of taxable supplies to consumers or to suppliers of exempt supplies,

(b) prior to the collection by a supplier from a recipient, or

(c) otherwise

constitute an infringement of the jurisdiction of the Legislature of Alberta with respect to the regulation of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, or of another provincial power under that Act, so that the *GST Act* in its application of the system of collection or any part of it is *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer: No.

3. Having regard to s. 103 of the *Constitution Act, 1867* and the common law, are suppliers entitled to charge and to collect from the Consolidated Revenue Fund of Canada all costs, charges and expenses incidental to collecting and paying a remittance under the *GST Act*?

Answer: No.

4. Having regard to s. 125 of the *Constitution Act, 1867*,

(a) is the imposition of obligations under the *GST Act* on the Government of Alberta as a supplier to collect and pay a remittance on a taxable supply that

leur général de l'Ontario ont cherché à faire valoir. Ils ne nous sont pas utiles pour régler les présents pourvois.

## <sup>a</sup> 6. Conclusion

En conséquence, le pourvoi du procureur général du Canada est accueilli et le pourvoi du procureur général de l'Alberta est rejeté. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Compte tenu des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* ou autrement, les dispositions législatives sur la TPS sont-elles *ultra vires* du Parlement du Canada en tout ou en partie et, dans l'affirmative, à quel égard et dans quelle mesure?

Réponse: Non.

2. Le régime de perception prévu dans ces dispositions,

a) à toute étape antérieure à l'offre de fournitures taxables aux consommateurs ou aux fournisseurs de fournitures exonérées,

b) avant la perception par un fournisseur auprès d'un acquéreur, ou

c) autrement,

porte-t-il atteinte à la compétence de la législature de l'Alberta en ce qui concerne la réglementation de la propriété et des droits civils aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou un autre pouvoir provincial conféré par cette loi, de façon que les dispositions législatives sur la TPS relatives au régime de perception ou une partie de ce régime sont *ultra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Non.

3. Compte tenu de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la common law, les fournisseurs ont-ils le droit d'exiger et de percevoir du Trésor canadien tous les frais et les dépenses attribuables à la perception et au versement d'une remise en vertu des dispositions législatives sur la TPS?

<sup>i</sup> Réponse: Non.

4. Compte tenu de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

a) l'imposition au gouvernement de l'Alberta, en tant que fournisseur et en vertu des dispositions législatives sur la TPS, de l'obligation de percevoir et de

is Alberta property *ultra vires* the Parliament of Canada,

(b) does the imposition of a remittance under the *GST Act* on a recipient from the Government of Alberta of a taxable supply that is Alberta property or that generates revenue to the Government of Alberta constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada, and

(c) does the imposition of a remittance that is computed under s. 154 of the *GST Act* on the basis of consideration for a taxable supply that includes an amount of provincial tax constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer: No.

5. Having regard to s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, is the requirement under the *GST Act* that the Government of Alberta use part of the Government of Alberta's revenue

(a) to collect a remittance or cause a remittance to be collected, or

(b) to pay a remittance prior to the receipt of the remittance from the recipient of a taxable supply *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer: No.

6. Having regard to ss. 125 and 126 of the *Constitution Act, 1867*,

(a) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta exempt from tax under the *GST Act*,

(b) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, designated as agents of the Government of Alberta, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, exempt from tax under the *GST Act*,

(c) is the acquisition of taxable supplies by the Crown Purchase Agency referred to in section 2(k) of the Appendix exempt from tax under the *GST Act*, and

verser une remise sur une fourniture taxable qui est une propriété de l'Alberta est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada,

b) l'imposition, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'une remise à un acquéreur d'une fourniture taxable du gouvernement de l'Alberta qui est une propriété de l'Alberta ou qui est une source de recettes pour le gouvernement de l'Alberta constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada, et

c) l'imposition d'une remise calculée en vertu de l'art. 154 des dispositions législatives sur la TPS en contrepartie d'une fourniture taxable et qui comprend une taxe provinciale constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Non.

5. Compte tenu de l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'obligation pour le gouvernement de l'Alberta, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'utiliser une partie de ses recettes

a) pour percevoir ou faire percevoir une remise, ou

b) pour verser une remise avant de l'avoir reçue de l'acquéreur d'une fourniture taxable est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Non.

6. Compte tenu des art. 125 et 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

a) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,

b) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, désignées comme mandataires du gouvernement de l'Alberta, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,

c) l'acquisition de fournitures taxables par l'organisme gouvernemental acheteur mentionné à l'alinéa 2k) de l'annexe est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS, et

(d) is the acquisition or use by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, of taxable supplies that are provided by the Crown Purchase Agency to the provincial authorities exempt from tax under the *GST Act*?

Answer: This question should not be answered.

The reasons of *La Forest* and *L'Heureux-Dubé JJ.* were delivered by

LA FOREST J.—These appeals raise the constitutional validity of the federal Goods and Services Tax (“GST”) passed by Parliament as Part IX of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15. The case began by a reference by the Lieutenant-Governor in Council of Alberta to the Court of Appeal of that province of six questions regarding the validity and effect of the tax. The nature of the tax and the history of the litigation are set forth in the reasons of the Chief Justice, and I need not repeat them. I agree with his proposed disposition and his answers to the referred questions, but our views diverge on several matters. For that reason, I have thought it best to write short reasons of my own. The questions and my answers and reasons therefor follow:

1. Having regard to the *Constitution Acts, 1867 to 1982* or otherwise, is the *GST Act ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part and, if so, in what particular or particulars and to what extent?

I would answer this question “no”. Section 91(3) of the *Constitution Act, 1867* empowers Parliament to make laws for “[t]he raising of Money by any Mode or System of Taxation”. There can be no question that the GST is intended to raise money and that a value-added tax, which is what the GST is, is a mode or system of taxation. The GST thus falls squarely within s. 91(3). It is in pith and substance a mode or system of taxation, so one need not enquire any further about whether it might be justified as necessarily incidental to the legislative scheme. The fact that it may affect activities within provincial regulatory competence is of no moment.

d) l’acquisition ou l’utilisation par les autorités provinciales, dans l’exercice d’un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l’Alberta, de fournitures taxables fournies par l’organisme gouvernemental acheteur aux autorités provinciales est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS?

Réponse: Il n’y a pas lieu de répondre à cette question.

Version française des motifs des juges *La Forest* et *L'Heureux-Dubé* rendus par

LE JUGE LA FOREST—Les présents pourvois soulèvent la question de la constitutionnalité de la taxe sur les produits et services («TPS»), dont les dispositions pertinentes ont été adoptées par le Parlement dans la partie IX de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15. L’affaire a débuté par le renvoi qu’a fait le lieutenant-gouverneur en conseil de l’Alberta à la Cour d’appel de cette province de six questions concernant la validité et l’effet de la taxe. Le Juge en chef, dans ses motifs, expose la nature de la taxe et l’historique du litige; je n’ai donc pas à les répéter. Je suis d’accord avec la décision qu’il propose et avec ses réponses aux questions soumises, mais nos points de vue divergent à plusieurs égards. C’est pourquoi j’ai cru préférable de rédiger de courts motifs. Voici donc les questions ainsi que mes réponses et mes motifs:

1. Compte tenu des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* ou autrement, les dispositions législatives sur la TPS sont-elles *ultra vires* du Parlement du Canada en tout ou en partie et, dans l’affirmative, à quel égard et dans quelle mesure?

Je répondrais «non» à cette question. Le paragraphe 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet au Parlement de faire des lois en vue du «prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation». Il ne fait aucun doute que la TPS vise à prélever des deniers et qu’une taxe sur la valeur ajoutée, ce qu’est en fait la TPS, est un mode ou système de taxation. La TPS relève donc manifestement du par. 91(3). Elle est, de par son caractère véritable, un mode ou système de taxation et il n’est donc pas nécessaire de chercher davantage à savoir si elle peut se justifier comme étant nécessairement accessoire au régime législa-

This basic proposition was recently restated in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, where, speaking for the Court, I stated, at p. 62:

... if the *Guidelines Order* is found to be legislation that is in pith and substance in relation to matters within Parliament's exclusive jurisdiction, that is the end of the matter. It would be immaterial that it also affects matters of property and civil rights . . . .

See also *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1286. I might add that it is hard to imagine a tax that would not affect property and civil rights.

Nor does the case of *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (*Employment Insurance Reference*), have any relevance. In that case, the Privy Council held that the statutory scheme there in question was in pith and substance an unemployment insurance scheme, a matter then falling exclusively within provincial legislative competence. Here the pith and substance of the Act is simply to impose a tax to raise money.

## 2. Does the system of collection under the *GST Act*

(a) at any stage prior to the supply of taxable supplies to consumers or to suppliers of exempt supplies,

(b) prior to the collection by a supplier from a recipient, or

(c) otherwise

constitute an infringement of the jurisdiction of the Legislature of Alberta with respect to the regulation of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, or of another provincial power under that Act, so that the *GST Act* in its application of the system of collection or any part of it is *ultra vires* the Parliament of Canada?

I would answer this question "no". The answer flows largely from what I have said about

tif. Son incidence possible sur les activités relevant du pouvoir de réglementation des provinces est sans importance. Cette proposition fondamentale a été énoncée de nouveau récemment dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, dans lequel j'ai dit, au nom de la Cour, à la p. 62:

... si l'on conclut que, de par son caractère véritable, le *Décret sur les lignes directrices* est un texte législatif lié à des matières relevant de la compétence exclusive du Parlement, la question est épuisée. Il serait alors indifférent qu'il touche également des matières liées à la propriété et aux droits civils . . .

Voir aussi l'arrêt *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, à la p. 1286. J'ajouterais qu'il est difficile de concevoir une taxe qui ne toucherait pas la propriété et les droits civils.

L'arrêt *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (le *Renvoi sur l'assurance-chômage*), n'a non plus aucune pertinence. Dans cette affaire, le Conseil privé a conclu que le régime législatif dont il était question était, de par son caractère véritable, un régime d'assurance-chômage, matière relevant alors exclusivement de la compétence législative provinciale. En l'espèce, la Loi vise simplement, de par son caractère véritable, à imposer une taxe pour prélever des deniers.

## 2. Le régime de perception prévu dans ces dispositions,

a) à toute étape antérieure à l'offre de fournitures taxables aux consommateurs ou aux fournisseurs de fournitures exonérées,

b) avant la perception par un fournisseur auprès d'un acquéreur, ou

c) autrement,

porte-t-il atteinte à la compétence de la législature de l'Alberta en ce qui concerne la réglementation de la propriété et des droits civils aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou un autre pouvoir provincial conféré par cette loi, de façon que les dispositions législatives sur la TPS relatives au régime de perception ou une partie de ce régime sont *ultra vires* du Parlement du Canada?

Je répondrais «non» à cette question, en grande partie en raison de ce que j'ai dit au sujet de la pre-

question 1. The collection provisions of the GST are simply part and parcel of the mode or system of taxation adopted by Parliament. There is no indication that these provisions were enacted for any other purpose than to collect the tax, and colourability is not lightly to be imputed. As Laskin C.J. stated in *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 390:

The Parliament of Canada is authorized to raise money "by any mode or system of taxation", and it would be an unusual case where this power, so apparently limitless, could be challenged as colourably used and thus make it appropriate for the Court to consider extrinsic material to show colourability.

I agree with the Court of Appeal that severing the provisions of the Act that do not result in raising revenues from those that do, would result in a completely different system of taxation. It would transform the tax from a value-added tax to a retail sales tax. It would fetter Parliament's discretion to raise money "by any Mode or System of Taxation".

That these provisions may, as I earlier noted, have an impact on property and civil rights is of no moment. As I stated in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at p. 145, there is no hermetic division between the federal legislative domain and that covered by property and civil rights. Some spillover is inevitable.

3. Having regard to s. 103 of the *Constitution Act, 1867* and the common law, are suppliers entitled to charge and to collect from the Consolidated Revenue Fund of Canada all costs, charges and expenses incidental to collecting and paying a remittance under the *GST Act*?

I would answer this question "no". Section 103 reads:

mière question. Les dispositions de la TPS relatives à la perception font simplement partie intégrante du mode ou système de taxation adopté par le Parlement. Rien ne permet de croire que ces dispositions ont été adoptées dans quelque autre but que de percevoir la taxe, et l'on ne doit pas les considérer à la légère comme étant un artifice. Comme l'a dit le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, à la p. 390:

Le Parlement du Canada est autorisé à prélever des deniers «par tous modes ou systèmes de taxation» et ce ne serait que par exception que ce pouvoir, en apparence aussi illimité, pourrait être contesté au motif que son exercice constituerait un artifice, de façon à donner lieu à l'examen par la Cour d'éléments de preuve extrinsèques pour prouver l'existence de cet artifice.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que si l'on séparait les dispositions de la Loi qui n'aboutissent pas au prélèvement de deniers de celles qui ont ce résultat, cela donnerait un système de taxation complètement différent. En effet, d'une taxe sur la valeur ajoutée, la taxe deviendrait une taxe de vente au détail. Cela ferait obstacle au pouvoir discrétionnaire du Parlement de prélever des sommes d'argent «par tous modes ou systèmes de taxation».

Comme je l'ai dit précédemment, il est sans importance que ces dispositions puissent avoir une incidence sur la propriété et les droits civils. Je l'ai déclaré dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, à la p. 145, il n'existe pas de cloison étanche entre le domaine législatif fédéral et celui qui est visé par la propriété et les droits civils. Il est inévitable qu'il y ait certains chevauchements.

3. Compte tenu de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la common law, les fournisseurs ont-ils le droit d'exiger et de percevoir du Trésor canadien tous les frais et les dépenses attribuables à la perception et au versement d'une remise en vertu des dispositions législatives sur la TPS?

Je répondrais «non» à cette question. L'article 103 est libellé comme suit:

103. The Consolidated Revenue Fund of Canada shall be permanently charged with the Costs, Charges, and Expenses incident to the Collection, Management, and Receipt thereof, and the same shall form the First Charge thereon, subject to be reviewed and audited in such Manner as shall be ordered by the Governor General in Council until the Parliament otherwise provides.

As counsel for the Attorney General of Canada argued, s. 103 merely provides for the appropriation of monies from the consolidated revenue fund of Canada. It does not impose an independent legal obligation on Canada to compensate collecting agents. Rather, it refers to costs, charges and expenses the Government of Canada is obliged to pay by statute or contract independently of s. 103.

I need not go into the common law position. Whatever duty might reside in the Crown at common law to pay suppliers for collecting the tax, by providing (s. 346 of the Act) for a one-time transitional credit for small businesses to assist them in offsetting their initial compliance costs, Parliament, in my view, has given a clear indication that it did not intend to provide further compensation for the purpose. For a similar situation, see *Zaidan Group Ltd. v. London (City)*, [1991] 3 S.C.R. 593.

4. Having regard to s. 125 of the *Constitution Act, 1867*,

(a) is the imposition of obligations under the *GST Act* on the Government of Alberta as a supplier to collect and pay a remittance on a taxable supply that is Alberta property *ultra vires* the Parliament of Canada,

(b) does the imposition of a remittance under the *GST Act* on a recipient from the Government of Alberta of a taxable supply that is Alberta property or that generates revenue to the Government of Alberta constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada, and

(c) does the imposition of a remittance that is computed under s. 154 of the *GST Act* on the basis of consideration for a taxable supply that includes an

103. Le Fonds du revenu consolidé du Canada sera, en permanence, grevé des frais, charges et dépenses entraînés pour le percevoir, l'administrer et le recouvrer, lesquels constitueront la première charge sur ce fonds et pourront être soumis à l'examen et à la vérification qu'ordonnera le gouverneur général en conseil jusqu'à ce que le Parlement y pourvoie autrement.

Comme l'a soutenu l'avocat du procureur général du Canada, l'art. 103 ne fait que prévoir le paiement de sommes d'argent sur le Trésor du Canada. Il n'impose pas au Canada l'obligation légale distincte d'indemniser les percepteurs. Il fait plutôt mention des frais, charges et dépenses que doit acquitter le gouvernement du Canada en vertu d'une loi ou d'un contrat, indépendamment de l'art. 103.

Je n'ai pas à me soucier de la position fondée sur la common law. Quelle que puisse être l'obligation de la Couronne, en common law, de payer les fournisseurs pour percevoir la taxe, en prévoyant (art. 346 de la Loi) un crédit transitoire unique pour la petite entreprise afin de l'aider à faire face au coup initial de l'observation de la Loi, le Parlement, à mon sens, a indiqué clairement qu'il n'entend pas donner d'autre indemnité à cet égard. On trouvera une situation semblable dans *Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 593.

4. Compte tenu de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

a) l'imposition au gouvernement de l'Alberta, en tant que fournisseur et en vertu des dispositions législatives sur la TPS, de l'obligation de percevoir et de verser une remise sur une fourniture taxable qui est une propriété de l'Alberta est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada,

b) l'imposition, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'une remise à un acquéreur d'une fourniture taxable du gouvernement de l'Alberta qui est une propriété de l'Alberta ou qui est une source de recettes pour le gouvernement de l'Alberta constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada, et

c) l'imposition d'une remise calculée en vertu de l'art. 154 des dispositions législatives sur la TPS en contrepartie d'une fourniture taxable et qui com-



amount of provincial tax constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada?

I would answer this question “no” for the reasons given by the Chief Justice. The majority in the circumstances in *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, interpreted the tax there as in pith and substance one imposed on provincial property, indeed the public domain, which at Confederation was intended, as the majority underlined, to provide the primary source of revenue for the provinces, a constitutional principle s. 125 was designed to protect. Here the tax is in pith and substance one imposed against the purchaser of goods or services and simply collected by the province in common with other suppliers of goods or services. The province is in no different position from an employer obliged to withhold income under the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 153 and 227(4).

5. Having regard to s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, is the requirement under the *GST Act* that the Government of Alberta use part of the Government of Alberta’s revenue

(a) to collect a remittance or cause a remittance to be collected, or

(b) to pay a remittance prior to the receipt of the remittance from the recipient of a taxable supply *ultra vires* the Parliament of Canada?

There can be no doubt that the province by virtue of s. 126 has the exclusive power to appropriate money from its consolidated revenue for provincial purposes, just as by s. 102 the federal Parliament has exclusive power of appropriation from the federal consolidated revenue fund. And the very structure of the Constitution, which creates two sovereign levels of government with their own fiscal organization flies against the idea that one level of government can appropriate monies from the other’s consolidated revenue fund. That was decided in *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] S.C.R. 554, where this Court held

prend une taxe provinciale constitue-t-elle une taxation d’une propriété de l’Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada?

Je répondrais «non» à cette question pour les motifs qu’a donnés le Juge en chef. La majorité dans les circonstances en cause dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, a interprété la taxe en cause dans cette affaire comme étant, de par son caractère véritable, une taxe sur la propriété de la province, en fait sur le domaine public, propriété qui était destinée, lors de la Confédération, comme l’a souligné la majorité, à fournir la principale source de recettes aux provinces, un principe constitutionnel que l’art. 125 vise à protéger. En l’espèce, la taxe est, de par son caractère véritable, une taxe imposée à quiconque achète des produits ou des services et elle est simplement perçue par la province en commun avec d’autres fournisseurs de produits et de services. La province ne se trouve pas dans une situation différente de celle de l’employeur obligé de faire des retenues en application de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 153 et par. 227(4).

5. Compte tenu de l’art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l’obligation pour le gouvernement de l’Alberta, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d’utiliser une partie de ses recettes

a) pour percevoir ou faire percevoir une remise, ou

b) pour verser une remise avant de l’avoir reçue de l’acquéreur d’une fourniture taxable est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada?

Il ne fait aucun doute que l’art. 126 accorde à la province le pouvoir exclusif de prélever des deniers sur son Trésor à des fins provinciales, tout comme l’art. 102 confère au Parlement fédéral le pouvoir exclusif de prélever des deniers sur le Trésor du Canada. Et la structure même de la Constitution, qui crée deux paliers souverains de gouvernement dotés de leur propre régime fiscal, va à l’encontre de l’idée qu’un palier de gouvernement puisse prélever des deniers sur le Trésor de l’autre. C’est ce que notre Cour a décidé dans l’arrêt *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] R.C.S. 554, dans lequel elle a déclaré invalide la tentative

invalid an attempt by the federal government to impose on a province the cost of carrying out a federal activity in the province.

It by no means follows, however, that an administrative duty reasonably placed by Parliament on a province in the course of enacting a scheme falling squarely within a federal power will be invalid because the performance of that duty will in consequence require some expenditure by the province. In creating a tax system, which falls in pith and substance within s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament may incidentally require the provinces to assume such a burden. Otherwise, the broad taxing power there granted would be frustrated. It must be remembered that this power, subject to s. 125, is a paramount power, which must be given room for its effective exercise.

The present situation, as counsel for the Attorney General of Canada noted, is somewhat similar to that in *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, where Parliament conferred a duty upon provincial superior courts in a federal matter. It also has some affinity to cases like *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569, where Parliament conferred upon provincial boards the duty to administer laws which it had incorporated by reference, although it may not be irrelevant that schemes of this kind result from federal-provincial cooperation.

Nor do I see anything in *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9, that assists the province here. The provision there impugned directed a municipality to which a delinquent child belonged to contribute to the child's support. The provision was held not to fall within the criminal power nor to be truly necessary for its effective exercise. Rather, it fell within provincial power to regulate municipal institutions. In such a case, it would be surprising if Parliament could impose such financial duty on the province. In the present case, there is not only a link with federal

du gouvernement fédéral de faire supporter par une province le coût de l'exercice d'une activité fédérale dans cette province.

a Il ne s'ensuit toutefois nullement qu'une obligation administrative, raisonnablement imposée à une province par le Parlement dans le cadre de l'adoption d'une mesure législative relevant manifestement de la compétence fédérale, sera invalide parce que l'exécution de cette obligation aura pour conséquence d'imposer quelque dépense à la province. En créant un système de taxation, ce qui relève, de par son caractère véritable, du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement peut accessoirement exiger des provinces qu'elles assument ce fardeau. Autrement, le large pouvoir de taxation conféré par cette disposition se trouverait contrarié. Il ne faut pas oublier que ce pouvoir, sous réserve de l'art. 125, est un pouvoir suprême, auquel il faut accorder la possibilité d'être exercé efficacement.

e Comme l'a noté l'avocat du procureur général du Canada, la présente situation est quelque peu semblable à celle en cause dans l'arrêt *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, alors que le Parlement avait imposé une obligation à des cours supérieures provinciales à l'égard d'une matière fédérale. Elle a aussi une certaine affinité avec des affaires telles *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569, dans laquelle le Parlement avait conféré à des commissions provinciales l'obligation d'appliquer des lois qu'il avait incorporées par renvoi, mais il est peut-être pertinent de signaler que des systèmes de ce genre découlent de la collaboration fédérale-provinciale.

h Je ne vois non plus rien dans l'arrêt *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9, qui puisse aider la province en l'espèce. La disposition contestée dans cette affaire enjoignait à la municipalité à laquelle appartenait un enfant délinquant de contribuer à son entretien. On a conclu que la disposition ne relevait pas du pouvoir en matière de droit criminel et qu'elle n'était pas vraiment nécessaire à son exercice efficace. Elle relevait plutôt du pouvoir qu'ont les provinces de réglementer les institutions municipales. Dans un tel cas, il serait étonnant que le Parlement puisse

legislative power, as Martland J. seems to suggest (at p. 22) might have been acceptable; the tax and the collecting mechanism, we saw, fall squarely within the ambit of the relevant legislative power, s. 91(3).

6. Having regard to ss. 125 and 126 of the *Constitution Act, 1867*,

(a) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta exempt from tax under the *GST Act*,

(b) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, designated as agents of the Government of Alberta, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, exempt from tax under the *GST Act*,

(c) is the acquisition of taxable supplies by the Crown Purchase Agency referred to in section 2(k) of the Appendix exempt from tax under the *GST Act*, and

(d) is the acquisition or use by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, of taxable supplies that are provided by the Crown Purchase Agency to the provincial authorities exempt from tax under the *GST Act*?

I agree with the Chief Justice that this question should not be answered. Let me simply add a few words to what he says about the importance of the issues we are being asked to answer in the abstract. The argument of counsel for Alberta seems at times to suggest that any federal tax imposed against the province would be *ultra vires* by virtue of ss. 125 and 126. I would not be prepared to go that far. If that result had been intended, it is not easy to understand why the prohibition in s. 125 was limited to property taxes. And if s. 126 was intended to prevent such taxation, then one wonders why it was thought necessary to enact s. 125.

imposer une obligation financière de ce genre à une province. En l'espèce, non seulement il y a un lien avec le pouvoir législatif fédéral, dont le juge Martland semble laisser entendre qu'il pourrait fournir une justification (à la p. 22), mais de plus, la taxe et son mode de perception, nous l'avons vu, relèvent directement de la portée de la disposition législative pertinente, soit le par. 91(3).

6. Compte tenu des art. 125 et 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

a) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,

b) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, désignées comme mandataires du gouvernement de l'Alberta, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,

c) l'acquisition de fournitures taxables par l'organisme gouvernemental acheteur mentionné à l'alinéa 2k) de l'annexe est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS, et

d) l'acquisition ou l'utilisation par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, de fournitures taxables fournies par l'organisme gouvernemental acheteur aux autorités provinciales est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS?

Je suis d'accord avec le Juge en chef qu'il ne convient pas de répondre à cette question. Qu'on me permette simplement d'ajouter quelques mots à ce qu'il dit au sujet de l'importance des questions auxquelles on nous demande de répondre dans l'abstrait. Dans son argumentation, l'avocat de l'Alberta semble parfois laisser entendre que toute taxe fédérale imposée à une province serait inconstitutionnelle en vertu des art. 125 et 126. Je ne serais pas disposé à aller aussi loin. Si c'était là ce que l'on voulait, il est difficile de comprendre pourquoi l'interdiction à l'art. 125 se limiterait aux taxes sur la propriété. Et si l'art. 126 visait à prévenir une telle taxation, on se demande alors pourquoi on a cru nécessaire d'édicter l'art. 125.

I am not unmindful, however, of the fact that the power to tax involves the power to destroy and that, accordingly, the fiscal independence of the provinces and the protection of their sources of revenue must be maintained. A complete prohibition of federal taxation against the provinces (apart from being anything but obvious from the constitutional text) might, however, frustrate the development of legitimate fiscal initiatives as well as deprive Parliament of the power to prevent serious economic imbalances in the conduct of many activities both within and outside the province arising out of the tax owing to differences in the extent that the provinces engaged in such activities. These are daunting questions to which the Court may need to respond if and when they arise. If they do, it would be better for the Court to be in a position to undertake the task uninhibited by statements made in the absence of appropriate contexts. These questions do not arise here. Parliament has seen fit not to impose duties and taxes of the kind addressed in question 6. I think the Court would ill serve the nation if it attempted to respond to questions raising such fundamental issues in the abstract.

I also agree with the Chief Justice's reasons concerning the arguments of the Attorney General for Ontario.

Accordingly, I would dispose of these appeals and answer the constitutional questions in the manner proposed by the Chief Justice.

*Appeal of the Attorney General of Canada allowed. Appeal of the Attorney General for Alberta dismissed.*

*Solicitors for the appellant/respondent: Stikeman, Elliott, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent/appellant: Burnet Duckworth & Palmer, Calgary.*

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

Je n'oublie cependant pas que le pouvoir de taxer comprend le pouvoir de détruire, et qu'en conséquence il faut préserver l'indépendance fiscale des provinces et maintenir la protection de leurs sources de recettes. L'interdiction complète d'une taxe fédérale imposée aux provinces (outre qu'elle est loin de ressortir du texte constitutionnel) pourrait toutefois nuire à l'élaboration de mesures fiscales légitimes aussi bien que priver le Parlement de son pouvoir d'empêcher qu'il y ait de sérieux déséquilibres économiques dans la poursuite de nombreuses activités à l'intérieur et à l'extérieur de la province découlant de la taxe, vu la mesure différente dans laquelle les provinces se sont livrées à ces activités. Voilà de troublantes questions auxquelles la Cour peut avoir à répondre lorsqu'elles se poseront, le cas échéant. Si tel est le cas, il serait préférable que la Cour soit en mesure d'entreprendre cette tâche sans être entravée par des déclarations faites en l'absence des contextes appropriés. Ces questions ne sont pas soulevées en l'espèce. Le Parlement a jugé bon de ne pas imposer de droits et de taxes du genre de ceux qui sont visés à la question 6. Je crois que la Cour desservirait la nation si elle tentait de répondre dans l'absolu à des questions soulevant des points aussi fondamentaux.

Je me range également aux motifs du Juge en chef en ce qui concerne les arguments du procureur général de l'Ontario.

Par conséquent, je trancherais les présents pourvois et répondrais aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le Juge en chef.

*Pourvoi du procureur général du Canada accueilli. Pourvoi du procureur général de l'Alberta rejeté.*

*Procureurs de l'appellant/intimé: Stikeman, Elliott, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé/appellant: Burnet Duckworth & Palmer, Calgary.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Federation of Independent Business: Borden & Elliot, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante: Borden & Elliot, Toronto.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 4, 1992 Vol. 2**

**4<sup>e</sup> cahier, 1992 Vol. 2**

Cited as [1992] 2 S.C.R. 499-677

Renvoi [1992] 2 R.C.S. 499-677

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

---

## CONTENTS

### **Bank of Montreal v. Bail Ltée..... 554**

Civil responsibility — Delictual liability — Contract of enterprise — Obligation to inform — Delictual action by subcontractor against owner — Action based on owner's breach of obligation to inform contractor — Judgment allowing action at trial reversed by Court of Appeal — Court of Appeal disturbing trial judge's findings and conclusions of fact — Whether Court of Appeal's intervention justified — Role of appellate court reviewing trial judge's assessment of the evidence — Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

Contracts — Contract of enterprise — Obligation to inform — Main elements of obligation — Factors having a bearing on substance of obligation in contracts of enterprise for large projects.

Prescription — Impossibility of action — Time at which prescription starts to run — Owner's breach of obligation to inform contractor — Delictual action by subcontractor against

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

---

## SOMMAIRE

### **Banque de Montréal c. Bail Ltée ..... 554**

Responsabilité civile — Responsabilité délictuelle — Contrat d'entreprise — Obligation de renseignement — Action délictuelle d'un sous-traitant contre le maître de l'ouvrage — Action fondée sur un manquement du maître de l'ouvrage à son obligation de renseigner l'entrepreneur — Jugement accueillant l'action en première instance infirmé par la Cour d'appel — Intervention de la Cour d'appel dans les déterminations et conclusions de fait du juge de première instance — L'intervention de la Cour d'appel était-elle justifiée? — Rôle de la Cour d'appel appelée à réviser l'appréciation de la preuve du juge de première instance — Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

Contrats — Contrat d'entreprise — Obligation de renseignement — Éléments principaux de l'obligation — Facteurs pouvant influencer la teneur de l'obligation dans les contrats d'entreprise pour de grands chantiers.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

owner — Time at which prescription starts to run pushed back to moment when subcontractor discovered facts giving rise to its right — Civil Code of Lower Canada, art. 2232.

Damages — Additional indemnity — No valid reason for refusing indemnity — Indemnity awarded — Civil Code of Lower Canada, art. 1056c.

Damages — Quantum — Sum of \$2,000,000 awarded by trial judge as compensation for subcontractor's financial difficulties — Amount deducted owing to lack of evidence to justify it.

### **Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co. .... 499**

Obligations — Extinction of obligations — Discharge of certain debtors — Public order — Waiver — Debtor waiving rights conferred by arts. 1202a et seq. C.C.L.C. before sheriff's sale took place — Whether arts. 1202a et seq. C.C.L.C. public order legislation — If so, whether debtor's waiver valid — Civil Code of Lower Canada, arts. 1202a to 1202l.

Obligations — Extinction of obligations — Discharge of certain debtors — Requirements — Articles 1202a et seq. C.C.L.C. — Debtor's hypothecated lots adjudged to creditor in two separate sheriff's sales — Three-month period between sales — First sale sufficient to satisfy debtor's debt to creditor — Debtor's motion to be discharged made after second sale took place — Whether debtor entitled to be discharged after first sheriff's sale — Whether second sheriff's sale can be vacated — Civil Code of Lower Canada, arts. 1202a to 1202l. Civil procedure — Vacating of sheriff's sale — Requirements — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 698, 699, 700.

Judgments and orders — Res judicata — Preliminary exception — Motion to dismiss — Superior Court granting creditor's preliminary motion in part and striking conclusions in debtor's action relating to vacating of sheriff's sale — No appeal from judgment within prescribed time — Whether judgment constitutes res judicata — Civil Code of Lower Canada, art. 1241.

### **R. v. Deruelle..... 663**

Criminal law — Motor vehicles — Breathalyzer demand for sample of breath or blood — Time limit — Whether demand must be made within two hours of offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(3).

### **R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society ..... 606**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Whether word "unduly" in s. 32(1)(c) of Combines Investigation Act so vague as to infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c), (1.1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Conspiracy to prevent or lessen competition

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Prescription — Impossibilité d'agir — Point de départ de la prescription — Manquement du maître de l'ouvrage à son obligation de renseigner l'entrepreneur — Action délictuelle d'un sous-traitant contre le maître de l'ouvrage — Point de départ de la prescription repoussé jusqu'au moment de la découverte par le sous-traitant des faits générateurs de son droit — Code civil du Bas-Canada, art. 2232.

Domages-intérêts — Indemnité additionnelle — Aucun motif valable de refuser l'indemnité — Indemnité accordée — Code civil du Bas-Canada, art. 1056c.

Domages-intérêts — Quantum — Somme de 2 000 000 \$ accordée par le juge de première instance pour compenser les déboires financiers d'un sous-traitant — Montant retranché puisqu'aucune preuve ne justifie ce montant.

### **Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal..... 499**

Obligations — Extinction des obligations — Libération de certains débiteurs — Ordre public — Renonciation — Renonciation du débiteur aux droits que lui confèrent les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. avant la vente en justice — Les articles 1202a et suiv. C.c.B.-C. sont-ils d'ordre public? — Dans l'affirmative, la renonciation du débiteur est-elle valide? — Code civil du Bas-Canada, art. 1202a à 1202l.

Obligations — Extinction des obligations — Libération de certains débiteurs — Exigences — Articles 1202a et suiv. C.c.B.-C. — Adjudication au créancier lors de deux ventes en justice distinctes des lots hypothéqués par le débiteur — Un délai de trois mois sépare les ventes en justice — Première vente suffisante pour acquitter la dette du débiteur envers le créancier — Demande de libération du débiteur présentée après la seconde vente — Le débiteur a-t-il le droit d'obtenir sa libération après la première vente en justice? — La deuxième vente en justice peut-elle être annulée? — Code civil du Bas-Canada, art. 1202a à 1202l.

Procédure civile — Vente en justice — Annulation du décret — Exigences — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 698, 699, 700.

Jugements et ordonnances — Chose jugée — Moyens préliminaires — Requête en irrecevabilité — La Cour supérieure fait droit en partie à la requête préliminaire du créancier et ordonne la radiation des conclusions de l'action du débiteur relatives à l'annulation de la vente en justice — Décision non portée en appel dans le délai prescrit — La décision a-t-elle acquis l'autorité de la chose jugée? — Code civil du Bas-Canada, art. 1241.

### **R. c. Deruelle..... 663**

Droit criminel — Véhicules à moteur — Ordre de fournir un échantillon d'haleine ou de sang — Délai — L'ordre doit-il être donné dans les deux heures de la perpétration de l'infraction? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(3).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

unduly — Whether mens rea required by s. 32(1)(c) of Combines Investigation Act inconsistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c).

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Arguments on appeal — Respondent seeking variation of Court of Appeal's reasons on mens rea issue — No leave to appeal sought on this issue — Issue arising from respondent's notice of intention — Whether mens rea issue properly before Court — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29(1), (2).

Combines — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Mens rea — Whether Crown must prove that accused intended to restrict competition unduly — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Combines — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Determination of "undueness" — Distinction between questions of fact and questions of law — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c).

## SOMMAIRE (Fin)

**R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society ..... 606**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Le mot "indûment" à l'art. 32(1)c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est-il imprécis au point de porter atteinte aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c), (1.1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — La mens rea exigée par l'art. 32(1)c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c).

Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Arguments présentés en appel — Intimée demandant une modification des motifs de la Cour d'appel sur la question de la mens rea — Aucune demande d'autorisation de pourvoi sur cette question — Question provenant de l'avis d'intention de l'intimée — La Cour est-elle saisie à bon droit de la question de la mens rea? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, Règle 29(1), (2).

Coalitions — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Mens rea — Le ministère public doit-il prouver que l'accusé a eu l'intention de diminuer indûment la concurrence? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Coalitions — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Détermination du caractère "indu" — Distinction entre questions de fait et questions de droit — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c).

**Royal Trust Company**

and

**Federal Business Development Bank** *Appellants*

v.

**Garcia Transport Ltée** *Respondent*

and

**The Registrar for the division of Laprairie and the Sheriff for the district of Montreal** *Mis en cause*

INDEXED AS: GARCIA TRANSPORT LTÉE v. ROYAL TRUST CO.

File No.: 21935.

1992: February 25; 1992: June 25.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Stevenson\* JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Obligations — Extinction of obligations — Discharge of certain debtors — Public order — Waiver — Debtor waiving rights conferred by arts. 1202a et seq. C.C.L.C. before sheriff's sale took place — Whether arts. 1202a et seq. C.C.L.C. public order legislation — If so, whether debtor's waiver valid — Civil Code of Lower Canada, arts. 1202a to 1202l.*

*Obligations — Extinction of obligations — Discharge of certain debtors — Requirements — Articles 1202a et seq. C.C.L.C. — Debtor's hypothecated lots adjudged to creditor in two separate sheriff's sales — Three-month period between sales — First sale sufficient to satisfy debtor's debt to creditor — Debtor's motion to be discharged made after second sale took place — Whether debtor entitled to be discharged after first sheriff's sale*

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**Compagnie Trust Royal**

et

<sup>a</sup> **Banque fédérale de développement** *Appelantes*

c.

<sup>b</sup>**Garcia Transport Ltée** *Intimée*

et

<sup>c</sup>**Le régistrateur de la division de Laprairie et le shérif du district de Montréal** *Mis en cause*<sup>d</sup>

RÉPERTORIÉ: GARCIA TRANSPORT LTÉE c. CIE TRUST ROYAL

N° du greffe: 21935.

<sup>e</sup>

1992: 25 février; 1992: 25 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Stevenson\*.

<sup>f</sup>

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Obligations — Extinction des obligations — Libération de certains débiteurs — Ordre public — Renonciation — Renonciation du débiteur aux droits que lui confèrent les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. avant la vente en justice — Les articles 1202a et suiv. C.c.B.-C. sont-ils d'ordre public? — Dans l'affirmative, la renonciation du débiteur est-elle valide? — Code civil du Bas-Canada, art. 1202a à 1202l.*

<sup>g</sup>

*Obligations — Extinction des obligations — Libération de certains débiteurs — Exigences — Articles 1202a et suiv. C.c.B.-C. — Adjudication au créancier lors de deux ventes en justice distinctes des lots hypothéqués par le débiteur — Un délai de trois mois sépare les ventes en justice — Première vente suffisante pour acquitter la dette du débiteur envers le créancier — Demande de libération du débiteur présentée après la seconde vente — Le débiteur a-t-il le droit d'obtenir sa libération après la première vente en justice? — La deuxième vente en justice peut-elle être*

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

— *Whether second sheriff's sale can be vacated* — *Civil Code of Lower Canada, arts. 1202a to 1202l.*

*Civil procedure — Vacating of sheriff's sale — Requirements* — *Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 698, 699, 700.*

*Judgments and orders — Res judicata — Preliminary exception — Motion to dismiss — Superior Court granting creditor's preliminary motion in part and striking conclusions in debtor's action relating to vacating of sheriff's sale — No appeal from judgment within prescribed time — Whether judgment constitutes res judicata* — *Civil Code of Lower Canada, art. 1241.*

Royal Trust Co. acted as a trustee on behalf of the Federal Business Development Bank, which lent \$250,000 to the respondent. The loan was secured by a hypothec on three lots. When the respondent defaulted on its payments, the appellants took action for the balance remaining on the loan, obtained judgment and seized the hypothecated lots. The parties then entered into an agreement: the respondent waived its right to obtain its discharge under arts. 1202a et seq. C.C.L.C., whatever the price obtained for the lots at the sheriff's sales or the real value of the property; in return, the appellants agreed to initiate a second sale to auction the third lot only if the proceeds from the sale of the two undeveloped lots were insufficient to satisfy their judgment against the respondent. At the first sale, the appellants acquired the first two lots, and three months later, at the second sale, successfully bid for the third one. After the second sale was held, the respondent instituted an action against the appellants, alleging that it was entitled to its discharge under art. 1202b C.C.L.C. on the basis that the immoveables sold at the first sheriff's sale had a value superior to its debt towards the appellants. The respondent also requested that the second sale be vacated.

In a preliminary motion, the appellants argued that arts. 698 and 699 C.C.P. provided the only basis on which a sheriff's sale could be set aside, and that the respondent had not alleged facts supporting the vacating of the second sale pursuant to these provisions. The Superior Court granted the appellants' motion in part, striking those conclusions in the respondent's action concerning the vacating of the second sale. The respondent did not appeal this ruling and the case proceeded to trial, where the court dismissed the respondent's action for discharge on the ground that the real value of the

*annulée?* — *Code civil du Bas-Canada, art. 1202a à 1202l.*

*Procédure civile — Vente en justice — Annulation du décret — Exigences* — *Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 698, 699, 700.*

*Jugements et ordonnances — Chose jugée — Moyens préliminaires — Requête en irrecevabilité — La Cour supérieure fait droit en partie à la requête préliminaire du créancier et ordonne la radiation des conclusions de l'action du débiteur relatives à l'annulation de la vente en justice — Décision non portée en appel dans le délai prescrit — La décision a-t-elle acquis l'autorité de la chose jugée?* — *Code civil du Bas-Canada, art. 1241.*

La Compagnie Trust Royal agissait en qualité de fiduciaire pour la Banque fédérale de développement pour l'octroi d'un prêt de 250 000 \$ à l'intimée. Le prêt était garanti par une hypothèque sur trois lots. Après que l'intimée eut fait défaut d'honorer ses paiements, les appelantes ont pris action pour réclamer le solde du prêt, ont obtenu jugement et ont saisi les lots hypothéqués. Les parties ont alors conclu une entente: l'intimée renonçait à son droit d'obtenir sa libération en vertu des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C., peu importe le prix qui serait obtenu pour les lots à la vente en justice ou leur valeur réelle; en contrepartie, les appelantes acceptaient de procéder à une deuxième vente au cours de laquelle le troisième lot serait mis aux enchères seulement si le produit de la vente des deux lots non construits s'avérait insuffisant pour satisfaire au jugement qu'elles avaient obtenu contre l'intimée. Lors de la première vente, les appelantes ont acquis les deux premiers lots et trois mois plus tard, lors de la seconde vente, elles ont été déclarées adjudicataires du troisième lot. Après la seconde vente, l'intimée a poursuivi les appelantes, alléguant qu'elle avait le droit d'obtenir sa libération en vertu de l'art. 1202b C.c.B.-C. pour le motif que les immeubles vendus lors de la première vente en justice avaient une valeur supérieure à sa dette envers les appelantes. L'intimée a également demandé l'annulation de la deuxième vente.

Par requête préliminaire, les appelantes ont soutenu qu'il ne pouvait y avoir annulation d'un décret qu'en vertu des art. 698 et 699 C.p.c. et que l'intimée n'avait pas allégué de faits pouvant donner ouverture à l'annulation du second décret conformément à ces dispositions. La Cour supérieure a fait droit en partie à la requête des appelantes, ordonnant la radiation des conclusions de l'action de l'intimée relatives à l'annulation du second décret. L'intimée n'en a pas appelé de cette décision et il a été procédé à l'instruction de l'affaire, au cours de laquelle la cour a rejeté la demande de libéra-

properties sold at the first sale was insufficient to satisfy the debt owed to the appellants.

The majority of the Court of Appeal allowed the respondent's appeal. The majority found that the Superior Court had underestimated the value of the first two lots and that the amount was sufficient to satisfy the respondent's debt. With respect to the respondent's waiver of the discharge, the majority held that one cannot renounce rights conferred by legislation of public order before they are acquired, and concluded that the waiver was void since the debtor signed it before its right to claim its discharge had materialized, and that it was now at liberty to seek the vacating of the second sheriff's sale.

This appeal is to determine whether the respondent is entitled to a discharge after the first sheriff's sale and whether the second sheriff's sale should be vacated.

*Held:* The appeal should be allowed.

Articles 1202a *et seq.* C.C.L.C. constitute a law of economic protective public order. These provisions, which provide for the discharge of the debtor upon a sale at law and adjudication to the creditor of the immovable which guarantees the debt, were intended not only to protect a limited group, but also to promote the economic health of society in general. If they were merely facultative, these provisions could not achieve the purpose of the law: a waiver of their benefit would quickly become a standard clause in every loan contract in Quebec. The absence of a specific reference by the legislator is not an obstacle to a judicial finding that the provisions were enacted for public order.

The party in whose favour the public order legislation has been enacted may waive the benefit of such legislation since its breach results in relative nullity only. A valid waiver, however, can only be given after that party has acquired the right created under the legislation. It is only then that the weaker party can make an enlightened choice between the protection afforded by the law, and some advantage that it may derive from the other party in exchange for its waiver of that protection. Here, the respondent waived the protection of arts. 1202a *et seq.* C.C.L.C. after it had defaulted and judgment on the balance of its debt had been rendered against it. At that time, it had not yet acquired the right to ask for its discharge because this right arises only after a sheriff's sale has taken place. The respondent's waiver, signed before any sale had taken place, was thus premature and, given

tion de l'intimée pour le motif que la valeur réelle des biens vendus lors de la première vente était insuffisante pour satisfaire à la créance des appelantes.

La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel de l'intimée. La majorité a conclu que la Cour supérieure avait sous-estimé la valeur des deux premiers lots dont le montant était suffisant pour couvrir la dette de l'intimée. En ce qui concerne la renonciation de l'intimée à sa libération, la majorité a estimé qu'on ne peut renoncer aux droits que confère une loi d'ordre public avant qu'ils ne soient nés et elle a conclu que la renonciation était nulle puisque le débiteur l'avait signée avant que le droit de demander sa libération ne se soit concrétisé et qu'il lui était maintenant loisible de demander l'annulation du second décret.

Le présent pourvoi vise à déterminer si l'intimée a droit à une libération après la première vente en justice et si la seconde vente devrait être annulée.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Les articles 1202a *et suiv.* C.c.B.-C. constituent des dispositions d'ordre public économique de protection. Ces dispositions, qui prévoient la libération du débiteur par suite de la vente en justice et l'adjudication au créancier de l'immeuble donné en garantie de la dette, visent non seulement à protéger un groupe limité de personnes, mais aussi à promouvoir le bien-être économique de la société en général. Si elles étaient purement facultatives, ces dispositions ne permettraient pas de réaliser l'objet de la loi: la renonciation à leur bénéfice deviendrait rapidement une clause type dans tous les contrats de prêt au Québec. L'absence de stipulation expresse du législateur ne saurait empêcher les tribunaux de conclure qu'il s'agit de dispositions édictées à des fins d'ordre public.

La partie en faveur de laquelle la loi d'ordre public a été édictée peut renoncer à son bénéfice puisque sa violation n'est sanctionnée que par une nullité relative. Toutefois, la renonciation n'est valide que si elle intervient après que ladite partie a acquis le droit qui découle de cette loi. C'est alors seulement que la partie la plus faible peut faire un choix éclairé entre la protection que la loi lui accorde et les avantages qu'elle compte obtenir de son cocontractant en échange de la renonciation à cette protection. En l'espèce, l'intimée a renoncé à la protection des art. 1202a *et suiv.* C.c.B.-C. après avoir fait défaut et après que jugement fut rendu sur le reliquat de sa dette. Elle n'avait pas encore à ce moment acquis le droit de demander sa libération puisque ce n'est qu'après la vente en justice que prend naissance ce droit. La renonciation qu'a signée l'intimée, avant la vente,

that the discharge provisions were of public order, is null. Since the appellants did not challenge the Court of Appeal's finding that the value of the property sold at the first sheriff's sale was sufficient to satisfy the judgment in its totality, the respondent had grounds to seek its discharge based on the value of the property sold.

While arts. 1202a et seq. C.C.L.C. are remedial provisions which must be afforded a large and liberal interpretation, the right to be discharged is not an absolute right. The debtor must exercise the right, must do so in a timely fashion, and must follow the proper procedure. In light of art. 1202i, a debtor who has hypothecated more than one piece of land to secure a single loan must take positive steps to obtain a discharge after a first sale at law, in order to prevent its creditor from enforcing its rights with respect to other securities associated with the same debt, even when the value of a property sold at a first sheriff's sale was sufficient to satisfy the balance of the debt owing to its creditor. The debtor must act diligently. If it stands idly by while other legal proceedings take place, courts will not remedy this inaction. Besides, art. 1202k is a clear indication that once the judgment has been fully executed, as here by the second sale at law, although the debtor can still obtain its discharge (provided the value of the property is sufficient to cover the debt), it cannot claim the amount which may have been a windfall to the creditor and to which it may otherwise have been entitled. Here, the respondent's claim for a discharge after the first sheriff's sale must fail. The respondent could have prevented, or at least delayed, the second sheriff's sale simply by following the procedure set out in art. 1202j C.C.L.C. Since it failed to claim its discharge before the second sale took place, the respondent was barred both from seeking its discharge and obtaining reimbursement from the appellants. Its failure to observe the procedural requirements to avail itself of its rights was fatal.

The respondent is also barred from claiming the vacating of the second sheriff's sale. Given the role of sheriff's sales in the execution of judgments, the rights conferred by them, and the necessity of guaranteeing the stability and certainty of titles, these sales are generally final and binding. It is only exceptionally, and on the very limited grounds set out in arts. 698 and 699 C.C.P., that they can be set aside. A demand to vacate a sheriff's sale must be made within the short time period prescribed by art. 700 C.C.P. This delay is peremptory. Petitioners who could have opposed the seizure and

était donc prématurée et, vu le caractère d'ordre public des dispositions concernant la libération, de nul effet. Étant donné que les appelantes n'avaient pas contesté la conclusion de la Cour d'appel que la valeur des immeubles adjugés lors de la première vente en justice était suffisante pour qu'il soit satisfait au jugement dans sa totalité, l'intimée pouvait alors invoquer la valeur de l'immeuble vendu pour demander sa libération.

Bien que les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. soient des dispositions «remédiatrices» auxquelles il convient de donner une interprétation large, le droit à la libération n'a rien d'absolu. Le débiteur doit l'exercer, et ce, en temps utile et en suivant la procédure prescrite. Compte tenu de l'art. 1202i, un débiteur qui a hypothéqué plus d'un terrain pour garantir un seul prêt doit entreprendre des démarches en vue d'obtenir sa libération après une première vente en justice, afin d'empêcher le créancier d'exercer ses droits sur les autres garanties consenties pour la même dette, même si la valeur d'un immeuble vendu lors d'une première vente en justice est suffisante pour couvrir le solde de la dette due au créancier. Le débiteur doit agir avec diligence. S'il reste inactif alors que sont prises d'autres procédures juridiques, les tribunaux ne remédieront pas à son inaction. De plus, il ressort clairement de l'art. 1202k qu'une fois le jugement pleinement exécuté, comme il l'a été en l'espèce par la deuxième vente en justice, le débiteur ne peut, bien qu'il puisse encore obtenir sa libération (à condition que la valeur de l'immeuble soit suffisante pour couvrir la créance), réclamer la somme qui a pu constituer une aubaine pour le créancier et à laquelle il aurait pu avoir droit par ailleurs. En l'espèce, l'intimée doit être déboutée de sa demande de libération suite à la première vente en justice. Elle aurait pu empêcher la deuxième vente en justice, ou à tout le moins la retarder, simplement en suivant la procédure établie à l'art. 1202j C.c.B.-C. N'ayant pas demandé sa libération avant que n'ait lieu la deuxième vente, l'intimée était irrecevable tant à demander sa libération qu'à obtenir un remboursement des appelantes. Son défaut d'observer les exigences procédurales pour faire valoir ses droits est fatal.

L'intimée est également irrecevable à demander l'annulation du second décret. Étant donné le rôle que le décret joue dans l'exécution des jugements et les droits qu'il confère, ainsi que la nécessité de garantir la stabilité et la fiabilité des titres, le décret a généralement un caractère définitif et exécutoire. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il pourra être annulé et seulement pour les quelques motifs énumérés aux art. 698 et 699 C.p.c. La demande d'annulation de décret doit être formée dans le court délai prévu à l'art. 700 C.p.c. Ce délai est de rigueur. Les requérants qui auraient pu s'opposer à la

sale, but who failed to do so, generally do not succeed in having a sheriff's sale set aside because their failure to act earlier implies that they consented to whatever irregularity they might later invoke. In this case, there is no ground for attacking either the validity of the judgment originally obtained by the appellants or the second sheriff's sale. The respondent never denied that it owed the amount claimed by the appellants after it defaulted on its payments and it did not initiate any proceeding to be discharged from its debt to the appellants before the second sheriff's sale took place. The appellants seized the property, as they were entitled to do, and the second sheriff's sale proceeded legally. While the respondent may have been within the time period prescribed by art. 700 when it initiated its action, it did not allege any of the grounds set out in the *Code of Civil Procedure* which would support the vacating of the second sheriff's sale. In allowing the appellants' preliminary motion, the Superior Court found that neither fraud nor the non-observance of essential conditions and formalities with respect to the second sale had been made out. Consequently, the respondent's demand that the second sheriff's sale be vacated must be denied. Its claim did not fall within the strict provisions of the *Code of Civil Procedure*.

In any event, since the Superior Court's decision granting the appellants' preliminary motion to strike part of the respondent's action concerning the vacating of the second sheriff's sale constituted a final judgment on the point and was not appealed within the prescribed time period, either independently or within the context of the appeal from the decision on the merits, that judgment constituted *res judicata*. Accordingly, the respondent could not then relitigate the matter and seek, as it did on appeal, the vacating of the second sheriff's sale, even if it may have had the right to succeed on that claim.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Placements Racine Inc. v. Trust général du Canada*, [1989] R.J.Q. 2287; *Pauzé v. Gauvin*, [1954] S.C.R. 15; *Landry v. Cunial*, [1977] C.A. 501; *Pouliot v. Cie Trust Royal*, [1980] C.A. 157; *Belgo-Fisher (Canada) Inc. v. Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223; *Stern v. G.S.A. Management Inc.*, C.A. Montréal, No. 500-09-000485-813, December 19, 1983; *In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Biega v. Druker*, [1982] C.A. 181; *Girard v. Groupe Desjardins assurances générales*, [1989] R.R.A. 153; *Pomerleau v. 2319-8419 Québec Inc.*, [1989] R.J.Q. 137; *Gélinas v. Caisse*

saisie et à la vente, mais ne l'ont pas fait, ne réussissent généralement pas à faire annuler le décret parce que leur défaut d'agir plus tôt signifie qu'ils ont consenti à l'irrégularité qu'ils auraient pu invoquer par la suite. En l'espèce, il n'y a aucun motif d'attaquer la validité du jugement obtenu à l'origine par les appelantes ou la deuxième vente en justice. L'intimée n'a jamais nié devoir la somme réclamée par les appelantes après qu'elle eut fait défaut d'effectuer ses paiements et elle n'a entrepris aucune procédure en vue d'être libérée de sa dette envers les appelantes avant que n'intervienne la deuxième vente en justice. Les appelantes ont saisi les immeubles comme elles en avaient le droit et la deuxième vente en justice s'est déroulée en toute légalité. Bien que l'intimée ait pu agir dans le délai prescrit par l'art. 700 C.p.c. lorsqu'elle a intenté son action, elle n'a allégué aucun des moyens prévus au *Code de procédure civile* à l'appui de sa demande d'annulation du second décret. En accueillant la requête préliminaire des appelantes, la Cour supérieure a estimé qu'aucune preuve de fraude ou d'inobservance des conditions et formalités essentielles n'avait été établie en ce qui concerne le second décret. En conséquence, la demande de l'intimée visant à faire annuler le second décret doit être rejetée. Elle ne satisfaisait pas aux dispositions strictes du *Code de procédure civile*.

Quoi qu'il en soit, étant donné que la décision de la Cour supérieure d'accueillir la requête préliminaire des appelantes en radiation de la partie de l'action de l'intimée visant l'annulation du second décret constituait un jugement définitif sur ce point et qu'elle n'a pas fait l'objet d'un appel dans le délai prescrit, soit indépendamment, soit dans le cadre de l'appel de la décision au fond, ce jugement constituait chose jugée. Par conséquent, l'intimée ne pouvait alors soulever à nouveau la question et demander, comme elle l'a fait en appel, l'annulation du second décret, même si elle avait possiblement le droit d'obtenir gain de cause.

#### h Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Placements Racine Inc. c. Trust général du Canada*, [1989] R.J.Q. 2287; *Pauzé c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15; *Landry c. Cunial*, [1977] C.A. 501; *Pouliot c. Cie Trust Royal*, [1980] C.A. 157; *Belgo-Fisher (Canada) Inc. c. Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223; *Stern c. G.S.A. Management Inc.*, C.A. Montréal, n° 500-09-000485-813, le 19 décembre 1983; *In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Biega c. Druker*, [1982] C.A. 181; *Girard c. Groupe Desjardins assurances générales*, [1989] R.R.A. 153; *Pomerleau c. 2319-8419 Québec Inc.*, [1989] R.J.Q. 137; *Gélinas c. Caisse*

*populaire de St-Sévère*, [1990] R.R.A. 566; *Letellier v. Century 21 Citadelle Ltée*, [1990] R.D.I. 42; *Bérard v. Barrette* (1874), 5 R.L. 703; *Lymburner v. Courtois* (1922), 34 Que. K.B. 341; *Patton v. Morin* (1865), 16 L.C.R. 267; *Perrault v. Mousseau* (1896), 6 Que. Q.B. 474; *Dyer v. Bradbury-Parry*, [1976] C.A. 106; *Boileau v. Procureur général du Québec*, [1957] S.C.R. 463; *Town of Anjou v. C.A.C. Realty Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 819, aff'g [1974] C.A. 197, aff'g [1972] C.S. 808; *St-Gelais v. Banque de Montréal*, [1968] S.C.R. 183, aff'g [1966] Que. Q.B. 365; *Gobeil v. Cie H. Fortier*, [1982] 1 S.C.R. 988; *Canada Investment and Agency Co. v. McGregor* (1892), 1 Que. Q.B. 197, aff'd (1892), 21 S.C.R. 499; *Genier v. Kerr* (1893), 3 C.S. 409; *Veilleux v. B. Trudel et Cie* (1933), 55 Que. K.B. 481; *Leclerc v. Phillips* (1894), 4 Que. Q.B. 288; *Roy v. Lavallée*, [1960] Que. Q.B. 438; *Office du crédit agricole du Québec v. Gauvin*, [1977] C.S. 589, aff'd C.A. Quebec, No. 200-09-000306-77, August 12, 1977; *Fort Garry Trust Co. v. Roberts Sprinkler Ltd.*, [1981] C.S. 905; *Janelle v. Champagne*, [1981] C.S. 898; *Caisse populaire de St-Eustache v. Entreprises Blainville Ltée*, [1989] R.D.I. 355; *Dufresne v. Dixon* (1889), 16 S.C.R. 596; *Vézina v. Lafortune* (1917), 56 S.C.R. 246; *Peiffer v. Lafrance*, [1987] R.J.Q. 2616; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Davis v. Royal Trust Co.*, [1932] S.C.R. 203; *Dominion Textile Co. v. Skaiife*, [1926] S.C.R. 310; *Ville de St. Jean v. Molleur* (1908), 40 S.C.R. 139; *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal v. City of Montreal*, [1980] 1 S.C.R. 740; *Brandt Plumbing Co. v. Nozetz*, [1984] R.D.J. 219; *Laforge v. White*, [1990] R.J.Q. 2124; *Placements Monga Inc. v. Lalonde*, [1986] R.L. 264; *Interprovincial Building Credits Ltd. v. Pelletier*, [1970] C.S. 94; *Lafaille v. Banque nationale du Canada*, [1987] R.J.Q. 1509; *Labine v. Viau*, [1942] Que. K.B. 406; *Ocean Accident & Guarantee Corp. v. Air Canada*, [1975] R.P. 193; *Venne v. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880; *Mongrain v. Auger*, [1967] Que. Q.B. 332; *Brousseau v. Hamel*, [1968] Que. Q.B. 129; *Martel v. Martel*, [1967] Que. Q.B. 805.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the release of certain debtors*, S.Q. 1938, c. 90.  
*Act to amend the Civil Code*, S.Q. 1947, c. 71.  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 13, 1040a to 1040e, 1202a to 1202l, 1241.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 [not yet in force], arts. 1417 to 1421, 1695 to 1698.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 599, 695, 696, 698, 699, 700.

*populaire de St-Sévère*, [1990] R.R.A. 566; *Letellier v. Century 21 Citadelle Ltée*, [1990] R.D.I. 42; *Bérard v. Barrette* (1874), 5 R.L. 703; *Lymburner v. Courtois* (1922), 34 B.R. 341; *Patton v. Morin* (1865), 16 L.C.R. 267; *Perrault v. Mousseau* (1896), 6 B.R. 474; *Dyer v. Bradbury-Parry*, [1976] C.A. 106; *Boileau v. Procureur général du Québec*, [1957] R.C.S. 463; *Ville d'Anjou v. C.A.C. Realty Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 819, conf. [1974] C.A. 197, conf. [1972] C.S. 808; *St-Gelais v. Banque de Montréal*, [1968] R.C.S. 183, conf. [1966] B.R. 365; *Gobeil v. Cie H. Fortier*, [1982] 1 R.C.S. 988; *Canada Investment and Agency Co. v. McGregor* (1892), 1 B.R. 197, conf. (1892), 21 R.C.S. 499; *Genier v. Kerr* (1893), 3 C.S. 409; *Veilleux v. B. Trudel et Cie* (1933), 55 B.R. 481; *Leclerc v. Phillips* (1894), 4 B.R. 288; *Roy v. Lavallée*, [1960] B.R. 438; *Office du crédit agricole du Québec v. Gauvin*, [1977] C.S. 589, conf. C.A. Québec, n° 200-09-000306-77, le 12 août 1977; *Fort Garry Trust Co. v. Roberts Sprinkler Ltd.*, [1981] C.S. 905; *Janelle v. Champagne*, [1981] C.S. 898; *Caisse populaire de St-Eustache v. Entreprises Blainville Ltée*, [1989] R.D.I. 355; *Dufresne v. Dixon* (1889), 16 R.C.S. 596; *Vézina v. Lafortune* (1917), 56 R.C.S. 246; *Peiffer v. Lafrance*, [1987] R.J.Q. 2616; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Davis v. Royal Trust Co.*, [1932] R.C.S. 203; *Dominion Textile Co. v. Skaiife*, [1926] R.C.S. 310; *Ville de St. Jean v. Molleur* (1908), 40 R.C.S. 139; *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal v. City of Montreal*, [1980] 1 R.C.S. 740; *Brandt Plumbing Co. v. Nozetz*, [1984] R.D.J. 219; *Laforge v. White*, [1990] R.J.Q. 2124; *Placements Monga Inc. v. Lalonde*, [1986] R.L. 264; *Interprovincial Building Credits Ltd. v. Pelletier*, [1970] C.S. 94; *Lafaille v. Banque nationale du Canada*, [1987] R.J.Q. 1509; *Labine v. Viau*, [1942] B.R. 406; *Ocean Accident & Guarantee Corp. v. Air Canada*, [1975] R.P. 193; *Venne v. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880; *Mongrain v. Auger*, [1967] B.R. 332; *Brousseau v. Hamel*, [1968] B.R. 129; *Martel v. Martel*, [1967] B.R. 805.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas-Canada*, art. 13, 1040a à 1040e, 1202a à 1202l, 1241.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 [pas encore en vigueur], art. 1417 à 1421, 1695 à 1698.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 599, 695, 696, 698, 699, 700.  
*Loi concernant la libération de certains débiteurs*, S.Q. 1938, ch. 90.  
*Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1947, ch. 71.



## Authors Cited

- Azard, Pierre. "Le contrat d'adhésion" (1960), 20 *R. du B.* 337.
- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Carbonnier, Jean. *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 15<sup>e</sup> éd. Paris: P.U.F., 1991.
- Ciotola, Pierre. "Aperçu des conditions illicites et immorales" (1970), 72 *R. du N.* 315 et 407.
- Coipel, Michel. "La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile" (1990), 24 *R.J.T.* 485.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and William Schabas. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
- Couturier, Gérard. "L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve". Dans *Études offertes à Jacques Flour*. Paris: Répertoire du notariat defrénois, 1979, 95.
- Crépeau, Paul-André. "Contrat d'adhésion et contrat type". Dans Adrian Popovici, dir., *Problèmes de droit contemporain* (Mélanges Louis Baudouin). Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1974, 67.
- Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.
- Farjat, Gérard. *L'ordre public économique*. Paris: L.G.D.J., 1963.
- Ghestin, Jacques. *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français: principes directeurs, consentement, cause et objet*. Montréal: Institut de droit comparé, 1982.
- Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil*, t. 2, *Les obligations — Le contrat: formation*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1988.
- Josserand, Louis. "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats" (1937), 36 *Rev. trim. dr. civ.* 1.
- Jukier, Rosalie. "*Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.): Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law" (1992), 37 *McGill L.J.* 221.
- Juris-classeur civil*, Art. 6, fasc. 1 et 2, par Maurice Gégout.
- LeBel, Louis. "L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise" (1986), 17 *R.G.D.* 391.
- Marler, William deMontmollin. *The Law of Real Property*. Toronto: Burroughs & Co., 1932.
- Perrault, Antonio. "Ordre public et bonnes mœurs" (1949), 9 *R. du B.* 1.
- Pineau, Jean et Danielle Burman. *Théorie des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1988.

## Doctrine citée

- Azard, Pierre. «Le contrat d'adhésion» (1960), 20 *R. du B.* 337.
- <sup>a</sup> Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Carbonnier, Jean. *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 15<sup>e</sup> éd. Paris: P.U.F., 1991.
- Ciotola, Pierre. «Aperçu des conditions illicites et immorales» (1970), 72 *R. du N.* 315 et 407.
- <sup>b</sup> Coipel, Michel. «La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile» (1990), 24 *R.J.T.* 485.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
- <sup>c</sup> Couturier, Gérard. «L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve». Dans *Études offertes à Jacques Flour*. Paris: Répertoire du notariat defrénois, 1979, 95.
- <sup>d</sup> Crépeau, Paul-André. «Contrat d'adhésion et contrat type». Dans Adrian Popovici, dir., *Problèmes de droit contemporain* (Mélanges Louis Baudouin). Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1974, 67.
- Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.
- <sup>e</sup> Farjat, Gérard. *L'ordre public économique*. Paris: L.G.D.J., 1963.
- Ghestin, Jacques. *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français: principes directeurs, consentement, cause et objet*. Montréal: Institut de droit comparé, 1982.
- <sup>f</sup> Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil*, t. 2, *Les obligations — Le contrat: formation*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1988.
- Josserand, Louis. «Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats» (1937), 36 *Rev. trim. dr. civ.* 1.
- <sup>g</sup> Jukier, Rosalie. «*Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.): Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law» (1992), 37 *R.D. McGill* 221.
- <sup>h</sup> *Juris-classeur civil*, Art. 6, fasc. 1 et 2, par Maurice Gégout.
- LeBel, Louis. «L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise» (1986), 17 *R.G.D.* 391.
- <sup>i</sup> Marler, William deMontmollin. *The Law of Real Property*. Toronto: Burroughs & Co., 1932.
- Perrault, Antonio. «Ordre public et bonnes mœurs» (1949), 9 *R. du B.* 1.
- Pineau, Jean et Danielle Burman. *Théorie des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1988.
- <sup>j</sup> Popovici, Adrian. «Les contrats d'adhésion: un problème dépassé?». Dans Adrian Popovici, dir., *Pro-*

Popovici, Adrian. "Les contrats d'adhésion: un problème dépassé?". Dans Adrian Popovici, dir., *Problèmes de droit contemporain* (Mélanges Louis Baudouin). Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1974, 161.

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code*, vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978.

Ripert, Georges. "L'ordre public et la liberté contractuelle". Dans *Mélanges François Gény*. Paris, 1936.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*. Cowansville: Yvon Blais, 1987.

Tancelin, Maurice. *Des obligations: contrat et responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.

*Traité de droit civil du Québec*, t. 8 bis, par Léon Fari-bault. Montréal: Wilson & Lafleur, 1959.

Trudel, Gérard. "Des frontières de la liberté contractuelle". Dans Adrian Popovici, dir., *Problèmes de droit contemporain* (Mélanges Louis Baudouin). Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1974, 217.

*blèmes de droit contemporain* (Mélanges Louis Baudouin). Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1974, 161.

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil*, vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978.

Ripert, Georges. «L'ordre public et la liberté contractuelle». Dans *Mélanges François Gény*. Paris, 1936.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*. Cowansville: Yvon Blais, 1987.

Tancelin, Maurice. *Des obligations: contrat et responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.

*Traité de droit civil du Québec*, t. 8 bis, par Léon Fari-bault. Montréal: Wilson & Lafleur, 1959.

Trudel, Gérard. «Des frontières de la liberté contractuelle». Dans Adrian Popovici, dir., *Problèmes de droit contemporain* (Mélanges Louis Baudouin). Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1974, 217.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 925, [1990] R.D.I. 285, setting aside a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 925, [1990] R.D.I. 285, qui a infirmé une décision de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

*Gabriel Kordovi and Pierre de Granpré, Q.C.*, for the appellants.

*Gabriel Kordovi et Pierre de Granpré, c.r.*, pour les appelantes.

*Benoit Rivet*, for the respondent.

*Benoit Rivet*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Le jugement de la Cour a été rendu par

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal concerns the application of those provisions of the *Civil Code of Lower Canada* which provide for the discharge of a debtor upon a sale at law and adjudication to a creditor of an immovable which guarantees a debt (arts. 1202a to 1202l C.C.L.C. (hereinafter "arts. 1202a et seq. C.C.L.C.")).

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce pourvoi porte sur l'application des dispositions du *Code civil du Bas-Canada* prévoyant la libération du débiteur par suite de la vente en justice et de l'adjudication au créancier de l'immeuble donné en garantie de la dette (art. 1202a à 1202l C.c.B.-C. (ci-après «art. 1202a et suiv. C.c.B.-C.»)).

Specifically, the issue is whether the respondent, on the facts of this case, could have availed itself of these provisions. In order to answer that question, the nature of the provisions of arts. 1202a et seq. C.C.L.C. will have to be examined as will the procedural requirements associated with them.

Il s'agit, plus précisément, de savoir si l'intimée pouvait, compte tenu des faits de l'espèce, se prévaloir de ces dispositions. Pour répondre à cette question, il nous faudra examiner la nature des dispositions des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. ainsi que les règles de procédure qui y sont relatives.

Relevant Legislation

Selected provisions of Section VIII, Chapter 8 of the *Civil Code of Lower Canada*, entitled "Of the Discharge of Certain Debtors" read as follows:

1202a. In this section,

a. "claim" includes the principal, interest, law costs taxed against the debtor and those which have been effected in the common interest;

b. "immoveable" includes one or more immoveables;

c. "value", applied to any immoveable or property whatsoever, means its fair yielding, investment or commercial value in times of normal economic activity, regardless of its depreciation for the time being through a regional or general economic depression.

1202b. Whenever an immoveable has been sold at law and adjudged to the creditor of a debt guaranteed by privilege or hypothec upon such immoveable, the debtor has the right to obtain his release as regards this creditor, with respect to such debt or, as the case may be, with respect to any residue of such debt, and with respect to any judgment in connection therewith, in the following cases:

a. When the immoveable, at the time of the adjudication, had a value at least equal to the total amount of the purchaser's claim and of every other hypothecary or privileged claim affecting the immoveable and ranking ahead of that of the purchaser;

b. When the purchaser has resold the immoveable, or part of the immoveable, for a price at least equal to the total amount of his claim, of the expenses incurred by the purchaser for the maintenance and the improvement of the immoveable with interest at the rate of five per cent per annum upon such expenditure, and of every other hypothecary or privileged claim affecting the immoveable and ranking ahead of that of the purchaser;

c. When, through any transaction or operation whatsoever respecting such immoveable, the purchaser has received or realized, in money or in property, a value at least equal to the total amount of his claim, of every other hypothecary or privileged claim affecting the immoveable and ranking ahead of that of the purchaser, and of the expenses of maintenance

Dispositions pertinentes

Certaines dispositions de la section VIII, chapitre 8 du *Code civil du Bas-Canada*, intitulée «De la libération de certains débiteurs» sont pertinentes et se lisent ainsi:

1202a. Dans la présente section,

a) «créance» comprend le principal, les intérêts, les frais de justice taxés contre le débiteur et ceux qui ont été faits dans l'intérêt commun;

b) «immeuble» comprend un ou des immeubles;

c) «valeur», appliqué à un immeuble ou à un bien quelconque, s'entend de sa valeur équitable de rendement, de placement ou de commerce en temps d'activité économique normale, sans égard à sa dépréciation passagère par suite d'une crise économique régionale ou générale.

1202b. Lorsqu'un immeuble a été vendu en justice et adjudgé au créancier d'une dette garantie par privilège ou hypothèque sur cet immeuble, le débiteur a le droit d'obtenir sa libération envers ce créancier, à l'égard de cette dette ou, selon le cas, de tout reliquat de cette dette et de tout jugement s'y rapportant, dans les cas suivants:

a) Lorsque l'immeuble, lors de l'adjudication, avait une valeur au moins égale au montant global de la créance de l'adjudicataire et de toute autre créance hypothécaire ou privilégiée affectant l'immeuble et ayant priorité de rang sur celle de l'adjudicataire;

b) Lorsque l'adjudicataire a revendu l'immeuble, ou partie de l'immeuble, pour un prix au moins égal au montant global de sa créance, des dépenses faites par l'adjudicataire pour l'entretien et l'amélioration de l'immeuble, avec intérêt au taux de cinq pour cent l'an sur ces dépenses, et de toute autre créance hypothécaire ou privilégiée affectant l'immeuble et ayant priorité de rang sur celle de l'adjudicataire;

c) Lorsque, par suite de transactions ou d'opérations quelconques dont cet immeuble a été l'objet, l'adjudicataire a reçu ou réalisé, en argent ou en biens, une valeur au moins égale au montant global de sa créance, de toute autre créance hypothécaire ou privilégiée affectant l'immeuble et ayant priorité de rang sur celle de l'adjudicataire et des dépenses d'en-

and improvement of the said immoveable or of any other immoveable received in exchange. [Emphasis added.]

**1202d.** In determining the amount of the claim, interest shall be calculated at a rate of five per cent per annum unless the agreement stipulates a lower rate and the sums exigible as penalties for the non-fulfilment of any obligation of the debtor shall be added to the interest.

However, when the total amount of the interest and of the penalties exceeds the amount with interest at a rate of five per cent per annum upon the principal and the costs would produce, such total amount shall be reduced accordingly.

**1202e.** When the claim is greater than the value of the immoveable at the time of the adjudication, than its resale price or than the value received or realized through transactions or operations respecting the immoveable, the debtor may nevertheless obtain his release by paying to the creditor the amount required to make up the difference.

**1202i.** The release of the principal debtor entails the release of his sureties and warrantors.

When a debtor has, in virtue of this division, the right to obtain his release with respect to a debt or residue of debt, any person who has become surety or warrantor for the payment of such debt or such residue has the right to obtain his own release and may exercise his recourse for such purpose, independently of the principal debtor, by following the procedure hereinabove set forth.

**1202j.** The debtor may, in so far as his recourse for release is not prescribed, invoke as a defence to a suit, as an opposition to a seizure in execution or as a contestation of a seizure by garnishment, as the case may be, the grounds which he may invoke in support of an application for release, and, upon conclusions to that effect in the said defence, opposition or contestation, the court may award the release.

**1202k.** The release of the debtor shall not have the effect of compelling the creditor to remit any sums which he legally collected under his judgment before such release.

**1202l.** The application for release must, under pain of forfeiture, be instituted:

*a.* In the case of paragraph *a* of article 1202*b*, within the two years counting from the adjudication;

retien et d'amélioration dudit immeuble ou de tout autre immeuble reçu en échange. [Je souligne.]

**1202d.** Dans la détermination du montant de la créance, les intérêts sont calculés à un taux de cinq pour cent par année, à moins que la convention ne stipule un taux inférieur et les sommes exigibles à titre de pénalités pour inexécution de quelque obligation du débiteur sont ajoutées aux intérêts.

Toutefois, lorsque le montant global des intérêts et des pénalités excède le montant que peut produire un taux d'intérêt de cinq pour cent par année sur le principal et les frais, il est réduit en conséquence.

**1202e.** Lorsque la créance est plus élevée que la valeur de l'immeuble lors de l'adjudication, ou que son prix de revente, ou que la valeur reçue ou réalisée à la suite de transactions ou d'opérations dont l'immeuble a été l'objet, le débiteur peut néanmoins obtenir sa libération en payant au créancier le montant requis pour parfaire.

**1202i.** La libération du débiteur principal entraîne la libération de ses cautions et garants.

Lorsqu'un débiteur a, en vertu de la présente section, droit d'obtenir sa libération à l'égard d'une dette ou d'un reliquat de dette, toute personne qui s'est portée caution ou garant du paiement de cette dette ou de ce reliquat a droit d'obtenir sa propre libération et peut exercer son recours à cette fin, indépendamment du débiteur principal, en suivant la procédure ci-dessus prescrite.

**1202j.** Le débiteur peut, aussi longtemps que son recours en libération n'est pas prescrit, faire valoir en défense à une action, en opposition à une saisie-exécution ou en contestation d'une saisie-arrêt, selon le cas, les moyens qu'il peut invoquer à l'appui d'une demande de libération, et, sur conclusions à cette fin dans ladite défense, opposition ou contestation, le tribunal peut accorder la libération.

**1202k.** La libération du débiteur n'a pas pour effet d'imposer au créancier l'obligation de remettre les sommes qu'il a légalement perçues sur son jugement avant cette libération.

**1202l.** La demande en libération doit, sous peine de déchéance, être introduite:

*a)* Dans les cas du paragraphe *a* de l'article 1202*b*, dans les deux ans à compter de l'adjudication;

b. In the cases of paragraphs b and c of the said article, within the two years counting from the date when the right to release arose, but prior to the expiration of the five years following the adjudication.

From the sections entitled "Opposition to Seizure in Execution" and "Vacating of Sheriff's Sale", the following provisions of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."), are also relevant:

**599.** The service of the opposition stays proceedings upon the execution; and the seizing officer must forthwith return it to the prothonotary who issued the writ, together with the writ itself and all proceedings thereon.

If, however, the opposition is founded on grounds which only go to reduce the amount claimed, or to withdraw from seizure a part of the property seized, the seizing officer is bound, unless a judge has ordered all proceedings to be stayed, to proceed with the execution in virtue of a copy, prepared by him, of the writ and of the minutes of seizure, either to satisfy the uncontested part of the claim, or to sell the property against which the opposition is not directed.

**698.** A sheriff's sale may, at the instance of any interested person, be vacated:

(1) If, with the knowledge of the purchaser, fraud was employed to keep persons from bidding;

(2) If the essential conditions and formalities prescribed for the sale have not been observed; but the seizing creditor cannot vacate the sale for any irregularity attributable to himself or his attorney.

**699.** A sheriff's sale may also be vacated at the instance of the purchaser:

(1) If he is liable for eviction by reason of some real right from which the property is not discharged by the sale;

(2) If the immovable differs so much from the description in the minutes of seizure that it is to be presumed that he would not have bought had he been aware of the true description.

**700.** The demand to vacate a sheriff's sale, which is a proceeding incidental to the execution, must be made by motion served on all the interested parties within ninety days of adjudication. This delay is peremptory; nevertheless, the court may, provided not more than six months have elapsed since the adjudication, relieve from the consequences of his default a party who shows that

b) Dans les cas des paragraphes b et c dudit article, dans les deux ans à compter du jour où le droit à la libération a pris naissance, mais avant l'expiration des cinq années qui suivent l'adjudication.

<sup>a</sup> Les dispositions suivantes du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25 («C.p.c.»), tirées des sections «Des oppositions à la saisie-exécution» et «De l'annulation du décret», sont également pertinentes:

<sup>b</sup> **599.** La signification de l'opposition opère sursis de l'exécution; et l'officier saisissant doit la rapporter sans délai au protonotaire qui a décerné le bref, avec le bref lui-même et les autres procédures relatives à l'exécution.

<sup>c</sup> Cependant, lorsque l'opposition ne tend qu'à faire réduire le montant réclamé ou à faire distraire une partie des biens saisis, à moins qu'un juge ne lui ait ordonné de surseoir, l'officier saisissant doit poursuivre l'exécution en vertu d'une copie, préparée par lui, du bref et du procès-verbal de saisie, soit pour satisfaire à la partie non contestée de la réclamation, soit pour réaliser les biens qui ne font pas l'objet de l'opposition.

<sup>d</sup> **698.** Le décret peut être annulé à la poursuite de toute personne intéressée:

<sup>e</sup> 1. Si, à la connaissance de l'adjudicataire, il y a eu dol pour écarter des enchères;

<sup>f</sup> 2. Si les conditions et formalités essentielles prescrites pour la vente n'ont pas été observées; le saisissant ne peut toutefois se prévaloir d'une irrégularité qui soit imputable à lui-même ou à son procureur.

<sup>g</sup> **699.** Le décret peut, en outre, être annulé à la demande de l'adjudicataire:

<sup>h</sup> 1. S'il est exposé à l'éviction en raison de quelque droit réel non purgé par la vente;

<sup>i</sup> 2. Si l'immeuble est tellement différent de la description qui en est donnée dans le procès-verbal de saisie qu'il est à présumer que l'adjudicataire n'eût pas acheté s'il en eût connu la véritable description.

<sup>j</sup> **700.** La demande en annulation du décret, incident de l'exécution, doit être formée par requête signifiée à toutes les parties intéressées dans les quatre-vingt-dix jours de l'adjudication. Ce délai est de rigueur; néanmoins, le tribunal peut, pourvu qu'il ne se soit pas écoulé plus de six mois depuis l'adjudication, relever des conséquences de son retard la partie qui démontre

in fact it was impossible for him to act sooner. [Emphasis added.]

### Facts

The respondent Garcia Transport Ltée ("Garcia") is a shipping and storage company. It operated its business in a building erected on one of three lots of land it had acquired from the town of Brossard. The other two lots remained vacant.

In 1975, the appellant Royal Trust Company acted as trustee on behalf of the Federal Business Development Bank (hereinafter referred to, along with Royal Trust Company, as "the Bank"), which lent \$250,000 to Garcia. The loan was secured by a hypothec on the three lots owned by Garcia.

In 1983, after Garcia defaulted on its payments, the Bank took action for the balance remaining on the loan and, in January 1984, obtained judgment for \$151,238.97 with interest at the rate of 21.75% from July 24, 1983, plus costs. The Bank then seized all three of the lots hypothecated by Garcia to secure the debt, for the purpose of selling them in a single sheriff's sale. Before the sale took place, however, apparently at the instigation of Garcia, the parties entered into a written agreement (hereinafter "the waiver") which reads as follows:

[TRANSLATION]

#### AGREEMENT

GARCIA TRANSPORT LTÉE OF THE FIRST PART  
ROYAL TRUST COMPANY OF THE SECOND PART  
AND  
FEDERAL DEVELOPMENT BANK

WHEREAS the ROYAL TRUST COMPANY in its capacity as trustee for the FEDERAL DEVELOPMENT BANK has obtained a judgment condemning GARCIA TRANSPORT LTÉE to pay the sum of \$151,238.97 with interest at the rate of 21 3/4% per annum beginning on July 24, 1983, with costs;

qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt. [Je souligne.]

### Les faits

L'intimée, Garcia Transport Ltée («Garcia») est une compagnie de transport et d'entreposage. Elle exploitait son entreprise dans un immeuble construit sur l'un des trois lots qu'elle avait acquis de la municipalité de Brossard. Les deux autres lots étaient demeurés vacants.

En 1975, l'appelante, la Compagnie Trust Royal, agissait en qualité de fiduciaire pour la Banque fédérale de développement (ci-après désignée, ainsi que la Compagnie Trust Royal, «la Banque») pour l'octroi d'un prêt de 250 000 \$ à Garcia. Le prêt était garanti par une hypothèque sur les trois lots appartenant à Garcia.

En 1983, après que Garcia eut fait défaut d'honorer ses paiements, la Banque a pris action pour réclamer le solde du prêt et, en janvier 1984, obtenait jugement pour la somme de 151 238,97 \$ avec intérêts au taux de 21,75 % à compter du 24 juillet 1983, et les dépens. Elle a alors saisi les trois lots, sur lesquels Garcia avait consenti une hypothèque en garantie de la dette, dans l'intention de les faire vendre ensemble par le shérif. Préalablement à la vente toutefois, les parties ont conclu, apparemment à l'instigation de Garcia, une entente (ci-après «la renonciation») ainsi libellée:

#### CONVENTION

D'UNE PART GARCIA TRANSPORT LTÉE  
D'AUTRE PART COMPAGNIE TRUST ROYAL  
ET  
BANQUE FÉDÉRALE DE  
DÉVELOPPEMENT

ATTENDU que la COMPAGNIE TRUST ROYAL en qualité de fiduciaire pour la BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT a obtenu un jugement condamnant GARCIA TRANSPORT LTÉE à payer la somme de \$151,238.97 avec intérêts au taux de 21 3/4% l'an à compter du 24 juillet 1983 et les dépens;

WHEREAS the said judgment also declared the immoveables commonly known as lots 244-1, 245-1 and 43-1 of the official cadaster of the parish of Laprairie de la Magdeleine, with the building constructed thereon, to be hypothecated;

WHEREAS GARCIA TRANSPORT LTÉE is asking the ROYAL TRUST COMPANY and the FEDERAL DEVELOPMENT BANK to begin by selling the two lots which are vacant and not developed, being lots 244-41 [*sic*] and 245-1, even if lot 43-1 with the building erected thereon together with all the immoveables by their destination are sold subsequently in the event that the adjudication price of the two lots is not sufficient to cover the claim;

ACCORDINGLY, THE PARTIES AGREE:

1. GARCIA TRANSPORT LTÉE declares that whatever the adjudication price may be, even if the ROYAL TRUST COMPANY or the FEDERAL DEVELOPMENT BANK are declared to be the vendors for setting the reserve price which is one quarter of the municipal assessment, the adjudication price shall be considered to be the market value of the immoveable by all the parties concerned;

2. GARCIA TRANSPORT LTÉE waives all recourse under articles 1202 *et seq.* of the Civil Code and declares and undertakes accordingly not to apply to be discharged from the balance of the claim owing to the ROYAL TRUST COMPANY or to the FEDERAL DEVELOPMENT BANK in the event that they are declared to be the vendors for any price whatsoever and even if the ROYAL TRUST COMPANY or the FEDERAL DEVELOPMENT BANK subsequently resells the said immoveables for a price greater than the adjudication price for which they acquire the immoveables at the sheriff's sale;

3. GARCIA TRANSPORT LTÉE acknowledges that immediately after the sheriff's sale of the two lots bearing numbers 244-41 [*sic*] and 245-1, if the adjudication price is less than the claim owing to the ROYAL TRUST COMPANY or to the FEDERAL DEVELOPMENT BANK, and regardless of the balance owing after deduction of the adjudication price, the ROYAL TRUST COMPANY or the FEDERAL DEVELOPMENT BANK shall be entitled to give new instructions to the sheriff to sell lot 43-1 with the building erected thereon and also with all the equipment listed in the

ATTENDU que ledit jugement a aussi déclaré hypothéqués les immeubles communément désignés comme étant les lots 244-1, 245-1 et 43-1, au cadastre officiel de la Paroisse de Laprairie de la Magdeleine, avec immeuble dessus construit;

ATTENDU que GARCIA TRANSPORT LTÉE demande à la COMPAGNIE TRUST ROYAL et à la BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT de commencer par vendre les deux lots vacants et non construits, soit 244-41 (*sic*), et 245-1, quitte à ce que le lot 43-1 avec l'immeuble construit dessus ainsi que tous les immeubles par destination soient vendus ultérieurement au cas où le prix d'adjudication des deux terrains ne serait pas suffisant à couvrir la créance;

EN CONSÉQUENCE, LES PARTIES CONVIENTENT:

1. GARCIA TRANSPORT LTÉE déclare que quel que soit le prix d'adjudication, même si la COMPAGNIE TRUST ROYAL ou la BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT sont déclarées adjudicatrices pour la mise à prix qui est le quart de l'évaluation municipale; le prix d'adjudication sera considéré comme étant la valeur marchande de l'immeuble par toutes les parties concernées;

2. GARCIA TRANSPORT LTÉE renonce à tout recours selon les articles 1202 et ss. du Code Civil et déclare et s'engage en conséquence à ne pas demander d'être libérée du solde de la créance due à la COMPAGNIE TRUST ROYAL ou à la BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT au cas où ces dernières seraient déclarées adjudicatrices pour n'importe quel prix et même si par la suite la COMPAGNIE TRUST ROYAL ou la BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT revendent lesdits immeubles pour un prix supérieur au prix d'adjudication pour lequel elles les auront acquis lors de la vente par shérif;

3. GARCIA TRANSPORT LTÉE reconnaît que tout de suite après la vente par shérif des deux lots portant les numéros 244-41 (*sic*) et 245-1, si le prix d'adjudication est inférieur à la créance de la COMPAGNIE TRUST ROYAL ou de la BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT et quel que soit le solde dû après défalcation du prix d'adjudication, la COMPAGNIE TRUST ROYAL ou la BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT seront en droit de donner de nouvelles instructions au shérif pour la vente de l'immeuble 43-1 avec la bâtisse dessus construite ainsi qu'avec tous

judgment and declared to be immoveables by nature or by their destination, as the case may be;

May 10, 1984

GARCIA TRANSPORT LTÉE

In short, Garcia renounced its right to obtain its discharge under arts. 1202a et seq. C.C.L.C., whatever the price obtained for the lots at the sheriff's sales or the real value of the property. In return, the Bank agreed to conduct the sale in two stages, starting with the two undeveloped lots: If the proceeds from the sale of the properties at the first sale were insufficient to satisfy the judgment against Garcia, the Bank would initiate a second sale to auction the third lot.

At the first sale, which took place in September of 1984, the Bank acquired the first two lots for \$25,000. At the second sale, held in December 1984, the Bank successfully bid for the third lot at a price of \$133,055.40.

In February 1985, after the second sale was held, Garcia instituted an action against the Bank in the Quebec Superior Court. Garcia alleged that it was entitled to its discharge under art. 1202b C.C.L.C. on the basis that the immoveables sold at the first sheriff's sale had a value superior to its debt towards the Bank. Garcia also requested that the second sale be vacated and that all further proceedings against it be suspended.

#### Judgments

*Superior Court* (Denis Lévesque J.)

In a preliminary motion, the Bank argued that arts. 698 and 699 C.C.P. provided the only basis on which a sheriff's sale could be set aside, and that Garcia had not alleged facts supporting the vacating of the second sale according to these provisions. In a ruling in May of 1985 (as corrected July 9, 1985), the trial judge granted the Bank's preliminary motion in part, striking those conclusions in Garcia's action concerning the vacating of the second sale and the suspension of proceedings.

les équipements énumérés au jugement et déclarés immeubles par nature ou par destination selon le cas;

Le 10 mai 1984

GARCIA TRANSPORT LTÉE

En résumé, Garcia renonçait à son droit d'obtenir sa libération en vertu des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C., peu importe le prix qui serait obtenu pour les lots à la vente en justice ou leur valeur réelle. En contrepartie, la Banque acceptait de procéder à la vente en deux étapes en commençant par la vente des deux lots non construits. Si, au terme de la première étape, le produit de la vente s'avérait insuffisant pour satisfaire au jugement prononcé contre Garcia, la Banque procéderait alors à une deuxième vente au cours de laquelle le troisième lot serait mis aux enchères.

Lors de la première vente, qui eut lieu en septembre 1984, la Banque a acquis les deux premiers lots au prix de 25 000 \$. Lors de la seconde vente, tenue en décembre 1984, elle a été déclarée adjudicataire du troisième lot au prix de 133 055,40 \$.

En février 1985, soit après la seconde vente, Garcia a poursuivi la Banque devant la Cour supérieure du Québec, alléguant qu'elle avait le droit d'obtenir sa libération en vertu de l'art. 1202b C.c.B.-C. au motif que les immeubles vendus lors de la première vente en justice avaient une valeur supérieure à sa dette envers la Banque. Garcia a également demandé l'annulation de la deuxième vente et le sursis des procédures.

#### Les jugements

*Cour supérieure* (le juge Denis Lévesque)

Par requête préliminaire, la Banque a soutenu qu'il ne pouvait y avoir annulation d'un décret qu'en vertu des art. 698 et 699 C.p.c. et que Garcia n'avait pas allégué de faits pouvant donner ouverture à l'annulation du second décret en vertu de ces dispositions. Dans une décision rendue en mai 1985 (corrigée le 9 juillet 1985), le juge de première instance a fait droit en partie à la requête préliminaire, ordonnant la radiation des conclusions relatives à l'annulation du second décret et



Garcia did not appeal this ruling and the case proceeded to trial.

In February 1986, the Superior Court dismissed Garcia's action for discharge on the ground that the real value of the properties sold at the first sale was only \$156,100, an amount insufficient to satisfy the debt owed to the Bank, which stood, with interest, at \$174,400. Given that the Bank had conceded that Garcia's debt was extinct as a result of the second sale, the judge did not rule on the legality of Garcia's waiver of its rights under arts. 1202a et seq. C.C.L.C.

*Court of Appeal*, [1990] R.J.Q. 925 (Monet, Jacques and Vallerand JJ.A.)

For reasons rendered by Jacques J.A., a majority of the court allowed the appeal, Vallerand J.A. dissenting on the issues of waiver and *res judicata*.

After reviewing the facts, Jacques J.A. concluded that the trial judge had underestimated the value of the two lots sold at the first sheriff's sale. According to his calculations, the two lots were in fact worth \$206,100, an amount sufficient to satisfy Garcia's debt to the Bank.

With respect to the Bank's argument that, given its waiver, Garcia could not ask for its discharge, Jacques J.A. held that arts. 1202a et seq. C.C.L.C. were provisions of public order. Being of the view that one cannot renounce rights conferred by legislation of public order before they are acquired, he concluded that the waiver was void since Garcia signed it before its right to claim its release had materialized. In his opinion, Garcia acquired that right only after the first sale was held. Accordingly, Jacques J.A. allowed the appeal, concluding that Garcia was now at liberty to seek the vacating of the second sheriff's sale.

au sursis des procédures. Garcia n'en a pas appelé de cette décision et il a été procédé à l'instruction de l'affaire.

<sup>a</sup> En février 1986, la Cour supérieure a rejeté la demande de libération de Garcia au motif que la valeur réelle des biens vendus lors de la première vente n'était que de 156 100 \$, soit une somme insuffisante pour satisfaire à la créance de la Banque, laquelle s'élevait, avec intérêts, à 174 400 \$. Étant donné que la Banque avait admis qu'il y avait eu extinction de la dette de Garcia par suite du second décret, le juge ne s'est pas prononcé sur la légalité de la renonciation par Garcia aux droits que lui conféraient les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C.

<sup>d</sup> *Cour d'appel*, [1990] R.J.Q. 925 (les juges Monet, Jacques et Vallerand)

<sup>e</sup> Pour les motifs prononcés par le juge Jacques, la Cour à la majorité a accueilli l'appel, le juge Vallerand étant dissident sur les questions de la renonciation et de la chose jugée.

<sup>f</sup> Après avoir examiné les faits, le juge Jacques a conclu que le juge de première instance avait sous-estimé la valeur des deux lots vendus lors de la première vente par shérif. Selon ses calculs, les deux lots valaient en fait 206 100 \$, somme suffisante pour couvrir la dette de Garcia envers la Banque.

<sup>g</sup> En ce qui concerne l'argument de la Banque suivant lequel Garcia ne pouvait, vu sa renonciation, demander sa libération, le juge Jacques a déterminé que les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. étaient d'ordre public. Estimant qu'on ne peut renoncer aux droits que confère une loi d'ordre public avant qu'ils ne soient nés, il a conclu que la renonciation était nulle puisque Garcia l'avait signée avant que le droit de demander sa libération ne se soit concrétisé. À son avis, Garcia n'a acquis ce droit qu'après la première vente. En conséquence, le juge Jacques a accueilli l'appel, ajoutant qu'il était maintenant loisible à Garcia de demander l'annulation du second décret.

Assuming without deciding that arts. 1202a *et seq.* C.C.L.C. might be dispositions of economic public order such that any waiver of them might be struck down, Vallerand J.A. disagreed with the majority on two points. First, Garcia had not waived its rights prematurely, since, in his view, the purpose of the legislation was only the protection of the weaker party at the time of the signing of the original contract of loan, and not once the debtor was in default (at p. 931):

[TRANSLATION] In the case at bar, the appellant did not, in the original deed of loan, and thus at the time when it was in a position of "weakness" and "ready to sign ... anything ...", waive the protection of articles 1202a *et seq.* It was at that point, and only at that point, that the appellant was prohibited from so doing; if indeed it were prohibited from so doing, of course, on which point, however, I reserve my opinion.

Moreover, he was of the opinion that, by signing the waiver, Garcia had obtained a concession from the Bank (the splitting of the sales at law), and that courts should not interfere with a bargain freely concluded between the parties simply because the price obtained for the property at the first sheriff's sale may have been insufficient to satisfy Garcia's debt to the Bank (at p. 931):

[TRANSLATION] The contractual waiver which concerns us and which is therefore not set out in the original deed of loan was agreed upon solely for the benefit of the "weak" party, the borrower in default. The creditor could have had the two immoveables jointly affected by the warranty sold all together; the debtor could not have complained of this. The creditor wanted first to sell only the undeveloped lots, in the hope that this would be sufficient to pay the debt and would thereby discharge the developed lots: it was simply being obliging. However, as may be well understood, the obliging creditor wanted to protect itself in the event that the debtor's hopes were not met, and it therefore required, in consideration, a waiver of the protection of article 1202j. As I have said, this waiver would be valid even if we assume that the law prohibited the waiver being given at the time of the original deed of loan; it is *a fortiori* valid, then, when mere judicial policy might intervene: I find that there is scarce evidence of the will of the legislator to prohibit the creditor from obliging in this way; quite the contrary.

Concédant, sans pour autant le décider, que les art. 1202a *et suiv.* C.c.B.-C. sont d'ordre public économique, de sorte que toute renonciation à ces dispositions pourrait être invalidée, le juge Vallerand a exprimé sa dissidence sur deux points. En premier lieu, Garcia n'avait pas renoncé prématurément à ses droits puisque, à son avis, la loi ne visait qu'à protéger la partie la plus faible au moment de la signature du contrat originel de prêt, et non une fois survenu le défaut du débiteur (à la p. 931):

En l'espèce, l'appelante n'a pas, au contrat originel de prêt, au moment donc où elle était en position de «faiblesse» et «prête à signer (...)» n'importe quoi (...), renoncé à la protection des articles 1202a *et seq.* C'est à cette époque et à cette seule époque qu'il lui était interdit de le faire; si tant est bien sûr que ça lui eût été interdit, ce sur quoi je réserve toujours mon avis.

Il s'est dit au surplus d'avis qu'en signant la renonciation, Garcia avait obtenu une concession de la Banque (la vente en justice en deux temps), et que les tribunaux ne devraient pas intervenir dans une entente librement conclue entre les parties simplement parce que le prix obtenu pour les biens lors de la première vente pouvait avoir été insuffisant pour acquitter la dette de Garcia envers la Banque (à la p. 931):

La renonciation contractuelle qui nous intéresse et qui n'est donc pas couchée au contrat originel de prêt est intervenue pour l'unique avantage de la partie «faible», l'emprunteur en demeure. En effet, la créancière eût pu faire vendre tous ensemble les deux immeubles affectés indivisément à la garantie de sa créance; la débitrice n'aurait pu s'en plaindre. La créancière a voulu dans un premier temps vendre les seuls terrains non construits dans l'espoir que cela suffirait à payer la dette et libérerait ainsi les terrains bâtis. Simple complaisance donc. Mais, et on le comprend, la créancière complaisante a voulu se protéger pour le cas où les espoirs de la débitrice seraient déçus, et elle a donc exigé en contrepartie une renonciation à la protection de l'article 1202j. Cette renonciation serait, je l'ai dit, valide même si, par hypothèse, la loi interdisait qu'on la consente au moment du contrat de prêt; elle l'est *a fortiori* alors que seule la politique judiciaire pourrait intervenir: la volonté du législateur d'interdire pareille complaisance de la part du créancier ne me paraît guère évidente; tout au contraire.

Finally, in his opinion, since the trial judge's ruling on the Bank's preliminary motion had not been appealed, it constituted *res judicata* with which an appellate court could not interfere.

Analysis

The issues will be discussed in the following order:

1. The regime provided by arts. 1202a et seq. C.C.L.C.;
2. Public order;
3. The waiver;
4. Procedural requirements:
  - (a) vacating the second sheriff's sale;
  - (b) the discharge.

*The Regime Provided by Arts. 1202a et seq. C.C.L.C.*

Articles 1202a et seq. C.C.L.C. were originally enacted in a 1938 statute entitled *An Act respecting the release of certain debtors*, S.Q. 1938, c. 90, and adopted as Section VIII of the eighth chapter of the *Civil Code of Lower Canada* in 1947 by the *Act to amend the Civil Code*, S.Q. 1947, c. 71. In the *Traité de droit civil du Québec*, vol. 8 bis, 1959, Léon Faribault describes the mischief that the legislation was intended to cure (at p. 639):

[TRANSLATION] By adding this section to the code in 1947 . . . the legislature wished to put an end to an abuse which, as it spread, was threatening to become a genuine disaster. It often happened that after an hypothecary creditor had received payment by instalments of a large portion of its claim, it would refuse to give its debtor any additional time, when the residue owing was only quite small. It would obtain judgment against the debtor for the amount of the residue, and have the immoveable which was hypothecated to it seized and advertised for sale.

At the sale, it would purchase the immoveable for a song, generally for an amount lower than what was owing to it, and always for much less than its real value.

À son avis, enfin, la décision du juge de première instance sur la requête préliminaire de la Banque n'ayant pas été portée en appel, elle avait acquis l'autorité de la chose jugée, d'où l'impossibilité pour une instance d'appel d'intervenir.

Analyse

J'aborderai les questions en litige dans l'ordre suivant:

1. Le régime des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C.;
2. L'ordre public;
3. La renonciation;
4. Les exigences procédurales:
  - a) l'annulation du second décret;
  - b) la libération.

*Le régime des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C.*

Les articles 1202a et suiv. C.c.B.-C. ont été édictés à l'origine par une loi de 1938 intitulée *Loi concernant la libération de certains débiteurs*, S.Q. 1938, ch. 90, et ont constitué en 1947, par suite de l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1947, ch. 71, la section VIII du chapitre huitième du *Code civil du Bas-Canada*. Dans le *Traité de droit civil du Québec*, t. 8 bis, 1959, Léon Faribault décrit ainsi la situation que la loi visait à corriger (à la p. 639):

En ajoutant au code cette section en 1947 [. . .] le législateur a voulu mettre fin à un abus, qui menaçait, en s'étendant, de devenir une véritable calamité. Il arrivait fréquemment qu'un créancier hypothécaire, après avoir reçu paiement, par versements, d'une grande partie de sa créance, refusait à son débiteur tout délai supplémentaire, alors qu'il ne restait dû qu'un reliquat de peu d'importance. Il obtenait jugement contre lui pour le montant de ce reliquat, et faisait saisir et annoncer en vente l'immeuble qui lui était hypothéqué.

Lors de la vente, il achetait l'immeuble à vil prix, généralement pour une somme inférieure à ce qui lui était dû, et toujours pour beaucoup moins que sa valeur

Because it still had its judgment against the debtor for the portion of the debt which had not been paid by the adjudication price, it would exercise its recourse against the debtor's other property.

Frequently, it would succeed in reselling the immovable at a much higher price than its adjudication price, and would thereby realize a significant profit at the expense of the debtor.

The consequence of this course of action was that the creditor was able to collect a rate of interest which was sometimes quite fabulous, at the expense of the debtor, who nonetheless had to pay the creditor the balance of its claim, with interest in addition.

This was the situation which the legislature wished to remedy by enacting the present section.

In *Labine v. Viau*, [1942] Que. K.B. 406, one of the first decisions dealing with the legislation, Bertrand J., sitting *ad hoc*, commented at p. 408:

[TRANSLATION] The spirit of this legislation, which goes back to 1938, lies in the concern which is clearly reflected in its provisions with preventing the creditor of an hypothec on an immovable from purchasing the immovable itself for a sometimes minute fraction of its debt when the immovable goes at sheriff's sale, and nonetheless continuing to be the creditor for all of the difference which was not satisfied or extinguished by the ranking of the creditor of the obligation on the proceeds, while at the same time becoming the owner of an immovable the value of which covered the total amount of the debt in the first place. The aim of the new legislation is to prevent this sort of unwarranted but apparently legal enrichment.

(See also M. Tancelin, *Des obligations: contrat et responsabilité* (4th ed. 1988), at p. 494, paras. 835-36.)

As we have seen, the purpose of these remedial provisions was to permit the discharge of a debtor upon the sale at law of an immovable property, based not on the price obtained at auction, as before, but on the actual value of the property, independent of its sale price. Faribault, *supra*, explains how these provisions operate at pp. 639-40:

réelle. Comme il conservait son jugement contre son débiteur pour la partie d'icelui qui n'avait pas été acquittée par le prix d'adjudication, il exerçait son recours sur les autres biens de son débiteur.

<sup>a</sup> Souvent, il réussissait à revendre l'immeuble à un prix beaucoup plus élevé que celui de son adjudication, et réalisait ainsi un profit appréciable aux dépens de son débiteur.

<sup>b</sup> Cette manière d'agir avait pour conséquence de faire percevoir au créancier un taux d'intérêt parfois fabuleux aux dépens de son débiteur, qui, néanmoins, devait lui payer en plus, avec intérêt, la balance de sa créance.

<sup>c</sup> C'est à cet état de chose que le législateur a voulu remédier en édictant la présente section.

<sup>d</sup> Dans l'arrêt *Labine c. Viau*, [1942] B.R. 406, l'une des premières décisions portant sur ces dispositions, le juge Bertrand, siégeant à titre de juge *ad hoc*, a formulé les observations suivantes, à la p. 408:

<sup>e</sup> L'esprit de cette législation, qui remonte à 1938, tient à la préoccupation, dont ses termes portent des traces perceptibles, d'empêcher le créancier d'une hypothèque, quand l'immeuble passe par un décret du shérif, de s'en porter acquéreur pour une fraction parfois infime de sa dette, et de rester quand même créancier pour toute la différence non satisfaite ou éteinte par la collocation du créancier de l'obligation sur le produit, tout en devenant propriétaire d'un immeuble dont la valeur couvrait d'emblée le chiffre total de la redevance. La loi nouvelle a pour but d'éviter cette sorte d'enrichissement sans cause, à apparence légale.

<sup>h</sup> (Voir aussi M. Tancelin, *Des obligations: contrat et responsabilité* (4<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 494, par. 835 et 836.)

<sup>i</sup> Comme nous l'avons vu, le but de ces dispositions remédiatrices était de permettre la libération du débiteur après la vente en justice d'un bien immeuble, non plus à partir du prix d'adjudication, comme auparavant, mais à partir de la valeur réelle du bien, indépendamment de son prix de vente. Faribault, *op. cit.*, explique ainsi, aux pp. 639 et 640, les modalités d'application de ces dispositions:

[TRANSLATION] Today, the adjudication price of the immovable is not used to discharge all or part of the debt; rather, the real value of the immovable at the time of the adjudication must be applied to reduce the debt.

The legislature has also provided for the case in which the creditor-purchaser realizes a profit by reselling or exchanging the immovable, and in order to remedy this situation has decreed that if, in that transaction, the creditor receives an amount which is sufficient to discharge the debt, including principal, interest and costs, the debtor is discharged as if it had paid with its own funds.

The Quebec Court of Appeal adopted this approach in *Placements Racine Inc. v. Trust général du Canada*, [1989] R.J.Q. 2287, at p. 2291:

[TRANSLATION] In enacting these provisions, the legislature wished to provide that the hypothecary creditor could not, because of the operation of the rate of interest, find itself with the immovable in addition to a sum of money which might amount to much more than the initial amount of the claim, and the opportunity of claiming payment of a residue in addition.

Accordingly, and solely for the purposes of this kind of situation, the legislature has established specific rules, and by operation of the law itself has created a sort of fiction. When the debtor applies for discharge, being of the opinion that the immovable thus acquired is worth as much as or more than the total amount of the claim, a mechanism for evaluating the claim and the immovable is set in motion, which mechanism has its own peculiarities and applies to no other case.

The value of a particular immovable is defined in art. 1202a, para. c. *C.C.L.C.* as "its fair yielding, investment or commercial value in times of normal economic activity, regardless of its depreciation for the time being through a regional or general economic depression". Alternatively, if a creditor has resold or disposed of the property for an amount greater than its purchase price at auction, the value of the immovable will be that price, minus expenses for maintenance and improvement of the property (art. 1202b, paras. b. and c.).

Aujourd'hui, ce n'est pas le prix d'adjudication de l'immeuble qui sert à acquitter tout ou partie de la créance, mais c'est la valeur réelle de cet immeuble au moment de l'adjudication qui doit être appliquée en réduction de la dette.

Le législateur a également prévu le cas où le créancier adjudicataire réaliserait un profit en revendant ou en échangeant l'immeuble, et, pour y remédier, décrété que si dans cette transaction, le créancier reçoit un montant suffisant pour acquitter sa créance en capital, intérêt et frais, le débiteur est libéré comme s'il l'avait payée avec ses propres deniers.

La Cour d'Appel du Québec a adopté cette même façon de voir dans l'arrêt *Placements Racine Inc. c. Trust général du Canada*, [1989] R.J.Q. 2287, à la p. 2291:

Le législateur, en adoptant ces dispositions, a voulu que le créancier hypothécaire ne se retrouve pas, à cause du jeu du taux d'intérêt, avec l'immeuble en plus d'une somme d'argent qui peut représenter beaucoup plus que le montant initial de la créance et avec, au surplus, la possibilité de réclamer un solde.

Il a donc, pour les seules fins de ce genre de situation, établi des règles particulières et créé, par le fait même de la loi, une sorte de fiction. Au moment de la demande de libération que fait le débiteur qui est d'avis que l'immeuble ainsi acquis vaut autant ou plus que le montant total de la créance, se met en branle un mécanisme d'évaluation pour la créance et pour l'immeuble qui a ses particularités et ne s'applique à aucun autre cas.

La valeur d'un immeuble donné est définie à l'al. c. de l'art. 1202a *C.c.B.-C.* comme étant «sa valeur équitable de rendement, de placement ou de commerce en temps d'activité économique normale, sans égard à sa dépréciation passagère par suite d'une crise économique régionale ou générale». Subsidiairement, lorsque le créancier a revendu l'immeuble, ou en a disposé pour une somme supérieure au prix de l'adjudication, la valeur de l'immeuble sera ce prix, moins les dépenses d'entretien et d'amélioration dudit immeuble (al. b. et c. de l'art. 1202b).

Since the provisions of arts. 1202a et seq. C.C.L.C. constitute remedial legislation, courts have generally adopted a large and liberal interpretation of them. In the words of Chouinard J.A. in *Placements Racine*, supra, at p. 2289:

[TRANSLATION] The legislature has created a corrective mechanism which it seems to me must be interpreted in such a manner as to give full effect to it, and not in a restrictive manner.

It is against this background that this case must be decided.

It is clear that the remedial dispositions in question were applicable to Garcia. To guarantee the money it owed, it had hypothecated its immovable property, which the Bank seized and sold at a sheriff's sale in execution of a judgment in its favour. The Bank has since acknowledged that the product of the sale of all three immovables did totally discharge Garcia's debt towards it and accordingly released Garcia following the second sheriff's sale. Nonetheless, Garcia now seeks a declaration by the Court that it was entitled to a full discharge after the first sheriff's sale, with the consequence that the second sheriff's sale should be vacated and Garcia's developed lot returned to it.

In its inscription in appeal, Garcia asked the Court of Appeal for a declaration that the property sold at the first sheriff's sale on September 12, 1984 had a value equal or superior to Garcia's debt to the Bank, for its discharge on the basis of that first sale, and for the Court to:

[TRANSLATION] VACATE for all legal purposes the sale at law which took place on December 7, 1984 and the sheriff's sale (*décret*) relating to the said sale at law in the case cited above;

ORDER that the mis en cause Registrar make such entries or inscriptions as may be required for the purposes hereof;

RESERVE all of your applicant's rights and remedies both against the respondent, in its capacity as trustee, and against the mis en cause Federal Development Bank . . . .

Vu la nature remédiate des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C., les tribunaux en ont généralement donné une interprétation large. Pour reprendre les termes du juge Chouinard de la Cour d'appel dans l'arrêt *Placements Racine*, précité, à la p. 2289:

Le législateur a créé un mécanisme correcteur qui me semble devoir être interprété de façon à lui donner plein effet et non pas de façon restrictive.

C'est dans ce contexte qu'il nous faut trancher le présent pourvoi.

Il est manifeste que les dispositions remédiateurs en question étaient applicables à Garcia. Afin de garantir sa dette, celle-ci avait hypothéqué ses biens immeubles, que la Banque a saisis et fait vendre par le shérif en exécution du jugement rendu en sa faveur. La Banque a reconnu depuis que, de fait, le produit de la vente des trois immeubles libérait totalement Garcia de sa dette envers elle et lui a, en conséquence, accordé sa libération après la deuxième vente. Garcia demande néanmoins maintenant à la Cour de déclarer qu'elle avait droit à une libération complète après la première vente par shérif, d'annuler en conséquence le second décret et d'ordonner que lui soit rendu le lot bâti.

Dans son inscription en appel, Garcia a demandé à la Cour d'appel de déclarer que les biens vendus lors de la première vente par shérif le 12 septembre 1984 avaient une valeur égale ou supérieure à la dette de Garcia envers la Banque, d'ordonner sa libération suite à cette première vente et elle conclut ainsi:

ANNULER à toutes fins que de droit la vente en justice intervenue le 7 décembre 1984 et le décret relatif à ladite vente dans la cause précitée;

ORDONNER au Régistrateur mis en cause d'effectuer les entrées et inscriptions nécessaires aux fins des présentes;

RÉSERVER à votre requérante tous ses droits et recours aussi bien contre l'intimée es-qualité de fiduciaire que contre la mise en cause Banque Fédérale de Développement. . .

In Garcia's factum before that same court, however, it sought slightly different conclusions with respect to the second sheriff's sale. In addition to asking that it be discharged on the basis of the first sheriff's sale, or, in the alternative, upon payment of the difference between the value of the property sold at that sale and the amount of Garcia's debt to the Bank, Garcia requested the court to:

[TRANSLATION] Reserve to the appellant all its rights and remedies against the respondents arising out of the second judicial sale on December 7, 1984, when it was declared to be the vendor of the immoveable described as follows:

[description of property sold at second sale]

which sale was effected when the appellant had been discharged and for all legal purposes owed nothing to the respondents.

Three questions arise which bear on Garcia's right. First, was the value of the property sold at the first sheriff's sale sufficient to satisfy the judgment in its totality? The trial judge rejected Garcia's request for discharge, because, according to his calculations, the value of the property sold at the first sheriff's sale was insufficient to satisfy the debt owing to the Bank. The Court of Appeal reversed, finding that the trial judge had erred in his valuation by deducting an amount of \$50,000 from the value of the land (at pp. 927-28):

[TRANSLATION] Garcia argues that the \$50,000 duplicates the price of \$0.20 per square foot for the swamp and wetlands, and that, accordingly, it should not have been deducted from the total value.

This is correct. The unit costs take into account the disadvantages of the lot and reflect, in relation to the prices of the land which may immediately be developed, what it will cost to bring this land to the same level of development as the rest. Moreover, the trial judge found the fact that fill would be required on some parts of the land to be a limitation. The evidence is to the contrary. Contractors pay to dump fill at this location.

Toutefois, dans le mémoire qu'elle a présenté à cette même cour, Garcia a légèrement modifié ses conclusions concernant le second décret. En plus de demander sa libération suite à la première vente, ou, subsidiairement, sur paiement de la différence entre la valeur des immeubles vendus lors de cette vente et le montant de sa dette envers la Banque, Garcia a demandé à la cour de:

Réserver à l'appelante tous ses droits et recours contre les intimées résultant de la seconde vente judiciaire du 7 décembre 1984, alors qu'elle a été déclarée adjudicatrice de l'immeuble décrit comme suit:

[désignation de l'immeuble adjugé lors de la deuxième vente]

laquelle a été effectuée alors que l'appelante était libérée et ne devait à toutes fins que de droit rien aux intimées.

Trois questions se posent relativement au droit qu'invoque Garcia. En premier lieu, la valeur des immeubles adjugés lors de la première vente par shérif était-elle suffisante pour qu'il soit satisfait au jugement dans sa totalité? Le juge de première instance a rejeté la requête en libération de Garcia parce que, d'après ses calculs, la valeur des immeubles adjugés lors de la première vente par shérif était insuffisante pour désintéresser la Banque de sa créance. La Cour d'appel a infirmé ce jugement, estimant que le juge de première instance avait commis une erreur d'évaluation en déduisant la somme de 50 000 \$ de la valeur du terrain (aux pp. 927 et 928):

Garcia prétend que le montant de 50 000 \$ fait double emploi avec le prix de 0,20 \$ du pied carré pour les marécages et terrains mous et que, en conséquence, il ne devrait pas être déduit de la valeur totale.

Ceci est exact. Les coûts unitaires tiennent compte des désavantages du terrain et reflètent, en regard des prix du terrain immédiatement bâtissable, ce qu'il en coûtera pour amener ce terrain au même niveau d'exploitation que le reste. De plus, le premier juge a retenu comme contrainte le fait que du remplissage était nécessaire sur certaines parties du terrain. Or, la preuve dit le contraire. Les entrepreneurs payent pour déverser du matériel de remplissage à cet endroit.

Accordingly, the \$50,000 should not be deducted. The value of the land which was the subject of the first sale was therefore sufficient to discharge Garcia.

Since the Bank has not appealed this finding by the Court of Appeal, and the issue was neither raised nor discussed before us, we must assume that Garcia had a right to claim its release after the first sheriff's sale.

However, and this is the second question, could Garcia seek its release in face of its waiver not only renouncing such right, but also acknowledging in advance that the value of the property to be sold would be the price of adjudication? While the trial judge did not discuss this issue, given his negative answer to the first question, the majority of the Court of Appeal came to the conclusion that such waiver was null and void in the circumstances and, accordingly, that Garcia was free to pursue its claim.

Leaving aside for the moment the third question, i.e., the issue of *res judicata* to which I will return later, the question here is whether arts. 1202a et seq. C.C.L.C. are provisions of public order and, if so, whether they can be waived.

#### Public Order

Legislators have increasingly recognized that complete contractual freedom, premised on the notion of equality of parties, may be a cause of injustice to some. Moreover, adhesion contracts, the terms of which are not usually open to negotiation, have proliferated. Jacques Ghestin summarized the situation in his comparative study of Quebec and French law, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français* (1982), at p. 7:

[TRANSLATION] Of course, there are still contracts of the classical type, contracts similar to those which existed in 1804. However, most contracts today are of a new type which we might describe by pointing out, first,

En conséquence, il n'y a pas lieu de déduire la somme de 50 000 \$. La valeur du terrain qui a fait l'objet de la première vente était donc suffisante pour libérer Garcia.

La Banque ne s'étant pas pourvue contre cette conclusion de la Cour d'appel, et la question n'ayant été ni soulevée ni débattue devant nous, il nous faut présumer que Garcia avait le droit de demander sa libération par suite de la première vente par shérif.

Cependant, et c'est là la deuxième question, Garcia pouvait-elle demander sa libération compte tenu de l'entente par laquelle non seulement elle renonçait à ce droit, mais reconnaissait à l'avance que la valeur des biens devant être vendus serait le prix de l'adjudication? Bien que le juge de première instance n'ait pas examiné cette question, vu sa réponse négative à la première question, les juges formant la majorité de la Cour d'appel sont arrivés à la conclusion qu'une telle renonciation était nulle dans les circonstances et que Garcia pouvait donc faire valoir sa demande.

Si l'on excepte pour le moment la troisième question, c.-à-d. celle de la chose jugée sur laquelle je reviendrai, la question qui se pose en l'espèce est de savoir si les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. sont d'ordre public et si, dans l'affirmative, on peut y renoncer.

#### L'ordre public

Les législateurs reconnaissent de plus en plus que la liberté contractuelle complète, fondée sur la notion d'égalité des parties, peut, dans certains cas, être une cause d'injustice. On assiste par ailleurs à la prolifération des contrats d'adhésion, dont les termes ne sont habituellement pas négociables. Jacques Ghestin a résumé ainsi la situation dans son étude comparative des droits québécois et français, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français* (1982), à la p. 7:

Bien sûr, il continue d'exister des contrats de type classique, des contrats semblables à ceux qui existaient en 1804. Mais la plupart des contrats sont aujourd'hui d'un type nouveau que l'on peut caractériser en insistant



the actual aspects of inequality between the contracting parties, and second, the standardization of contracts.

Unequal bargaining power means that some parties are in no position to negotiate more favourable conditions and they are at times forced to accept unfavourable contractual conditions dictated by their more powerful counterparts, conditions which expose them to unduly harsh penalties in case of default. In the words of Professor P.-A. Crépeau in his article, "Contrat d'adhésion et contrat type", in *Mélanges Louis Baudouin* (1974), 67, at p. 71:

[TRANSLATION] While the phenomenon of the standardization of contractual relations which is a characteristic of the consumer society may, according to some observers, offer a number of advantages, not only for the producer or contractor, but also for the consumer, it is nonetheless open to, and in fact has often provided the opportunity for abuse on the part of the stronger party, who exploits its position of economic or social superiority in order to impose a draconian scheme, and sometimes a state of veritable bondage, on the weaker party.

This erosion of particularised contracts and equality of bargaining parties, and the effects resulting from these phenomena, have attracted attention both in Quebec and in France. Besides Ghestin and Crépeau, see P. Azard, "Le contrat d'adhésion" (1960), 20 *R. du B.* 337; G. Trudel, "Des frontières de la liberté contractuelle", and A. Popovici, "Les contrats d'adhésion: un problème dépassé?", both in *Mélanges Louis Baudouin*, *supra*, 217 and 161 respectively, and, more recently, R. Jukier's comment entitled "*Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.): Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law" (1992), 37 *McGill L.J.* 221, at pp. 240-41, as well as another scholarly work, M. Coipel, "La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile" (1990), 24 *R.J.T.* 485. Some of the cases which have referred to the phenomenon include *Ocean Accident & Guarantee Corp. v. Air Canada*, [1975] R.P. 193 (C.A.), and *Venne v. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880. In France, this pattern was commented

d'abord sur les aspects actuels de l'inégalité des parties contractantes et ensuite sur la standardisation des contrats.

L'inégalité des contractants signifie que certaines parties ne sont pas en mesure de négocier des conditions favorables et se voient parfois forcées d'accepter les conditions que dicte la contrepartie forte, s'exposant ainsi, en cas de défaut, à des pénalités d'une sévérité excessive. Pour reprendre les mots du professeur P.-A. Crépeau dans son article «Contrat d'adhésion et contrat type», dans *Mélanges Louis Baudouin* (1974), 67, à la p. 71:

Le phénomène de la standardisation des relations contractuelles, manifestation caractéristique de la société de consommation, s'il peut, au témoignage de plusieurs rapporteurs, comporter de nombreux avantages, non seulement à l'égard du producteur ou de l'entrepreneur, mais également à l'égard du consommateur, est néanmoins susceptible et de fait a souvent été l'occasion d'un abus de la part du contractant fort qui, profitant de l'état de supériorité économique ou sociale où il se trouve, impose à la partie faible un régime draconien, parfois même un véritable asservissement.

Cette érosion des contrats individualisés et de l'égalité des parties contractantes, et les effets qui en résultent, ont retenu l'attention des auteurs, tant au Québec qu'en France. Outre Ghestin et Crépeau, voir P. Azard, «Le contrat d'adhésion» (1960), 20 *R. du B.* 337; G. Trudel, «Des frontières de la liberté contractuelle», et A. Popovici, «Les contrats d'adhésion: un problème dépassé?», tous deux dans *Mélanges Louis Baudouin*, *op. cit.*, 217 et 161 respectivement, et plus récemment, le commentaire de R. Jukier intitulé «*Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.): Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law» (1992), 37 *R.D. McGill* 221, aux pp. 240 et 241, ainsi qu'une autre étude de M. Coipel, «La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile» (1990), 24 *R.J.T.* 485. Parmi les arrêts qui ont mentionné le phénomène, on peut citer *Ocean Accident & Guarantee Corp. c. Air Canada*, [1975] R.P. 193 (C.A.), et *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880. En France, ce phénomène a été commenté par

upon by L. Josserand, "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats" (1937), 36 *Rev. trim. dr. civ.* 1, at pp. 3-5, 8-12; G. Farjat, *L'ordre public économique* (1963), at p. 118; G. Couturier, "L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve", in *Études offertes à Jacques Flour* (1979), 95, and by M. Gégout, "Ordre public et bonnes mœurs", in *Juris-classeur civil*, Art. 6, fasc. 1, at pp. 3-4.

In response to these developments, legislators have enacted laws which seek to restore the level playing-field for contracting parties and specifically to protect weaker contractants. Unlike most of the original provisions of the *Civil Code of Lower Canada*, which serve merely to supplement contractual terms and which may be waived by contracting parties, such remedial legislation is imperative, so that it applies to all contracts, even those inconsistent with it. Pierre Ciotola writes in "Aperçu des conditions illicites et immorales" (1970), 72 *R. du N.* 315, 407, at pp. 418-19:

[TRANSLATION] Recent legislation reveals the legislature's concern with ensuring that the rights of the debtor are protected. A debtor in difficult but transitory circumstances will not be completely unprotected in the face of a creditor's greed. . . . Faced with exorbitant contractual terms which have really become standard form in contracts of warranty, the legislature has intervened either by prohibiting such exorbitant terms or by regulating how they may be exercised, out of a desire to protect the debtor. The rule of contractual freedom gives way to the need for social and economic measures. [Emphasis added.]

Doctrine in both France and Quebec has recently classified this type of law as one of economic protective public order. In France, Jean Carbonnier, *Droit civil*, vol. 4, *Les obligations* (15th ed. 1991), No. 70, at p. 141, first distinguished between political and economic public order, the former being the classical notion of public order, the latter being of more recent vintage, and further divisible into protective and directive economic public order; see also J. Ghestin, *Traité de droit civil*, vol. 2, *Les obligations—Le contrat: formation* (2nd ed. 1988), at pp. 106-8, 114-16. In

L. Josserand dans «Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats» (1937), 36 *Rev. trim. dr. civ.* 1, aux pp. 3 à 5 et 8 à 12; G. Farjat, *L'ordre public économique* (1963), à la p. 118; G. Couturier, «L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve», dans *Études offertes à Jacques Flour* (1979), 95, ainsi que par M. Gégout, «Ordre public et bonnes mœurs», in *Juris-classeur civil*, Art. 6, fasc. 1, aux pp. 3 et 4.

En réponse à cette évolution, les législateurs ont édicté des lois visant à restaurer l'égalité entre les parties contractantes et en particulier à protéger les contractants faibles. Contrairement à la plupart des dispositions originelles du *Code civil du Bas-Canada*, qui ne s'appliquaient qu'à titre supplétif et au bénéfice desquelles les parties pouvaient renoncer, ces lois sont impératives, de sorte qu'elles s'appliquent à tous les contrats, même s'il y a incompatibilité. Pierre Ciotola écrit ceci dans «Aperçu des conditions illicites et immorales» (1970), 72 *R. du N.* 315, 407, aux pp. 418 et 419:

Les législations récentes révèlent le souci du législateur de veiller à la sauvegarde des droits du débiteur. Le débiteur, en raison de circonstances difficiles mais passagères, ne se trouve pas complètement démuné face à l'avidité de son créancier. [. . .] Face à des stipulations conventionnelles exorbitantes et devenues de véritables clauses de style dans les contrats de sûretés, le législateur intervient, soit en prohibant ces dispositions exorbitantes, soit en réglementant leur modalité d'exercice, dans un désir de protection du débiteur. L'autonomie consacrée en matière conventionnelle cède face aux nécessités de mesures sociales et économiques. [Je souligne.]

En France comme au Québec, la doctrine a récemment classé ce type de lois dans la catégorie des lois dites d'ordre public économique de protection. En France, Jean Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations* (15<sup>e</sup> éd. 1991), n<sup>o</sup> 70, à la p. 141, fait d'abord la distinction entre l'ordre public politique et l'ordre public économique, le premier étant la notion classique de l'ordre public et le second, d'origine plus récente, pouvant se subdiviser en ordre public économique de protection et ordre public économique de direction; voir aussi J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. 2, *Les obliga-*

Quebec, the distinction between political and economic public order has been adopted by Professors Jean-Louis Baudouin, *Les obligations* (3rd ed. 1989), Nos. 83-88, at pp. 80 *et seq.*, and Jean Pineau and Danielle Burman, *Théorie des obligations* (2nd ed. 1988), No. 120, at pp. 172-75.

Pierre-André Côté, for his part, in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), distinguishes between classical laws of public order and this more modern breed of legislation (at p. 208):

There are different categories of public order statutes or provisions. It is not surprising that those enacted exclusively in the public interest cannot be waived by an individual, because such laws were not passed in his interest.

But other statutes, at least at first glance, appear to have been enacted exclusively in the interest of certain members of society. This is the case with “protective” statutes, because they benefit members of society considered particularly vulnerable, for one reason or another. Although apparently enacted only in the interest of those whom they protect, such laws have often been considered of public interest, and as a result not subject to waiver.

While the best example of this type of law involves consumer protection, the category also includes legislation establishing licensing requirements and professional qualifications, labour laws and labour standards acts, and landlord-tenant legislation.

This Court has long since recognized that laws enacted for the protection of a particular group may be of public order, even in the absence of a specific reference by the legislator. For example, in *Pauzé v. Gauvin*, [1954] S.C.R. 15, this Court determined that the *Architects Act*, R.S.Q. 1941, c. 272, was such legislation because, although it was enacted primarily for the benefit of architects, it also served to protect the public at large from

*tions—Le contrat: formation* (2<sup>e</sup> éd. 1988), aux pp. 106 à 108 et 114 à 116. Au Québec, la distinction entre l'ordre public politique et l'ordre public économique a été adoptée par les professeurs Jean-Louis Baudouin, *Les obligations* (3<sup>e</sup> éd. 1989), nos 83 à 88, aux pp. 80 et suiv., et Jean Pineau et Danielle Burman, *Théorie des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 1988), n<sup>o</sup> 120, aux pp. 172 à 175.

<sup>b</sup> Dans son livre *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), Pierre-André Côté, pour sa part, établit une distinction entre les lois d'ordre public traditionnelles et ces lois de type nouveau (aux pp. 231 et 232):

<sup>c</sup> Parmi les lois ou les dispositions d'ordre public, on peut distinguer celles qui sont adoptées exclusivement dans l'intérêt général de la société: il est évident qu'un particulier ne peut renoncer à l'application de telles lois puisqu'elles n'ont pas été édictées en sa faveur.

<sup>d</sup> D'autres lois peuvent, à première vue, paraître avoir été édictées exclusivement à l'avantage de certains membres de la société. C'est le cas des diverses lois dites de protection, qui veulent assurer la protection des intérêts de membres de la société jugés, pour une raison ou pour une autre, particulièrement vulnérables. Des lois de ce genre, bien qu'on puisse croire qu'elles sont édictées dans le seul intérêt de ceux qu'elles entendent protéger, ont néanmoins souvent été considérées comme partiellement édictées dans l'intérêt public et, à ce titre, non susceptibles de renonciation.

<sup>e</sup> Si la protection du consommateur est peut-être le meilleur exemple de cette catégorie de lois, elle comprend également les lois établissant des exigences en matière de permis et de qualifications professionnelles, les lois concernant les relations et les normes de travail ainsi que les lois touchant le logement.

<sup>f</sup> Notre Cour reconnaît depuis longtemps que les lois édictées pour la protection d'un groupe particulier peuvent être d'intérêt public, même en l'absence de stipulation expresse. Ainsi, dans l'arrêt *Pauzé c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15, notre Cour a jugé que la *Loi des architectes*, S.R.Q. 1941, ch. 272, était une loi de cette nature car, bien qu'elle ait été édictée principalement pour le bénéfice des architectes, elle servait également à proté-

incompetent or dishonest builders. In the words of Taschereau J. at p. 19:

[TRANSLATION] Clearly, the intention quite correctly was that truly skilled professionals be made available to the public, which rightly demands that buildings be properly constructed.

Likewise, the Quebec Court of Appeal has consistently held that laws establishing professional standards are of public order, even though, in one aspect, they protect a limited group within society; see *Landry v. Cunial*, [1977] C.A. 501; *Pouliot v. Cie Trust Royal*, [1980] C.A. 157; *Belgo-Fisher (Canada) Inc. v. Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223; *Stern v. G.S.A. Management Inc.*, C.A. Montreal, No. 500-09-000485-813, December 19, 1983; *In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Biega v. Druker*, [1982] C.A. 181.

The criterion which distinguishes laws of public order from other types of laws is to be found in the public, as opposed to merely private, interest with which the legislator is concerned, as was recognized in *Mongrain v. Auger*, [1967] Que. Q.B. 332; *Brousseau v. Hamel*, [1968] Que. Q.B. 129, and *Martel v. Martel*, [1967] Que. Q.B. 805. This distinction was retained in the *Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code* (1978), vol. I, Book Five, arts. 48 and 49, as well as in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (not yet in force), arts. 1417 to 1421, in particular arts. 1417 and 1419, which read:

**1417.** A contract is absolutely null where the condition of formation sanctioned by its nullity is necessary for the protection of the general interest.

**1419.** A contract is relatively null where the condition of formation sanctioned by its nullity is necessary for the protection of an individual interest, such as where the consent of the parties or of one of them is vitiated.

Identifying laws of economic protective public order, however, is not always easy, since the absence of an explicit statement by the legislator is not determinative. Courts need not even rely upon a particular legislative provision to find a contra-

ger le public en général contre les constructeurs incompétents ou malhonnêtes. Le juge Taschereau s'est exprimé ainsi à la p. 19:

On a évidemment avec raison voulu procurer des hommes de l'art réellement compétents au public, qui à juste titre requiert que les édifices soient convenablement construits.

De même, la Cour d'appel du Québec a jugé de façon constante que les lois établissant des normes professionnelles sont d'ordre public bien qu'en un sens elles protègent un groupe restreint au sein de la société; voir *Landry c. Cunial*, [1977] C.A. 501, *Pouliot c. Cie Trust Royal*, [1980] C.A. 157, *Belgo-Fisher (Canada) Inc. c. Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223, *Stern c. G.S.A. Management Inc.*, C.A. Montréal, n° 500-09-000485-813, le 19 décembre 1983, *In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Biega c. Druker*, [1982] C.A. 181.

Le critère qui distingue les lois d'ordre public des autres types de lois réside dans l'intérêt public, plutôt que simplement privé, dont se soucie le législateur, comme on l'a reconnu dans *Mongrain c. Auger*, [1967] B.R. 332, *Brousseau c. Hamel*, [1968] B.R. 129, et *Martel c. Martel*, [1967] B.R. 805. Cette distinction a été retenue dans le *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil* (1978), vol. I, livre cinquième, art. 48 et 49, ainsi que dans le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (pas encore en vigueur), art. 1417 à 1421, notamment les art. 1417 et 1419 qui se lisent ainsi:

**1417.** La nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général.

**1419.** La nullité d'un contrat est relative lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection d'intérêts particuliers; il en est ainsi lorsque le consentement des parties ou de l'une d'elles est vicié.

L'absence de stipulation expresse n'étant pas déterminante, il n'est pas toujours facile de décider quelles sont les lois qui relèvent de l'ordre public économique de protection. Les tribunaux ne sont pas même tenus de s'appuyer sur une disposition

vention of public order, as Baudouin, *supra*, remarks at p. 81:

[TRANSLATION] Most of the time, the legislature intervenes directly to establish what is a matter of public order. Sometimes there is even an explicit statement in the statutory or regulatory provision that it is of public order; sometimes it indicates that there can be no contractual derogation from the rule, and that any such derogation will be null. Sometimes, on the contrary, the legislature clearly indicates that it is left to the parties themselves to settle the question and that the rule that is set out will apply only to supplement their agreement. . . . In other cases, finally, the formula used does not directly suggest that the statute is truly imperative. It is then for the courts to determine the legislative intention and to decide whether the provisions should be treated as being of public order, that is, to determine whether they are *imperative* provisions or merely *supplement* the will of the parties. [Emphasis added; italics in original.]

Similarly, these comments by Gégout, *supra*, have as much application in Quebec as in France (at p. 4):

[TRANSLATION] However, if the statute is silent as to whether it is of public order, that does not mean that it does not involve public order. It may do so, regardless of the words used, by virtue of its importance in the organization of society or in a branch of legal activity. There are not only laws of public order, but, as article 6 states, laws "which concern" public order and which create a sort of virtual public order. It is then for the judge, based on the statutory provision, to set the limits of this public order. [Emphasis added.]

See also A. Perrault, "Ordre public et bonnes mœurs" (1949), 9 *R. du B.* 1, at p. 4, and Pineau and Burman, *supra*, at p. 175.

In the case at bar, arts. 1202a et seq. C.C.L.C. are framed in facultative language, and it could be argued that they protect only a very limited group in very particular circumstances. In my opinion, however, the Court of Appeal was correct in concluding that these provisions were enacted in the public interest, and are hence imperative.

législative particulière pour conclure qu'il y a eu contravention à l'ordre public, comme le fait remarquer Baudouin, *op. cit.*, à la p. 81:

a La plupart du temps, c'est le législateur qui intervient directement pour dire ce qui est d'ordre public. Parfois on trouve dans le texte législatif ou réglementaire même la mention expresse que la disposition prévue par lui est d'ordre public; parfois il indique qu'il ne souffrira aucune dérogation contractuelle à la règle, à peine de nullité. Parfois le législateur, au contraire, indique clairement qu'il laisse aux parties elles-mêmes le soin de régler la question et que la règle qu'il édicte ne s'appliquera qu'à titre supplétif [. . .] Dans d'autres espèces b enfin, la formulation utilisée ne laisse pas directement soupçonner le caractère véritablement impératif de la loi. Les tribunaux ont alors la tâche de rechercher l'intention législative et de décider s'il convient de donner aux textes un caractère d'ordre public, c'est-à-dire de déterminer s'il s'agit d'une disposition impérative ou c seulement supplétive de volonté. [Je souligne.] d

e De même, les observations suivantes de Gégout, *loc. cit.*, s'appliquent tant au Québec qu'en France (à la p. 4):

Mais, si la loi est muette sur son caractère d'ordre public, cela ne veut pas dire qu'elle ne le comporte pas. Elle peut le faire, indépendamment des formules employées, en raison de son importance dans l'organisation sociale ou dans une branche de l'activité juridique. Il n'y a pas seulement des lois d'ordre public, mais, comme le dit l'article 6, des lois «qui intéressent» l'ordre public et qui créent une sorte d'ordre public virtuel. C'est au juge qu'il appartient alors, en s'appuyant sur un texte, de fixer les limites de cet ordre public. [Je souligne.]

h Voir également A. Perrault, «Ordre public et bonnes mœurs» (1949), 9 *R. du B.* 1, à la p. 4, ainsi que Pineau et Burman, *op. cit.*, à la p. 175.

i Pour revenir à notre affaire, les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. sont rédigés en termes facultatifs et on pourrait soutenir qu'ils ne protègent qu'un groupe très limité dans des circonstances très particulières. À mon avis, toutefois, c'est à juste titre que la Cour d'appel a conclu que ces dispositions ont été édictées dans l'intérêt public et qu'elles sont, par conséquent, impératives.

First, it can be inferred that, in enacting this law, the legislator intended not only to protect a limited group, but to promote the economic health of society in general. The nefarious practices of certain creditors, which arts. 1202a et seq. C.C.L.C. were meant to check, harmed not only their unfortunate debtors, but also by implication the larger economic order in Quebec. To reiterate Faribault's comments, *supra*, at p. 639:

[TRANSLATION] By adding this section to the code in 1947, by II Geo. VI, c. 71, the legislature wished to put an end to an abuse which, as it spread, was threatening to become a genuine disaster. [Emphasis added.]

Or, as Tancelin, *supra*, noted at p. 494, para. 835:

[TRANSLATION] This legislation [arts. 1202a et seq. C.C.L.C.] is part of a line of remedial measures necessitated by the absence of a reasonable limit on contractual freedom, particularly in article 1012 C.C., which makes it possible to stipulate unconscionable and usurious clauses in financing contracts, such as a giving in payment clause.

Moreover, the provisions of arts. 1202a et seq. C.C.L.C. are consistent with other laws of public order which have been enacted in recent years for the protection of debtors. For example, arts. 1040a et seq. C.C.L.C. provide that creditors may not, without notice, seize immovable property used to secure a debt, and that courts may intervene to reduce the amount of a debt if it is excessive and its operation is "harsh and unconscionable". Although, as Vallerand J.A. pointed out, art. 1040e C.C.L.C. specifically states that these provisions are of public order, the legislator's silence in this respect in arts. 1202a et seq. C.C.L.C. is not an obstacle to a judicial finding that the provisions were enacted for public order.

More importantly, though, if the provisions of arts. 1202a et seq. C.C.L.C. are to have any effect, they must be imperative. The reality of the relationship between creditor and debtor is such that the terms of a loan are often standard and are dictated by the lender, becoming real adhesion con-

En premier lieu, on peut présumer qu'en édictant cette loi, le législateur voulait non seulement protéger un groupe limité de personnes mais aussi promouvoir le bien-être économique de la société en général. Les pratiques abusives de certains créanciers, auxquelles les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. visaient à mettre fin, ne nuisaient pas uniquement à leurs débiteurs infortunés, mais aussi, par ricochet, à l'ordre économique du Québec dans son ensemble. Pour reprendre le commentaire de Faribault, *op. cit.*, à la p. 639:

En ajoutant au code cette section en 1947, par la loi II George VI, chapitre 71, le législateur a voulu mettre fin à un abus, qui menaçait, en s'étendant, de devenir une véritable calamité. [Je souligne.]

Ou, comme le souligne Tancelin, *op. cit.*, à la p. 494, par. 835:

Cette législation [les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C.] s'inscrit dans la ligne des mesures curatives nécessitées par l'absence de limite raisonnable à la liberté contractuelle dans l'article 1012 C.c. notamment, qui permet de stipuler des clauses léonines et usuraires dans les contrats de financement, comme la clause de dation en paiement.

De plus, les dispositions des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. sont conformes à d'autres lois d'ordre public édictées ces dernières années pour la protection des débiteurs. Ainsi, les art. 1040a et suiv. C.c.B.-C. prévoient que les créanciers ne peuvent, sans avis, saisir les biens immeubles affectés à la garantie d'une dette, et que les tribunaux peuvent intervenir pour réduire le montant d'une dette lorsqu'elle est excessive et l'opération, «abusive et exorbitante». Bien que, comme l'a souligné le juge Vallerand de la Cour d'appel, l'art. 1040e C.c.B.-C. stipule expressément que ses dispositions sont d'ordre public, le silence du législateur à cet égard aux art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. ne saurait empêcher les tribunaux de conclure qu'il s'agit de dispositions édictées à des fins d'ordre public.

Mais plus important encore, si l'on veut qu'elles aient quelque effet, les dispositions des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. doivent nécessairement être impératives. La réalité des relations entre créancier et débiteur est en effet telle que les conditions d'un prêt sont souvent standardisées et dictées par le

tracts. As Jacques J.A. pointed out, if these provisions were merely facultative, a waiver of their benefit would quickly become a standard clause in every contract of loan in Quebec (at p. 928):

[TRANSLATION] Articles 1202a et seq. of the *Civil Code*, entitled "Of the Discharge of Certain Debtors", were enacted solely for the protection of debtors.

On its very face, section VIII (arts. 1202a to 1202l) of the Code does not deal with the interpretation of contracts, nor does it simply supplement the intention of the contracting parties. It is imperative in that it creates rules for the discharge of a debtor. It would be pointless, if these rules were optional. It would not achieve its goal if that were the case. It defeats the intention of the contracting parties, even though this fact is not spelled out, but results from the text and from the nature of the right which it creates.

Section VIII therefore comprises a set of legislative provisions which are of economic and protective public order for the benefit of hypothecary debtors. [Emphasis added.]

I agree. The case at bar provides a good example of the very evil which the legislator sought to avoid and the necessity that the provisions be imperative. The Bank conceded that Garcia was released from the debt owed to it as a result of the second sheriff's sale. Had it not, and were arts. 1202a et seq. C.C.L.C. not of public order, the Bank would be under no obligation to discharge Garcia even now. It could continue to execute its judgment against Garcia for the remainder of the debt, even though the immoveables which it owns are worth more than the amount of its judgment, including interest. This, of course, would render the provisions totally ineffective, contrary to the spirit of the legislation and to the clear intent of the legislator.

For these reasons, I am of the view that the Court of Appeal was correct in concluding that arts. 1202a et seq. C.C.L.C. constitute a law of economic protective public order. What consequences does this entail?

prêteur, devenant ainsi des contrats d'adhésion véritables. Comme le fait remarquer le juge Jacques de la Cour d'appel, si ces dispositions étaient purement facultatives, la renonciation à leur <sup>a</sup> bénéfique deviendrait rapidement une clause type dans tous les contrats de prêt au Québec (à la p. 928):

Les articles 1202a et sqq. du *Code civil*, intitulés «De la libération de certains débiteurs», ont été adoptés pour la seule protection des débiteurs. <sup>b</sup>

À sa face même, la section VIII (art. 1202a à 1202l) du code n'est ni interprétative de contrats ni simplement <sup>c</sup> supplétive de la volonté des contractants. Elle est impérative en ce qu'elle crée un régime de libération d'un débiteur. Elle serait lettre morte si ce régime était facultatif. Elle n'atteindrait pas alors son but. Elle fait échec à la volonté des parties contractantes, même si cela n'est pas dit en toutes lettres. Cela découle du texte et de la nature du droit qu'elle crée. <sup>d</sup>

La section VIII constitue donc un ensemble de dispositions législatives d'ordre public économique de protection des débiteurs hypothécaires. [Je souligne.] <sup>e</sup>

C'est aussi mon avis. La présente instance illustre bien les abus auxquels le législateur cherchait à remédier ainsi que la nécessité de conférer aux dispositions édictées un caractère impératif. La Banque a certes admis que Garcia avait été libérée de sa dette envers elle à la suite de la deuxième vente par shérif. Mais si Garcia ne l'avait pas été, et si les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. n'étaient pas <sup>f</sup> d'ordre public, la Banque n'aurait, même aujourd'hui, aucune obligation de la libérer. Elle pourrait continuer à exécuter son jugement contre Garcia <sup>g</sup> pour le reliquat de la dette, même si les immeubles lui appartenant valent beaucoup plus que le montant de ce jugement, intérêts compris. De toute évidence, les dispositions seraient ainsi rendues totalement inefficaces, contrairement à l'esprit de la loi et à l'intention manifeste du législateur. <sup>h</sup>

Pour ces motifs, je suis d'avis que la Cour d'appel a eu raison de conclure que les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. constituent des dispositions d'ordre public économique de protection. Or, quelles conséquences cette conclusion entraîne-t-elle? <sup>i</sup>

*The Waiver*

The first and most important consequence is that, in principle, one cannot waive the benefit of such public order legislation. Article 13 C.C.L.C. is quite explicit in this respect:

13. No one can by private agreement, validly contravene the laws of public order and good morals.

Whereas this is the fundamental consequence, legal writers and, more recently, courts have held that agreements which contravene protective laws give rise only to relative nullity. Baudouin, *supra*, writes (at p. 85):

[TRANSLATION] In classical doctrine and jurisprudence, the sanction which is imposed for violation of the public order in a juridical act is absolute nullity. However, the law in this area has changed. When the rule deals with protective public order, it is logical, precisely in order to ensure that the goal sought is attained, that only the party whom the rule is designed to protect may invoke such nullity. [Emphasis added.]

Ghestin, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*, *supra*, explains (at pp. 41-42):

[TRANSLATION] It is clear that if the rule is designed to protect only one of the two parties, that party alone will be authorized to bring action in nullity. This is inherent in the rules of protective public order.

Other French authors who share this view include G. Ripert, "L'ordre public et la liberté contractuelle", in *Mélanges François Gény* (1936), at p. 352; Couturier, *supra*, at p. 101; and Gégout, *supra*, fasc. 2, at p. 6. Quebec courts have applied this exception in *Belgo-Fisher (Canada) Inc. v. Lindsay*, *supra*; *Girard v. Groupe Desjardins assurances générales*, [1989] R.R.A. 153 (C.A.); *Pomerleau v. 2319-8419 Québec Inc.*, [1989] R.J.Q. 137 (Sup. Ct.); *Gélinas v. Caisse populaire de St-Sévère*, [1990] R.R.A. 566 (Sup. Ct.), and *Letellier v. Century 21 Citadelle Ltée*, [1990] R.D.I. 42 (Sup. Ct.).

*La renonciation*

La première et la plus importante conséquence est qu'on ne peut, en principe, renoncer au bénéfice d'une loi d'ordre public. L'article 13 C.c.B.-C. est très explicite à cet égard:

13. On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Bien qu'il s'agisse là de la conséquence fondamentale, la doctrine et, plus récemment, les tribunaux ont estimé que les ententes dérogeant à des lois de protection ne donnent ouverture qu'à une nullité relative. Baudouin, *op. cit.*, écrit (à la p. 85):

Dans la doctrine et la jurisprudence classiques, la sanction qui s'impose à la violation de l'ordre public dans un acte juridique est la nullité absolue. Toutefois, le droit sur ce plan a évolué. Lorsque la règle touche l'ordre public de protection, il est logique, pour précisément assurer la réussite du but poursuivi, que seul celui que la règle a pour but de protéger puisse invoquer la nullité. [Je souligne.]

Ghestin explique dans *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*, *op. cit.*, aux pp. 41 et 42:

Il est clair que si la règle ne vise qu'à protéger une seule des deux parties, c'est seulement cette partie-là qui sera autorisée à agir en nullité. Ceci est propre aux règles d'ordre public de protection.

D'autres auteurs français partagent cette opinion, dont G. Ripert, «L'ordre public et la liberté contractuelle», dans *Mélanges François Gény* (1936), à la p. 352; Couturier, *loc. cit.*, à la p. 101, et Gégout, *loc. cit.*, fasc. 2, à la p. 6. Les tribunaux québécois ont reconnu cette exception dans *Belgo-Fisher (Canada) Inc. c. Lindsay*, précité, *Girard c. Groupe Desjardins assurances générales*, [1989] R.R.A. 153 (C.A.), *Pomerleau c. 2319-8419 Québec Inc.*, [1989] R.J.Q. 137 (C.S.), *Gélinas c. Caisse populaire de St-Sévère*, [1990] R.R.A. 566 (C.S.), et *Letellier c. Century 21 Citadelle Ltée*, [1990] R.D.I. 42 (C.S.).



The party whom the legislation seeks to protect may thus waive or renounce its benefit, and I agree with Vallerand J.A. when he writes at p. 931:

[TRANSLATION] These provisions are indisputably an impediment to contractual freedom. The scope of application must therefore not be extended beyond what is necessary to accomplish the purposes of the legislation, to ensure that the weaker party is protected precisely when it is in a position of weakness. To go any further would be to risk preventing the debtor from deriving a benefit from a derogation which might at that specific moment appear to be to its advantage.

The question here is not so much whether such dispositions can be waived but rather the moment at which such waiver is permissible in order to achieve the purpose of the law. According to Vallerand J.A., a waiver may be invalid when given at the time of signing the original deed of loan, but valid where contained in a subsequent agreement which benefits one or both parties and was freely negotiated by them. The majority favoured a more restrictive approach.

The general rule is that a valid waiver can only be given after the party, in whose favour the law has been enacted, has acquired the right created under the legislation. It is then, and only then, that the weaker party, such as the debtor in this case, can make an enlightened choice between the protection afforded by the law, and some advantage that it may derive from the other party in exchange for its waiver of that protection, as Gégout, *supra*, observes at fasc. 2, at p. 10:

[TRANSLATION] . . . the increasingly frequent appearance of protective rules in economic public order has brought about a great increase in the number of cases in which the parties may waive a rule of public order which is enacted solely in their interest. However, there must be agreement as to the scope of this assertion: protective public order operates to ensure that the weaker contracting party has full freedom against the stronger party; it would completely miss its mark if the protected person could waive it at the time the contract is

La partie que la loi vise à protéger peut donc renoncer à son bénéfice et je suis d'accord avec le juge Vallerand de la Cour d'appel lorsqu'il écrit à la p. 931:

*a* Ces dispositions sont indiscutablement une entrave à la liberté de contracter. On ne doit donc en étendre le champ d'application qu'à ce qui est nécessaire pour rejoindre les fins de la loi, pour assurer la protection du faible lorsque précisément il est en position de faiblesse. *b* Aller plus loin, c'est risquer d'empêcher que le débiteur trouve son profit à une dérogation qui, ponctuellement, paraîtrait devoir l'avantager.

*c* La question qui se pose en l'espèce n'est pas tant de savoir si l'on peut renoncer à ces dispositions, mais plutôt à quel moment une telle renonciation est permise en conformité avec le but poursuivi par la loi. Selon le juge Vallerand, la renonciation pourrait être invalide si elle était faite au moment de la signature du contrat originel de prêt, mais valide si elle intervient subséquemment *d* au profit d'une des parties ou des deux, par suite d'une entente librement négociée. La majorité a cependant préféré s'en tenir à une conception plus restrictive.

*f* La règle générale veut que la renonciation ne soit valide que si elle intervient après que la partie, en faveur de laquelle la loi a été édictée, a acquis le droit qui découle de cette loi. C'est alors, et alors seulement, que la partie la plus faible, tel le débiteur en l'espèce, peut faire un choix éclairé entre la protection que la loi lui accorde et les avantages qu'elle compte obtenir de son cocontractant en échange de la renonciation à cette protection, *g* comme l'explique Gégout, *loc. cit.*, fasc. 2, à la p. 10:

. . . l'apparition de plus en plus fréquente de règles de protection dans l'ordre public économique a multiplié les cas où les parties peuvent renoncer à un ordre public édicté dans leur seul intérêt. Mais il faut s'entendre sur la portée de cette affirmation: l'ordre public protecteur intervient pour assurer l'entière liberté du contractant le plus faible contre le contractant le plus fort; il manquerait complètement son but si la personne protégée pouvait y renoncer au moment où elle contracte. [ . . . ] Il faut qu'en toute connaissance de cause, au moment où la

made. . . . The person affected must, with full knowledge, at the time when the protection is to take effect, no longer be at risk of being subject to pressure from its adversary.

This is why the waiver of a legal protection of public order can be contemplated only in respect of acquired rights. The law does not impose rights on individuals, but makes it possible for them to acquire rights; it does not prohibit waiver of a right which is not yet choate; the only condition for a waiver of such rights to be valid is that the conditions in which they may be acquired have been fulfilled. [Emphasis added.]

Couturier, *supra*, also emphasizes the continuing need for protection of the party in the inferior bargaining position, right up to the time that the right is acquired (at p. 106):

[TRANSLATION] However, the rules which come under protective public order are not merely imperative: they are designed to protect a contracting party who is placed in an inferior position; because the aim is to protect that party against foreseeable weaknesses in its own agreement, it could not be permitted to renounce the legal protection: to do so would be to destroy that very protection. So long as the inferior position which explains and justifies the intervention of the legislature persists, any waiver of the benefit of the law, even when it bears on acquired rights, would appear to infringe the requirements of protective public order. [Emphasis added.]

Or, as Ghestin, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français, supra*, at p. 42, remarks:

[TRANSLATION] Finally, it is logical, in a situation involving protective public order, to authorize the person who was protected to waive such protection, but on condition that it be done when the protection is no longer necessary. [Emphasis added.]

To conclude on this point, one may waive a provision of economic protective public order since its breach results in relative nullity only. Due to the very nature of the protection afforded, however, such waiver is only valid when given after the right has been acquired and not before. In my view, Jacques J.A. correctly stated the law when he wrote at p. 929:

protection doit produire ses effets, l'intéressé ne risque plus de subir les pressions de son adversaire.

<sup>a</sup> C'est pourquoi la renonciation à une protection légale d'ordre public ne peut se concevoir que pour des droits acquis. La loi n'impose pas de droits aux individus, mais leur permet de les acquérir; elle n'interdit que la renonciation à un droit qui n'est pas encore né; la seule condition de validité de la renonciation à ces droits est l'accomplissement de leurs conditions d'acquisition. [Je souligne.]

<sup>c</sup> Couturier, *loc. cit.*, souligne lui aussi la nécessité d'assurer la protection constante du contractant placé dans une situation d'infériorité, et ce, jusqu'à ce que le droit lui soit acquis (à la p. 106):

<sup>d</sup> Mais les règles ressortissant à l'ordre public de protection ne sont pas seulement impératives, elles visent à protéger un contractant placé dans une situation d'infériorité; comme il s'agit de le prémunir contre les faiblesses prévisibles de son propre consentement, on ne saurait lui permettre d'abdiquer la protection légale: ce serait ruiner cette protection même. Tant que subsiste la situation d'infériorité qui explique et justifie l'intervention du législateur, la renonciation au bénéfice de la loi, lors même qu'elle porterait sur des droits acquis, paraît porter atteinte aux exigences de l'ordre public de protection. [Je souligne.]

<sup>f</sup> Ou, comme le fait observer Ghestin dans *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français, op. cit.*, à la p. 42:

<sup>g</sup> Enfin, il est logique d'autoriser la personne qui était protégée, lorsqu'il s'agit d'ordre public de protection, à renoncer à cette protection, à la condition d'ailleurs qu'elle le fasse lorsque celle-ci n'est plus nécessaire. [Je souligne.]

<sup>i</sup> Pour conclure sur ce point, disons qu'il est possible de renoncer à une disposition d'ordre public économique de protection puisque sa violation n'est sanctionnée que par une nullité relative. En raison de la nature même de la protection accordée, toutefois, cette renonciation n'est valide que si elle est consentie après l'acquisition du droit et non avant. À mon avis, le juge Jacques de la Cour d'appel a correctement exposé l'état du droit lorsqu'il a écrit à la p. 929:

[TRANSLATION] It is now accepted that the party who benefits from the protection of a law of economic and protective public order may waive it. However, such waiver may not be given in advance. It may be given only when the right which the legislation grants is choate and may be exercised with full knowledge, just as, by analogy, an act of ratification of a voidable obligation must express, *inter alia*, the intention to cover the cause of the nullity (Art. 1214 C.C.). [Emphasis added.]

In the case at bar, while Garcia waived the protection of 1202a *et seq.* C.C.L.C. after it had defaulted and judgment on the balance of its debt had been rendered against it, it had not yet at that time acquired the right to ask for its discharge. The provisions here in question are not destined purely and simply to protect a debtor but rather are specifically designed to protect a debtor whose immovable property is sold at a sheriff's sale (notorious for their low sales prices) in execution of a judgment. The right to ask for a discharge arises only after a sheriff's sale has taken place. The debtor then has grounds to seek its release based on the value of the property sold. If the rationale for the protection of debtors in such circumstances is their position of weakness, surely it applies not only at the time of signing the loan, but *a fortiori* at the time of sale. Garcia's waiver, signed before any sale had taken place, was hence premature, and, given that the discharge provisions were of public order, is null.

Besides, while it may be true that Garcia obtained a concession from the Bank in return for its waiver, namely the splitting of the sheriff's sale into two, it certainly was not to its advantage to agree that the adjudication price at the first sheriff's sale was to be considered the real value of the property sold, nor to agree to waive its right to claim its discharge after that sale. While the Bank was free to make this concession, and indeed the splitting of the sale was at all times a valid subject for negotiation between the parties, the waiver obtained in return was by no means essential to the agreement. The Bank could simply have accepted or refused Garcia's request to split the sale.

Il est maintenant acquis que la partie qui bénéficie de la protection d'une loi d'ordre public économique de protection peut y renoncer. Cependant, cette renonciation ne peut être anticipée. Elle ne peut avoir lieu que lorsque le droit que cette loi accorde est né et peut être exercé en toute connaissance de cause, tout comme, par analogie, un acte de ratification d'une obligation annulable doit exprimer, entre autres, l'intention de couvrir la cause de l'annulation (art. 1214 C.C.). [Je souligne.]

En l'espèce, bien que Garcia ait renoncé à la protection des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. après avoir fait défaut et après jugement rendu sur le reliquat de sa dette, elle n'avait pas encore à ce moment acquis le droit de demander sa libération. En effet, les dispositions en cause dans la présente affaire ne sont pas destinées purement et simplement à protéger un débiteur mais visent précisément à protéger le débiteur dont le bien immeuble est vendu par le shérif (ventes notoires pour le bas prix de leurs enchères) en exécution d'un jugement. Ce n'est qu'après la vente que prend naissance le droit de demander la libération, le débiteur pouvant alors invoquer la valeur de l'immeuble vendu. Si la protection des débiteurs en pareilles circonstances s'explique par la position de faiblesse dans laquelle ils se trouvent, cela est vrai non seulement au moment de la signature du prêt, mais à fortiori au moment de la vente. La renonciation qu'a signée Garcia, avant la vente, était donc prématurée et, vu le caractère d'ordre public des dispositions concernant la libération, de nul effet.

De plus, s'il est vrai que Garcia a obtenu une concession de la Banque en contrepartie de sa renonciation, savoir la vente par shérif en deux étapes, il n'était sûrement pas dans son intérêt d'accepter que le prix d'adjudication de l'immeuble lors de la première vente soit considéré comme sa valeur réelle, ni de renoncer à son droit de demander sa libération par la suite. Bien que la Banque ait été libre de faire cette concession, et de fait la possibilité de scinder la vente a été en tout temps un sujet valide de négociation entre les parties, la renonciation obtenue en retour n'était en rien essentielle à l'entente. La Banque aurait pu se borner à accepter ou à rejeter la demande de Garcia de procéder en deux étapes.

I realize, however, that had Garcia not signed the waiver, the Bank may very well not have acceded to its request and Garcia could not then have benefitted from the possibility that the adjudication price of its undeveloped property (sold at the first sale) would satisfy the Bank's judgment. In certain cases, such as this one, a law of public order may be a two-edged sword, because the invalidity of a waiver of its provisions by the party it was intended to benefit may deprive that party of the opportunity to bargain as fully as it might wish, in order to minimize its loss. It is up to the legislator, of course, to adopt legislation which best serves its public policy goals.

In fact, the proposed *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (adopted and sanctioned December 18, 1991, to come into force, according to the Final Provisions, "on the date to be fixed by the Government, in accordance with the provisions of the legislation respecting the implementation of the Civil Code reform") contains Section VI, entitled "Discharge of the Debtor", which is considerably shorter and differently worded than the current provisions and which, in particular, provides for the automatic discharge of a debtor in Garcia's situation. It reads:

1695. Where a prior or hypothecary creditor acquires the property on which he has a claim, as a result of a judicial sale, a sale by the creditor or a sale by judicial authority, the debtor is released from his debt to the creditor up to the market value of the property at the time of the acquisition, less any claims ranking ahead of the acquirer's claim.

The debtor is also released where, within three years from the sale, the creditor who acquired the property receives, by resale of all or part of the property or by any other transaction in respect of it, value equal to or greater than the amount of his claim, including capital, interest and costs, the amount of the disbursements he has made on the property, with interest, and the amount of the other prior or hypothecary claims ranking ahead of his own. [Emphasis added.]

Je suis consciente, toutefois, que si Garcia n'avait pas signé la renonciation, la Banque aurait fort bien pu ne pas accéder à sa demande, de sorte que Garcia n'aurait pu bénéficier de la possibilité que le prix d'adjudication de ses immeubles non bâtis (vendus lors de la première vente) satisfasse au jugement de la Banque. Dans certains cas, comme celui-ci, une loi d'ordre public peut s'avérer une arme à deux tranchants parce que l'invalidité d'une renonciation à ses dispositions par la partie qu'elle voulait avantager peut priver cette partie de la possibilité de négocier aussi librement qu'elle le voudrait dans le but de minimiser sa perte. C'est, bien évidemment, au législateur qu'il appartient d'adopter les lois qui servent le mieux les objectifs qu'il s'est fixés pour promouvoir l'intérêt public.

De fait, le projet de *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (adopté et sanctionné le 18 décembre 1991, devant entrer en vigueur, suivant ses dispositions finales, «à la date qui sera fixée par le gouvernement, conformément à ce qui sera prévu dans la loi relative à l'application de la réforme du Code civil»), comporte une section VI intitulée «De la libération du débiteur», dont la formulation est différente et considérablement plus brève que les dispositions actuelles et qui prévoit, notamment, la libération automatique du débiteur placé dans la situation de Garcia. En voici le libellé:

1695. Lorsqu'un créancier prioritaire ou hypothécaire acquiert le bien sur lequel porte sa créance, à la suite d'une vente en justice, d'une vente faite par le créancier ou d'une vente sous contrôle de justice, le débiteur est libéré de sa dette envers ce créancier, jusqu'à concurrence de la valeur marchande du bien au moment de l'acquisition, déduction faite de toute autre créance ayant priorité de rang sur celle de l'acquéreur.

Le débiteur est également libéré lorsque, dans les trois années qui suivent la vente, ce créancier reçoit, en revendant le bien ou une partie de celui-ci, ou en faisant sur le bien d'autres opérations, une valeur au moins égale au montant de sa créance, en capital, intérêts et frais, au montant des impenses qu'il a faites sur le bien, portant intérêt, et au montant des autres créances prioritaires ou hypothécaires qui prennent rang avant la sienne. [Je souligne.]

1696. The creditor is presumed to have acquired the property if it is sold to a person related to or in collusion with him, especially a relative by blood or a person connected by marriage up to the second degree, a person living with him, a partner, or a legal person of which he is a director or which he controls.

1697. A debtor, on being released, is entitled to an acquittance from his creditor.

If the creditor refuses to grant the acquittance, the debtor may move that the court declare his release. The judgment attesting the release is equivalent to an acquittance with respect to the creditor.

1698. Release of the principal debtor entails release of his sureties and other warrantors, who may exercise the same rights as the principal debtor, even independently of him.

Gone also is the present art. 1202*k* C.C.L.C., which prevents a debtor from compelling its creditor from remitting any amounts legally collected before the release. Had these provisions been in force when the first sale took place in this case, many of Garcia's procedural hurdles may have been overcome. However, there is nothing in this new section which relates to split sales where more than one immovable property secures a debt, a matter at the heart of the present case and one which is in the domain of the legislator, not the courts.

Having reached the conclusion that Garcia's premature waiver of its rights under arts. 1202*a* et seq. C.C.L.C. is null and that the value of the immovable property sold at the first sheriff's sale was sufficient to satisfy its debt to the Bank, the next question is whether it can obtain the remedies it now seeks, i.e., its discharge retroactive to the time after the first sheriff's sale, and the vacating of the second sheriff's sale. These, of course, are two different remedies and, even though they are interrelated in this case because the sheriff's sale was split, they are governed by different rules.

1696. Le créancier est présumé avoir acquis le bien s'il est vendu à une personne avec qui il est de connivence ou qui lui est liée, notamment, un parent ou allié jusqu'au deuxième degré, une personne vivant sous son toit, ou encore un associé ou une personne morale dont il est un administrateur ou qu'il contrôle.

1697. Le débiteur libéré a le droit d'obtenir quittance du créancier.

Si ce dernier refuse, le débiteur peut s'adresser au tribunal pour faire constater sa libération. Le jugement qui la constate vaut quittance à l'égard du créancier.

1698. La libération du débiteur principal entraîne la libération de ses cautions et de ses autres garants, qui peuvent exercer les mêmes droits que le débiteur principal, même indépendamment de lui.

Disparaît également l'actuel art. 1202*k* C.c.B.-C., qui empêche le débiteur de forcer le créancier à lui remettre les sommes légalement perçues avant la libération. Si ces dispositions avaient été en vigueur au moment où a eu lieu la première vente, plusieurs des embûches procédurales auxquelles Garcia s'est heurtée auraient pu être levées. Cependant, il n'y a rien dans cette nouvelle section qui se rapporte aux ventes par étapes de plusieurs immeubles affectés à la garantie d'une créance, sujet qui est au cœur de la présente instance et qui relève du législateur, et non des tribunaux.

Ayant conclu que la renonciation prématurée de Garcia aux droits que lui confèrent les art. 1202*a* et suiv. C.c.B.-C. est nulle et que la valeur des immeubles vendus lors de la première vente par shérif couvrait la créance de la Banque, la question que l'on doit ensuite se poser est de savoir si Garcia peut obtenir les réparations qu'elle demande maintenant, savoir sa libération rétroactive au jour qui a suivi le premier décret et l'annulation du second décret. Il s'agit, naturellement, de deux recours distincts qui, bien qu'interreliés ici en raison de la vente en deux étapes, obéissent à des

Accordingly, the procedural requirements for each of the remedies will be analyzed in turn.

### *Procedural Requirements*

#### 1. Vacating of the Second Sheriff's Sale

It must be recalled that the Bank countered the conclusion of Garcia's action as regards the vacating of the second sheriff's sale with a preliminary motion to strike which was granted by the trial judge in these terms:

[TRANSLATION] WHEREAS although paragraphs 6 to 12, inclusive, of the applicant's motion and sections 13 and 14 of the same applicant [*sic*], which read as follows, are deemed to be true for the purposes hereof, they do not indicate fraud or failure to observe the formalities which are necessary for sale . . .

WHEREAS these allegations are insufficient to justify the grounds set out in articles 698 and 699 of the Code of Civil Procedure;

. . .

ACCORDINGLY THE COURT grants the motion to strike (non-suit) by the respondent ROYAL TRUST COMPANY and the mis en cause FEDERAL DEVELOPMENT BANK in part;

DISMISSES the following two conclusions in the motion to discharge a debtor dated February 22, 1985, submitted by GARCIA TRANSPORT LTÉE, which read as follows:

1. "VACATE for all legal purposes the sale at law which took place on December 7, 1984 and the sheriff's sale (*décret*) relating to the said sale at law in the case cited above";
2. "ORDER the mis en cause Sheriff to stay any other proceedings relating to the sale which took place on December 7, 1984" . . . .

Although Garcia did not appeal this ruling, it seems that it pursued its original claim in the Court of Appeal.

Assuming without deciding for the moment that this judgment did not constitute *res judicata* on this aspect of the claim — a matter to which I will return later — and that the judgment on this point

règles différentes. J'analyserai donc séparément les exigences procédurales propres à chacun de ces recours.

### *a Exigences procédurales*

#### 1. L'annulation du second décret

Rappelons que la Banque a contré cette conclusion de la demande de Garcia concernant l'annulation du second décret par une requête préliminaire que le juge de première instance a accueillie en ces termes:

CONSIDÉRANT que les paragraphes 6 à 12 inclusivement de la requête de la requérante et que les articles 13 et 14 de cette même requérante (*sic*) qui se lisent comme ci-après, même s'ils sont réputés vrais pour les fins des présentes ne donnent lieu ni à dol ni à l'inobservance des formalités nécessaires à la vente. . .

CONSIDÉRANT que ces allégués sont insuffisants pour justifier les motifs prévus aux articles 698 et 699 du Code de procédure civile;

. . .

EN CONSÉQUENCE LE TRIBUNAL ACCUEILLE en partie la requête pour rejet (non-recevabilité) de l'intimée COMPAGNIE TRUST ROYAL et de la mise en cause BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT;

REJETTE les deux conclusions suivantes de la requête en libération d'une débitrice datée du 22 février 1985 présentée par GARCIA TRANSPORT LTÉE et qui se lisent comme suit:

1. «ANNULER à toutes fins que de droit la vente en justice intervenue le 7 décembre 1984 et le décret relatif à ladite vente dans la cause précitée»;
2. «ORDONNER au Shérif mis en cause de surseoir à toute autre procédure relativement à la vente intervenue le 7 décembre 1984» . . .

Bien que Garcia n'ait pas interjeté appel de cette décision, il semble qu'elle ait maintenu sa demande originelle devant la Cour d'appel.

Tenant pour acquis pour le moment que ce jugement ne constituait pas chose jugée sur cet aspect de la demande — question sur laquelle je reviendrai plus loin — et qu'il pouvait donc encore fait

could still be appealed together with the final judgment, I am of the view that the trial judge was right to grant the motion of non-suit and to strike these conclusions for the reasons he expressed.

At the outset, one must recognize that the provisions of arts. 1202a *et seq.* C.C.L.C. do not explicitly deal with split sheriff's sales. It seems rather that the legislation assumes that there will be only one sale of the hypothecated property, whether it consists of one or more immoveables. In fact, this is what normally happens. This does not mean, of course, that split sales are forbidden or that, if there is a split sale, the debtor loses its right to a release should the value of the property sold at the first sale be sufficient to cover its debt. The right to a discharge, however, must be claimed according to the procedure established for that purpose. The vacating of a second sheriff's sale is not one of these procedures and for good reason.

Titles granted by sheriff's sales in Quebec's civil law are treated with a considerable degree of respect and courts do not tamper with them lightly. Strict rules govern them and stringent conditions must be met in order to vacate them (arts. 698, 699 and 700 C.C.P.). In this respect, it has been remarked that Quebec law is much stricter than French law: *Bérard v. Barrette* (1874), 5 R.L. 703 (Sup. Ct.), and *Lymburner v. Courtois* (1922), 34 Que. K.B. 341.

First, the purchase of an immovable property at a sale at law is treated as a true sale, despite the lack of consent on the part of the owner of the property, as Marler states in his well-known treatise *The Law of Real Property* (1932), at p. 309, par. 658:

**The effect of the adjudication:** — The adjudication, says Pothier, [TRANSLATION] “contains a genuine sale of the property seized to the purchaser by the justice system, for and despite the party from whom it was seized”.

It vests the ownership of the immovable sold, subject to the rights set forth in the advertisements, and those not purged by the sale, in the purchaser, subject to his paying the price. When the price has been paid, the pur-

l'objet d'un appel en même temps que le jugement final, je suis d'avis que le juge de première instance a eu raison d'accueillir la requête en irrecevabilité et de radier ces conclusions pour les motifs qu'il a exprimés.

Au point de départ, il faut reconnaître que les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. ne prévoient pas explicitement qu'une vente par shérif puisse être scindée. La loi semble plutôt présumer qu'il n'y aura qu'une seule vente des biens hypothéqués, qu'il s'agisse d'un ou de plusieurs immeubles. Et de fait, c'est normalement le cas. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit interdit de scinder une vente ou que, si l'on procède ainsi, le débiteur perde son droit à la libération dans l'hypothèse où la valeur des biens vendus lors de la première vente suffirait à couvrir la créance. La demande de libération, toutefois, doit être faite suivant la procédure établie à cette fin. Or, l'annulation du second décret n'est pas, et à juste titre, l'une de ces procédures.

En droit civil québécois, les titres conférés par décret jouissent d'une autorité considérable et ce n'est qu'avec réserve que les tribunaux consentent à y toucher. Ces titres obéissent à des règles strictes et leur annulation est subordonnée à l'observance de formalités rigoureuses (art. 698, 699 et 700 C.p.c.). On a fait remarquer que le droit québécois est, à cet égard, plus strict que le droit français: *Bérard c. Barrette* (1874), 5 R.L. 703 (C.S.), et *Lymburner c. Courtois* (1922), 34 B.R. 341.

D'abord, l'adjudication d'un immeuble lors d'une vente en justice est considérée comme une vente véritable, malgré l'absence de consentement de la part du propriétaire, comme l'explique Marler dans son traité bien connu *The Law of Real Property* (1932), à la p. 309, par. 658:

[TRANSLATION] **Effet de l'adjudication:** — L'adjudication, dit Pothier, «contient une véritable vente que la justice, pour le saisi et malgré lui, fait à l'adjudicataire de l'héritage saisi».

Elle confère à l'adjudicataire, sous réserve du paiement du prix, la propriété de l'immeuble vendu, sujet aux droits énumérés dans les annonces et à ceux qui ne sont pas purgés par la vente. Sur paiement du prix, l'ad-

chaser becomes owner from the date of the adjudication. . . . [Emphasis added.]

Moreover, Quebec courts have long and consistently held that an attack upon a sheriff's sale is an attack upon a title conferred not just by an individual, but by the justice system as a whole. One of the first cases to emphasize this point was *Patton v. Morin* (1865), 16 L.C.R. 267 (Q.B.), in which Mondelet J.A. wrote at p. 272:

[TRANSLATION] Whereas the plaintiff should have opposed the seizure and sale of the said immovable, but, on the contrary, allowed the said immovable to be sold and adjudged at law without expressing his complaint and opposing the said seizure and sale;

Whereas at the time of the seizure and sale of the said immovable by the said sheriff, the said Simon Oceau was considered to be the owner, and that as such the seizure executed against him was valid, and the adjudication effected under such circumstances must even defeat the rights of the owner, if he did not oppose it;

Whereas judicial sale, accompanied by the legal formalities, must be respected, and cannot be placed in doubt without adversely affecting the effectiveness of title granted under the hand of the judicial system. . . . [Emphasis added.]

This theme was again taken up in *Perrault v. Mousseau* (1896), 6 Que. Q.B. 474, where Hall J.A. wrote at p. 480:

It is obvious that a petition *en nullité de décret* must be scrutinized with care. It attacks one of the most important acts of procedure of any court of record, — the enforcement of its own judgment, and puts in issue not only the regularity of that procedure, but jeopardizes the rights, as in this case, of innocent third parties, who purchase property put up for public, judicial sale under all the solemnities and formalities of the law. [Emphasis added; italics in original.]

Montgomery J.A. simply wrote in *Dyer v. Bradbury-Parry*, [1976] C.A. 106, that: "A sheriff's sale is generally final and binding" (p. 107).

Given their role in the execution of judgments and the rights conferred by them, as well as the

judicataire devient propriétaire à compter de la date de l'adjudication . . . [Je souligne.]

De plus, les tribunaux du Québec ont depuis longtemps et de façon constante jugé que la contestation d'un décret équivalait à la contestation d'un titre conféré non pas par une personne, mais par l'ensemble du système judiciaire. L'un des premiers arrêts à avoir fait ressortir ce point est l'affaire *Patton c. Morin* (1865), 16 L.C.R. 267 (B.R.), où le juge Mondelet a écrit, à la p. 272:

Considérant que le demandeur devait se porter opposant à la saisie et vente du dit immeuble, mais qu'au contraire, il a laissé vendre et adjuger le dit immeuble en justice sans formuler sa plainte et s'opposer à la dite saisie et vente:

Considérant que lors de la saisie et vente du dit immeuble par le dit shérif, le dit Simon Oceau était considéré comme propriétaire, et qu'en autant la saisie faite sur lui était valable, et que l'adjudication faite sous de telles circonstances doit même purger les droits du propriétaire, s'il ne s'y est pas opposé:

Considérant que la vente judiciaire, accompagnée des formalités légales, doit être respectée, et ne peut être révoquée en doute sans porter atteinte à l'efficacité d'un titre accordé par la main de la justice . . . [Je souligne.]

Ce thème a été repris dans l'affaire *Perrault c. Mousseau* (1896), 6 B.R. 474, où le juge Hall a écrit, à la p. 480:

[TRANSLATION] Évidemment, une demande *en nullité de décret* doit être examinée avec soin. Elle attaque en effet l'une des tâches les plus importantes d'une cour d'archives, — l'exécution du jugement qu'elle a rendu, et met en cause non seulement la régularité de cette procédure, mais elle met également en péril les droits de tiers innocents, comme en l'espèce, qui ont acheté des biens vendus en justice conformément à la solennité et aux formalités prescrites par la loi. [Je souligne.]

Le juge Montgomery a, quant à lui, simplement fait observer dans l'arrêt *Dyer c. Bradbury-Parry*, [1976] C.A. 106: [TRANSLATION] «Le décret a généralement un caractère définitif et exécutoire» (p. 107).

Étant donné le rôle qu'il joue dans l'exécution des jugements et les droits qu'il confère, ainsi que



necessity of guaranteeing the stability and certainty of titles, sheriff's sales cannot be easily attacked. Taschereau J. noted in *Boileau v. Procureur général du Québec*, [1957] S.C.R. 463, at p. 470:

[TRANSLATION] Obviously, title which is granted by the sheriff should be disturbed only with the utmost caution.

More recently, in *Town of Anjou v. C.A.C. Realty Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 819, aff'g [1974] C.A. 197, aff'g [1972] C.S. 808, this Court dismissed an appeal against a judgment by Turgeon J.A., who wrote at p. 199:

[TRANSLATION] A sheriff's sale is a procedure which confers more absolute rights on the purchaser than a voluntary sale. It is preceded by strict formalities aimed at protecting the judgment debtor and the purchaser. It should be remembered that under art. 577 C.C.P. the adjudication of property under execution transfers the ownership thereof to the purchaser from its date, and that this principle is in the public interest. [Emphasis added.]

Pigeon J., writing for the majority, noted first that the importance of the validity of sheriff's sales is underlined by legislation enacted in Quebec to limit the means by which they could be attacked. In dismissing the motion to vacate the sale, he concluded (at p. 828):

It is obviously highly regrettable for appellant to lose the amount of the taxes that were owing to it at the time of the sale, and in the case at bar it would certainly be fairer for the purchaser of the immovable not to be relieved of them by the failure of the municipal authorities to follow the appropriate procedure within the time prescribed. If it were possible to arrive at this result without impairing the principle of the inviolability of judicial sales, I would be in favour of doing so. [Emphasis added.]

For other recent cases where this Court has applied this restrictive approach to motions to set aside sheriff's sales, see *St-Gelais v. Banque de Montréal*, [1968] S.C.R. 183, aff'g [1966] Que. Q.B. 365; and *Gobeil v. Cie H. Fortier*, [1982] 1 S.C.R. 988.

la nécessité de garantir la stabilité et la fiabilité des titres, le décret ne peut être contesté facilement. Le juge Taschereau note ainsi dans l'arrêt *Boileau c. Procureur général du Québec*, [1957] R.C.S. 463, à la p. 470:

Le titre consenti par le shérif est évidemment un titre auquel on ne doit toucher qu'avec une extrême prudence

Plus récemment, dans l'arrêt *Ville d'Anjou c. C.A.C. Realty Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 819, conf. [1974] C.A. 197, conf. [1972] C.S. 808, notre Cour a rejeté un pourvoi contre un jugement du juge Turgeon de la Cour d'appel, lequel écrivait à la p. 199:

La vente par le shérif est une procédure qui confère à l'acheteur des droits plus absolus que ne le fait une vente volontaire. Elle est précédée de formalités rigoureuses qui ont pour but de protéger le saisi et l'adjudicataire. Rappelons qu'en vertu de l'article 577 C.P. l'adjudication sur exécution transfère la propriété des biens à l'adjudicataire à compter de sa date et que ce principe est d'intérêt public. [Je souligne.]

Au nom de la majorité, le juge Pigeon a d'abord fait observer que l'importance attachée à la validité des décrets est illustrée par les dispositions édictées au Québec en vue de restreindre les moyens de contestation. En rejetant la requête en annulation du décret, il a conclu (à la p. 828):

Il est évidemment bien regrettable que l'appelante perde le montant des taxes qui lui étaient dues lors de la vente et, dans le cas présent, il serait sûrement plus juste que l'acquéreur de l'immeuble ne s'en trouve pas affranchi par suite de l'omission des fonctionnaires municipaux de faire une procédure appropriée en temps utile. S'il était possible d'en venir à ce résultat sans porter atteinte au principe de l'intangibilité des ventes en justice, je serais d'accord pour le faire. [Je souligne.]

Pour d'autres arrêts récents où notre Cour a appliqué cette conception restrictive à des requêtes en annulation de décret, voir *St-Gelais c. Banque de Montréal*, [1968] R.C.S. 183, conf. [1966] B.R. 365, et *Gobeil c. Cie H. Fortier*, [1982] 1 R.C.S. 988.

A rationale sometimes invoked in support of this restrictive approach is that a sheriff's sale confers more rights upon a buyer than an ordinary sale, because it discharges the immovable from all real rights save those mentioned specifically in arts. 695 and 696 C.C.P. In *Canada Investment and Agency Co. v. McGregor* (1892), 1 Que. Q.B. 197, aff'd (1892), 21 S.C.R. 499, Bossé J.A., speaking for the Court of Appeal, concluded at p. 205:

[TRANSLATION] Whereas this sale was preceded and accompanied by all the formalities required for judicial sales, that it was moreover made upon Craig who was then in public and peaceful possession thereof as apparent proprietor of the said lot in virtue of duly registered authentic deeds which were regular on their face;

Whereas the plaintiff, who had attained his majority at the time of the sale, did not oppose the sale;

Whereas the judicial sale which was effected in the circumstances formed a perfect title, and we should not go behind it and inquire into the grounds of nullity invoked by the plaintiff against the sale of the same lot by his tutrix on October 15, 1866, nor rule on the other defences submitted. . . . [Emphasis added.]

In upholding this decision, Fournier J. added in this Court at p. 512:

[TRANSLATION] According to the Act and to the decisions in the province of Quebec, a judicial sale accompanied by the legal formalities gives complete and absolute title to property sold to the purchaser and discharges the property of any rights which might burden the property, with the exception of the hypothec resulting from the commutation of seigniorial rents, from emphyteusis, from substitutions which have not opened and from common law dower which has not become choate. By art. 711 C.C.P. the sheriff's sale discharges all other rights.

As was stated above, McGregor's will contained no substitution, and so the judicial sale had full and complete effect and discharged the rights of the proprietor since he failed to oppose the sale at the proper time. [Emphasis added.]

Finally, given the strict formalities which must be followed prior to a sale at law, and the relative ease with which interested parties, most notably the owner of the property, may oppose the seizure

On justifie souvent cette conception restrictive en disant que le décret confère plus de droits à l'acquéreur qu'une vente ordinaire parce qu'il purge l'immeuble de tous les droits réels à l'exception de ceux expressément énumérés aux art. 695 et 696 C.p.c. Dans l'arrêt *Canada Investment and Agency Co. c. McGregor* (1892), 1 B.R. 197, conf. par (1892), 21 R.C.S. 499, le juge Bossé a conclu ainsi au nom de la Cour d'appel, à la p. 205:

Considérant que cette vente a été précédée et est revêtue de toutes les formalités voulues pour les ventes judiciaires, qu'elle a de plus été faite sur Craig, alors en possession publique et paisible, et propriétaire apparent du dit lot en vertu de titres authentiques enregistrés, réguliers à leur face;

Considérant que le demandeur, majeur à la date de cette vente, n'y a pas formé d'opposition;

Considérant que la vente judiciaire, faite dans ces circonstances, forme un titre parfait, et qu'il n'y a pas lieu de remonter au-delà, et de s'enquérir des moyens de nullité invoqués par le demandeur à l'encontre de la vente du même lot faite par sa tutrice le 15 octobre 1866, non plus que d'adjudger sur les autres défenses produites . . . [Je souligne.]

En confirmant cet arrêt, le juge Fournier a ajouté en notre Cour, à la p. 512:

D'après la loi et les décisions dans la province de Québec la vente judiciaire accompagnée des formalités légales donne un titre complet et absolu à l'adjudicataire de la propriété vendue et purge tous les droits dont la propriété peut être grevée, à l'exception de l'hypothèque résultant de la commutation des rentes seigneuriales, de l'emphytéose, des substitutions non ouvertes et du douaire coutumier non ouvert. Par l'art. 711 C.P.C. le décret purge tous autres droits.

Comme il a été déjà dit plus haut, le testament de McGregor ne contenant pas de substitution, la vente judiciaire a eu son plein et entier effet et a purgé les droits du propriétaire faute d'avoir fait opposition à la vente en temps opportun. [Je souligne.]

Enfin, vu les formalités strictes devant précéder la vente en justice et la facilité relative avec laquelle les parties intéressées, et tout particulièrement le propriétaire du bien, peuvent faire opposi-

and sale before the latter takes place, a petition to vacate the sale will be scrutinized strictly and granted only exceptionally. Petitioners who could have opposed the seizure and sale, but who failed to do so, generally do not succeed in having a sheriff's sale set aside because their failure to act earlier implies that they consented to whatever irregularity they might later invoke, according to Taschereau J.'s reasons in this Court's judgment in *Canada Investment, supra*, at pp. 515-16:

[T]he plaintiff, being of age at the time of the sheriff's sale to the defendant, though I do not see what difference that makes, was bound then to oppose the sale and assert his right, if he had any; . . . his default to do so precludes him from now attacking the validity of the defendant's title, as this sale has been accompanied with all the formalities required by law, and as Craig upon whom it has been made was then in possession as proprietor of the said lot in virtue of duly registered authentic deeds. . . .

. . . Assuming that he had rights to this property the appellant has lost them by the sheriff's sale. *Vigilantibus non dormientibus subvenit lex.* [Emphasis added.]

The requirement that the party who opposes a sale must do so before the sale takes place is very well established in Quebec, as illustrated by these comments in *Genier v. Kerr* (1893), 3 C.S. 409 (at p. 411):

[TRANSLATION] . . . the informality of which [the plaintiff] complains appeared on the face of the minutes of the seizure and the advertisements, of which he received copies: why did the plaintiff not oppose the sale at the proper time? His silence was acquiescence. This was only a relative nullity which he could cover with his consent, and this is what he did. [Emphasis added.]

Similarly, in *Veilleux v. B. Trudel et Cie* (1933), 55 Que. K.B. 481, Tellier C.J.Q. wrote at pp. 484-85:

[TRANSLATION] Undoubtedly, the plaintiff would have been entitled to prevent the sale, by filing an opposition for that purpose, in order to have the matter heard. . . . Here, however, the plaintiff did nothing to oppose the sale. The pasteurizer was therefore sold as an immovable; in the eyes of the sheriff, as of any stranger to the lease-to-purchase contract, this was perfectly in order.

tion à la saisie et à la vente avant que celle-ci n'ait lieu, la requête en nullité de la vente sera examinée minutieusement et ne sera accordée que dans des cas exceptionnels. Les requérants qui auraient pu s'opposer à la saisie et à la vente, mais ne l'ont pas fait, ne réussissent généralement pas à faire annuler le décret parce que leur défaut d'agir plus tôt signifie qu'ils ont consenti à l'irrégularité qu'ils auraient pu invoquer par la suite, suivant les motifs du juge Taschereau dans l'arrêt de notre Cour *Canada Investment*, précité, aux pp. 515 et 516:

[TRADUCTION] [L]e demandeur, majeur à la date de la vente par shérif au défendeur, bien que je ne vois pas quelle différence cela puisse faire, devait alors former opposition et faire valoir son droit, si tant est qu'il en eut; [. . .] son défaut l'empêche aujourd'hui d'attaquer la validité du titre du défendeur, cette vente ayant été accompagnée de toutes les formalités prescrites par la loi, et Craig sur qui elle a été faite étant alors en possession à titre de propriétaire dudit lot en vertu de titres authentiques dûment enregistrés. . . .

. . . À supposer donc qu'il ait eu des droits sur cet immeuble, l'appelant les a perdus par suite du décret. *Vigilantibus non dormientibus subvenit lex.* [Je souligne.]

L'exigence en vertu de laquelle la partie qui s'oppose à la vente doit agir avant que celle-ci n'ait lieu est bien établie au Québec comme en font foi ces commentaires formulés dans l'affaire *Genier c. Kerr* (1893), 3 C.S. 409 (à la p. 411):

. . . l'informalité dont il [le demandeur] se plaint apparaissait à la face du procès-verbal de saisie et des annonces dont il a reçu copie: pourquoi le demandeur ne s'est-il pas opposé à la vente en temps convenable? Son silence est un acquiescement. Il n'y avait là qu'une nullité relative qu'il pouvait couvrir de son consentement, et c'est ce qu'il a fait. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *Veilleux c. B. Trudel et Cie* (1933), 55 B.R. 481, le juge en chef Tellier du Québec a écrit, aux pp. 484 et 485:

Sans doute, la demanderesse aurait eu le droit d'en empêcher la vente, en produisant à cette fin une opposition afin de distraire. [. . .] Mais, ici, la demanderesse n'a rien fait pour s'opposer à la vente. Le pasteurisateur a donc été vendu comme immeuble, ce qui, aux yeux du shérif, comme de toute personne étrangère au contrat de bail-vente, était parfaitement régulier. [. . .] Le tiers que

... A third party whom the seizure may affect need only assert its rights, by opposing the seizure. If it does not do so before the sale, its only recourse then is against the proceeds of the sale. The sheriff's sale discharges all of the real rights not included in the conditions of the sale, except those set out in article 781 of the Code of Procedure. [Emphasis added.]

For other judgments confirming that a sheriff's sale will not be vacated at the request of one who failed to oppose the sale before it took place, see *Leclerc v. Phillips* (1894), 4 Que. Q.B. 288; *Roy v. Lavallée*, [1960] Que. Q.B. 438, particularly at pp. 442-43; and *Office du crédit agricole du Québec v. Gauvin*, [1977] C.S. 589, aff'd C.A. Québec, No. 200-09-000306-77, August 12, 1977.

Consequently, while it remains possible, it is only exceptionally that the vacating of sales at law will be permitted and then, only on limited and enumerated grounds. Those exceptions are found in arts. 698 and 699 *C.C.P.* Article 699 is confined to purchasers, and accordingly is not relevant here. Article 698 allows "any interested person", including the debtor whose property is seized, to seek the vacating a sheriff's sale on the grounds of fraud, or the non-observance of essential conditions and formalities prescribed for the sale. An informality will generally not give rise to the vacating of a sale, however, unless the petitioner can show that he or she was prejudiced by it: *Fort Garry Trust Co. v. Roberts Sprinkler Ltd.*, [1981] C.S. 905.

Moreover, art. 698 *C.C.P.* may only be invoked within a short period after the sale has taken place. This delay is peremptory, so that a sale may only be challenged within 90 days, or exceptionally within 6 months, if the applicant can show that it was impossible to act earlier. In the words of Nichols J. in *Janelle v. Champagne*, [1981] C.S. 898, at pp. 903-4:

[TRANSLATION] The peremptory delay is designed, first, to make the title of the purchaser unassailable. [Emphasis added.]

la saisie peut affecter n'a qu'à faire valoir ses droits, par opposition à la saisie. S'il ne le fait pas avant la vente, il n'a ensuite de recours que sur le produit de la vente. Le décret purge tous les droits réels non compris dans les conditions de vente, excepté ceux énumérés à l'article 781 du Code de procédure. [Je souligne.]

Pour d'autres jugements confirmant qu'un décret ne sera pas annulé à la demande de celui qui a fait défaut de s'opposer à la vente avant qu'elle n'ait lieu, voir *Leclerc c. Phillips* (1894), 4 B.R. 288, *Roy c. Lavallée*, [1960] B.R. 438, en particulier aux pp. 442 et 443, et *Office du crédit agricole du Québec c. Gauvin*, [1977] C.S. 589, conf. par C.A. Québec, n° 200-09-000306-77, le 12 août 1977.

Par conséquent, si l'annulation d'une vente en justice demeure possible, ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle sera permise et seulement pour les quelques motifs énumérés. Ces exceptions se trouvent aux art. 698 et 699 *C.p.c.* L'article 699 ne s'applique qu'à l'adjudicataire et n'est donc pas pertinent ici. L'article 698 permet à «toute personne intéressée», dont le débiteur de l'immeuble saisi, de demander l'annulation du décret pour cause de dol ou d'inobservance des conditions et formalités prescrites pour la vente. Toutefois, une irrégularité ne donnera généralement pas ouverture à l'annulation du décret à moins que le requérant ne démontre qu'il a subi un préjudice: *Fort Garry Trust Co. c. Roberts Sprinkler Ltd.*, [1981] C.S. 905.

De plus, l'art. 698 *C.p.c.* ne peut être invoqué qu'à l'intérieur d'un court laps de temps après la vente. Ce délai est de rigueur, de sorte que la vente ne peut être attaquée que dans les 90 jours, ou, exceptionnellement, dans les six mois si le requérant démontre qu'il a été dans l'impossibilité d'agir plus tôt. Pour reprendre les propos du juge Nichols dans l'affaire *Janelle c. Champagne*, [1981] C.S. 898, aux pp. 903 et 904:

Le délai de rigueur vise d'une part à rendre le titre de l'adjudicataire inattaquable. [Je souligne.]

Durand J. held in *Caisse populaire de St-Eustache v. Entreprises Blainville Ltée*, [1989] R.D.I. 355, at p. 357:

[TRANSLATION] On the other hand, any petition to vacate the sheriff's sale, whether by an interested party or by the purchaser itself, must be brought within the delay set out in art. 700 C.C.P.

This motion was served . . . well after the delay set out in that article and, as we saw above, the applicant acknowledges that it was not impossible for it to act sooner.

Since this delay is peremptory, expiry of the delay covers any nullity which might have tainted the sheriff's sale — any relative nullity, obviously, since if it were absolute the legislature could not have established a delay for invoking the nullity.

This rule suffers few exceptions. A sale based upon a judgment or a seizure which is null may be vacated: see *Dufresne v. Dixon* (1889), 16 S.C.R. 596; *Vézina v. Lafortune* (1917), 56 S.C.R. 246; and *Peiffer v. Lafrance*, [1987] R.J.Q. 2616 (Sup. Ct.). Similarly, a sale made *super non domino*, that is, of property which does not belong to the debtor but to a third party, may be vacated. Since a seizure and sale based on an absolute nullity give rise to a sale which is absolutely, rather than relatively, null, the short delay for challenge set out in art. 700 C.C.P. does not apply; see *Peiffer*, at p. 2617.

In summary, then, once a sheriff's sale has taken place, it is only exceptionally and on very limited grounds that it can be set aside.

Applying these rules to the facts of this case, I come to the conclusion that, still assuming that there was no *res judicata*, Garcia could not succeed on its claim to vacate the second sheriff's sale since such claim did not fall within the strict provisions of art. 698.

First, there is nothing in the record, or in the pleadings for that matter, to suggest that the judgment condemning Garcia to pay the balance of its debt to the Bank is null. Garcia did not contest the

Le juge Durand a conclu ainsi dans l'affaire *Caisse populaire de St-Eustache c. Entreprises Blainville Ltée*, [1989] R.D.I. 355, à la p. 357:

Par contre, toute demande d'annulation de décret, que ce soit par une personne intéressée ou par l'adjudicataire lui-même, doit être faite dans les délais prévus à l'article 700 C.P.

Or, cette requête a été signifiée [. . .] bien après le délai prévu à cet article et, comme nous l'avons vu plus haut, la requérante reconnaît qu'elle n'a pas été dans l'impossibilité d'agir plus tôt.

Puisque ce délai est de rigueur, son expiration couvre quelque nullité qui aurait pu entacher le décret, nullité relative, évidemment, puisque si elle était absolue, le législateur n'aurait pas établi un délai pendant lequel on doit la soulever.

Cette règle souffre peu d'exceptions. Une vente fondée sur une saisie ou un jugement nuls peut être annulée: voir *Dufresne c. Dixon* (1889), 16 R.C.S. 596, *Vézina c. Lafortune* (1917), 56 R.C.S. 246, et *Peiffer c. Lafrance*, [1987] R.J.Q. 2616 (C.S.). De même, une vente faite *super non domino*, c'est-à-dire d'un immeuble n'appartenant pas au débiteur mais à un tiers, peut être annulée. Une saisie et une vente fondées sur une nullité absolue donnant lieu à une nullité, non pas relative, mais absolue de la vente, le bref délai de prescription fixé par l'art. 700 C.p.c. ne s'applique pas; voir *Peiffer*, à la p. 2617.

En résumé, donc, une fois qu'elle a eu lieu, la vente par shérif ne peut être annulée qu'exceptionnellement et pour des motifs très limités.

Applicant ces règles aux faits de l'espèce, j'arrive à la conclusion, toujours en présumant qu'il n'y a pas chose jugée, que Garcia ne pouvait obtenir l'annulation du second décret puisque sa demande ne satisfaisait pas aux dispositions strictes de l'art. 698.

En premier lieu, soulignons qu'il n'y a rien au dossier ou plus précisément dans les plaidoiries écrites qui tende à conclure à la nullité du jugement condamnant Garcia à payer le solde de sa

proceedings, nor did it appeal from the judgment. In fact, Garcia never denied that it owed the amount claimed by the Bank after it defaulted on its payments. Quite the contrary, the agreement Garcia concluded with the Bank confirms its debt and seeks only to provide for its payment in a manner which may have seemed advantageous to Garcia at the time. Under these circumstances, there is no ground for attacking the validity of the judgment originally obtained by the Bank.

Second, having obtained the judgment, the Bank proceeded to execute it legally. It seized the property as it was entitled to do. While it may have relied on the waiver signed by Garcia, a waiver found void as contrary to the public order provisions of arts. 1202a *et seq.* C.C.L.C., the Bank had not been made aware of any claim by Garcia nor did Garcia initiate any proceeding to be released from its debt to the Bank before the second sheriff's sale took place. Consequently, the second sheriff's sale proceeded legally and Garcia did not have any grounds to attack the validity of that sale.

Finally, while Garcia may have been within the 90 days prescribed by art. 700 C.C.P. when it initiated this action in February 1985, it did not allege any of the grounds set out in the *Code of Civil Procedure* which would support the vacating of the second sheriff's sale. In allowing the Bank's motion for non-suit, the trial judge found that neither fraud nor the non-observance of essential conditions and formalities with respect to the second sale had been made out. Consequently, Garcia was barred from seeking the vacating of the second sale. The Court of Appeal did not rule on this point although, we are told, it was argued before it.

In conclusion, Garcia's request that the second sheriff's sale be vacated must be denied since it is groundless.

dette envers la Banque. Garcia n'a pas contesté les procédures ni formé appel du jugement. En fait, elle n'a jamais nié devoir la somme réclamée par la Banque après qu'elle eut fait défaut d'effectuer ses paiements. Au contraire, l'entente que Garcia a conclue avec la Banque confirme l'existence de la dette et ne fait que prévoir son remboursement selon des modalités qui pouvaient, à l'époque, lui sembler avantageuses. Dans les circonstances, il n'y a aucun motif d'attaquer la validité du jugement obtenu à l'origine par la Banque.

En second lieu, ayant obtenu jugement, la Banque a pris les mesures légales voulues en vue d'en obtenir l'exécution. Elle a saisi les immeubles comme elle en avait le droit. Quoiqu'elle eût pu s'en remettre à la renonciation signée par Garcia, renonciation déclarée nulle parce que contraire aux dispositions d'ordre public des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C., la Banque n'a été informée d'aucune demande de Garcia et cette dernière n'a entrepris aucune procédure en vue d'être libérée de sa dette envers la Banque avant que n'intervienne la seconde vente par shérif. Par conséquent, cette deuxième vente s'est déroulée en toute légalité et Garcia n'avait aucun moyen à faire valoir à l'encontre de sa validité.

Enfin, bien que Garcia ait pu agir à l'intérieur du délai de 90 jours prescrit par l'art. 700 C.p.c. lorsqu'elle a intenté son action en février 1985, elle n'a allégué aucun des moyens prévus au *Code de procédure civile* à l'appui de sa demande d'annulation du second décret. En accueillant la requête en irrecevabilité de la Banque, le juge de première instance a estimé qu'aucune preuve de fraude ou d'observance des conditions et formalités essentielles n'avait été établie en ce qui concerne le second décret. En conséquence, Garcia était irrecevable à en demander l'annulation. La Cour d'appel n'a pas statué sur ce point bien que, à ce qu'on nous a dit, l'argument ait été soulevé devant elle.

En conclusion, la demande de Garcia visant à faire annuler le second décret doit être rejetée vu qu'elle est sans fondement.

This, strictly speaking, dispenses with the need to deal with the question of *res judicata*. Since it was one of the bases of the dissent in the Court of Appeal, however, I will add the following comments.

The principle of *res judicata* in Quebec law finds expression in art. 1241 C.C.L.C.:

1241. The authority of a final judgment (*res judicata*) is a presumption *juris et de jure*; it applies only to that which has been the object of the judgment, and when the demand is founded on the same cause, is between the same parties acting in the same qualities, and is for the same thing as in the action adjudged upon.

For a thorough discussion by this Court of the application of this provision, see *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 401-27.

The question here revolves around the trial judge's granting of the Bank's motion to strike part of Garcia's action relating to the vacating of the second sheriff's sale. Was that a final judgment? If so, does Garcia's failure to appeal it mean that the issue has become *res judicata*?

L. Ducharme, in *Précis de la preuve* (3rd ed. 1986), at pp. 109-10, sets out the rule with respect to the theoretical distinction between interim and final judgments:

[TRANSLATION] Final judgments are judgments which put an end to the dispute, if not irrevocably, at least in such a way that the judge need not return to the point in issue.

In theory, interlocutory judgments do not have the authority of *res judicata*. Thus an interlocutory decision dismissing a preliminary motion for non-suit or authorizing the issuance of a writ of evocation does not have the authority of *res judicata*. . . . This means that, in all such cases, the losing party may commence fresh proceedings by remedying the defect which resulted in the dismissal of its initial action. [Emphasis added.]

J.-C. Royer, in *La preuve civile* (1987), however, specifically addresses the question of motions of non-suit (at p. 284):

Strictement parlant, cette conclusion me dispense de la nécessité d'aborder la question de la chose jugée. Toutefois, puisqu'il s'est agi d'un des motifs de dissidence en Cour d'appel, j'ajouterai les commentaires suivants.

Le principe de la chose jugée trouve son expression, en droit québécois, à l'art. 1241 C.c.B.-C.:

1241. L'autorité de la chose jugée (*res judicata*) est une présomption *juris et de jure*; elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, et lorsque la demande est fondée sur la même cause, est entre les mêmes parties agissant dans les mêmes qualités, et pour la même chose que dans l'instance jugée.

Pour un examen approfondi de l'application de cette disposition par notre Cour, voir *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, aux pp. 401 à 427.

La question ici concerne la décision du juge de première instance d'accueillir la requête de la Banque en radiation de la partie de l'action de Garcia visant l'annulation du second décret. S'agissait-il d'un jugement définitif? Dans l'affirmative, le défaut de Garcia d'en interjeter appel signifie-t-il que la décision sur ce point est devenue chose jugée?

Dans son *Précis de la preuve* (3<sup>e</sup> éd. 1986), L. Ducharme expose, aux pp. 109 et 110, la règle à suivre quant à la distinction théorique entre jugements définitifs et jugements interlocutoires:

Les jugements définitifs sont ceux qui mettent fin à la contestation, sinon d'une manière irrévocable, du moins dans des conditions telles que le juge n'ait plus à revenir sur le point litigieux.

En principe, les jugements interlocutoires n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Ainsi l'interlocutoire qui rejette un moyen préliminaire en irrecevabilité ou qui autorise l'émission d'un bref d'évocation ne jouit pas de l'autorité de la chose jugée. [. . .] C'est dire que, dans tous ces cas, la partie défaillante pourra faire un nouvelle demande en remédiant au défaut qui a entraîné le rejet de sa première demande. [Je souligne.]

J.-C. Royer, pour sa part, dans *La preuve civile* (1987), traite spécifiquement de la question des requêtes en irrecevabilité (à la p. 284):

[TRANSLATION] *Motion for non-suit* - A judgment is final if it dismisses an action on a motion for non-suit. On the other hand, a judgment dismissing an action for technical reasons does not have the authority of *res judicata*. The plaintiff may commence fresh proceedings after meeting the prescribed formalities.

L. LeBel, in "L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise" (1986), 17 *R.G.D.* 391, at p. 400, agrees:

[TRANSLATION] We must also be careful not to describe a judgment which totally disposes of an action on an interlocutory motion by, for example, allowing a motion for non-suit, as interlocutory. Some counsel make the mistake of treating such a judgment like an interlocutory judgment because the court makes its ruling on preliminary motions. They forget that such a judgment is based on the very essence of the law argued in support of the claim. The courts deal with certain motions, particularly motions for non-suit and preliminary objections to jurisdiction *ratione materiae*, in the same manner. A motion for non-suit, like the earlier inscription in law, causes the right to be extinguished and technically results in a final judgment when the court allows the motion even before evidence is presented. As in the case of preemption of suits or preliminary objections to jurisdiction *ratione materiae*, when an appeal may be taken to a court of competent jurisdiction, the judgment extinguishes the main proceeding. That proceeding must still exist if the judgment is still to be considered interlocutory. [Emphasis added.]

Courts have also consistently held that judgments on motions which have the effect of striking out allegations or, for that matter, conclusions, with respect to which no further evidence may be adduced during the trial, constitute a special category of final judgments from which appeal lies immediately. In *Davis v. Royal Trust Co.*, [1932] S.C.R. 203, Rinfret J. stated (at p. 209):

Judgments maintaining demurrers, in whole or in part, are not analogous. If the demurrer be to the whole action and if it be maintained, the action is dismissed and *cadit questio*. In all other cases, the allegations struck out upon demurrer disappear from the record and no evidence whatever can be adduced in respect thereof at the trial. The trial judge is therefore powerless, and any attempt by him to remedy the situation by the final

*Requête en irrecevabilité* - Un jugement est définitif s'il rejette une action à la suite d'une requête en irrecevabilité. D'autre part, le jugement qui rejette une action pour des raisons techniques n'a pas force de chose jugée. Le demandeur peut intenter une nouvelle poursuite après avoir accompli les formalités prescrites.

L. LeBel, dans son article «L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise» (1986), 17 *R.G.D.* 391, partage cette opinion, à la p. 400:

Il faudra aussi se garder de qualifier d'interlocutoire le jugement qui disposerait totalement d'une demande à l'occasion d'un incident en accueillant par exemple une exception d'irrecevabilité. Certains plaideurs se méprennent et assimilent ce jugement à un jugement interlocutoire parce que la cour statue lors de la présentation de moyens préliminaires. On oublie que ce jugement se rattache au fondement même du droit invoqué au soutien de la demande. La jurisprudence apprécie de la même façon l'effet de certains moyens, particulièrement l'irrecevabilité et le déclinatoire de compétence *ratione materiae*. L'exception d'irrecevabilité, comme autrefois l'inscription en droit, entraîne l'extinction du droit et provoque techniquement un jugement définitif lorsque le tribunal accueille le moyen avant même que la preuve n'ait été présentée. Comme dans le cas de la préemption d'instance ou du déclinatoire de compétence *ratione materiae*, lorsqu'on ne peut renvoyer à aucun tribunal compétent, le jugement éteint l'instance principale. Il faut que cette dernière subsiste pour que le jugement demeure interlocutoire. [Je souligne.]

Il est également de jurisprudence constante que le jugement rendu sur requête entraînant la radiation d'allégations ou, en l'occurrence, de conclusions à l'égard desquelles aucun autre élément de preuve ne pourra être présenté à l'instruction, constitue une catégorie particulière de jugement définitif dont il y a appel immédiatement. Dans l'arrêt *Davis c. Royal Trust Co.*, [1932] R.C.S. 203, le juge Rinfret a dit (à la p. 209):

[TRADUCTION] Les jugements qui accueillent, en tout ou en partie, des inscriptions en droit, ne sont pas de la même nature. Si c'est une inscription totale et elle est accueillie, l'action est rejetée et la question ne se pose plus. Dans tous les autres cas, les allégations radiées à la suite d'une inscription en droit disparaissent du dossier et aucune preuve y afférente ne peut être présentée au procès. Le juge de première instance n'a donc plus



judgment would be ineffective and inoperative. The result is that judgments on demurrers striking out part of the allegations stand in a class by themselves and must be treated as final judgments. [Emphasis added.]

In support, he relied on two earlier decisions of this Court, *Dominion Textile Co. v. Skaife*, [1926] S.C.R. 310, and *Ville de St. Jean v. Molleur* (1908), 40 S.C.R. 139. More recently, this rule was set out in *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal v. City of Montreal*, [1980] 1 S.C.R. 740, and reiterated in *Brandt Plumbing Co. v. Nozetz*, [1984] R.D.J. 219 (C.A.).

I conclude from these authorities that judgments which allow motions for non-suit and strike conclusions are final or definitive judgments and must be appealed within the prescribed delay in order to prevent them from becoming *res judicata* on the point.

There is, however, authority for the proposition that some such “final” judgments, limited in the case law to decisions maintaining an objection to the evidence, may be appealed within the context of a wider appeal from the judgment on the merits in certain circumstances. For a very cogent history of this development, see *Laforge v. White*, [1990] R.J.Q. 2124 (C.A.). However, in that case, Rousseau-Houle J.A. makes the following qualifications (at p. 2127):

[TRANSLATION] In the case of interlocutory judgments allowing an objection to evidence, however, this Court noted in *Brûlé v. C.S.R. de Chambly* [[1984] R.D.J. 478], that the fact that the right of appeal was not exercised immediately after the decision did not raise a presumption that this right of appeal had been waived, and that even if the trial had been concluded, the application for leave to appeal could be granted because it had been made within 30 days of the judgment. In *Droit de la famille — 229* [[1985] C.A. 487], although LeBel and Turgeon JJ. dismissed the interlocutory appeals filed during the trial of a divorce action, they nonetheless considered that such appeals could be heard, since the Court of Appeal now seems to acknowledge that, under

aucun pouvoir et toute tentative de sa part visant à remédier à la situation serait sans effet et inopérante. On voit donc que les jugements sur des inscriptions en droit qui radiant une partie des allégations forment une catégorie à part et doivent être considérés comme des jugements définitifs. [Je souligne.]

Le juge Rinfret s’est appuyé sur deux arrêts antérieurs de notre Cour, *Dominion Textile Co. c. Skaife*, [1926] R.C.S. 310, et *Ville de St. Jean c. Molleur* (1908), 40 R.C.S. 139. Plus récemment, cette règle a été énoncée dans l’arrêt *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal c. Ville de Montréal*, [1980] 1 R.C.S. 740, et reprise dans l’affaire *Brandt Plumbing Co. c. Nozetz*, [1984] R.D.J. 219 (C.A.).

Cette doctrine ainsi que la jurisprudence m’amènent à conclure que les jugements faisant droit à des requêtes en irrecevabilité et radiant des conclusions sont des jugements définitifs dont appel doit être formé dans les délais prescrits si l’on veut empêcher qu’ils ne deviennent chose jugée sur ce point du litige.

Il existe toutefois des précédents à l’appui de l’argument voulant que certains de ces jugements «définitifs», que la jurisprudence limite aux décisions accueillant une objection à la preuve, puissent, dans certaines circonstances, faire l’objet d’un appel dans le cadre de l’appel du jugement au fond. Pour un très bon aperçu historique de cette évolution, voir l’affaire *Laforge c. White*, [1990] R.J.Q. 2124 (C.A.). Le juge Rousseau-Houle apporte toutefois, dans cette affaire, les nuances suivantes (à la p. 2127):

Dans le cas de jugements interlocutoires accueillant une opposition à la preuve, notre Cour soulignait toutefois, dans *Brûlé c. C.S.R. de Chambly* [[1984] R.D.J. 478], que le fait de ne pas avoir exercé le droit d’appel immédiatement après la décision ne faisait pas présumer une renonciation à ce droit d’appel et que, même si l’enquête était close, la requête pour permission de faire appel pouvait être accueillie car elle avait été présentée dans les 30 jours du jugement. Dans *Droit de la famille — 229* [[1985] C.A. 487], les juges LeBel et Turgeon, tout en rejetant des appels interlocutoires rendus en cours d’instruction d’un divorce, avaient néanmoins considéré ces appels comme recevables, puisque la Cour d’appel semble maintenant reconnaître que, en vertu de

art. 29 C.C.P., an immediate appeal during a trial is possible in some cases without in any way being obligatory.

The solution of appealing immediately following an interlocutory judgment allowing an objection to the evidence increases the risk of reopening the trial solely to obtain additional evidence. This inconvenience must not deprive a party of the opportunity to appeal from such a judgment when, at the very least, as in the case at bar, the delay allowed for obtaining leave to appeal had not elapsed when the final judgment was rendered, and that judgment put into question the correctness of the interlocutory judgment to which it was still connected in law. [Emphasis added.]

Hence, the right to appeal from a final, albeit "interlocutory", judgment within the context of an appeal of the judgment on the merits is restricted to cases in which the judgment on the merits has been rendered before the delay in which the interlocutory decision could be appealed has elapsed. The judgment on the merits must also put into question the correctness of such "interlocutory" judgment. Even assuming that there is no distinction to be made between judgments which strike conclusions and those which simply allow objections to the evidence, and that, in this case, the judgment on the motion was "*juridiquement lié*" to the judgment on the merits, Garcia's appeal from the motion of non-suit would be prescribed, since the decision on the motion was made on May 27, 1985 (corrected July 9), the judgment on the merits was rendered on February 10, 1986, and the appeal was lodged on March 10, 1986.

In summary, then, since the trial judge's decision granting the Bank's preliminary motion constituted a final judgment on the point and was not appealed within the prescribed delay, either independently or within the context of the appeal from the decision on the merits, that judgment constituted *res judicata*, as Vallerand J.A. in dissent correctly concluded. Garcia could not then relitigate the matter and seek, as it did on appeal, the vacating of the second sheriff's sale, even if it may have had the right to succeed on that claim, a right

l'article 29 C.P., l'appel immédiat de l'interlocutoire rendu en cours d'instruction est possible en certains cas sans devenir obligatoire pour autant.

La solution d'un appel immédiat lors d'un jugement interlocutoire maintenant une objection à la preuve accroît les risques d'une reprise du procès uniquement pour obtenir un complément de preuve. Cet inconvénient ne doit pas priver une partie de la possibilité d'en appeler de ce jugement lorsque, tout au moins, comme en l'espèce, le délai pour obtenir la permission de le porter en appel n'était pas expiré lorsque le jugement final a été rendu et que ce jugement final remet en question le mérite du jugement interlocutoire auquel il demeure juridiquement lié. [Je souligne.]

Le droit d'en appeler d'un jugement définitif, bien qu'«interlocutoire», dans le cadre de l'appel du jugement au fond est donc restreint aux cas où le jugement au fond a été rendu avant l'expiration du délai dans lequel la décision interlocutoire pouvait faire l'objet d'un appel. Il faut également que le jugement au fond remette en question le bien-fondé de ce jugement «interlocutoire». Or, à supposer même qu'il n'existe pas de distinction entre les jugements radiants des conclusions et ceux accueillant simplement des objections à la preuve et que, en l'espèce, le jugement rendu sur la requête soit «juridiquement lié» au jugement sur le fond, l'appel de Garcia à l'encontre de la requête en irrecevabilité aurait été prescrit puisque la décision sur la requête a été rendue le 27 mai 1985 (corrigée le 9 juillet), que le jugement au fond a été rendu le 10 février 1986 et que l'appel a été formé le 10 mars 1986.

En résumé, donc, étant donné que la décision du juge de première instance d'accueillir la requête préliminaire de la Banque constituait un jugement définitif sur ce point et qu'elle n'a pas fait l'objet d'un appel dans le délai prescrit, soit indépendamment, soit dans le cadre de l'appel de la décision au fond, ce jugement constituait chose jugée comme l'a conclu à juste titre le juge Vallerand, dissident en Cour d'appel. Garcia ne pouvait alors soulever à nouveau la question et demander, comme elle l'a fait en appel, l'annulation du second décret, même si elle avait possiblement le droit d'obtenir gain de cause, droit que, de toute

which, as I concluded earlier, it did not have in any event.

Garcia, however, also claimed its release retroactive to the time after the first sheriff's sale, a matter I will now discuss.

## 2. The Discharge

While courts have given a large and liberal interpretation to the remedial provisions of arts. 1202a et seq. C.C.L.C., allowing the debtor to obtain its release upon certain conditions, they have also recognized that these dispositions only apply in particular circumstances, carefully described and circumscribed by the provisions themselves. Moreover, the law does not provide for the release to be granted automatically, but rather leaves it to the debtor to claim it (arts. 1202h and 1202i). If a debtor fails to seek such release within the time limits set out in art. 1202l, his or her right to do so lapses. Similarly, if the debtor fails to adopt the proper procedure, although within the prescribed delay, the protection to which he or she might otherwise be entitled under these provisions may be curtailed.

For example, in *Lafaille v. Banque nationale du Canada*, [1987] R.J.Q. 1509, the creditor bought property subject to a hypothec in its favour at a sheriff's sale. After the bank had resold the property at a loss, the debtors sought a declaration under art. 1202e C.C.L.C. They claimed that their debt should be reduced by the amount the bank paid for it, rather than the lower price for which it resold it. Nichols J.A. for the Court of Appeal rejected this argument at p. 1517:

[TRANSLATION] If the articles had to be interpreted as the appellants propose, that is, to mean that the hypothecary debtor is entirely at liberty to make its application for release at such time as he or she deems appropriate, while retaining the choice of remedies, in my view this would give these measures a broader remedial effect than what was actually contemplated. This interpretation would be likely to cause still greater damage to a creditor acting in good faith.

façon, suivant ma conclusion antérieure, elle n'avait pas.

Quoi qu'il en soit, Garcia a également demandé sa libération rétroactivement au premier décret, question que je vais maintenant examiner.

## 2. La libération

Bien que les tribunaux aient donné aux dispositions remédiatrices des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. une interprétation large, permettant au débiteur d'obtenir sa libération moyennant certaines conditions, ils ont aussi reconnu que ces dispositions ne s'appliquent que dans des circonstances particulières, soigneusement décrites et circonscrites par le texte même des dispositions. De plus, la loi ne prévoit pas la libération automatique, laissant plutôt au débiteur le soin de la demander (art. 1202h et 1202i). Si le débiteur ne demande pas sa libération dans le délai prescrit à l'art. 1202l, son droit s'éteint. De même, si le débiteur, bien qu'agissant dans les délais, ne suit pas la procédure prescrite, la protection à laquelle ces dispositions lui auraient par ailleurs donné droit risque d'être tronquée.

Ainsi, dans l'arrêt *Lafaille c. Banque nationale du Canada*, [1987] R.J.Q. 1509, le créancier avait acheté un immeuble affecté d'une hypothèque en sa faveur lors d'une vente par shérif. Après que la banque eut revendu l'immeuble à perte, les débiteurs ont demandé une déclaration en vertu de l'art. 1202e C.c.B.-C. Ils ont fait valoir que leur dette devait être réduite du montant payé par la banque, plutôt que du prix inférieur de la revente. Le juge Nichols de la Cour d'appel a rejeté l'argument en ces termes, à la p. 1517:

S'il fallait interpréter ces articles dans le sens que proposent les appelants, c'est-à-dire dans le sens que le débiteur hypothécaire a l'entière liberté d'introduire sa demande de libération au moment qu'il juge opportun tout en conservant le choix des remèdes, ce serait à mon sens donner à ces mesures un effet curatif plus étendu que celui qui a véritablement été envisagé. Ce serait une interprétation susceptible de causer au créancier de bonne foi un préjudice encore plus considérable.

In a way, this would put the creditor at the mercy of the debtor, as I stated earlier. [Emphasis added.]

Ce serait en quelque sorte mettre le créancier à la merci du débiteur comme je le disais précédemment. [Je souligne.]

The application of these principles led him to conclude at p. 1514:

a L'application de ces principes l'a amené à conclure ainsi, à la p. 1514:

[TRANSLATION] There is nothing to prevent the appellants from making their application for release as part of their defence to the creditor's action, but we cannot ignore the fact that they awaited the resale of the immovable before making their application for release. As a point of fact, the resale took place on April 16, 1981, one month before their pleading. Were they hoping that the bank would be able to resell the immovable at a price that would be sufficient to release them in full? I do not know. However, if they had wanted to enjoy the privilege granted by paragraph (a) of art. 1202b, they should have filed their application for release before the immovable was resold. Having allowed this event to go by, they must now live with the situation. [Emphasis added.]

b Rien ne s'oppose à ce que les appelants fassent leur demande de libération dans le cadre d'une défense à l'action du créancier mais on ne peut ignorer le fait qu'ils aient attendu la revente de l'immeuble avant de formuler cette demande de libération. Comme question de fait la revente eut lieu le 16 avril 1981, un mois avant leur plaidoyer. Espéraient-ils que la banque puisse revendre l'immeuble à un prix suffisant pour les libérer entièrement? Je l'ignore. Mais s'ils avaient voulu jouir du privilège reconnu au paragraphe a) de l'article 1202b, ils auraient dû introduire leur demande de libération avant que l'immeuble ne soit revendu. Ayant laissé passer cet événement, il leur faut maintenant vivre avec cette réalité. [Je souligne.]

*Placements Monga Inc. v. Lalonde*, [1986] R.L. 264 (C.A.), also illustrates the fact that it is up to the debtor to act diligently in order to benefit from the full protection of arts. 1202a et seq. C.C.L.C. The appellant company and the respondent Lalonde were co-guarantors of a loan. After the borrower defaulted, an immovable belonging to the company, which it had hypothecated to guarantee the debt, was sold to the lender in a sheriff's sale for an amount far below its actual value. The company took action against Lalonde under art. 1955 C.C.L.C., which provides that guarantors are liable for their share of the amounts which their co-guarantors pay in satisfaction of a debt. The Court of Appeal upheld the Superior Court's ruling that the company was only entitled to Lalonde's share of the price paid by the lender at the sheriff's sale, not a proportion of the actual value of the immovable. Bisson J.A. wrote at pp. 275-76:

e L'arrêt *Placements Monga Inc. c. Lalonde*, [1986] R.L. 264 (C.A.), illustre également le fait qu'il appartient au débiteur d'agir avec diligence s'il veut bénéficier de la pleine protection des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. La compagnie appelante et l'intimé Lalonde s'étaient portés cofidésusseurs d'un prêt. Après le défaut de l'emprunteur, un immeuble sur lequel la compagnie avait consenti une hypothèque en garantie de la dette a été vendu au prêteur, lors d'une vente par shérif, pour un montant nettement inférieur à sa véritable valeur. La compagnie a pris action contre Lalonde en vertu de l'art. 1955 C.c.B.-C., qui porte que les cautions sont responsables de leur part de la dette que leurs cofidésusseurs ont acquittée. La Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour supérieure selon lequel la compagnie n'avait droit qu'à la part de Lalonde dans le prix payé par le prêteur lors de la vente par shérif, et non à une proportion de la valeur véritable de l'immeuble. Le juge Bisson a écrit aux pp. 275 et 276:

[TRANSLATION] The appellant complains that the judge stated that before the appellant could exercise a recourse against its co-sureties, it must necessarily have availed itself of under the provisions of the *Civil Code* concerning "the discharge of certain debtors".

i L'appelante reproche au juge d'avoir indiqué qu'avant de pouvoir exercer un recours contre ses cofidésusseurs, l'appelante aurait nécessairement dû se prévaloir des dispositions du *Code civil* concernant «la libération de certains débiteurs».

If the appellant had obtained its release, the co-sureties would have been released and the appellant could then have proceeded against them.

Arts. 1202a et seq. were enacted to counter the damaging effect caused by the sale at law of immoveables for a price lower than their market value.

However, the appellant would still have had to apply to the Superior Court under art. 1202h.

As it had not done so at the time of the judgment *a quo*, the judge was correct in so noting. [Emphasis added.]

See also *Interprovincial Building Credits Ltd. v. Pelletier*, [1970] C.S. 94.

Accordingly, while arts. 1202a et seq. C.C.L.C. are remedial provisions which must be afforded a large and liberal interpretation, the right to be discharged is not an absolute right. The debtor must exercise the right, must do so in timely fashion, and must follow the proper procedure.

As previously stated, none of the provisions at arts. 1202a et seq. C.C.L.C. explicitly addresses the question of discharge when more than one sale at law has taken place. However, the legislator clearly anticipated that some debts would be secured with more than one instrument or property. For example, the first paragraph of art. 1202i C.C.L.C. provides that the "release of the principal debtor entails the release of his sureties and warrantors". Faribault, *supra*, noted that art. 1202i would also apply where a debtor had pledged more than one piece of property to secure a loan (at pp. 651-52):

[TRANSLATION] The discharge of the debtor necessarily results in the extinction of the debt and, at common law, such extinction also entails the release of the sureties and warrantors from liability, since the accessory cannot survive the principal.

This article in no way deals with privileges or hypothecs which have been discharged by the sheriff's sale. It applies only if the debtor has given his or her creditor other security, such as a surety provided by a third party, or an additional hypothec given on an immoveable other than the one which was sold. All these warranties disappear when the debtor is discharged. [Emphasis added.]

Si l'appelante avait obtenu sa libération, les cofidéjussieurs auraient été libérés et il aurait alors pu y avoir recours de l'appelante contre ces derniers.

Les articles 1202a et ss. ont été édictés pour contrer l'effet lésionnaire causé par la vente en justice d'immeubles pour un prix inférieur à leur valeur marchande.

Mais encore aurait-il fallu que l'appelante s'adresse à la Cour supérieure en vertu de l'article 1202h.

Comme elle ne l'avait pas fait au moment du jugement entrepris, c'est à juste titre que le juge l'a noté. [Je souligne.]

Voir aussi *Interprovincial Building Credits Ltd. c. Pelletier*, [1970] C.S. 94.

Par conséquent, bien que les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. soient des dispositions remédiatrices auxquelles il convient de donner une interprétation large, le droit à la libération n'a rien d'absolu. Le débiteur doit l'exercer, et ce, en temps utile et en suivant la procédure prescrite.

Comme je l'ai mentionné auparavant, aucune des dispositions des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. ne traite explicitement de la question de la libération en cas de vente en justice de plus d'un immeuble. Cependant, le législateur a manifestement prévu le cas où des créances seraient garanties par plus d'un titre ou d'un immeuble. Ainsi, le premier paragraphe de l'art. 1202i C.c.B.-C. porte que «[l]a libération du débiteur principal entraîne la libération de ses cautions et garants.» Faribault, *op. cit.*, a souligné que l'art. 1202i s'appliquerait également lorsque le débiteur a donné plus d'un bien en garantie d'un prêt (aux pp. 651 et 652):

La libération du débiteur entraîne évidemment l'extinction de sa dette, et, selon le droit commun, cette extinction fait également disparaître la responsabilité des cautions et des garants, l'accessoire ne pouvant survivre au principal.

Le présent article ne concerne aucunement les privilèges ou les hypothèques qui ont été purgés par le décret. Il n'a d'application que si le débiteur a fourni d'autres garanties à son créancier, tels que un cautionnement fourni par un tiers, ou une hypothèque additionnelle consentie sur un autre immeuble que celui qui a été vendu. Toutes ces garanties disparaissent avec la libération du débiteur. [Je souligne.]

However, as the terms of art. 1202*i* itself make plain, the additional securities granted by the debtor to its creditor do not disappear unless the debtor actually seeks and obtains its discharge before the courts. The second paragraph is couched in facultative rather than imperative language:

When a debtor has, in virtue of this division, the right to obtain his release with respect to a debt or residue of a debt, any person who has become surety or warrantor for the payment of such debt or such residue has the right to obtain his own release and may exercise his recourse for such purpose, independently of the principal debtor, by following the procedure hereinabove set forth. [Emphasis added.]

According to this provision, even sureties and warrantors acquire only a right to apply for a discharge, which they must exercise positively according to the procedure set forth earlier in the section in order to be released. It follows that a debtor who has hypothecated more than one piece of land to secure a single loan must also take positive steps to obtain discharge after a first sale at law, in order to prevent its creditor from enforcing its rights with respect to other securities associated with the same debt. Even when the value of a property sold at a first sheriff's sale is sufficient to satisfy the balance of the debt owing to its creditor, a creditor is not prevented from forcing the sale of other property pledged by the debtor. The law does not provide for automatic discharge upon the sale of sufficient assets to satisfy the debt. Rather, it sets out the procedure to be followed by the debtor within a specified delay to claim such release.

That procedure whereby a debtor may prevent a second sale, if entitled to discharge after the first sale, is set out in art. 1202*j* which, for ease of reference, I reproduce here:

1202j. The debtor may, in so far as his recourse for release is not prescribed, invoke as a defence to a suit, as an opposition to a seizure in execution or as a contestation of a seizure by garnishment, as the case may be,

Toutefois, comme il ressort clairement des termes mêmes de l'art. 1202*i*, les garanties additionnelles que le débiteur a fournies à son créancier ne disparaissent pas avant que le débiteur ne demande et n'obtienne effectivement sa libération devant les tribunaux. Le second paragraphe de l'article est rédigé en termes plus facultatifs qu'impératifs:

Lorsqu'un débiteur a, en vertu de la présente section, droit d'obtenir sa libération à l'égard d'une dette ou d'un reliquat de dette, toute personne qui s'est portée caution ou garant du paiement de cette dette ou de ce reliquat a droit d'obtenir sa propre libération et peut exercer son recours à cette fin, indépendamment du débiteur principal, en suivant la procédure ci-dessus prescrite. [Je souligne.]

Aux termes de cette disposition, les cautions et les garants n'acquièrent eux-mêmes que le droit de demander la libération, droit qu'ils doivent exercer concrètement suivant la procédure établie dans les dispositions précédentes de la section. Il s'ensuit qu'un débiteur qui a hypothéqué plus d'un terrain pour garantir un seul prêt doit également entreprendre des démarches en vue d'obtenir sa libération après une première vente en justice, afin d'empêcher le créancier d'exercer ses droits sur les autres garanties consenties pour la même dette. Même si la valeur d'un immeuble vendu lors d'une première vente par shérif est suffisante pour couvrir le solde de la dette due au créancier, rien n'empêche celui-ci de forcer la vente des autres biens grevés par le débiteur. La loi ne prévoit pas une libération automatique en cas de vente de biens suffisants pour acquitter la créance. Elle prescrit plutôt la procédure que le débiteur doit suivre à l'intérieur d'un certain délai pour en faire la demande.

Cette procédure par laquelle le débiteur peut empêcher la tenue d'une deuxième vente, s'il a droit d'obtenir sa libération après la première, est établie à l'art. 1202*j*, que je reproduis ici pour plus de commodité:

1202j. Le débiteur peut, aussi longtemps que son recours en libération n'est pas prescrit, faire valoir en défense à une action, en opposition à une saisie-exécution ou en contestation d'une saisie-arrêt, selon le cas,

the grounds which he may invoke in support of an application for release, and, upon conclusions to that effect in the said defence, opposition or contestation, the court may award the release. [Emphasis added.]

Faribault, *supra*, comments (at pp. 652-53):

[TRANSLATION] By this article, the legislature permits the debtor to invoke his or her grounds in support of release, not only by an introductory notice of motion, but also in pleadings in an action by the creditor to claim the residue of the claim, and even by means of an opposition to a seizure in execution or a dispute of a seizure by garnishment.

It is clear that Garcia could have prevented or at least delayed the second sheriff's sale, simply by following the procedure set out in art. 1202j C.C.L.C. before it took place. As the Bank points out, according to art. 599 C.C.P., which I have reproduced at the outset of these reasons, Garcia's opposition to the seizure in execution would have automatically suspended the sale of its property pending the determination of its right to a discharge following the first sale. Evidence could then have been led as to the value of the property sold at the first sheriff's sale, in order to establish whether it was sufficient to satisfy the debt owed to the Bank.

Time is, however, of the essence. As Nichols J.A. observed in *Lafaille, supra*, a debtor must act diligently if it wishes to avail itself of the rights conferred in arts. 1202a et seq. C.C.L.C. If the debtor stands idly by while other legal proceedings, such as the resale of the property or a second judicial sale, take place, courts will not remedy this inaction. To borrow the phraseology used by Nichols J.A.: [TRANSLATION] "Having allowed this event to go by, they must now live with the situation."

Article 1202k C.C.L.C. buttresses this conclusion:

1202k. The release of the debtor shall not have the effect of compelling the creditor to remit any sums

les moyens qu'il peut invoquer à l'appui d'une demande de libération, et, sur conclusions à cette fin dans ladite défense, opposition ou contestation, le tribunal peut accorder la libération. [Je souligne.]

Faribault, *op. cit.*, formule le commentaire suivant (aux pp. 652 et 653):

Le législateur permet au débiteur, par le présent article, de faire valoir ses moyens au soutien de sa libération, non seulement par une requête introductive d'instance, mais aussi dans un plaidoyer à une action du créancier pour réclamer le reliquat de la créance, et même au moyen d'une opposition à une saisie exécution ou d'une contestation d'une saisie arrêt.

Il est clair que Garcia aurait pu empêcher la deuxième vente par shérif, ou à tout le moins la retarder, simplement en suivant la procédure établie à l'art. 1202j C.c.B.-C. avant qu'elle n'ait lieu. Comme la Banque l'a souligné, l'opposition de Garcia à la saisie-exécution aurait immédiatement eu pour effet, suivant l'art. 599 C.p.c. dont le texte est reproduit au début des présents motifs, de suspendre la vente de son immeuble en attendant qu'une décision soit prise sur son droit d'obtenir la libération après la première vente. Il aurait pu alors y avoir présentation d'éléments de preuve quant à la valeur des immeubles vendus lors de la première vente en vue d'établir si elle était suffisante pour acquitter la créance de la Banque.

Le respect des délais impartis est, toutefois, une condition essentielle. Comme le juge Nichols de la Cour d'appel l'a fait observer dans l'arrêt *Lafaille*, précité, le débiteur doit agir avec diligence s'il veut se prévaloir des droits conférés par les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. S'il reste inactif alors que sont prises d'autres procédures juridiques, telles la revente de l'immeuble ou une deuxième vente judiciaire, les tribunaux ne remédieront pas à son inaction. Pour reprendre la formulation du juge Nichols: «Ayant laissé passer cet événement, il leur faut maintenant vivre avec cette réalité.»

L'article 1202k C.c.B.-C. vient étayer cette conclusion:

1202k. La libération du débiteur n'a pas pour effet d'imposer au créancier l'obligation de remettre les

which he legally collected under his judgment before such release.

This seems a clear indication that once the judgment has been fully executed, as here by the second sale at law, although the debtor can still obtain its release (provided the value of the property is sufficient to cover the debt), it cannot claim the amount which may have been a windfall to the creditor and to which it may otherwise have been entitled. While the legislator did foresee the possibility that a sheriff's sale could trigger a debtor's release with respect to more than one security, as set out in art. 1202*i* C.C.L.C., at the same time it restricted that right in such a way that a debtor who does not exercise a claim diligently does so at his or her own peril.

This conclusion is consonant not only with common sense, but with the respect for the titles accorded by sheriff's sales inherent in Quebec law, and its restrictive approach towards the vacating of such sales when the petitioner fails to oppose it before it takes place, as I discussed earlier. It is also consistent with the desire to avoid prejudice to a creditor who acted legally and was not notified in due time of its debtor's intent.

Having failed to claim its release before the second sheriff's sale took place, as it could have done by following the procedure set out above, Garcia was barred both from seeking its release and obtaining reimbursement from the Bank, as well as from claiming the vacating of the second sheriff's sale. While this may seem harsh at first sight, there are valid policy reasons, tied to the impact of sheriff's sales on titles, which may have guided the legislator in its choice of remedies. While it might be appropriate to facilitate split sales when advantageous to the debtor and without prejudice to the creditor, it is up to the legislator, not to the courts, to enact legislation to this effect (as I stated earlier).

sommes qu'il a légalement perçues sur son jugement avant cette libération.

Il en ressort clairement qu'une fois le jugement pleinement exécuté, comme il l'a été en l'espèce par la deuxième vente en justice, le débiteur ne peut, bien qu'il puisse encore obtenir sa libération (à condition que la valeur de l'immeuble soit suffisante pour couvrir la créance), réclamer la somme qui a pu constituer une aubaine pour le créancier et à laquelle il aurait pu avoir droit par ailleurs. Bien que le législateur ait prévu la possibilité qu'une vente par shérif entraîne la libération du débiteur à l'égard de plus d'une sûreté, comme le dit l'art. 1202*i* C.c.B.-C., il a du même coup restreint ce droit de telle sorte que le débiteur qui n'exerce pas son droit avec diligence le fait à ses risques et périls.

Cette conclusion est conforme non seulement au bon sens, mais aussi au respect dont jouissent en droit québécois les titres conférés par décrets et, comme je l'ai indiqué auparavant, à l'interprétation restrictive adoptée en ce qui concerne l'annulation des décrets lorsque le requérant n'a pas fait opposition avant la vente. Elle est également conforme au désir d'éviter tout préjudice au créancier qui a agi légalement et n'a pas été informé en temps opportun de l'intention de son débiteur.

Ayant fait défaut de demander sa libération avant que n'ait lieu la deuxième vente par shérif, ce qu'il aurait pu faire en suivant la procédure exposée précédemment, Garcia était irrecevable tant à demander sa libération et à obtenir un remboursement de la Banque qu'à rechercher l'annulation du second décret. Bien que cela puisse sembler draconien de prime abord, plusieurs considérations d'intérêt public liées à la portée des décrets sur les titres ont pu guider le législateur dans son choix des recours. Quoiqu'il puisse être opportun de scinder la vente si cela est avantageux pour le débiteur et non préjudiciable pour le créancier, c'est, comme je l'ai dit auparavant, au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient d'édicter des lois à cet égard.



Conclusion

In conclusion, while Garcia could have availed itself of the remedial provisions of arts. 1202a et seq. C.C.L.C. in order to obtain its release after the first sheriff's sale, it could only do so by adopting the proper procedure within the prescribed delay before a second sheriff's sale proceeded. While its waiver of the benefits of the law was null as premature and contrary to the economic protective public order provisions of arts. 1202a et seq. C.C.L.C., its failure to observe the procedural requirements to avail itself of its rights is fatal, and its claim must fail.

Moreover, as regards Garcia's claim to vacate the second sheriff's sale, having failed to appeal in due time the trial judge's judgment on the Bank's motion to strike, there was *res judicata* on this issue and Garcia was barred from relitigating this point on appeal. In any event, Garcia neither alleged any of the grounds required to have the second sheriff's sale set aside nor did it provide any evidence of illegality or irregularity in this connection. Its claim to vacate the second sheriff's sale must also fail.

Given the circumstances of this case, and in particular the fact that the Bank's judgment was satisfied as a result of the first sheriff's sale, I would not grant costs.

Accordingly, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and dismiss the respondent's action, the whole without costs throughout.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellants: de Granpré, Godin, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Paquette, Perreault, Trudeau & Associés, Montréal.*

Conclusion

En conclusion, bien que Garcia eût pu se prévaloir des dispositions remédiatrices des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. afin d'obtenir sa libération après le premier décret, elle ne pouvait le faire qu'en suivant la procédure appropriée dans les délais prescrits avant que n'intervienne le second décret. Quoique sa renonciation aux bénéfices de la loi soit nulle parce que prématurée et contraire aux dispositions d'ordre public économique de protection des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C., son défaut d'observer les exigences procédurales pour faire valoir ses droits est fatal, et elle doit être déboutée de sa demande.

De plus, en ce qui concerne sa demande d'annulation du second décret, en raison de son défaut d'en appeler, dans le délai prescrit, du jugement rendu par le juge de première instance sur la requête en radiation de la Banque, il y avait chose jugée sur ce point et Garcia était irrecevable à soulever à nouveau la question en appel. Quoiqu'il en soit, Garcia n'a ni allégué de motifs donnant ouverture à l'annulation du second décret ni présenté quelque élément de preuve d'illégalité ou d'irrégularité à cet égard. Elle doit donc également être déboutée de sa demande d'annulation du second décret.

Vu les circonstances, et en particulier le fait qu'il avait été satisfait au jugement de la Banque par suite du premier décret, je suis d'avis de ne pas adjuger de dépens.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rejeter l'action de l'intimée, le tout sans frais dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs des appelantes: de Granpré, Godin, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Paquette, Perreault, Trudeau & Associés, Montréal.*

**Bank of Montreal and Gilles  
Tremblay Appellants**

v.

**Commission hydroélectrique du Québec  
(Hydro-Québec), Bail Ltée, Sotrim Ltée  
(Bail/Sotrim), and Travelers of Canada,  
Indemnity Company Respondents**

and between

**Gilles Tremblay and Bank of  
Montreal Appellants**

v.

**Commission hydroélectrique du Québec  
(Hydro-Québec), Bail Ltée, Sotrim Ltée  
(Bail/Sotrim), and Travelers of Canada,  
Indemnity Company Respondents**

INDEXED AS: BANK OF MONTREAL v. BAIL LTÉE

File Nos.: 21748, 21749.

1992: March 6; 1992: June 25.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Gonthier and Stevenson\*JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Civil responsibility — Delictual liability — Contract  
of enterprise — Obligation to inform — Delictual action  
by subcontractor against owner — Action based on  
owner's breach of obligation to inform contractor —  
Judgment allowing action at trial reversed by Court of  
Appeal — Court of Appeal disturbing trial judge's find-  
ings and conclusions of fact — Whether Court of  
Appeal's intervention justified — Role of appellate court  
reviewing trial judge's assessment of the evidence —  
Civil Code of Lower Canada, art. 1053.*

*Contracts — Contract of enterprise — Obligation to  
inform — Main elements of obligation — Factors hav-*

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**Banque de Montréal et Gilles  
Tremblay Appellants**

c.

a

**Commission hydroélectrique du Québec  
(Hydro-Québec), Bail Ltée, Sotrim Ltée  
(Bail/Sotrim), et Travelers du Canada,  
b compagnie d'indemnité Intimées**

et entre

c  
**Gilles Tremblay et Banque de  
Montréal Appellants**

c.

d  
**Commission hydroélectrique du Québec  
(Hydro-Québec), Bail Ltée, Sotrim Ltée  
(Bail/Sotrim), et Travelers du Canada,  
compagnie d'indemnité Intimées**

e

RÉPERTORIÉ: BANQUE DE MONTRÉAL c. BAIL LTÉE

N<sup>os</sup> du greffe: 21748, 21749.

1992: 6 mars; 1992: 25 juin.

f

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Gonthier et Stevenson\*.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

g

*Responsabilité civile — Responsabilité délictuelle —  
Contrat d'entreprise — Obligation de renseignement —  
Action délictuelle d'un sous-traitant contre le maître de  
l'ouvrage — Action fondée sur un manquement du  
maître de l'ouvrage à son obligation de renseigner l'en-  
trepreneur — Jugement accueillant l'action en première  
instance infirmé par la Cour d'appel — Intervention de  
la Cour d'appel dans les déterminations et conclusions  
de fait du juge de première instance — L'intervention de  
la Cour d'appel était-elle justifiée? — Rôle de la Cour  
d'appel appelée à réviser l'appréciation de la preuve du  
juge de première instance — Code civil du Bas-Canada,  
art. 1053.*

i

*Contrats — Contrat d'entreprise — Obligation de  
renseignement — Éléments principaux de l'obligation —*

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

*ing a bearing on substance of obligation in contracts of enterprise for large projects.*

*Prescription — Impossibility of action — Time at which prescription starts to run — Owner's breach of obligation to inform contractor — Delictual action by subcontractor against owner — Time at which prescription starts to run pushed back to moment when subcontractor discovered facts giving rise to its right — Civil Code of Lower Canada, art. 2232.*

*Damages — Additional indemnity — No valid reason for refusing indemnity — Indemnity awarded — Civil Code of Lower Canada, art. 1056c.*

*Damages — Quantum — Sum of \$2,000,000 awarded by trial judge as compensation for subcontractor's financial difficulties — Amount deducted owing to lack of evidence to justify it.*

In May 1977, Hydro-Québec called for tenders for construction and engineering work on a substation. Several documents were made available to tenderers, including a geotechnical report prepared by a firm of experts and submitted to Hydro-Québec in 1974. In late June, on the experts' recommendation, Hydro-Québec changed the plans for the access road to the substation. A few days later, it awarded the excavation, foundation digging and construction work to a contractor, the respondents Bail Ltée and Sotrim Ltée, for a fixed price. The contractor in turn subcontracted part of the work to a subcontractor. From the outset, the subcontractor complained of the poor soil conditions. Experts sent by Hydro-Québec to the site confirmed the subcontractor's assertions by letter and proposed raising the level of the substation as a solution. In late August Hydro-Québec accepted this proposal and agreed to alter its plans by means of an amendment or change order. The subcontractor disagreed with the contractor, however, with respect to the method of calculating payment for the new work set out in the change order. Neither the letter from the experts nor their new geotechnical report received by Hydro-Québec in September was disclosed to the contractor or to the subcontractor. The subcontractor continued to experience difficulties in performing the work and new corrective measures were taken. Hydro-Québec approved the use of well-points to drain the soil, among other things, but it was only after the contractor had waived all claims against it that Hydro-Québec agreed to assume the costs of this major amendment. The contractor obtained a similar waiver from the subcontractor. In both cases, the waivers were given

*Facteurs pouvant influencer la teneur de l'obligation dans les contrats d'entreprise pour de grands chantiers.*

*Prescription — Impossibilité d'agir — Point de départ de la prescription — Manquement du maître de l'ouvrage à son obligation de renseigner l'entrepreneur — Action délictuelle d'un sous-traitant contre le maître de l'ouvrage — Point de départ de la prescription repoussé jusqu'au moment de la découverte par le sous-traitant des faits générateurs de son droit — Code civil du Bas-Canada, art. 2232.*

*Dommages-intérêts — Indemnité additionnelle — Aucun motif valable de refuser l'indemnité — Indemnité accordée — Code civil du Bas-Canada, art. 1056c.*

*Dommages-intérêts — Quantum — Somme de 2 000 000 \$ accordée par le juge de première instance pour compenser les déboires financiers d'un sous-traitant — Montant retranché puisqu'aucune preuve ne justifie ce montant.*

En mai 1977, Hydro-Québec fait un appel d'offres pour la construction et l'aménagement d'un poste. Plusieurs documents sont alors mis à la disposition des soumissionnaires, dont un rapport géotechnique préparé par une firme d'experts et remis à Hydro-Québec en 1974. À la fin juin, sur la recommandation des experts, Hydro-Québec modifie les plans du chemin d'accès du poste. Quelques jours plus tard, elle confie les travaux de terrassement, d'excavation et de construction à un entrepreneur, les intimées Bail Ltée et Sotrim Ltée, pour un prix forfaitaire. À son tour, l'entrepreneur confie une partie des travaux à un sous-traitant. Dès le début, le sous-traitant se plaint des mauvaises conditions du sol. Des experts envoyés par Hydro-Québec sur le chantier confirment par lettre les assertions du sous-traitant et proposent comme solution de rehausser le niveau du poste. À la fin août, Hydro-Québec accepte cette proposition et consent à modifier ses plans au moyen d'un avenant. Le sous-traitant est toutefois en désaccord avec l'entrepreneur au sujet du mode de calcul du paiement des nouveaux travaux prévus à l'avenant. La lettre des experts, de même que leur nouveau rapport géotechnique reçu par Hydro-Québec en septembre, n'ont été communiqués ni à l'entrepreneur ni au sous-traitant. Ce dernier continue d'éprouver des difficultés dans l'exécution des travaux et des nouvelles mesures correctives sont adoptées. Hydro-Québec approuve notamment l'utilisation de pointes filtrantes pour assécher le sol mais ce n'est qu'après que l'entrepreneur eut renoncé à toute réclamation contre elle qu'Hydro-Québec consent à assumer les coûts de cette importante modification. L'entrepreneur obtient la même quittance de la part du

subject to the dispute surrounding the change order. Upon the completion of the work, only the amount pertaining to the change order remained in dispute. In 1980, the subcontractor was put in bankruptcy and the appellant Bank of Montreal, the assignee of the subcontractor's accounts receivable, invoking the change order, commenced an action in contractual liability against the contractor and its surety, Travelers of Canada. The contractor pleaded Hydro-Québec, as owner, in warranty. In 1983 the subcontractor received a copy of one of the plans appended to the 1977 geotechnical report from an anonymous source. It was alleged that it would have been able to see from this plan that there was an error in selecting the precise site of the work, which could have explained its difficulties. The Bank then brought an action in delictual liability against Hydro-Québec. The action in contractual liability against the contractor became subsidiary.

The Superior Court allowed the Bank's delictual action against Hydro-Québec. The court noted that the documents provided with the call for tenders did not allow the contractor and subcontractor to foresee the difficulties in carrying out the work. It also noted that the design described in the call for tenders and in these documents was erroneous and could not be carried out as described. In the court's view Hydro-Québec was aware as early as the tender period that major changes would be necessary and the letter from the experts and their 1977 geotechnical report also disclosed errors committed by Hydro-Québec. The court was of the view that the failure to disclose the information obtained in 1977 played a crucial role in the subcontractor's collapse, preventing it from seeking to have the contract renegotiated. It accordingly found that Hydro-Québec had acted fraudulently in not informing the contractor and the subcontractor that the design set out in the call for tenders was erroneous. The court awarded the Bank \$6,438,674 in damages, and \$2,000,000 for the ruin of the subcontractor, but without the additional indemnity provided for in art. 1056c *C.C.L.C.* The main contract between Hydro-Québec and the contractor, the subcontract between the contractor and the subcontractor and the waivers were set aside. The Bank's contractual action against the contractor and the contractor's action in warranty against Hydro-Québec were dismissed.

Hydro-Québec appealed and the Bank filed an incidental appeal with respect to the quantum and to the additional indemnity under art. 1056c. The contractor for its part filed an incidental appeal with respect to the setting aside of the contract.

sous-traitant. Dans les deux cas, les quittances sont données sous réserve du désaccord entourant l'avenant. À la fin des travaux, seul le montant relatif à l'avenant demeure en litige. En 1980, le sous-traitant est mis en faillite et l'appelante, la Banque de Montréal, cessionnaire des créances du sous-traitant, invoquant l'avenant, intente une action en responsabilité contractuelle contre l'entrepreneur et sa caution, Travelers du Canada. L'entrepreneur appelle en garantie Hydro-Québec, à titre de maître de l'ouvrage. Le sous-traitant reçoit d'une source anonyme, en 1983, une copie d'un des plans annexés au rapport géotechnique de 1977. On prétend que ce plan lui aurait permis de se rendre compte d'une erreur sur l'endroit précis des travaux, ce qui pourrait expliquer ses déboires. La Banque intente alors une action en responsabilité délictuelle contre Hydro-Québec. L'action en responsabilité contractuelle contre l'entrepreneur devient subsidiaire.

La Cour supérieure accueille l'action délictuelle de la Banque contre Hydro-Québec. La cour constate que les documents remis avec l'appel d'offres ne permettaient pas à l'entrepreneur et au sous-traitant de prévoir les difficultés d'exécution des travaux. Elle constate également que le concept décrit à l'appel d'offres et dans ces documents était erroné et irréalisable tel que conçu. Selon la cour, Hydro-Québec était au courant dès la période des soumissions que des modifications importantes seraient nécessaires et la lettre des experts et leur rapport géotechnique de 1977 permettaient aussi de discerner les erreurs commises par Hydro-Québec. La cour est d'avis que la non-divulgaration des informations obtenues en 1977 a joué un rôle crucial dans la déconfiture du sous-traitant, l'empêchant de demander un renégociation de contrat. Elle conclut donc qu'Hydro-Québec a agi d'une manière dolosive en n'informant pas l'entrepreneur et le sous-traitant qu'elle avait constaté que le concept décrit à l'appel d'offres était erroné. La cour accorde à la Banque 6 438 674 \$ en dommages-intérêts, ainsi que 2 000 000 \$ pour la ruine du sous-traitant, mais sans l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c *C.c.B.-C.* Le contrat principal liant Hydro-Québec à l'entrepreneur, le contrat de sous-traitance liant l'entrepreneur au sous-traitant ainsi que les renonciations sont annulés. Le recours contractuel de la Banque contre l'entrepreneur ainsi que le recours en garantie de l'entrepreneur contre Hydro-Québec sont rejetés.

Hydro-Québec interjette appel et la Banque interjette un appel incident relativement au quantum et à l'indemnité additionnelle de l'art. 1056c. L'entrepreneur pour sa part interjette un appel incident quant à l'annulation du contrat.

The Court of Appeal dismissed the Bank's action and dismissed the other appeals. The court concluded that Hydro-Québec had not had knowledge of possible errors in the 1974 report and in the documents concerning the call for tenders at the time the contracts were entered into. It also concluded that Hydro-Québec had no obligation to disclose the 1977 report to the contractor since the changes provided for in the amendment had already been ordered and this report contained nothing new.

*Held:* The appeals should be allowed in part.

The Court of Appeal was not justified in intervening to reverse the Superior Court's judgment. When an appellate court is of the opinion that the trial judge has drawn erroneous conclusions from the evidence, it must provide good reasons for its decision, because in so doing it is taking issue with the results of direct observation of the testimony. It is not sufficient for the Court of Appeal to indicate its disagreement with the trial judge; it must also state its reasons. In this case the Court of Appeal differed with the conclusions reached by the trial judge on several occasions with respect to the main issues, and to other issues of lesser importance, relating to the assessment of the facts and the credibility of the witnesses. The court did not explain in what respect the trial judge may have been mistaken when he weighed the evidence before him, and in particular it advanced no reason why his findings as to credibility, which are at the heart of his sovereign authority, were patently erroneous. In the absence of an explanation, one must conclude that the Court of Appeal simply disagreed with the lower court's appreciation of the facts, and so substituted its own interpretation.

Not only is there no palpable error in the interpretation of the evidence in the trial judgment, but the judgment is well founded in law. Failure to perform a contractual obligation, as a juridical fact, may form the basis for an action in delictual liability by a third party against the contracting party who is at fault. A party to a contract must conduct itself just as reasonably and with the same good faith toward third parties as toward the other contracting parties. A subcontractor may therefore invoke in its favour a failure by the owner to fulfil its obligation to inform the contractor, in so far as the owner failed to meet the standard of conduct of a reasonable person. The main elements of the contractual obligation to inform are: knowledge of the information, whether actual or presumed, by the party which owes the obligation to inform; the fact that the information in question is of decisive importance; and the fact that it is

La Cour d'appel déboute la Banque de son action et rejette les autres pourvois. La cour conclut qu'Hydro-Québec n'avait pas connaissance des erreurs possibles au rapport de 1974 et aux documents d'appel d'offres au moment de la conclusion des contrats. Elle conclut également qu'Hydro-Québec n'avait pas l'obligation de divulguer le rapport de 1977 à l'entrepreneur puisque les modifications prévues à l'avenant avaient déjà été ordonnées et que ce rapport n'apportait rien de nouveau.

*Arrêt:* Les pourvois sont accueillis en partie.

L'intervention de la Cour d'appel pour renverser le jugement de la Cour supérieure n'était pas justifiée. Lorsqu'une cour d'appel est d'avis que le juge de première instance a tiré des conclusions erronées de la preuve, il lui faut bien fonder sa décision, car elle s'inscrit alors contre les résultats d'une observation directe des témoignages. Il ne suffit pas à la Cour d'appel de marquer son désaccord avec le juge de première instance, il faut également qu'elle le motive. En l'espèce, la Cour d'appel s'est écartée à plusieurs reprises des conclusions du juge de première instance sur les questions principales du litige, de même que sur d'autres questions d'importance moindre, touchant l'appréciation des faits et la crédibilité des témoins. La cour n'a pas expliqué en quoi le juge de première instance se serait mépris lorsqu'il a évalué la preuve devant lui et, en particulier, elle n'a avancé aucune raison pour laquelle les conclusions du premier juge quant à la crédibilité, qui sont au cœur de son pouvoir souverain, auraient été manifestement erronées. En l'absence d'explication, on doit alors conclure que la Cour d'appel n'était tout simplement pas d'accord avec l'appréciation des faits du tribunal d'instance inférieure et qu'elle y a substitué sa propre interprétation.

Non seulement le jugement de première instance ne souffre d'aucune erreur manifeste dans l'appréciation de la preuve, mais il est également fondé en droit. Un manquement à une obligation contractuelle, en tant que fait juridique, peut constituer la base d'une action en responsabilité délictuelle d'un tiers contre le contractant fautif. Une partie à un contrat doit en effet se conduire tout aussi raisonnablement et avec la même bonne foi à l'égard des tiers qu'à l'égard des autres parties contractantes. Un sous-traitant peut donc invoquer en sa faveur un manquement du maître de l'ouvrage à son obligation de renseigner l'entrepreneur, dans la mesure où le maître de l'ouvrage a failli aux normes de comportement d'une personne raisonnable. Les principaux éléments de l'obligation de renseignement contractuelle sont: la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseigne-

impossible for the party to whom the duty to inform is owed to inform itself, or that the creditor is legitimately relying on the debtor of the obligation. These elements of the obligation to inform are found in contracts of enterprise relating to large projects. In this context, however, the substance of the obligation may vary depending on the allocation of risk, the relative expertise of the parties and the continuing formation of the contract.

In this case the trial judge was correct in imposing an onerous obligation to inform on Hydro-Québec after noting that Hydro-Québec had assumed a certain degree of liability with respect to the accuracy of the geotechnical data, that it had greater expertise than the contractor and the subcontractor in relation to the geotechnical studies, and that the number and scope of the alterations had completely changed the nature of the original contract. His conclusion that Hydro-Québec had failed to fulfil its obligation to inform as early as the pre-contractual period and that this fault continued with the non-disclosure of the 1977 report was supported by the evidence and the Court of Appeal should not have intervened. Hydro-Québec, which knew that its design was erroneous, refused to admit its error in order to induce the contractor and the subcontractor to complete the work without having to renegotiate the entire contract. The Bank could therefore rely on the failure to fulfil the obligation to inform since it is indisputable that Hydro-Québec, as the owner, had a duty to act reasonably toward subcontractors, particularly when it was a matter of informing them of errors in the tender documents. In the context of a large project, the contractor commonly uses the services of subcontractors. As well, this possibility was mentioned in the specifications which accompanied the call for tenders. Not only did the obligation to inform benefit the contractor, but it was also to the advantage of the subcontractors.

The delictual action by the Bank against Hydro-Québec for breach of its obligation to inform is not prescribed. It was in fact impossible for the Bank to act, since it was unaware of the facts which gave rise to its right (art. 2232 *C.C.L.C.*). In view of the fault committed by Hydro-Québec — non-disclosure of the information — the Bank could not know that Hydro-Québec had this information and was therefore not able to exercise its rights. The time at which the prescription started to run was thus pushed back until the moment when the subcontractor fortuitously discovered this information.

ment; la nature déterminante de l'information en question; et l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner lui-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur. Ces éléments de l'obligation de renseignement se retrouvent dans les contrats d'entreprise portant sur des grands chantiers. Toutefois, dans ce contexte, la teneur de l'obligation peut varier selon la répartition des risques, l'expertise relative des parties et la formation continue du contrat.

En l'espèce, le juge de première instance a eu raison d'imposer une obligation de renseignement onéreuse à Hydro-Québec après avoir constaté qu'Hydro-Québec avait assumé une certaine responsabilité quant à l'exactitude des données géotechniques, qu'elle possédait plus d'expertise que l'entrepreneur et le sous-traitant quant aux études géotechniques, et que le nombre et la portée des modifications avaient complètement changé la nature du contrat d'origine. Sa conclusion qu'Hydro-Québec avait manqué à son obligation de renseignement dès la période précontractuelle et que cette faute s'était poursuivie avec la non-divulgation du rapport de 1977, s'appuyait sur la preuve et la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir. Hydro-Québec, qui savait que son concept était erroné, a refusé d'admettre son erreur afin de pousser l'entrepreneur et le sous-traitant à compléter les travaux sans avoir à renégocier le contrat de manière globale. La Banque pouvait donc se prévaloir du manquement à l'obligation de renseignement puisqu'il est incontestable qu'Hydro-Québec, en tant que maître de l'ouvrage, devait agir raisonnablement à l'égard des sous-traitants, particulièrement lorsqu'il s'agit de les informer d'erreurs aux documents d'appel d'offres. Dans le cadre d'un grand chantier, il est normal que l'entrepreneur fasse appel à des sous-traitants. Cette éventualité était d'ailleurs prévue au cahier de charges accompagnant l'appel d'offres. Non seulement l'obligation de renseignement bénéficiait-elle à l'entrepreneur, mais elle était aussi à l'avantage des sous-traitants.

L'action délictuelle intentée par la Banque contre Hydro-Québec pour manquement à son obligation de renseignement n'est pas prescrite. La Banque était effectivement dans l'impossibilité d'agir, ignorant les faits générateurs de son droit (art. 2232 *C.c.B.-C.*). Vu la faute commise par Hydro-Québec — la non-divulgation des informations —, la Banque ne pouvait pas savoir qu'Hydro-Québec possédait ces informations et n'était donc pas en mesure d'exercer ses droits. Le point de départ de la prescription a ainsi été repoussé jusqu'au moment où le sous-traitant a fortuitement découvert cette information.

The Bank is entitled to the additional indemnity provided for in art. 1056c C.C.L.C. This indemnity should be awarded where, as here, there is no valid reason for refusing it. Since there is nothing in the evidence to justify the sum awarded by the trial judge as compensation for the ruin of the subcontractor, however, this sum should be deducted.

Since the Bank's contractual recourse against the contractor was brought in the alternative, the trial judge should not have ruled on the contractual action, and should not have set aside the contracts and waivers between Hydro-Québec and the contractor and between the contractor and the subcontractor, because the parties had not asked that they be set aside.

#### Cases Cited

**Referred to:** *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Construction Glomar Inc. v. Cie de construction Omega Canada Ltée*, J.E. 90-1656; *Groupe Desjardins assurances générales v. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*, J.E. 91-1599; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339; *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429; *Boucher v. Drouin*, [1959] Que. Q.B. 814; *Alliance Assurance Co. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] S.C.R. 168, aff'g [1967] Que. Q.B. 767; *Ross v. Dunstall* (1921), 62 S.C.R. 393; *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541; *Chouinard v. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954; *Gburek v. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424; *Baril v. Industrielle (L')*, *Compagnie d'assurances sur la vie*, [1991] R.R.A. 196; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Corpex (1977) Inc. v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 643; *Davie Shipbuilding Ltd. v. Cargill Grain Co.*, [1978] 1 S.C.R. 570; *Cartier Building Inc. v. E. Séguin & Fils Ltée*, [1985] C.A. 649; *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113; *Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec*, [1992] 1 S.C.R. 426; *Guenette v. Prévost*, [1987] R.D.J. 56; *Layher v. Continental Holding Inc.*, C.A.P. 87C-116; *Immeubles Maude Inc. v. Farazli*, [1991] R.D.I. 616; *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554; Cass. Ass. plén., July 12, 1991, *Besse v. Protois*, Bull. civ. 1991. Ass. plén., No. 5, J.C.P.1991.II.21743 (note G. Viney).

La Banque a droit à l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c C.c.B.-C. Cette indemnité doit être accordée lorsque, comme en l'espèce, il n'y a aucun motif valable de la refuser. Toutefois, puisque rien dans la preuve ne justifie la somme accordée par le juge de première instance à titre de compensation pour la ruine du sous-traitant, cette somme doit être retranchée.

Puisque le recours contractuel de la Banque contre l'entrepreneur était exercé à titre subsidiaire, le juge de première instance n'aurait pas dû décider de l'action contractuelle, et il n'aurait pas dû annuler les contrats et les quittances liant Hydro-Québec à l'entrepreneur et l'entrepreneur au sous-traitant, car l'annulation n'avait pas été demandée par les parties.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Construction Glomar Inc. c. Cie de construction Omega Canada Ltée*, J.E. 90-1656; *Groupe Desjardins assurances générales c. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*, J.E. 91-1599; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; *Boucher c. Drouin*, [1959] B.R. 814; *Alliance Assurance Co. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] R.C.S. 168, conf. [1967] B.R. 767; *Ross c. Dunstall* (1921), 62 R.C.S. 393; *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541; *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954; *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424; *Baril c. Industrielle (L')*, *Compagnie d'assurances sur la vie*, [1991] R.R.A. 196; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Corpex (1977) Inc. c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 643; *Davie Shipbuilding Ltd. c. Cargill Grain Co.*, [1978] 1 R.C.S. 570; *Cartier Building Inc. c. E. Séguin & Fils Ltée*, [1985] C.A. 649; *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113; *Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec*, [1992] 1 R.C.S. 426; *Guenette c. Prévost*, [1987] R.D.J. 56; *Layher c. Continental Holding Inc.*, C.A.P. 87C-116; *Immeubles Maude Inc. c. Farazli*, [1991] R.D.I. 616; *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554; Cass. Ass. plén., 12 juillet 1991, *Besse c. Protois*, Bull. civ. 1991. Ass. plén., n° 5, J.C.P.1991.II.21743 (note G. Viney).

**Statutes and Regulations Cited**

*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1024, 1053, 1056c, 1688, 1690, 2232.

*Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64 [not yet in force], arts. 1375, 1469, 1473, 2098, 2099, 2100, 2118, 2119.

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 523.

**Authors Cited**

Durry, Georges. *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*. Montréal: Quebec Research Centre of Private and Comparative Law, 1986.

Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations — Le contrat: formation*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1988.

Jobin, Pierre-Gabriel. *Les contrats de distribution de biens techniques*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1975.

Larroumet, Christian. "L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels", J.C.P.1991.I.3531.

Legrand, Pierre, jr. "Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien" (1981), 26 *McGill L.J.* 207.

Le Tourneau, Philippe. "De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil", D. 1987. Chron., p. 101.

Picod, Yves. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. Paris: L.G.D.J., 1989.

Rousseau-Houle, Thérèse. *Les contrats de construction en droit public et privé*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

Teysse, Bernard. *Les groupes de contrats*. Paris: L.G.D.J., 1975.

Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations — La responsabilité: conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.R.A. 3, reversing a judgment of the Superior Court\*\*. Appeals allowed in part.

Colin K. Irving, Daniel Ayotte and Douglas Mitchell, for the appellant the Bank of Montreal.

Séverin Lachapelle, for the appellant Tremblay.

\*\* Sup. Ct. Montreal, No. 500-05-015544-800, June 14, 1985.

**Lois et règlements cités**

*Code civil du Bas-Canada*, art. 1024, 1053, 1056c, 1688, 1690, 2232.

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 [non encore en vigueur], art. 1375, 1469, 1473, 2098, 2099, 2100, 2118, 2119.

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 523.

**Doctrine citée**

Durry, Georges. *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et en droit comparé du Québec, 1986.

Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations — Le contrat: formation*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1988.

Jobin, Pierre-Gabriel. *Les contrats de distribution de biens techniques*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1975.

Larroumet, Christian. «L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels», J.C.P.1991.I.3531.

Legrand, Pierre, jr. «Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien» (1981), 26 *R.D. McGill* 207.

Le Tourneau, Philippe. «De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil», D. 1987. Chron., p. 101.

Picod, Yves. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. Paris: L.G.D.J., 1989.

Rousseau-Houle, Thérèse. *Les contrats de construction en droit public et privé*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

Teysse, Bernard. *Les groupes de contrats*. Paris: L.G.D.J., 1975.

Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations — La responsabilité: conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.R.A. 3, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure\*\*. Pourvois accueillis en partie.

Colin K. Irving, Daniel Ayotte et Douglas Mitchell, pour l'appelante la Banque de Montréal.

Séverin Lachapelle, pour l'appelant Tremblay.

\*\* C.S. Montréal, n° 500-05-015544-800, le 14 juin 1985.



*André Simard*, for the respondents Bail Ltée, Sotrim Ltée and Travelers of Canada.

*Pierre Bourque, Q.C., Eugène Czolij and Paul Charbonneau*, for the respondent the Commission hydroélectrique du Québec.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—These proceedings arose out of construction work done in 1977-78 at the Abitibi Substation (hereinafter referred to as the “Substation”), located in northeastern Quebec, which is part of a transmission line serving the “James Bay” hydro-electric power stations. At issue are the duty of Hydro-Québec, as the owner and principal, to disclose information in its possession concerning soil conditions to a subcontractor, and the resulting liability. Since the dispute between the parties relates primarily to the facts and the consequences to be drawn therefrom, I shall begin with a chronological summary of the established facts, to provide the background.

#### I—Facts

The established facts may be summarized as follows:

##### 1977

May 2 Call for tenders by Hydro-Québec for the “Construction of seven (7) buildings and related civil work to the whole substation” for the Substation. Several documents were made available to tenderers, including a geotechnical report prepared by the Laboratoire d’Inspection et d’Essais Inc. (hereinafter referred to as “LIE”), which had been submitted to Hydro-Québec on December 31, 1974 (hereinafter referred to as the “1974 Report”). The 1974 Report contained a description of the nature and condition of the soil on the site selected by Hydro-Québec, as well as some recommenda-

*André Simard*, pour les intimées Bail Ltée, Sotrim Ltée et Travelers du Canada.

*Pierre Bourque, c.r., Eugène Czolij et Paul Charbonneau*, pour l’intimée la Commission hydroélectrique du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

b

LE JUGE GONTHIER—Ce litige découle des travaux de construction en 1977-1978 du Poste Abitibi (ci-après le «Poste»), situé dans le nord-est du Québec, et faisant partie d’une ligne de transmission desservant les centrales hydro-électriques de la «Baie James». Il met en question l’obligation d’Hydro-Québec, à titre de propriétaire et maître de l’ouvrage, de divulguer à un sous-traitant les renseignements dont elle disposait quant aux conditions du sol, et la responsabilité qui en découle. Comme le désaccord entre les parties porte surtout sur les faits et sur les conséquences à en tirer, je l’introduirai par un résumé chronologique des faits constants, qui permettra d’en saisir le contexte.

#### I—Faits

Les faits constants peuvent se résumer comme suit:

##### 1977

2 mai Appel d’offres d’Hydro-Québec pour la «Construction de sept (7) bâtiments et travaux civils d’aménagement de l’ensemble du poste» pour le Poste. Plusieurs documents sont mis à la disposition des soumissionnaires, dont un rapport géotechnique préparé par le Laboratoire d’Inspection et d’Essais Inc. (ci-après «LIE») et remis à Hydro-Québec le 31 décembre 1974 (ci-après le «Rapport de 1974»). Le Rapport de 1974 contient une description de la nature et des conditions du sol sur le site retenu par Hydro-Québec, ainsi que certaines recommandations pour les travaux de terrassement.

	tions for the excavation work. The work to be performed also included constructing an access road to the Substation, for which the call for tenders specified coverage of 18 inches. <sup>a</sup>		Les travaux à exécuter comprennent également l'aménagement d'un chemin d'accès au Poste, pour lequel l'appel d'offres stipule une couverture de 18 po.
May 12	Mandate given to LIE by Hydro-Québec for [TRANSLATION] "7 test drills at the location of proposed buildings and exploration on foot on the route of the access road to the substation and the route of the access road to the heliport and at the site of the heliport itself". <sup>b</sup> <sup>c</sup>	12 mai	Mandat confié à LIE par Hydro-Québec, pour «7 sondages à l'endroit de bâtiments proposés et l'exploration pédologique sur le tracé du chemin d'accès au poste et le tracé du chemin d'accès à l'héliport et à l'endroit de l'héliport proprement dit».
June 30	Internal Hydro-Québec meeting, at which LIE gave an oral report on its mandate of May 12. Hydro-Québec decided to change its plans for the access road, and increased the cover to 54 inches from 18 inches. This alteration became amendment No. 1 of July 8 and the plans were changed on July 11. <sup>d</sup> <sup>e</sup>	30 juin	Réunion interne d'Hydro-Québec, où LIE fait un rapport verbal sur son mandat du 12 mai. Hydro-Québec décide de modifier ses plans pour le chemin d'accès, et hausse la couverture de 18 po à 54 po. Cette modification deviendra l'avenant n° 1 du 8 juillet et les plans seront modifiés le 11 juillet.
July 5	The contract was awarded to Bail Ltée and Sotrim Ltée, a joint venture (hereinafter referred to as "Bail/Sotrim"). On July 6, a letter to that effect was sent to Bail/Sotrim. <sup>f</sup> <sup>g</sup>	5 juillet	Le contrat est accordé à Bail Ltée et Sotrim Ltée, entreprise conjointe (ci-après «Bail/Sotrim»). Le 6 juillet, une lettre à cet effet est envoyée à Bail/Sotrim.
July 7	Bail/Sotrim subcontracted the excavation work and foundation digging to Laprise Construction Limitée (hereinafter referred to as "Laprise"). There were lengthy negotiations, and a final contract, incorporating the changes made after amendment No. 10 was issued, was signed in November 1977 and backdated to July 7. <sup>h</sup> <sup>i</sup>	7 juillet	Bail/Sotrim confie à Laprise Construction Limitée (ci-après «Laprise»), en sous-traitance, les travaux de terrassement et d'excavation des fondations. Les tractations se prolongeront et un contrat définitif, incorporant les modifications survenues après l'émission de l'avenant n° 10, sera signé en novembre 1977 et antidaté au 7 juillet.
July 8	Issuance of amendment No. 1, changing the specifications for the access roads to the Substation. <sup>j</sup>	8 juillet	Émission de l'avenant n° 1, modifiant les devis des chemins d'accès au Poste.

July 12	Beginning of work on the access road to the Substation. Work on the actual site of the Substation began in early August.	12 juillet	Début des travaux sur le chemin d'accès au Poste. Les travaux sur le site même du Poste commenceront au début d'août.
July 15	Letter from Hydro-Québec to Bail/Sotrim relating to the changes to the access road.	<sup>a</sup> 15 juillet	Lettre d'Hydro-Québec à Bail/Sotrim relativement aux modifications au chemin d'accès.
End of July	Complaint by Laprise to Bail/Sotrim about difficulties encountered in doing the work.	<sup>b</sup> Fin juillet	Laprise se plaint à Bail/Sotrim de difficultés éprouvées lors des travaux.
August 17	At a site meeting, Bail/Sotrim asked the site coordinator what Hydro-Québec would do [TRANSLATION] "if special conditions are encountered in digging foundations on the site".	17 août	Lors d'une réunion de chantier, Bail/Sotrim demande au coordonnateur des travaux ce qu'Hydro-Québec fera «si des conditions spéciales sont rencontrées, lors de l'excavation des fondations sur le site».
August 19	Letter from Bail/Sotrim to Hydro-Québec, complaining of the poor soil conditions, describing certain tests done by Bail/Sotrim and suggesting that the level of the Substation be raised.	19 août	Lettre de Bail/Sotrim à Hydro-Québec, se plaignant des mauvaises conditions du sol, relatant certains tests faits par Bail/Sotrim et suggérant de relever le niveau du Poste.
August 24	Meeting of representatives of Bail/Sotrim and Hydro-Québec on the site of the Substation.	24 août	Des représentants de Bail/Sotrim et d'Hydro-Québec se rencontrent sur le chantier du Poste.
August 25-26	Visit by LIE to the Substation site in response to a request from Hydro-Québec to do further tests on the site to verify the facts reported by Bail/Sotrim.	25-26 août	Suite à une demande d'Hydro-Québec, LIE visite le site du Poste et fait d'autres tests sur le site pour vérifier les faits rapportés par Bail/Sotrim.
August 29	Letter from LIE to Hydro-Québec (hereinafter referred to as the "August 29 Letter"; this letter is generally considered to be an integral part of the geotechnical report submitted on September 29). To deal with the problems complained of by Laprise, LIE suggested raising the level of the Substation by 3 feet, and added that [TRANSLATION] "[e]ven if the level of the foundations is raised, there could still be problems with some	29 août	Lettre de LIE à Hydro-Québec (ci-après «Lettre du 29 août»; cette lettre est généralement considérée comme une partie intégrante du rapport géotechnique remis le 29 septembre). Pour faire face aux problèmes dont Laprise s'est plainte, LIE suggère de relever le niveau du Poste de 3 pi, et ajoute que «[m]ême en rehaussant le niveau des fondations, certaines fouilles pourraient encore présenter des difficultés d'exécution à

	of the excavations because of unfavourable hydraulic conditions. We are of the opinion that such situations will have to be resolved, where necessary, as they arise.” <sup>a</sup> The letter then suggested some other possible solutions. Neither the letter nor its substance was disclosed to Bail/Sotrim or to Laprise. <sup>b</sup>		cause de conditions hydrauliques défavorables. Nous sommes d’avis que de tels cas devront être solutionnés, au cas échéant, à mesure qu’ils se présentent.» La lettre suggère ensuite certaines solutions possibles. Ni cette lettre ni sa teneur n’est communiquée à Bail/Sotrim ou à Laprise.
August 31	Letter from Hydro-Québec to Bail/Sotrim, in reply to the letter of August 19. The level of the Substation was raised by 3 feet, as Bail/Sotrim had requested. Hydro-Québec noted that [TRANSLATION] “it is possible that poor sub-soil conditions may be encountered; in that case, corrective measures will be taken on the site.” <sup>c</sup> <sup>d</sup>	31 août	Lettre d’Hydro-Québec à Bail/Sotrim, en réponse à la lettre du 19 août. Le niveau du Poste est relevé de 3 pi, comme Bail/Sotrim l’avait demandé. Hydro-Québec mentionne qu’«il est possible que des mauvaises conditions de sous-sol soient rencontrées; dans ces cas des mesures correctives seront prises au chantier.»
September 1	Issuance of amendment No. 10, concerning the raising of the level of the site. A dispute between Bail/Sotrim and Laprise with respect to the method of calculating payment for the work performed pursuant to this amendment gave rise to these proceedings. <sup>e</sup> <sup>f</sup>	1 <sup>er</sup> septembre	Émission de l’avenant n° 10, concernant le rehaussement du niveau du chantier. Un désaccord entre Bail/Sotrim et Laprise au sujet du mode de calcul du paiement des travaux exécutés en vertu de cet avenant est à l’origine de ce litige.
September 29	LIE sent a geotechnical report dated August 1977 (hereinafter referred to as the “1977 Report”) to Hydro-Québec. The 1977 Report was pursuant to the mandates given to LIE on May 12, 1977, as well as the mandate of August 1977. Neither the report itself nor its content was disclosed to Bail/Sotrim or to Laprise. <sup>g</sup> <sup>h</sup>	29 septembre	LIE fait parvenir à Hydro-Québec un rapport géotechnique daté d’août 1977 (ci-après le «Rapport de 1977»). Le Rapport de 1977 porte sur les mandats confiés à LIE le 12 mai 1977, ainsi que sur celui d’août 1977. Ni ce rapport ni son contenu n’est communiqué à Bail/Sotrim ou à Laprise.
	<b>1978</b>	<sup>i</sup>	<b>1978</b>
February 17	Letter from Bail/Sotrim to Hydro-Québec. Because Laprise was still experiencing difficulties in performing the work, Bail/Sotrim sought to have a meeting with <sup>j</sup>	17 février	Lettre de Bail/Sotrim à Hydro-Québec. Comme Laprise continue d’éprouver des difficultés lors de l’exécution des travaux, Bail/Sotrim réclame une réunion avec

	Hydro-Québec, which took place on February 22.		Hydro-Québec, qui aura lieu le 22 février.
February 20	Meeting of the people at Hydro-Québec in charge of the construction of the Substation, to prepare for the meeting of February 22. The minutes of the meeting set out a list of the problems encountered since work on the Substation started. The site coordinator for Hydro-Québec stated that it was [TRANSLATION] "impossible to get around on the site" and "difficult [to obtain] a stable footing for the excavations", and he added that "[it is] impossible to stabilize the trench walls in soil of this quality using the information on the plans". An expert was of the opinion that [TRANSLATION] "it seems it would have been difficult to foresee the hydrostatic pressures encountered".	20 février	Réunion des responsables de la construction du Poste chez Hydro-Québec, pour préparer la réunion du 22 février. Le procès-verbal de la réunion fait état d'une énumération des difficultés rencontrées depuis le début des travaux au Poste. Le coordonnateur du chantier pour Hydro-Québec relate «l'impossibilité de circuler sur le site», la «difficulté [d'obtenir] un fond d'excavation stable», et il ajoute que la «stabilisation des parois des fossés [est] impossible dans cette qualité de sol en employant les données des plans». Un expert est d'avis que «les pressions hydrostatiques rencontrées semblaient peu prévisibles».
February 22	Meeting of Hydro-Québec, Bail/Sotrim and Laprise. Hydro-Québec agreed to the use of well-points and to a reduction in the grade of the peripheral trench, but it refused to incur additional costs for these changes, being of the view that they were "contractual". Hydro-Québec's position was confirmed by letter dated February 27.	22 février	Réunion d'Hydro-Québec, de Bail/Sotrim et de Laprise. Hydro-Québec accepte l'utilisation de pointes filtrantes et la réduction de la pente du fossé périphérique, mais elle refuse d'encourir des coûts supplémentaires pour ces modifications, considérant qu'elles sont «contractuelles». La position d'Hydro-Québec est confirmée par lettre du 27 février.
February 27	Letter from Bail/Sotrim to Hydro-Québec, asking Hydro-Québec to assume the additional costs relating to use of well-points.	27 février	Lettre de Bail/Sotrim à Hydro-Québec, demandant à Hydro-Québec d'assumer les coûts supplémentaires reliés à l'utilisation de pointes filtrantes.
April 21	Letter from Bail/Sotrim to Hydro-Québec. Bail/Sotrim offered to drain the land using well-points for a lump sum of \$689,000. This proposal was accepted and became amendment No. 58 of June 28.	21 avril	Lettre de Bail/Sotrim à Hydro-Québec. Bail/Sotrim offre d'assécher le terrain à l'aide de pointes filtrantes pour un montant forfaitaire de 689 000 \$. Cette proposition sera acceptée et deviendra l'avenant n° 58 du 28 juin.

May 17	Letter from Bail/Sotrim to Hydro-Québec. Bail/Sotrim waived all claims against Hydro-Québec with respect to the soil conditions, subject to the dispute surrounding amendment No. 10. <sup>a</sup>	17 mai	Lettre de Bail/Sotrim à Hydro-Québec. Bail/Sotrim renonce à toute réclamation envers Hydro-Québec au sujet des conditions du sol, sous réserve du désaccord entourant l'avenant n° 10.
June 28	Issuance of amendment No. 58, covering the draining of the Substation site using well-points. <sup>b</sup>	28 juin	Émission de l'avenant n° 58, couvrant l'assèchement du site du Poste par pointes filtrantes.
July 12	Letter from Laprise to Bail/Sotrim. Laprise waived all claims against Bail/Sotrim with respect to soil conditions, subject to the dispute surrounding amendment No. 10. <sup>c</sup>	12 juillet	Lettre de Laprise à Bail/Sotrim. Laprise renonce à toute réclamation envers Bail/Sotrim au sujet des conditions du sol, sous réserve du désaccord entourant l'avenant n° 10.
November	Completion of the work contracted to Laprise. <sup>d</sup>	Novembre	Parachèvement des travaux confiés à Laprise.
	<b>1980</b>		<b>1980</b>
November 4	Laprise was put in bankruptcy by a judicial decision retroactive to September 30. <sup>e</sup>	4 novembre	Laprise est mise en faillite par décision judiciaire rétroactive au 30 septembre.
December 8	The Bank of Montreal (hereinafter referred to as the "Bank"), the assignee of Laprise's accounts receivable, commenced an action in contractual liability against Bail/Sotrim and its surety Travelers of Canada (hereinafter included in Bail/Sotrim), invoking amendment No. 10. <sup>f</sup>	8 décembre	La Banque de Montréal (ci-après la «Banque»), cessionnaire des créances de Laprise, intente une action en responsabilité contractuelle contre Bail/Sotrim et sa caution Travelers du Canada (ci-après incluse dans Bail/Sotrim), invoquant l'avenant n° 10. <sup>g</sup>
	<b>1981</b>		<b>1981</b>
June 25	Application by Bail/Sotrim to join and implead Hydro-Québec, as the owner, in warranty. Application granted. <sup>h</sup>	25 juin	Requête de Bail/Sotrim pour mettre en cause et appeler en garantie Hydro-Québec, à titre de maître de l'ouvrage. Requête accueillie.
	<b>1983</b>		<b>1983</b>
February	Laprise received a copy of one of the plans appended to the 1977 Report from an anonymous source. It was alleged that Laprise would have been able to see from this plan that there was an error in selecting the site of the Substation, <sup>i</sup>	Février	Laprise reçoit de source anonyme copie d'un des plans annexés au Rapport de 1977. Il est allégué que ce plan aurait permis à Laprise de se rendre compte d'une erreur de localisation du Poste, ce qui pourrait expliquer ses <sup>j</sup>

	which could have explained its difficulties. The Bank obtained other documents from Hydro-Québec.		déboires. La Banque obtient d'autres documents d'Hydro-Québec.
April 7	Intervention by Gilles Tremblay (hereinafter referred to as the "intervener"), trustee in the bankruptcy of Laprise.	<sup>a</sup> 7 avril	Intervention de Gilles Tremblay (ci-après «l'intervenant»), syndic de la faillite de Laprise.
June 8	Martineau J. granted an application by the Bank to amend its declaration in order to add an action in delictual liability against Hydro-Québec. The action in contractual liability against Bail/Sotrim became subsidiary.	<sup>b</sup> 8 juin	Le juge Martineau accueille une requête de la Banque pour amender sa déclaration, afin d'y ajouter une action en responsabilité délictuelle contre Hydro-Québec. L'action en responsabilité contractuelle contre Bail/Sotrim devient subsidiaire.
June 23	Beginning of proof.	<sup>d</sup> 23 juin	Début de l'enquête.
	<b>1984</b>		<b>1984</b>
February 28	End of proof.	28 février	Fin de l'enquête.
May 15	Martineau J. allowed an application by the Bank for the production of essential new documents, in order to add certain documents to the record, including the minutes of the internal Hydro-Québec meeting of February 20, 1978. The Hydro-Québec site coordinator testified again.	<sup>e</sup> 15 mai	Le juge Martineau accueille une requête de la Banque pour production de documents nouveaux indispensables, afin d'ajouter au dossier certains documents, dont le procès-verbal de la réunion interne d'Hydro-Québec du 20 février 1978. Le coordonnateur des travaux pour Hydro-Québec témoigne à nouveau.
August 22	Close of argument.	<sup>g</sup> 22 août	Clôture des plaidoiries.
	<b>1985</b>		<b>1985</b>
June 14	Martineau J. of the Superior Court allowed the Bank's delictual action against Hydro-Québec with costs. Hydro-Québec was condemned to pay \$8,438,674 in damages to Laprise. The main contract between Hydro-Québec and Bail/Sotrim, the subcontract between Bail/Sotrim and Laprise and the waivers dated May 17 and July 12, 1978, were set aside. The Bank's contractual action against	<sup>h</sup> 14 juin	Le juge Martineau de la Cour supérieure accueille l'action délictuelle de la Banque contre Hydro-Québec avec dépens. Hydro-Québec est condamnée à payer 8 438 674 \$ en dommages-intérêts à Laprise. Le contrat principal liant Hydro-Québec à Bail/Sotrim, le contrat de sous-traitance liant Bail/Sotrim à Laprise ainsi que les renonciations en date du 17 mai et du 12 juillet 1978 sont annulés. Le

	Bail/Sotrim and the action in warranty by Bail/Sotrim against Hydro-Québec were dismissed without costs.		recours contractuel de la Banque contre Bail/Sotrim ainsi que le recours en garantie de Bail/Sotrim contre Hydro-Québec sont rejetés sans frais.
		<i>a</i>	
July 9	Hydro-Québec appealed.	9 juillet	Hydro-Québec interjette appel.
July 16	The Bank filed an incidental appeal on the issue of the quantum of the Superior Court's judgment, as well as the indemnity under art. 1056c C.C.L.C. The intervener supported the incidental appeal of July 17.	16 juillet	La Banque interjette appel incident quant au quantum du jugement de la Cour supérieure, ainsi qu'à l'indemnité de l'art. 1056c C.c.B.-C. L'intervenant appuie cet appel incident le 17 juillet.
		<i>b</i>	
		<i>c</i>	
July 17	Bail/Sotrim filed an incidental appeal on the issue of the setting aside of the contract and on costs.	17 juillet	Bail/Sotrim interjette appel incident quant à l'annulation du contrat et aux dépens.
		<i>d</i>	
	1989		1989
November 1	The Court of Appeal (Beauregard and Vallerand J.J.A. and Richard J., <i>ad hoc</i> ) allowed Hydro-Québec's appeal, dismissed the Bank's action with costs and dismissed the other appeals without costs.	1 <sup>er</sup> novembre	La Cour d'appel (les juges Beauregard, Vallerand et Richard, <i>ad hoc</i> ) accueille le pourvoi d'Hydro-Québec, déboute la Banque de son action avec dépens et rejette les autres pourvois sans dépens.
		<i>e</i>	
		<i>f</i>	
	1990		1990
April 12	This Court granted leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal.	12 avril	Cette Cour accorde la permission d'en appeler du jugement de la Cour d'appel.

## II—Judgments Below

*Superior Court* (Montreal, No. 500-05-015544-800, June 14, 1985)

After reviewing the arguments of the parties and the evidence adduced before him, Martineau J. reached the following conclusions. First, he was of the opinion that the documents provided with the call for tenders, including, *inter alia*, the 1974 Report, did not allow Laprise to foresee the difficulties in carrying out the excavation work. Martineau J. concluded that, based on the testimony given before him and in light of the numerous changes made while the work was being carried out, the design described in the call for tenders

## II—Jugements d'instances inférieures

*Cour supérieure* (Montréal, n° 500-05-015544-800, le 14 juin 1985)

Le juge Martineau, après avoir revu les prétentions des parties et la preuve présentée devant lui, en vient aux conclusions qui suivent. Tout d'abord, il est d'avis que les documents remis avec l'appel d'offres, dont entre autres le Rapport de 1974, ne permettaient pas à Laprise de prévoir les difficultés d'exécution des travaux de terrassement. Le juge Martineau conclut que, sur la base des témoignages qui lui ont été présentés et à la lumière des nombreuses modifications effectuées durant l'exécution des travaux, le concept décrit à l'appel d'of-



and in the accompanying documents was erroneous and could not be carried out as described. He noted several changes which were required in order to complete the Substation, including the use of well-points, raising the level of the Substation, changing the access roads, reducing the grade of the peripheral trench and using caisson piles.

Martineau J. considered that Hydro-Québec was aware that changes would be necessary as early as June 1977, during the tender period, when it was established in meetings with LIE that it would be necessary to change the design of the access road. The 1977 Report also disclosed errors committed by Hydro-Québec, and was [TRANSLATION] "not only a useful, but surely a necessary working document for any contractor engaged in work of this nature" (p. 141), in the words of Martineau J. Although the exact cause of Laprise's problems was not identified (it might have been a combination of an error in selecting the site of the Substation, an error in the 1974 Report and an error in Hydro-Québec's plans and specifications), the information in Hydro-Québec's possession would have made it possible to understand the nature and significance of the problems better and to remedy them.

The failure to disclose the information obtained in 1977 played a crucial role in Laprise's collapse, according to Martineau J. From the end of June 1977, Hydro-Québec conducted itself in a secretive manner and failed to fulfil its duties by not informing Bail/Sotrim and Laprise that it had realized that the design set out in the call for tenders was erroneous. Hydro-Québec took advantage of its position of strength to induce Bail/Sotrim and Laprise to continue the work at the Substation, as a result of which Laprise suffered heavy financial losses and eventually bankruptcy. The information that was hidden in this way would have been a deciding factor for Laprise and Bail/Sotrim in their conduct of the negotiations concerning amendments to the contract, and would probably have resulted in their demanding a complete renegotiation. Martineau J. concluded that there had been fraud on the part of Hydro-Québec. He described

fres et dans les documents qui l'accompagnaient était erroné et irréalisable tel que décrit. Il signale plusieurs modifications qui ont été nécessaires pour compléter le Poste, dont l'utilisation de pointes filtrantes, le rehaussement du niveau du Poste, le remaniement des chemins d'accès, l'adoucissement de la pente du fossé périphérique et l'usage de pieux caissons.

Le juge Martineau considère qu'Hydro-Québec était au courant que des modifications seraient nécessaires dès juin 1977, durant la période de soumissions, lorsque des rencontres avec LIE ont établi la nécessité de changer le concept du chemin d'accès. Le Rapport de 1977 permet lui aussi de discerner les erreurs commises par Hydro-Québec, et il constitue «un document de travail non seulement utile, mais sûrement nécessaire à tout entrepreneur engagé dans des travaux de ce genre» (p. 141), pour reprendre les mots du juge Martineau. Quoique la cause exacte des problèmes de Laprise ne soit pas identifiée (il pourrait s'agir tout à la fois d'une erreur de localisation du Poste, d'une erreur au Rapport de 1974 et d'une erreur dans les plans et devis d'Hydro-Québec), les informations qu'Hydro-Québec détenait auraient permis d'en mieux apprécier la nature, l'importance, et d'y remédier.

La non-divulgaration des informations obtenues en 1977 a joué un rôle crucial dans la déconfiture de Laprise, selon le juge Martineau. À partir de la fin juin 1977, Hydro-Québec s'est comportée de façon cachottière et a manqué à ses obligations en n'informant pas Bail/Sotrim et Laprise qu'elle avait constaté que le concept décrit à l'appel d'offres était erroné. Hydro-Québec a usé de sa position de force pour amener Bail/Sotrim et Laprise à poursuivre les travaux au Poste, ce qui a causé de lourdes pertes financières à Laprise, et éventuellement sa faillite. Les informations ainsi cachées auraient été déterminantes quant à la conduite de Laprise et de Bail/Sotrim lors des négociations de modifications au contrat, les conduisant probablement à exiger une renégociation complète. Le juge Martineau conclut à dol de la part d'Hydro-

Hydro-Québec's attitude as a [TRANSLATION] "conspiracy of silence and deception" (p. 156).

Martineau J. awarded the Bank \$6,438,674, the difference between the amount collected by Laprise and the actual costs it had incurred in performing the contract, and \$2,000,000 in addition for the ruin of Laprise, with interest as of May 8, 1983, the date of the judgment allowing the request to add conclusions as to delictual liability to the declaration, but without the additional indemnity provided for in art. 1056c *C.C.L.C.*

On the question of prescription, Martineau J. found that it was impossible for the Bank to act before the 1977 Report was brought to its attention in February 1983, as until then it had no evidence of fraud on the part of Hydro-Québec.

*Court of Appeal*, [1990] R.R.A. 3

Beauregard J.A., for the Court of Appeal, dismissed the request by the Bank of Montreal to amend its notice of incidental appeal to include an appeal from the conclusion in the trial judgment dismissing its action against Bail/Sotrim, on the ground that the right of appeal on this supplementary issue had expired more than six months earlier.

In the light of the prescription rules, Beauregard J.A. found that there could be only two possible grounds for the Bank's delictual action against Hydro-Québec:

1. Hydro-Québec knew at the time that the contract was entered into that the work could not be carried out on the terms in the call for tenders;
2. Hydro-Québec was under an obligation to disclose the 1977 Report to Bail/Sotrim.

He then made a detailed study of the facts.

On the first point, he found, on the available evidence, that Hydro-Québec had not had knowledge of possible errors in the 1974 Report and in the documents concerning the call for tenders at the time the contracts for the Substation were entered into.

Québec. Il qualifie l'attitude d'Hydro-Québec de «conspiration de silence et de déception» (p. 156).

Le juge Martineau accorde à la Banque la différence entre le montant perçu par Laprise et les coûts réels qu'elle a encourus lors de l'exécution du contrat, soit 6 438 674 \$, ainsi que 2 000 000 \$ pour la ruine de Laprise, avec intérêts à la date du jugement accueillant la requête pour ajouter à la déclaration des conclusions en responsabilité délictuelle, soit le 8 mai 1983, mais sans l'indemnité supplémentaire prévue à l'art. 1056c *C.c.B.-C.*

Quant à la prescription, le juge Martineau constate que la Banque était dans l'impossibilité d'agir avant que le Rapport de 1977 ne soit porté à sa connaissance en février 1983, n'ayant jusque-là aucune preuve de dol de la part d'Hydro-Québec.

*Cour d'appel*, [1990] R.R.A. 3

Le juge Beauregard, pour la Cour d'appel, rejette la demande de la Banque de Montréal, visant à modifier son acte d'appel incident pour y attaquer la conclusion du jugement de première instance qui l'avait déboutée de son action contre Bail/Sotrim, au motif que le droit d'appel sur cette question supplémentaire est déchu depuis plus de six mois.

À la lumière des délais de prescription, le juge Beauregard conclut que l'action délictuelle de la Banque contre Hydro-Québec ne peut avoir que deux fondements possibles:

1. Hydro-Québec savait au moment de la conclusion du contrat que les travaux n'étaient pas réalisables selon les modalités de l'appel d'offres.
2. Hydro-Québec avait l'obligation de divulguer le Rapport de 1977 à Bail/Sotrim.

Il fait ensuite une étude détaillée des faits.

Quant au premier chef, il conclut, de la preuve disponible, qu'Hydro-Québec n'avait pas connaissance des erreurs possibles au Rapport de 1974 et aux documents d'appel d'offres au moment de la conclusion des contrats pour le Poste.

On the second point, he reviewed the history of the demands made by Bail/Sotrim and Laprise and the changes Hydro-Québec had made in the project. Amendment No. 10 was issued in response to the complaints by Bail/Sotrim. Thus Hydro-Québec had no obligation to provide the August 29 Letter to Bail/Sotrim or to Laprise, since they were aware of the problems and Hydro-Québec had agreed to their demands. Moreover, Hydro-Québec had left the door open for future changes in its letter of August 31. The 1977 Report, for its part, was no longer material, since the changes had been ordered earlier (amendment No. 10). The 1977 Report added nothing new to the 1974 Report. Beauregard J.A. concluded that the parties had adopted a process for making "piece-meal" changes: Hydro-Québec studied each complaint, and Bail/Sotrim was aware that any subsequent problems would be resolved when they arose. Finally, the waivers given in May 1978 had been given with full knowledge of the situation.

Beauregard J.A. concluded that Bail/Sotrim had not proved that if the 1977 Report had been disclosed to it, unknown facts which would have altered its subsequent conduct would have come to its attention.

Beauregard J.A. did not rule on the contractual claim, or on the delictual claims which were prescribed at the time.

### III—Issues

This appeal raises the following issues:

1. Was the Court of Appeal justified in intervening to reverse the trial judgment?
2. Was the delictual action prescribed?
3. Was the Bank entitled, if the issue arose, to the indemnity set out in art. 1056c *C.C.L.C.*?
4. Was the Court of Appeal correct to dismiss the Bank's request to amend its notice of incidental appeal?

Quant au deuxième chef, il retrace l'évolution des demandes de Bail/Sotrim et de Laprise et des changements apportés par Hydro-Québec au projet. L'avenant n° 10 fut émis à la suite des plaintes de Bail/Sotrim. Ainsi Hydro-Québec n'avait aucune obligation de remettre la Lettre du 29 août à Bail/Sotrim ou à Laprise, car ils étaient au courant des problèmes et Hydro-Québec avait accepté leurs demandes. De plus Hydro-Québec avait dans sa lettre du 31 août laissé la porte ouverte à de futures modifications. Le Rapport de 1977, quant à lui, n'était déjà plus pertinent, puisque les modifications avaient été ordonnées plus tôt (avenant n° 10). Le Rapport de 1977 n'ajoutait rien de nouveau au Rapport de 1974. Le juge Beauregard conclut que les parties avaient adopté un mode d'évolution «à la pièce»: Hydro-Québec étudiait chaque plainte, et que Bail/Sotrim savait que d'éventuels problèmes ultérieurs seraient réglés au moment où ils surviendraient. Enfin, les quittances de mai 1978 avaient été données en toute connaissance de cause.

Le juge Beauregard conclut que Bail/Sotrim n'avait pas prouvé que la communication du Rapport de 1977 aurait porté à sa connaissance des faits inconnus qui auraient modifié sa conduite subséquente.

Le juge Beauregard ne se prononce pas sur le recours contractuel, ni sur les recours délictuels alors prescrits.

### III—Questions en litige

Ce pourvoi soulève les questions suivantes:

1. Est-ce que l'intervention de la Cour d'appel pour renverser le jugement de première instance était justifiée?
2. L'action délictuelle était-elle prescrite?
3. Le cas échéant, la Banque a-t-elle droit à l'indemnité de l'art. 1056c *C.c.B.-C.*?
4. La Cour d'appel a-t-elle eu raison de rejeter la demande de la Banque pour modifier son acte d'appel incident?

IV—Intervention by the Court of Appeal

The Court of Appeal indicated its disagreement not only with the findings of fact by Martineau J., but also with the legal structure of his argument. <sup>a</sup>

(A) *On the Facts*

This Court has often had occasion in recent years to rule on the role of an appellate court, particularly with respect to findings of fact by the trial judge. These issues were very recently discussed in *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183, and *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351. I shall only quote the following passage from *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at pp. 9-10, which provides a good summary of the approach that should be taken in decisions of appellate courts: <sup>d</sup>

... an appellate court should not intervene unless it is certain that its difference of opinion with the trial judge is the result of an error by the latter. As he had the benefit of seeing and hearing the witnesses, such certainty will only be possible if the appellate court can identify the reason for this difference of opinion, in order to be certain that it results from an error and not from his privileged position as the trier of fact. If the appellate court cannot thus identify the critical error it must refrain from intervening, unless of course the finding of fact cannot be attributed to this advantage enjoyed by the trial judge, because nothing could have justified the judge's conclusion whatever he saw or heard; this latter category will be identified by the unreasonableness of the trial judge's finding ... <sup>e</sup>

It is therefore not sufficient for an appellate court to indicate its disagreement with the trial judge; it must also state its reasons. It is often said, with good reason, that the trial judge is the master of the facts. Thus when an appellate court is of the opinion that the trial judge has drawn erroneous conclusions from the evidence, it must provide good reasons for its decision, because in so doing it is taking issue with the results of direct observation of the testimony. The Court of Appeal also takes a deferential approach in the field of contracts of enterprise (*Construction Glomar Inc. v. Cie de construction Omega Canada Ltée*, C.A. Montréal, <sup>h</sup>

IV—L'intervention de la Cour d'appel

La Cour d'appel s'est montrée en désaccord non seulement avec les conclusions de fait du juge Martineau, mais aussi avec la structure juridique de son argument.

A) *Sur les faits*

Cette Cour a souvent eu l'occasion, ces dernières années, de se prononcer sur le rôle d'une cour d'appel, plus particulièrement en ce qui a trait aux conclusions de fait du juge de première instance. Ces questions ont tout récemment fait l'objet d'une discussion dans *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183, et *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351. Je me contenterai de citer ce passage de *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, à la p. 9, qui résume bien l'approche qui devrait présider aux décisions des cours d'appel: <sup>b</sup>

... une cour d'appel ne doit pas intervenir à moins d'être certaine que sa divergence d'opinions avec le premier juge résulte d'une erreur de celui-ci. Comme il a eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, cette certitude ne sera possible que si la Cour d'appel peut identifier la raison de cette divergence d'opinions afin de pouvoir s'assurer qu'elle tient d'une erreur et non pas de sa position privilégiée de juge des faits. Si la Cour d'appel ne peut ainsi identifier l'erreur déterminante elle doit s'abstenir d'intervenir à moins, bien sûr, que la détermination de fait ne puisse tenir de cet avantage parce que quoi qu'il ait pu voir et entendre le juge, rien n'aurait pu justifier sa conclusion; elle identifiera cette dernière catégorie du fait que la conclusion du premier juge sera déraisonnable ... <sup>f</sup>

Il ne suffit donc pas à une cour d'appel de marquer son désaccord avec le juge de première instance, il faut également qu'elle le motive. Il est souvent dit à juste titre que le juge du procès apprécie les faits souverainement. Ainsi, lorsqu'une cour d'appel est d'avis que le juge du procès a tiré des conclusions erronées de la preuve, il lui faut bien fonder sa décision, car elle s'inscrit alors contre les résultats d'une observation directe des témoignages. La Cour d'appel adopte d'ailleurs une attitude déférente en matière de contrats d'entreprise (*Construction Glomar Inc. c. Cie de construction Omega Canada Ltée*, C.A. Montréal, n° 500-09-000768- <sup>i</sup>

No. 500-09-000768-861, November 12, 1990, J.E. 90-1656, and *Groupe Desjardins assurances générales v. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*, C.A. Québec, No. 200-09-000156-882, September 17, 1991, J.E. 91-1599). We should now examine the Court of Appeal's judgment in light of these principles.

The Court of Appeal differed with the conclusions reached by Martineau J. on several occasions with respect to the main issues in this case.

1. The Connection Between the Substation Access Road and the Site of the Substation

With respect to the connection between the changes made to the access road in June 1977 and whether or not it was possible to carry out the work, Beauregard J.A. wrote, at p. 15:

[TRANSLATION] The trial judge did not seem to be capable of ruling on the reason why the design of the access road to the substation was changed, and I cannot blame him for it: I read and reread the testimony and the exhibits on this point in vain, and have not been able to form a firm opinion on this point.

He added, at p. 16:

[TRANSLATION] It does not necessarily follow that because Hydro-Québec wanted to reinforce the substation access road it was aware that its plans for construction on the substation site itself could not be carried out using conventional construction methods. On this I am in good company since, while the trial judge noted the argument by the Bank of Montreal on this point, he did not himself state that, as a result of the tests done by L.I.E. in May, Hydro-Québec knew that its work could not be carried out.

See also, to the same effect, pp. 25 and 29.

Yet Martineau J. had taken the changes made to the access road in June 1977, during the tender period, to be evidence of fraud on the part of Hydro-Québec, given Hydro-Québec's expertise and the proximity of the access road and the Substation site. Martineau J. wrote, with respect to the changes to the access road, that [TRANSLATION] "[i]t is therefore apparent that we have here one or more access roads the design of which is quite dif-

861, le 12 novembre 1990, J.E. 90-1656, et *Groupe Desjardins assurances générales c. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*, C.A. Québec, n° 200-09-000156-882, le 17 septembre 1991, J.E. 91-1599). Il convient maintenant d'examiner le jugement de la Cour d'appel à l'aune de ces principes.

La Cour d'appel s'écarte des conclusions du juge Martineau à plusieurs reprises sur les questions principales de ce litige.

1. Le lien entre le chemin d'accès au Poste et le site du Poste

Quant au lien entre les modifications apportées au chemin d'accès en juin 1977 et la possibilité de réaliser les travaux, le juge Beauregard écrit à la p. 15:

Le premier juge n'a semble-t-il pas été capable de statuer sur la raison pour laquelle on a modifié le concept de la route d'accès au poste et je ne saurais l'en blâmer. J'ai beau en effet lire et relire les témoignages et les pièces à cet égard, je n'arrive pas à me former une opinion ferme sur le sujet.

Il ajoute à la p. 16:

Du fait qu'Hydro-Québec a voulu renforcer le chemin d'accès au poste, il ne découle pas qu'elle savait que ses plans pour la construction sur le site même du poste étaient irréalisables par des méthodes de construction conventionnelles. Là-dessus je suis en bonne compagnie puisque, si le premier juge rappelle les prétentions de Banque de Montréal à cet égard, il n'affirme pas lui-même que, par la suite des tests faits par L.I.E. en mai, Hydro-Québec savait que ses travaux étaient irréalisables.

Voir aussi, au même effet, les pp. 25 et 29.

Pourtant le juge Martineau avait retenu les modifications au chemin d'accès faites en juin 1977, pendant la période de soumissions, comme élément de preuve du dol d'Hydro-Québec, compte tenu de l'expertise d'Hydro-Québec et de la proximité du chemin d'accès et du site du Poste. Le juge Martineau écrit, au sujet des modifications au chemin d'accès, qu'«[o]n voit donc qu'il s'agit d'un ou de plusieurs chemins d'accès

ferent from the tender documents” (p. 131). With respect to the connection between the road and the Substation site, he stated at pp. 136-37, dealing with the change in the grades of the trenches:

[TRANSLATION] This is quite different from the original design or the call for tenders, which called for grades of one in two. Even if it could be argued that the five-in-one grades which were recommended in the 1977 report applied only to the access road trench, we still can only conclude that there was a radical change in the original design of the peripheral trench;

Martineau J. refused to separate the road and the site. This led him to conclude, at p. 151:

[TRANSLATION] Even before the contract was signed by Bail/Sotrim and Laprise, Hydro-Québec knew that its design for the civil engineering and foundation excavation work was erroneous, but it nevertheless went ahead on the basis of this design . . . .

And at p. 155:

[TRANSLATION] . . . the evidence revealed an owner, Hydro-Québec, which was, as noted earlier, an informed owner with the greatest facilities imaginable in terms of technology and expertise, and which had vouched for the geotechnical conditions, hiding studies, plans and other documents, which related to and were essential in carrying out the work it had ordered, from the contractor, which was in the grip of insurmountable problems, while Hydro-Québec was using that same information to change its own design, during the course of the work and even during the tender process. [Emphasis added.]

In Martineau J.’s view, Hydro-Québec’s fault began when Hydro-Québec made changes to the Substation access road at the end of June 1977. Given the close connection between the access road and the Substation site, Hydro-Québec knew at that time that the design described in the call for tenders was erroneous, at least in part.

## 2. Differences Between the 1974 Report and the 1977 Report

With respect to the geotechnical reports, Martineau J. based his opinion on his assessment of the credibility of the witnesses. This issue is of primary importance if we are to understand his reasoning clearly. During a trial which lasted 45 days he heard numerous witnesses, including the author of the 1977 Report, Hydro-Québec’s site coordina-

dont le concept est loin des documents d’appel d’offres» (p. 131). Quant au lien entre le chemin et le site du Poste, il mentionne aux pp. 136 et 137, traitant de la modification des pentes des fossés:

Nous en sommes bien loin du concept original ou de l’appel d’offres qui préconisait des pentes de un par deux. Même si l’on peut soutenir que les pentes de 5 dans un que l’on recommandait dans le rapport de 1977 ne s’appliquaient qu’au fossé de la route d’accès, on ne peut quand même que conclure à un changement radical du concept original du fossé périphérique;

Le juge Martineau se refuse à scinder le chemin et le site. À la p. 151, ceci l’amène à conclure que:

Même avant la signature du contrat par Bail/Sotrim et Laprise, Hydro-Québec savait que son concept des travaux de génie civil et d’excavation des bases était erroné mais a quand même procédé d’après ce concept

...

Et à la p. 155:

... la preuve a révélé un propriétaire, soit Hydro-Québec, propriétaire, comme on l’a dit plus haut, avisé et possédant les plus grandes facilités imaginables au point de vue technologique et expertise, garant des conditions géotechniques, cachant à l’entrepreneur pris dans des difficultés insurmontables, des études, plans et autres documents se rapportant à (*sic*) et essentiels à l’exécution des travaux commandités, alors que Hydro-Québec se servait de ces mêmes renseignements pour modifier, au cours des travaux et même durant la procédure de soumission, son propre concept. [Je souligne.]

Pour le juge Martineau, la faute d’Hydro-Québec débute lorsqu’Hydro-Québec apporte des changements au chemin d’accès au Poste, fin juin 1977. Étant donné le lien étroit qui existe entre le chemin d’accès et le site du Poste, Hydro-Québec savait dès lors que le concept décrit à l’appel d’offres était erroné, du moins en partie.

## 2. Les différences entre le Rapport de 1974 et le Rapport de 1977

En ce qui touche les rapports géotechniques, l’avis du juge Martineau se base sur son évaluation de la crédibilité des témoins. Cette question est d’une importance primordiale pour bien saisir sa pensée. Au cours d’une enquête qui a duré 45 jours, il a entendu de nombreux témoignages, dont ceux de l’auteur du Rapport de 1977, du coor-

tor, the president of Bail/Sotrim, the person in charge of the site for Bail/Sotrim and the president of Laprise. He also heard the testimony of experts for Hydro-Québec and for the Bank. He seriously questioned the credibility of Hydro-Québec's experts, at p. 152:

[TRANSLATION] The Hydro-Québec experts who testified contradicted themselves on essential issues such as the peripheral trench, the purpose of amendment 10 and the foreseeability of the hydrostatic pressures.

Martineau J. agreed with the testimony of Mr. Agensky, the Bank's expert, which was solid testimony setting out in detail the inaccuracies in the 1974 Report, and the differences between the 1974 and 1977 Reports. Mr. Agensky showed how the 1974 Report indicated LIÉ's confidence in the soundness of the soil and led one to believe that rather favourable soil conditions could be anticipated. He explained to the court that the 1974 Report did not allude to the quicksand phenomena which contributed greatly to Laprise's difficulties. He then noted that the tone of the 1977 Report is much more cautious and reserved. He pointed out inconsistencies between the two Reports, with respect to variations in the till, to quicksand (mentioned in the 1977 Report) and to drainage of the site.

Having found the Bank's experts more credible than Hydro-Québec's, Martineau J. clearly indicated his conclusion, at pp. 154-55:

[TRANSLATION] ... this [1977] report indicates conditions which were much more difficult, in terms of the nature of the soil and generally in terms of the work to be carried out, than the first report, and also lists a series of measures which could be taken by the contractor in order to be able to drain the soil, do the necessary levelling and thus permitting [*sic*] the 1,200 concrete footings to be put on firm soil;

After reviewing the 1977 Report in detail, he stated, at p. 159:

[TRANSLATION] These were all changes of utmost importance if the excavation and other engineering work which Hydro-Québec ordered its contractor to do were to be carried out, which changes involved not only

donateur du chantier pour Hydro-Québec, du président de Bail/Sotrim, du responsable du chantier pour cette dernière ainsi que du président de Laprise. Il a aussi ouï les témoignages d'experts pour Hydro-Québec et pour la Banque. Il a sérieusement mis en doute la crédibilité des experts d'Hydro-Québec à la p. 152:

Les experts de Hydro-Québec qui ont témoigné se sont contredits sur des questions essentielles telles que le fossé périphérique, le but de l'avenant 10 et la prévisibilité des pressions hydrostatiques.

Le juge Martineau s'est rallié au témoignage de M. Agensky, expert de la Banque, témoignage solide qui relate en détail les inexactitudes du Rapport de 1974, et les différences entre les Rapports de 1974 et 1977. Monsieur Agensky a montré comment le Rapport de 1974 laissait paraître la confiance de LIÉ quant à la compétence du sol et laissait prévoir des conditions de sol plutôt favorables. Il a expliqué à la cour que le Rapport de 1974 ne faisait pas allusion aux phénomènes de boulangage qui ont largement contribué aux difficultés de Laprise. Il remarque ensuite que le ton du Rapport de 1977 est beaucoup plus prudent et réservé. Il relève les contradictions entre les deux Rapports, quant aux variations dans le *till*, quant à la boulangage (mentionnée au Rapport de 1977), et quant au drainage du site.

Aux pages 154 et 155, ayant trouvé les experts de la Banque plus crédibles que ceux d'Hydro-Québec, le juge Martineau marque clairement sa conclusion:

... ce rapport [de 1977] indique des conditions beaucoup plus onéreuses quant à la nature du sol et généralement quant aux travaux à exécuter que le premier rapport, et énumère aussi une série de mesures auxquelles pouvait avoir recours l'entrepreneur pour réussir l'assèchement du sol, faire le décapage requis et permettant (*sic*) ainsi que les 1,200 socles de béton soient solidement assis sur un sol ferme;

À la p. 159, après avoir revu en détail le Rapport de 1977, il déclare:

Voilà autant de modifications d'importance capitale pour la réussite des travaux d'excavation et autres travaux de génie commandités par Hydro-Québec de son entrepreneur, changements impliquant non seulement un

a change in the design of the work, but also indicated conditions involving both the underground water and the fill and elevation material as well as the peripheral trench grades and the general raising of the substation, not a word of which is said in the 1974 report;

Beauregard J.A. disagreed with Martineau J. He first stated that since the 1977 Report indicated that [TRANSLATION] “[t]he materials encountered in the drill holes and bore holes are essentially the same as those identified earlier and described in our report G-43078 (December 1974)”, Hydro-Québec had no reason to hide it (at p. 23). He based his opinion on the testimony of Mr. Windish, of LIE, whose testimony Martineau J. had rejected (at p. 24):

[TRANSLATION] Nowhere in the Windish report does he write that the soil conditions he saw on the site in May or in August were different from those set out in the original geotechnical reports. In fact, the report of October 3 mentions that there was quicksand but nowhere does it suggest that this was a condition which was not foreseen in the original geotechnical reports.

He went on, at p. 25:

[TRANSLATION] Bank of Montreal vigorously argues that although Windish wrote in his report that the soil conditions he found on the site were similar to those described in the 1974 and 1976 geotechnical reports, in reality the technical information contained in the 1977 geotechnical report contradicts Windish’s assertion. This was not discussed in detail by the expert witnesses and I had a great deal of difficulty in forming an opinion on this point. [Emphasis added.]

He concluded, at p. 29:

[TRANSLATION] ... I am of the opinion that formal disclosure of the report of October 3 would not have told Laprise anything new.

### 3. The Foreseeability of the Problems Based on the 1974 Report

Martineau J. had found the documents which accompanied the call for tenders to be inadequate (at pp. 140-41):

changement de concept desdits travaux mais aussi indiquant des conditions tant de l’eau souterraine que du matériel de remblai-déblai et d’élévation ainsi que des pentes des fossés périphériques et du rehaussement général du poste dont il n’est point soufflé mot dans le rapport 1974;

Le juge Beauregard est en désaccord avec le juge Martineau. Il affirme tout d’abord que comme le Rapport de 1977 mentionnait que «[l]es matériaux rencontrés dans les puits à la tarière et dans les forages sont essentiellement similaires à ceux repérés auparavant et décrits dans notre rapport G-43078 (décembre 1974)», Hydro-Québec n’avait aucune raison de le cacher (à la p. 23). À la p. 24, il se base sur le témoignage de M. Windish, de LIE, témoignage qui avait été rejeté par le juge Martineau:

Nulle part, dans ce rapport, Windish écrit-il que les conditions du sol qu’il a vues sur le chantier en mai ou en août sont différentes de celles qui étaient annoncées dans les rapports géotechniques originaux. Le rapport du 3 octobre mentionne effectivement l’existence du sable bouillant mais ne suggère nullement qu’il s’agit là d’une condition non prévue dans les rapports géotechniques originaux.

Il poursuit à la p. 25:

Banque de Montréal prétend avec vigueur que, même si Windish écrit dans son rapport que les conditions du sol qu’il a trouvées sur le chantier sont semblables à celles qui avaient été décrites dans les rapports géotechniques de 1974 et 1976, en réalité les relevés techniques contenus dans le rapport géotechnique de 1977 contredisent l’affirmation de Windish. Ceci n’a pas fait l’objet d’une discussion détaillée par les témoins experts et j’ai beaucoup de difficulté à me former une opinion à cet égard. [Je souligne.]

Il conclut à la p. 29:

... je suis d’opinion que la communication formelle du rapport du 3 octobre n’aurait rien appris de nouveau à Laprise.

### 3. La prévisibilité des difficultés à partir du Rapport de 1974

Le juge Martineau avait trouvé les documents accompagnant l’appel d’offres inadéquats (aux pp. 140 et 141):



[TRANSLATION] . . . nowhere in his argument did counsel indicate why they did not want to disclose to the contractor the true soil conditions and problems which the contractor would encounter in carrying out the work as called for by the call for tenders documents based on the first geotechnical report in 1974, when they knew perfectly well that the problems in the project were much greater than the first documents suggested . . .

Again, Beauregard J.A. returned to the findings of Martineau J. in respect of the credibility of the expert witnesses, at p. 28:

[TRANSLATION] We could discuss this issue at length. At the trial, specialists of equal competence all expressed their own different points of view. As is often the case, the positions they took were probably too hard and fast. On the one hand, Mr Agenski [sic] nonetheless admitted that it was possible to foresee from the 1974 and 1976 geotechnical reports that Laprise would experience problems with quicksand. On the other hand, Hydro-Québec's plans and specifications themselves gave the impression that Hydro-Québec did not anticipate that the quicksand problems would be so serious. [Emphasis added.]

#### 4. Whether the Information Which was not Disclosed Would Have Been a Deciding Factor

Martineau J. held that Hydro-Québec's failure to fulfil its obligation to inform was a deciding factor, because it prevented Laprise from seeking to have the contract renegotiated. Laprise was therefore led into ruin. He concluded as follows, at pp. 155-56:

[TRANSLATION] There is overwhelming evidence that there was a complete conspiracy of silence and deception, relating to the very core of the contract which is the subject of these proceedings, and that if the contractor, Laprise, had known about it in time it would have been able to avoid the technological and financial fiasco which followed; [Emphasis added.]

Before Martineau J., the presidents of Laprise and Bail/Sotrim asserted that they would have demanded that the contract be renegotiated if they had received the information in question. Martineau J. found these statements credible.

Beauregard J.A. believed, on the contrary, that even had there been a difference between the

. . . le procureur n'indique nullement dans son argumentation pourquoi on n'a pas voulu livrer à l'entrepreneur les véritables conditions du sol et des (sic) difficultés que rencontrerait l'entrepreneur dans l'exécution des travaux tels que commandités par les documents d'appel d'offres basés sur le premier rapport géotechnique de 1974 alors qu'on savait fort bien que les difficultés du projet étaient beaucoup plus considérables que ne le laissaient entendre ces premiers documents . . .

À nouveau, le juge Beauregard revient sur les déterminations du juge Martineau quant à la crédibilité des experts, à la p. 28:

On peut débattre longuement sur la question. Au procès, des spécialistes d'égale compétence ont exprimé chacun de son côté des points de vue différents. Comme souvent, les positions adoptées sont probablement trop absolues. D'une part, l'expert Agenski (sic) a tout de même admis que les rapports géotechniques de 1974 et 1976 laissaient entrevoir la probabilité que Laprise éprouverait des problèmes de boulangerie. D'autre part, les plans et devis d'Hydro-Québec laissent eux-mêmes supposer qu'Hydro-Québec n'escomptait pas que les problèmes de boulangerie seraient aussi importants. [Je souligne.]

#### 4. Le caractère déterminant des informations non divulguées

Le juge Martineau a jugé que le manquement d'Hydro-Québec à son obligation de renseignement avait été déterminant, car il avait empêché Laprise de demander une renégociation du contrat. Laprise avait ainsi été menée à la ruine. Il a conclu par ces mots aux pp. 155 et 156:

La preuve est écrasante qu'il y a eu toute une conspiration de silence et de déception, se rapportant au cœur même du contrat, objet du présent litige, dont la connaissance en temps utile aurait évité le fiasco technologique et financier qui s'en suivit (sic) pour l'entrepreneur Laprise; [Je souligne.]

Devant le juge Martineau, les présidents de Laprise et Bail/Sotrim ont affirmé qu'ils auraient demandé une renégociation du contrat, s'ils avaient reçu les informations en question. Le juge Martineau a trouvé crédibles ces déclarations.

Le juge Beauregard croit par contre que, même s'il y avait eu une différence entre le Rapport de

1974 Report and the 1977 Report, it would not have been a deciding factor in carrying out the work. He said the following, at pp. 23-24:

[TRANSLATION] Bouthillier, Lévesque [of Bail/Sotrim] and the president, Laprise, asserted under oath that if the geotechnical report which Hydro-Québec had just received had been disclosed to them in the days following October 3, they would immediately have terminated the work and left the site, unless Hydro-Québec had been prepared to negotiate a whole new contract.

With respect, I am of the opinion that this was a bald statement which was not justified.

In making this assertion, Beauregard J.A. relied on a statement by the president of Laprise to the effect that once amendment No. 10 was issued, the contract was radically different. Since Laprise carried out the contract nonetheless, it was doubtful that the information in Hydro-Québec's possession would have been a deciding factor, according to Beauregard J.A. With all due deference, it seems to me to be illogical to deduce from Laprise's consent, in the absence of information of which it was deprived by the fault of Hydro-Québec, that that information could not have been a deciding factor.

The Court of Appeal also reversed the conclusions of Martineau J. on other issues of lesser importance, also relating to his assessment of the facts and of the credibility of the witnesses.

The Court of Appeal summarized its thinking at the end of the judgment, as follows (at p. 29):

[TRANSLATION] As may be seen, to succeed against Hydro-Québec the Bank of Montreal must establish one of the following two situations. The first possibility is that, less than two years before the action was brought against Hydro-Québec, Laprise discovered for the first time that before awarding the work to Bail/Sotrim, Hydro-Québec knew for a fact that this work could not be carried out and that having suppressed this, Hydro-Québec committed a delict against Laprise. I have already said that before it could be found that there was fraud on the part of Hydro-Québec we would have to have much more solid evidence than the evidence to which we were referred by Bail/Sotrim, that is, that after the tests done by L.I.E. in May, Hydro-Québec reinforced the access road to the substation.

1974 et le Rapport de 1977, cela n'aurait pas été déterminant pour la poursuite des travaux. Il se prononce ainsi aux pp. 23 et 24:

Bouthillier, Lévesque [de Bail/Sotrim] et le président Laprise ont affirmé sous serment que si, dans les jours qui ont suivi le 3 octobre, le rapport géotechnique que venait de recevoir Hydro-Québec leur avait été communiqué, ils auraient immédiatement mis fin au chantier et quitté les lieux, à moins qu'Hydro-Québec n'eût été disposée à négocier un tout nouveau contrat.

Avec égard, je suis d'opinion qu'il s'agit là d'une affirmation qui n'a pas été étoffée et qui n'est pas justifiée.

Pour affirmer cela, le juge Beauregard se fonde sur une déclaration du président de Laprise à l'effet que le contrat, une fois l'avenant n° 10 émis, était radicalement différent. Comme Laprise a tout de même exécuté le contrat, le caractère déterminant des renseignements détenus par Hydro-Québec pouvait être mis en doute, selon le juge Beauregard. Or, soit dit en toute déférence, il me paraît illogique de déduire du consentement de Laprise, en l'absence des informations dont la faute d'Hydro-Québec l'a privée, que ces mêmes informations n'auraient pas pu être déterminantes.

La Cour d'appel renverse également les conclusions du juge Martineau sur d'autres questions d'importance moindre, touchant aussi son appréciation des faits et de la crédibilité des témoins.

La Cour d'appel résume ainsi sa pensée à la fin du jugement (à la p. 29):

Comme on le constate, pour réussir contre Hydro-Québec, Banque de Montréal devait établir l'une ou l'autre des deux situations suivantes. La première hypothèse est que, moins de deux ans avant l'institution de l'action contre Hydro-Québec, Laprise a découvert pour la première fois que, avant de confier les travaux à Bail/Sotrim, Hydro-Québec savait pertinemment que ces travaux étaient irréalisables et qu'ayant tu cela, Hydro-Québec a commis un délit envers Laprise. J'ai déjà dit qu'avant de pouvoir conclure au dol d'Hydro-Québec il nous faudrait des éléments de preuve beaucoup plus solides que ceux auxquels Bail/Sotrim nous a référés, à savoir que, à la suite des tests faits par L.I.E. en mai, Hydro-Québec a renforcé le chemin d'accès au poste.

The second possibility is that Hydro-Québec should have disclosed the content of the report of October 3 to Bail/Sotrim. For the reasons I have expressed, I am of the opinion that, in the light of all the circumstances of the case, Laprise failed on this point. In any event, Laprise should also have convinced us that, if the content of the report of October 3 had been disclosed to it in full, it would have been in possession of facts which were otherwise unknown to it, and that once it had those facts it would not have agreed to continue the work under amendment No. 10 as amended. For the reasons I have expressed, I am of the opinion that formal disclosure of the report of October 3 would not have told Laprise anything new. In any event, again, Laprise should have convinced us, finally, that when it gave the waiver to Bail/Sotrim it was unaware of the facts which were known to Hydro-Québec. This was obviously not the case.

With due respect to the trial judge, and without questioning his assessment of the good faith of the witnesses, I am of the opinion that the facts proven through the documents filed and the testimony given by Lévesque and Bouthillier of Bail/Sotrim and Louis Laprise themselves do not support the position of the Bank of Montreal or the trial judge's conclusion that there was a conspiracy of silence on the part of the people at Hydro-Québec, let alone that this conspiracy caused damages of more than \$8,500,000 to Laprise.

With due respect to the Court of Appeal, the first two paragraphs of this passage deal with matters that are within the province of the trial judge. In my opinion, the court has failed to justify its rejection of the findings made by Martineau J., based on the credibility of the witnesses. It does not explain in what respect Martineau J. may have been mistaken when he weighed the evidence before him, and in particular it advances no reason why his findings as to credibility, which are at the heart of his sovereign authority, were patently erroneous. The reasons of this Court in *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, *supra*, at p. 373, apply in the case at bar as well:

It is clear that the reversal of the trial judge's findings . . . did not stem from a disagreement on the proper standard of liability . . . Nor is it apparent that the majority found a palpable and overriding error in law or in the trial judge's findings and conclusions of fact. One must conclude, then, that the appellate court simply disagreed

La deuxième hypothèse est qu'Hydro-Québec devait communiquer à Bail/Sotrim le contenu du rapport du 3 octobre. Pour les motifs que j'ai exprimés, je suis d'opinion que, dans l'éclairage de toutes les circonstances de l'affaire, Laprise a failli à cet égard. En tout état de cause, Laprise devait également nous convaincre que, si le contenu du rapport du 3 octobre lui avait été communiqué intégralement, elle aurait été en possession de faits qu'elle ignorait autrement et que, en possession de ces faits, elle n'aurait pas accepté de continuer les travaux en vertu de l'avenant n° 10 et de ses modifications. Pour les motifs que j'ai exprimés, je suis d'opinion que la communication formelle du rapport du 3 octobre n'aurait rien appris de nouveau à Laprise. En tout état de cause encore, Laprise devait finalement nous convaincre que, lors de la quittance consentie à Bail/Sotrim, elle ignorait des faits qui étaient connus par Hydro-Québec. Ceci n'est évidemment pas le cas.

Avec égard pour le juge de première instance, et sans remettre en question l'appréciation que celui-ci a fait de la bonne foi des témoins, je suis d'opinion que les faits mis en preuve par les écrits et le propre témoignage de Lévesque et de Bouthillier de Bail/Sotrim et de Louis Laprise n'appuient pas la proposition de Banque de Montréal ni la conclusion du juge de première instance qu'il y a eu une conspiration du silence de la part des gens d'Hydro-Québec, et encore moins que cette conspiration aurait causé un préjudice de plus de 8 500 000 \$ à Laprise.

Avec égards pour la Cour d'appel, les deux premiers paragraphes de cet extrait touchent au domaine du tribunal de première instance. La cour, à mon avis, ne justifie pas son rejet des déterminations du juge Martineau, fondées sur la crédibilité des témoins. Elle n'explique pas en quoi le juge Martineau se serait mépris lorsqu'il a évalué la preuve devant lui, et en particulier elle n'avance aucune raison pour laquelle les conclusions du juge Martineau quant à la crédibilité, qui sont au cœur de son pouvoir souverain, auraient été manifestement erronées. Les motifs de cette Cour dans *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, précité, à la p. 373, s'appliquent tout autant à l'espèce:

Il est évident que le rejet des conclusions du juge de première instance [. . .] ne résulte pas d'un désaccord sur le standard de responsabilité applicable [. . .] Il n'est pas plus évident que les juges de la majorité ont décelé une erreur manifeste et dominante en droit ou dans les conclusions de fait du juge de première instance. On

with the lower court's appreciation of the facts, and so substituted its own interpretation.

The Court of Appeal was therefore not justified in disturbing the trial judge's findings of fact.

(B) *In Law*

Before examining the legal problems raised by this case, it is appropriate to outline the applicable law.

1. The Law Applicable to the Relationship Between Laprise and Hydro-Québec

There is no direct contractual relationship between Laprise, the subcontractor, and Hydro-Québec, the owner. We must therefore first examine how Laprise can establish a legal relationship with Hydro-Québec, and then determine the possible substance of this legal relationship.

(a) *The Legal Relationship Between Laprise and Hydro-Québec*

Given that there is no direct contractual relationship, the Bank's action must be based on Hydro-Québec's delictual liability. I note the trend in French civil law, where the legal authors, using the concept of a [TRANSLATION] "group of contracts", have forged contractual links between the subcontractor and the owner (see B. Teyssie, *Les groupes de contrats* (1975)). The courts have exhibited greater reserve in their judgments (Cass. Ass. plén., July 12, 1991, *Besse v. Protois*, Bull. civ. 1991. Ass. plén., No. 5, J.C.P.1991.II.21743 (see note G. Viney), and C. Larroumet, "L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels", J.C.P.1991.I.3531). It is not necessary for me to consider this question here, because this case may be decided on a delictual basis.

In *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122, this Court had occasion to consider the possibility that a failure to perform a contractual obligation may also entail delictual liability to

doit alors conclure que la Cour d'appel n'était tout simplement pas d'accord avec l'appréciation des faits du tribunal d'instance inférieure et qu'elle y a substitué sa propre interprétation.

L'intervention de la Cour d'appel dans les conclusions de fait du juge de première instance n'était donc pas justifiée.

B) *En droit*

Avant d'examiner les problèmes juridiques soulevés par cette affaire, il convient de dresser un tableau du droit applicable.

1. Le droit applicable à la relation Laprise/Hydro-Québec

Il n'y a pas de lien contractuel direct entre Laprise, le sous-traitant, et Hydro-Québec, le maître de l'ouvrage. Il faut donc d'abord examiner comment Laprise peut établir un lien de droit avec Hydro-Québec, pour ensuite cerner le contenu possible de ce lien de droit.

a) *Le lien de droit entre Laprise et Hydro-Québec*

Étant donné l'absence de lien contractuel direct, l'action de la Banque doit donc se fonder sur la responsabilité délictuelle d'Hydro-Québec. Je note l'évolution du droit civil français, où la doctrine, ayant recours à la notion de «groupe de contrats», a tissé des liens contractuels entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage (voir B. Teyssie, *Les groupes de contrats* (1975)). La jurisprudence s'est montrée plus réservée (Cass. Ass. plén., 12 juillet 1991, *Besse c. Protois*, Bull. civ. 1991. Ass. plén., n° 5, J.C.P.1991.II.21743 (voir note G. Viney), et C. Larroumet, «L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels», J.C.P.1991.I.3531). Il ne m'est pas nécessaire de considérer cette question ici, car cette affaire peut être tranchée sur une base délictuelle.

En effet, dans *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, cette Cour a eu l'occasion de traiter de la possibilité qu'un manquement à une obligation contractuelle puisse par

a third party. L'Heureux-Dubé J., speaking for the Court, summarized Quebec law as follows, at p. 167:

In summary, although contractual and delictual liability may coexist even in the context of a contract, delictual liability must arise independently of contractual obligations and all the elements required to give rise to such liability must be found.

While this statement was made in the context of a discussion of choice of recourse, it applies as well when the issue is the relationship between contractors and third parties.

It remains for us to determine in what cases the actions of a party in the context of a contractual relationship may make it liable in delict to third parties. At the outset, we must reject the argument by analogy, as this Court did in *Houle, supra*, at p. 182. That argument, which according to G. Viney, *Traité de droit civil*, vol. IV, *Les obligations—La responsabilité: conditions* (1982), at pp. 255-57, reflects the state of French positive law, holds that when a failure to perform a contractual obligation causes damage to a third party this may give rise to delictual liability to the third party.

For a third party, both the existence of a contractual obligation and the failure to perform that obligation are juridical facts, which do not, as such, entitle it to assert any claim. These juridical facts must further fulfil the conditions of delictual liability, in the circumstances, in order that such liability may be asserted against the contracting party which has failed to perform its contractual duties. Of these conditions, it is the failure to perform a duty to the third party which may create analytical difficulties here, more so than causality or damages.

The contractual relationship, the obligations contained in the contract and the failure to perform the contractual obligations are all relevant circumstances in assessing delictual fault. It is necessary to determine whether the party whom it is sought to make liable behaved like a reasonable person

ailleurs entraîner la responsabilité délictuelle face à une tierce partie. Le juge L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour, résume ainsi le droit québécois, à la p. 167:

En somme, bien que la responsabilité tant contractuelle que délictuelle puisse coexister même en présence d'un contrat, il faut, pour qu'il y ait responsabilité délictuelle, que celle-ci existe indépendamment des obligations contractuelles et que se rencontrent tous les éléments requis pour y donner naissance.

Bien que formulé dans le cadre d'une discussion sur l'option, cet énoncé est tout autant applicable lorsqu'il s'agit des relations entre les contractants et les tiers.

Reste à savoir dans quels cas les agissements d'une partie dans le cadre d'une relation contractuelle pourront la rendre délictuellement responsable face aux tiers. Dès le départ, il faut écarter l'hypothèse assimilatrice, comme cette Cour l'a fait dans *Houle*, précité, à la p. 182. Selon cette hypothèse, qui selon G. Viney, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations—La responsabilité: conditions* (1982), aux pp. 255 à 257, correspond à l'état du droit positif français, dès lors qu'un manquement contractuel porte préjudice à un tiers, il y a ouverture à responsabilité délictuelle du contractant envers ce tiers.

Pour une tierce partie, l'existence d'une obligation contractuelle de même que le manquement à cette obligation sont des faits juridiques, qui ne génèrent en tant que tels aucun droit de créance en sa faveur. Il faut que ces faits juridiques remplissent par ailleurs, dans les circonstances, les conditions de la responsabilité délictuelle pour que celle-ci puisse se prévaloir contre le contractant qui a manqué à ses devoirs contractuels. Plus que la causalité ou le dommage, parmi ces conditions, c'est le manquement à un devoir envers la tierce partie qui peut créer ici des difficultés analytiques.

La relation contractuelle, le contenu obligationnel du contrat, le manquement aux obligations contractuelles sont autant de circonstances pertinentes à l'évaluation de la faute délictuelle. Il faut déterminer si la partie recherchée en responsabilité s'est comportée en personne raisonnable à l'égard des

toward the third parties, or in other words what the conduct of a reasonable contracting party would have been toward the third parties.

In a contractual context, the general duty imposed by art. 1053 C.C.L.C. is expressed as a duty to act reasonably toward third parties. A general duty of good faith in contractual relationships, which derives from art. 1024 C.C.L.C., has been recognized by the courts (as in the decisions of this Court in *National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339, *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429, and *Houle, supra*) and by legal authors. It is also set out in art. 1375 of the new *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64 (not yet in force). This duty of good faith derives from the same source as the general duty of good conduct set out in art. 1053 C.C.L.C., and it goes without saying that a party to a contract must conduct itself just as reasonably and with the same good faith toward third parties as toward the other contracting parties.

The opinion of Pratte J.A. in *Boucher v. Drouin*, [1959] Que. Q.B. 814, is apposite. He wrote, at p. 822:

[TRANSLATION] The rule according to which contracts have effect only between the contracting parties . . . is no impediment to a third party, who is relying on the failure to perform a contract purely as a fact which has caused it damage, bringing a delictual action against the defaulting party, if the fact complained of is not simply a failure to perform a contractual obligation, but is in itself a fault. In that case, the third party is not seeking to appropriate to itself the benefit of an obligation which is not stipulated in its favour, but is seeking compensation for the damage caused to it by the delictual act of the contracting party; the third party is asserting a right based not on the contract, but on the fault for which the contract simply provided the occasion.

In the case at bar, it was clear from the evidence that the defendant did not simply fail to perform the contract, but that he also was guilty of a delictual fault, by creating a fact situation which he should have foreseen could easily have caused damage to third parties. [Emphasis added.]

tiers, ou autrement dit quelle conduite un contractant raisonnable aurait adoptée face aux tiers.

Ce devoir de conduite raisonnable face aux tiers traduit, dans un cadre contractuel, le devoir général imposé par l'art. 1053 C.c.B.-C. En effet, quant aux relations contractuelles, une obligation générale de bonne foi, émanant de l'art. 1024 C.c.B.-C., a été reconnue par la jurisprudence (dont *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, et *Houle*, précité, de cette Cour) et la doctrine. Elle est désormais consacrée à l'art. 1375 du nouveau *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (non encore en vigueur). Cette obligation de bonne foi procède de la même source que l'obligation générale de bonne conduite sanctionnée par l'art. 1053 C.c.B.-C., et il va sans dire qu'une partie à un contrat doit se conduire tout aussi raisonnablement et avec la même bonne foi à l'égard des tiers qu'à l'égard des autres parties contractantes.

L'opinion du juge Pratte dans *Boucher c. Drouin*, [1959] B.R. 814, me paraît juste à cet égard. Il écrit à la p. 822:

La règle d'après laquelle les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes [...] ne fait point obstacle à ce qu'un tiers, se prévalant de l'inexécution d'un contrat comme d'un pur fait lui causant préjudice, intente au contractant en défaut une action délictuelle, si le fait dont il se plaint n'est pas simplement un manquement à une obligation contractuelle, mais constitue lui-même une faute. Dans ce cas, le tiers ne cherche pas à s'approprier le bénéfice d'une obligation qui n'a pas été stipulée en sa faveur, mais il demande réparation du préjudice lui résultant du fait délictuel du contractant; il ne fonde pas son droit sur le contrat mais sur la faute dont ce contrat n'a été que l'occasion.

Or, dans le cas sous examen, la preuve révèle clairement que le défendeur n'a pas seulement manqué à son contrat, mais qu'il s'est aussi rendu coupable d'une faute délictuelle, en créant une situation de fait dont il eût dû prévoir qu'elle pourrait facilement être cause de dommage pour les tiers. [Je souligne.]

I would even go further than Pratte J.A. If we put ourselves in the position of the third party, in fact, it is entirely possible that the performance of a contract may be the basis for an action in delictual liability against a contracting party, even in the absence of contractual fault and without regard to the obligations set out in the contract in question, if that party failed in its general duty to act reasonably. By way of illustration of this general principle, we may refer to the decision in *Houle, supra*. While this Court was of the opinion that the defendant bank in that case had abused its contractual rights, the debtor company which had taken out the loan was not a party to the proceedings. In assessing the delictual liability of the bank to the plaintiff shareholders, who were third parties, this Court concluded, at p. 185, that “the appellant bank’s impulsive and detrimental repossession and sale of the company’s assets after such a short and unreasonable delay, while fully aware of the respondent’s imminent sale of their shares, was a fault”. The bank had failed in its general duty to act in good faith and in a reasonable manner, by causing damage to a third party when a reasonable person would have avoided such consequences. As this Court noted at pp. 184-85, that is the effect of art. 1053 C.C.L.C., in the circumstances of the case, regardless of the content of the loan contract.

The parties to a contract are therefore delictually liable for the damage which they may cause to third parties in the context of their contractual relationship, by their failure to meet the standard of reasonable conduct in the circumstances of that relationship.

While a contracting party may fail to meet its general duty to act in good faith and in a reasonable manner, notwithstanding the content of the contract and the party’s conduct in terms of its contractual obligations, it is nonetheless indisputable that those two factors have an influence in assessing the delictual fault. The task of a third party who wishes to take action against a contracting party may be greatly facilitated if there is

J’irais même plus loin que le juge Pratte. Se plaçant du point de vue du tiers, en fait, il est tout à fait possible que l’exécution d’un contrat ouvre un recours en responsabilité délictuelle contre une partie contractante, même en l’absence de faute contractuelle et sans égard au contenu obligationnel du contrat en question, si cette partie a manqué à son devoir général d’agir raisonnablement. En guise d’illustration de ce principe général, on peut retenir l’arrêt *Houle*, précité. Il est vrai que cette Cour était d’avis que la banque défenderesse dans cette affaire avait abusé de ses droits contractuels, mais la compagnie débitrice du prêt n’était pas partie au litige. Procédant à l’analyse de la responsabilité délictuelle de la banque envers les actionnaires demandeurs, tierces parties, cette Cour a conclu à la p. 185 qu’«en agissant sans justification de façon impulsive et dommageable pour prendre possession et vendre les actifs de la compagnie après un délai aussi court et déraisonnable, tout en étant pleinement au courant de la vente imminente des actions des intimés, la banque appelante a commis une faute». La banque avait manqué à son obligation générale d’agir de bonne foi et de façon raisonnable, en causant un préjudice à un tiers alors qu’une personne raisonnable aurait évité de telles conséquences. Comme cette Cour le mentionne aux pp. 184 et 185, cela découle de l’art. 1053 C.c.B.-C., dans les circonstances de l’espèce, indépendamment du contenu du contrat de prêt.

Les parties à un contrat sont donc délictuellement responsables des dommages qu’elles pourraient causer aux tiers dans le cadre de leur relation contractuelle, de par leur manquement à la norme de conduite raisonnable dans les circonstances de cette relation.

Quoiqu’une partie contractante puisse faillir à son devoir général d’agir de bonne foi et raisonnablement nonobstant le contenu du contrat et sa conduite relativement à ses obligations contractuelles, il demeure incontestable que ces deux derniers éléments ont une influence sur l’évaluation de la faute délictuelle. La tâche du tiers qui veut se prévaloir contre une partie contractante peut être grandement facilitée s’il y a également eu un man-

also a failure to meet a contractual obligation. Two typical cases arise.

First, when the obligations set out in the contract entail definite benefits for third parties, be they express or implied, the contracting party must of course avoid causing damage to those third parties. This was the situation in *Boucher v. Drouin, supra*. The duty to maintain provincial roads in winter not only bound the contractor to the government, which had awarded the maintenance contract, but also conferred an obvious benefit on individuals using the road. The contractor had to conduct itself like a reasonable person in fulfilling its contract, by avoiding causing damage to users of the road as a result of its poor maintenance. There was therefore a basis for delictual liability.

On the other hand, some contractual obligations are stipulated for the exclusive benefit of the other contracting party, and it is then more difficult to imagine how the conduct of the contracting parties could make them liable to third parties, although this would not be impossible. In *Alliance Assurance Co. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] S.C.R. 168, for example, the contractual obligation which the third party insurer invoked in support of its action bound the respondent company to the victim. The contract provided that the respondent company would notify the firefighters if the alarm sounded on the victim's premises. This obligation was beyond any extra-contractual obligation of the respondent company, and benefited only the other party to the contract. As the Court of Appeal noted, [TRANSLATION] "a citizen who knows, by some means, that a sprinkler system has been activated in two buildings is under no civil obligation to call the firemen and to go and check one building instead of the other" ([1967] Que. Q.B. 767, at p. 769). This Court further wrote, at p. 173:

The respondent is not a public service charged with the duty of watching over a whole district generally, it is a private enterprise which assumes the obligation of surveillance of an establishment through an electrical system only towards those who subscribe to its service. The

quement contractuel. Deux cas de figure se présentent.

Tout d'abord, lorsque le contenu obligationnel du contrat comporte des avantages certains pour des tierces parties, explicitement ou par implication, le contractant doit bien sûr éviter de leur causer préjudice. C'était le cas dans l'affaire *Boucher c. Drouin*, précitée. L'obligation d'entretenir les routes provinciales en hiver non seulement liait l'entrepreneur à l'État qui avait accordé le contrat d'entretien, mais conférait également aux particuliers qui empruntaient la route un avantage manifeste. L'entrepreneur devait remplir son contrat en se comportant en personne raisonnable, soit en évitant de causer préjudice aux usagers de la route par son mauvais entretien. Il y avait donc ouverture à responsabilité délictuelle.

À l'opposé, certaines obligations contractuelles sont stipulées au bénéfice exclusif de l'autre partie contractante, et il devient alors plus difficile de concevoir comment la conduite des parties contractantes pourrait entraîner leur responsabilité face aux tiers, quoique cela ne soit pas exclu. Dans l'affaire *Alliance Assurance Co. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] R.C.S. 168, par exemple, l'obligation contractuelle qu'invoquait l'assureur, tierce partie, au soutien de son action liait la compagnie intimée à la sinistrée. Le contrat prévoyait que la compagnie intimée avertirait les pompiers en cas de déclenchement du système d'alarme chez la sinistrée. Cette obligation était exorbitante de tout devoir extra-contractuel de la compagnie intimée, et elle ne bénéficiait qu'à l'autre partie au contrat. Comme l'avait mentionné la Cour d'appel, «un citoyen qui a connaissance, par un moyen quelconque, qu'un système de gicleurs automatiques se déclenche dans deux immeubles n'est pas «civilement» tenu d'alerter les pompiers et d'aller vérifier un immeuble plutôt que l'autre» ([1967] B.R. 767, à la p. 769). Cette Cour a d'ailleurs écrit à la p. 173:

L'intimée n'est pas un service public chargé de surveiller généralement tout un secteur, elle est une entreprise privée qui ne contracte l'obligation de surveillance d'un établissement par le truchement d'une installation électrique qu'à l'égard de celui qui s'abonne à son service.



duty it is blamed for not performing and by reason of which it is alleged to have committed a fault involving liability is not one which falls on everybody; on the contrary, it is solely a contractual obligation.

Without wishing to rule on the validity of the theories which have been advanced to explain the Quebec decisions (see G. Durry, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle* (1986), at pp. 66-79), it seems to me that the foregoing paragraphs provide the best account of the cases in which failure to perform a contractual obligation, as a juridical fact, may form the basis for an action in delictual liability by a third party against the contracting party who is at fault.

(b) *The Obligation to Inform in the Context of a Contract of Enterprise*

In the case at bar, the Bank is invoking Hydro-Québec's obligation to inform, as set out in the contract between Hydro-Québec and Bail/Sotrim, as a basis for its action in delictual liability. We should therefore consider this obligation in the context of the contract of enterprise in order to determine its scope.

(i) The Obligation to Inform in Quebec Law

The obligation to inform is now well established in Quebec law. Durry, *supra*, at pp. 135-40, describes the various situations in which it applies. The obligation to inform that a manufacturer must fulfil toward the users of its product has already been discussed in several decisions of this Court, including *Ross v. Dunstall* (1921), 62 S.C.R. 393, and *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554 (see also P.-G. Jobin, *Les contrats de distribution de biens techniques* (1975), at pp. 216 *et seq.*, and P. Legrand Jr., "Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien" (1981), 26 *McGill L.J.* 207), and is probably the area in which this obligation is most highly developed. It is also recognized in the new *Civil Code of Quebec*, in arts. 1469 and 1473. Moreover, the obligation of a

Le devoir qu'on lui reproche d'avoir omis de remplir et en raison duquel on prétend qu'elle a commis une faute génératrice de responsabilité n'est pas de ceux qui incombent à tous, c'est au contraire uniquement une obligation contractuelle dont elle est chargée.

Sans vouloir me prononcer sur la validité des thèses qui ont été avancées pour expliquer la jurisprudence québécoise (voir G. Durry, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle* (1986), aux pp. 66 à 79), il me semble que les paragraphes précédents rendent le mieux compte des cas où le manquement à une obligation contractuelle, en tant que fait juridique, peut constituer la base d'une action en responsabilité délictuelle d'un tiers contre le contractant fautif.

b) *L'obligation de renseignement dans le cadre du contrat d'entreprise*

En l'espèce, la Banque se réclame de l'obligation de renseignement d'Hydro-Québec, contenue au contrat qui lie cette dernière à Bail/Sotrim, pour fonder son action en responsabilité délictuelle. Il y a donc lieu de se pencher sur cette obligation dans le contexte du contrat d'entreprise, afin d'en déterminer l'étendue.

(i) L'obligation de renseignement en droit québécois

L'obligation de renseignement est maintenant bien implantée en droit québécois. Durry, *op. cit.*, aux pp. 135 à 140, brosse un tableau de ses diverses applications. L'obligation de renseignement du fabricant à l'égard des utilisateurs de son produit a déjà fait l'objet de plusieurs décisions de cette Cour, dont *Ross c. Dunstall* (1921), 62 R.C.S. 393, et *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554 (voir également P.-G. Jobin, *Les contrats de distribution de biens techniques* (1975), aux pp. 216 et suiv., et P. Legrand jr., «Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien» (1981), 26 *R.D. McGill* 207), et c'est là probablement le secteur où cette obligation est la plus développée. Elle est d'ailleurs reconnue au nouveau *Code civil du Québec*, aux art. 1469 et 1473. Par ailleurs, l'obli-

doctor to inform his or her patient is also firmly established (*Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541, *Chouinard v. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.), and *Gburek v. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A.)). The courts have also considered the obligation of banks towards sureties to provide them with information (*National Bank of Canada v. Soucisse*, *supra*) and the obligation of insurers to their insured (*Baril v. Industrielle (L')*, *Compagnie d'assurances sur la vie*, [1991] R.R.A. 196 (C.A.)). These are only a few of the best known examples of the manner in which the obligation to inform is applied

We should then ask whether we may generalize from all these individual cases. I believe that it is possible to outline a general theory of the obligation to inform, based on the duty of good faith in the realm of contracts, which was mentioned above (see Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* (1989), at pp. 112-16). J. Ghestin, *Traité de droit civil*, vol. II, *Les obligations — Le contrat: formation* (2nd ed. 1988), concludes a lengthy study of the obligation to inform by proposing the following definition, at p. 566:

[TRANSLATION] Finally, the party who knows or ought to know, especially by reason of his or her professional qualifications, a fact he or she knows to be of decisive importance to the other party is bound to inform that party of the fact from the moment when it becomes impossible for that party to obtain information on his or her own, or when he or she might legitimately have relied on the co-contracting party, by reason of the nature of the contract, the capacity of the parties, or inaccurate information which had been supplied by that party.

Without necessarily adopting that statement, I am of the opinion that Ghestin has correctly stated the nature and parameters of the obligation to inform. He describes the main elements of the obligation as follows:

- knowledge of the information, whether actual or presumed, by the party which owes the obligation to inform;
- the fact that the information in question is of decisive importance;

gation d'information du médecin à l'égard de son patient est elle aussi fermement établie (*Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.), et *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A.)). La jurisprudence a aussi traité de l'obligation de renseignement de la banque envers les cautions (*Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, précité) et de l'assureur envers l'assuré (*Baril c. Industrielle (L')*, *Compagnie d'assurances sur la vie*, [1991] R.R.A. 196 (C.A.)). Il ne s'agit là que de quelques exemples parmi les plus connus d'application de l'obligation de renseignement.

Il convient alors de se demander s'il y a lieu de généraliser à partir de tous ces cas particuliers. Je crois qu'il est possible d'esquisser une théorie globale de l'obligation de renseignement, qui reposerait sur l'obligation de bonne foi dans le domaine contractuel, mentionnée plus haut (voir Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* (1989), aux pp. 112 à 116). J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations — Le contrat: formation* (2<sup>e</sup> éd. 1988), conclut une longue étude de l'obligation de renseignement en proposant la définition suivante à la p. 566:

Finalement, celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait, dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même, ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies.

Sans nécessairement en adopter l'énoncé, je suis d'avis que Ghestin expose correctement la nature et les paramètres de l'obligation de renseignement. Il en fait ressortir les éléments principaux, soit:

- la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement;
- la nature déterminante de l'information en question;

— the fact that it is impossible for the party to whom the duty to inform is owed to inform itself, or that the creditor is legitimately relying on the debtor of the obligation.

In my opinion, these elements are found in all cases where there is an obligation to inform. For example, a manufacturer knows or is presumed to know the risks and dangers created by its product, as well as any manufacturing defects from which it may suffer. This information will have a definite influence on the consumer's decisions as to whether to purchase and use such products. Most often, the consumer relies on the manufacturer for this, or finds it impossible to obtain this information. The same is true for other examples of the obligation to inform.

The advent of the obligation to inform is related to a certain shift that has been taking place in the civil law. While previously it was acceptable to leave it to the individual to obtain information before acting, the civil law is now more attentive to inequalities in terms of information, and imposes a positive obligation to provide information in cases where one party is in a vulnerable position as regards information, from which damages may result. The obligation to inform and the duty not to give false information may be seen as two sides of the same coin. As I noted in *Laferrière v. Lawson*, *supra*, both acts and omissions may amount to fault, and the civil law does not make a distinction between them. Like P. Le Tourneau, "De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil", D. 1987. Chron., p. 101, however, I would add that the obligation to inform must not be defined so broadly as to obviate the fundamental obligation which rests on everyone to obtain information and to take care in conducting his or her affairs.

We must avoid confusing the obligation to inform, which remains a secondary obligation, with the obligation to counsel, the main obligation in many contracts, including mandates given to notaries and lawyers (see *Roberge v. Bolduc*,

— l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur.

<sup>a</sup> À mon avis, ces éléments se retrouvent dans toutes les instances de l'obligation de renseignement. Le fabricant, par exemple, connaît ou est présumé connaître les risques et dangers créés par son produit, ainsi que les défauts de fabrication dont il peut souffrir. Ces informations exercent une influence certaine dans les décisions du consommateur relativement à l'achat et à l'usage de ces produits. Le plus souvent, le consommateur fait confiance au fabricant à cet égard ou se trouve dans l'impossibilité de connaître ces informations. Il en va de même pour les autres manifestations de l'obligation de renseignement.

<sup>d</sup> L'apparition de l'obligation de renseignement est reliée à un certain rééquilibrage au sein du droit civil. Alors qu'auparavant il était de mise de laisser le soin à chacun de se renseigner et de s'informer avant d'agir, le droit civil est maintenant plus attentif aux inégalités informationnelles, et il impose une obligation positive de renseignement dans les cas où une partie se retrouve dans une position informationnelle vulnérable, d'où des dommages pourraient s'ensuivre. L'obligation de renseignement et le devoir de ne pas donner de fausses informations peuvent être conçus comme les deux facettes d'une même médaille. Comme je l'ai mentionné dans *Laferrière c. Lawson*, précité, les actes et les omissions peuvent tout autant l'un que l'autre constituer une faute, et le droit civil ne les distingue pas à cet égard. À l'instar de P. Le Tourneau, «De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil», D. 1987. Chron., p. 101, cependant, j'ajouterais qu'il ne faut pas donner à l'obligation de renseignement une portée telle qu'elle écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires.

<sup>j</sup> Il faut se garder de confondre l'obligation de renseignement, qui reste une obligation accessoire, avec l'obligation de conseil, obligation principale de nombreux contrats, dont les mandats confiés aux notaires et avocats (voir *Roberge c. Bolduc*,

[1991] 1 S.C.R. 374). As the main obligation, the obligation to counsel is subject to different terms and conditions, which I shall not go into here.

Similarly, the general nature of my comments on the obligation to inform must not obscure the fact that significant differences may arise among the various situations in which this obligation is present.

First, the foregoing remarks apply primarily to the contractual obligation to inform, but a duty to inform may also arise independently of any contractual relationship. That issue exceeds the scope of this case, however, because even in the absence of a direct contractual relationship between Laprise and Hydro-Québec, any delictual fault which the Bank might raise against Hydro-Québec will be based largely on Hydro-Québec's contractual obligations to Bail/Sotrim, as we shall see.

Moreover, the authors are divided as to whether pre-contractual and contractual obligations to inform may be considered comparable. Ghestin, *supra*, at pp. 504-6, emphasizes the distinction between these two obligations, on the primary ground that a violation of a pre-contractual obligation to inform gives rise to delictual, not contractual, liability. Confusing the two obligations strips the pre-contractual obligation of its specificity. Here, in any event, from Laprise's standpoint, Hydro-Québec's liability can only be delictual. Moreover, the same criteria will not be used to determine whether the information is a deciding factor in the pre-contractual phase as are used in the contractual phase. In the case at bar, for reasons which will become apparent later, I do not believe that we must strictly distinguish between the pre-contractual and contractual phases of the relationship between Bail/Sotrim and Hydro-Québec. In any event, Ghestin admits that it is extremely difficult in practice to draw the distinction between these two obligations and, like Le Tourneau, *supra*, he agrees that they should be dealt with together.

[1991] 1 R.C.S. 374). En tant qu'obligation principale, l'obligation de conseil est soumise à des conditions et modalités différentes, que je n'aborderai pas ici.

De même, la généralité de mes propos au sujet de l'obligation de renseignement ne doit pas faire oublier les différences importantes qui peuvent surgir entre les diverses instances où cette obligation est présente.

Tout d'abord, les remarques précédentes s'appliquent principalement à l'obligation de renseignement contractuelle, mais un devoir de renseignement peut également survenir indépendamment de toute relation contractuelle. Cette question dépasse la portée de ce litige, cependant, car même en l'absence de lien contractuel direct entre Laprise et Hydro-Québec, toute faute délictuelle que la Banque pourrait reprocher à Hydro-Québec se fondera largement sur les obligations contractuelles d'Hydro-Québec à l'égard de Bail/Sotrim, comme nous le verrons.

En outre, les auteurs sont divisés à savoir si les obligations de renseignement précontractuelle et contractuelle peuvent être assimilées. Ghestin, *op. cit.*, aux pp. 504 à 506, insiste sur la distinction entre ces deux obligations, au motif principal qu'une violation de l'obligation précontractuelle de renseignement donne lieu à la responsabilité délictuelle et non contractuelle. La confusion des deux obligations prive l'obligation précontractuelle de sa spécificité. Ici, de toute façon, du point de vue de Laprise, la responsabilité d'Hydro-Québec ne peut être que délictuelle. De plus, la nature déterminante de l'information ne sera pas évaluée selon les mêmes critères si l'on se situe dans la phase précontractuelle ou contractuelle. En l'espèce, pour des raisons qui deviendront plus loin apparentes, je ne crois pas qu'il faille strictement distinguer entre les phases précontractuelle et contractuelle de la relation entre Bail/Sotrim et Hydro-Québec. Quoi qu'il en soit, Ghestin admet que la distinction entre ces deux obligations s'avère des plus ardues en pratique, et il accepte, comme Le Tourneau, *loc. cit.*, qu'elles soient abordées globalement.

We shall now consider how the particular features of the contract of enterprise may affect these comments.

(ii) The Contract of Enterprise

The essence of the contract of enterprise is found in arts. 2098 to 2100 of the new *Civil Code of Quebec*:

**2098.** A contract of enterprise or for services is a contract by which a person, the contractor or the provider of services, as the case may be, undertakes to carry out physical or intellectual work for another person, the client or to provide a service, for a price which the client binds himself to pay.

**2099.** The contractor or the provider of services is free to choose the means of performing the contract and no relationship of subordination exists between the contractor or the provider of services and the client in respect of such performance.

**2100.** The contractor and the provider of services are bound to act in the best interests of their client, with prudence and diligence. Depending on the nature of the work to be carried out or the service to be provided, they are also bound to act in accordance with usual practice and the rules of art, and, where applicable, to ensure that the work done or service provided is in conformity with the contract.

Where they are bound to produce results, they may not be relieved from liability except by proving superior force.

A contract of enterprise is a contract of fairly general scope which covers a sizeable number of legal situations among which there are nonetheless significant differences. I shall deal here with contracts of enterprise relating to large projects of considerable value. The following comments are not necessarily applicable to contracts of enterprise as a whole.

The main elements of the duty to inform, which are set out above, are found in the rules governing contracts of enterprise. It is easy to imagine that certain decisive information might be in the possession of one party, while the other party cannot obtain the information or legitimately relies on the first party. In fact, each of the two parties has an

Il s'agit maintenant d'examiner en quoi les particularités du contrat d'entreprise peuvent affecter ces propos.

<sup>a</sup> (ii) Le contrat d'entreprise

L'essence du contrat d'entreprise apparaît à la lecture des art. 2098 à 2100 du nouveau *Code civil du Québec*:

<sup>b</sup> **2098.** Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer.

<sup>c</sup> **2099.** L'entrepreneur ou le prestataire de services a le libre choix des moyens d'exécution du contrat et il n'existe entre lui et le client aucun lien de subordination quant à son exécution.

<sup>d</sup> **2100.** L'entrepreneur et le prestataire de services sont tenus d'agir au mieux des intérêts de leur client, avec prudence et diligence. Ils sont aussi tenus, suivant la nature de l'ouvrage à réaliser ou du service à fournir, d'agir conformément aux usages et règles de leur art, et de s'assurer, le cas échéant, que l'ouvrage réalisé ou le service fourni est conforme au contrat.

<sup>e</sup> Lorsqu'ils sont tenus du résultat, ils ne peuvent se dégager de leur responsabilité qu'en prouvant la force majeure.

<sup>f</sup> Le contrat d'entreprise est un contrat de portée assez générale, qui englobe bon nombre de situations juridiques présentant tout de même des différences significatives. Je m'attarderai ici aux contrats d'entreprise portant sur de grands chantiers et dont la valeur est considérable. Les remarques qui suivent ne sont pas nécessairement applicables aux contrats d'entreprise dans leur ensemble.

<sup>g</sup> Les éléments principaux de l'obligation de renseignement, mentionnés plus haut, se retrouvent dans le cadre de ces contrats d'entreprise. Il est en effet facilement concevable que certaines informations déterminantes soient détenues par une partie, alors que l'autre partie se retrouve dans l'impossibilité de se renseigner ou fait légitimement con-

obligation to inform the other in certain respects. I note in passing that Bail/Sotrim and Laprise fulfilled their obligation to Hydro-Québec to inform it, by bringing to its attention the errors they believed they had discerned in the original design. Three factors which are unique to contracts of enterprise have a bearing on the substance of the obligation to inform: the allocation of risk, the relative expertise of the parties and the continuing formation of the contract (see the three categories of criteria set out by Picod, *supra*, at p. 116).

### (iii) Allocation of Risk

Contracts of enterprise are characterized first by the parties' knowledge of the object of the contract. In such situations, not only the contractor but also the owner have a degree of expertise. Thus it is easy to assess the allocation of risk in these contracts, because it is likely that the parties have considered the issue. The risk is generally assumed by the contractor, which is in a position to assess the risk during the tender process. As LeBel J.A. wrote for the Court of Appeal in *Groupe Desjardins assurances générales v. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*, *supra*, at pp. 34-35 of his opinion:

[TRANSLATION] In a liberal economy, we still have the concept of commercial risk. Under the clauses for checking the site and the situation, the tenderer, which is often the specialist in the field, assumes an obligation to check the substance of and problems involved in its commitment, and the conditions in which it is to be carried out. This obligation enables it to measure its risk of loss and, as well, its opportunity for profit. Its effect may be vitiated in some situations as a result of fraud or bad faith on the part of the co-contractor. That was not the case here, on the facts established. It is regrettable that an experienced and undoubtedly excellent contractor has suffered such a catastrophe. It was the victim of an error which is always possible in evaluating its commitment and the risks it involves. Such risks are inherent in the system of awarding contracts. They must be borne by the tenderer, unless fraud, withholding or bad

fiance à la première. En fait, chacune des deux parties est soumise à une obligation de renseignement envers l'autre à certains égards. Je remarque en passant que Bail/Sotrim et Laprise se sont acquittées de leurs obligations de renseignement à l'endroit d'Hydro-Québec, en portant à son attention les erreurs qu'elles croyaient avoir décelées au concept original. Trois facteurs propres à ces contrats d'entreprise influencent la teneur de l'obligation de renseignement, soit la répartition des risques, l'expertise relative des parties et la formation continue du contrat (voir les trois classes de critères énoncés par Picod, *op. cit.*, à la p. 116).

### (iii) La répartition des risques

Ces contrats d'entreprise se caractérisent tout d'abord par la connaissance qu'ont les parties de l'objet du contrat. En effet, dans de telles situations, non seulement l'entrepreneur mais aussi le maître de l'ouvrage possèdent une certaine expertise. Ainsi, ces contrats peuvent être aisément analysés du point de vue de l'allocation des risques, car il est vraisemblable que les parties s'y soient attardées. Les risques sont généralement assumés par l'entrepreneur, qui est à même d'évaluer ceux-ci lors de la procédure de soumission. Comme l'écrit le juge LeBel pour la Cour d'appel dans *Groupe Desjardins assurances générales c. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*, précité, aux pp. 34 et 35 de son opinion:

Dans une économie de type libéral, la notion de risque commercial subsiste. En vertu des clauses de vérification des lieux et de la situation, le soumissionnaire, qui est souvent le spécialiste en la matière, assume une obligation de vérification de la teneur et des problèmes de son engagement et des conditions de réalisation de celui-ci. Elle lui permet de mesurer son risque de perte et, aussi, ses possibilités de profits. Son application peut être viciée à l'occasion par le dol ou la mauvaise foi de son co-contractant. Cela ne fut pas le cas ici, selon les faits démontrés. Il est regrettable qu'un entrepreneur d'expérience, sans doute excellent, ait vécu une telle catastrophe. Il a été victime d'une erreur toujours possible dans l'évaluation de son engagement et des risques qu'il comporte. Ceux-ci sont inhérents aux systèmes d'adjudication des contrats. Ils doivent être supportés par le soumissionnaire, à moins que l'on ne démontre

faith on the part of the co-contracting party, so as to vitiate the operation of the otherwise well-honed process of awarding public or sometimes even private contracts, or the breach of obligations which rested on the party giving the order, is specifically established.

I entirely concur with this statement of the risk assumed by the contractor. It is recognized that one of the components of this risk is that the contractor is responsible for the nature and conditions of the soil (see art. 1688 *C.C.L.C.*; *Corpex (1977) Inc. v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 643, at pp. 662-66; T. Rousseau-Houle, *Les contrats de construction en droit public et privé* (1982), at p. 265, as well as arts. 2118 and 2119 of the new *Civil Code of Quebec*).

The obligation to inform is an immediate corollary of the allocation of risk. The party assuming the risk has a duty to become informed about it, as this Court held in *Corpex, supra*, at pp. 663-64. However, the other party must not, by action or inaction, contribute to distorting the evaluation of the risk by the party who assumes that risk. In the paragraph set out above, LeBel J.A. moreover expressly excepted cases where the owner contributed to the contractor's error. Similarly, in *Corpex*, Beetz J. tempered the stringency of the duty of the contractor to become informed when the contract contains warranties in respect of the representations made by the owner. The relationship between the risk assumed by the contractor and the owner's obligation to inform the contractor, particularly when the information in question is contained in the call for tenders documents, is very close indeed.

#### (iv) The Relative Expertise of the Parties

Second, in the context of contracts of enterprise for large projects, the obligation to inform may vary depending on the expertise of the parties. The importance of expertise, taken in the broad sense of the parties' expectations of each other in terms of the knowledge resulting from their respective qualifications, may be seen in the foregoing discussion of the obligation to inform in general.

précisément ce dol, ces réticences ou cette mauvaise foi du co-contractant, qui vicie la mise en œuvre d'un processus autrement bien rodé d'octroi des contrats publics, ou même, parfois privés, ou la violation des obligations à la charge du donneur d'ordre.

Je souscris entièrement à cet énoncé du risque assumé par l'entrepreneur. Parmi les composantes de ce risque, il est reconnu que l'entrepreneur se charge de la nature et des conditions du sol (voir l'art. 1688 *C.c.B.-C.*; *Corpex (1977) Inc. c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 643, aux pp. 662 à 666; T. Rousseau-Houle, *Les contrats de construction en droit public et privé* (1982), à la p. 265, ainsi que les art. 2118 et 2119 du nouveau *Code civil du Québec*).

L'obligation de renseignement est un corollaire immédiat de l'allocation des risques. La partie qui assume les risques se doit de se renseigner, comme l'a énoncé cette Cour dans *Corpex*, précité, aux pp. 663 et 664. Toutefois, l'autre partie ne doit pas, par action ou par inaction, contribuer à fausser l'évaluation des risques de celle qui les assume. Le juge LeBel, dans le paragraphe ci-haut, réserve d'ailleurs expressément les cas où le maître de l'ouvrage aurait contribué à l'erreur de l'entrepreneur. De même, dans *Corpex*, le juge Beetz a tempéré la rigueur du devoir de l'entrepreneur de se renseigner lorsque le contrat contient certaines garanties quant aux représentations faites par le maître de l'ouvrage. La relation est des plus étroites entre le risque assumé par l'entrepreneur et l'obligation du maître de l'ouvrage de renseigner l'entrepreneur, particulièrement lorsqu'il s'agit des informations contenues aux documents d'appel d'offres.

#### (iv) L'expertise relative des parties

Deuxièmement, l'obligation de renseignement, dans le cadre de contrats d'entreprise pour de grands chantiers, peut varier selon l'expertise des parties. L'importance de l'expertise, entendue au sens large des attentes des parties l'une vis-à-vis l'autre quant aux connaissances découlant de leurs qualifications respectives, ressort de la discussion précédente de l'obligation de renseignement en général.

A small-scale contract of enterprise, for the construction of a single-family home, for example, will be awarded by an individual who is a novice in the field to an experienced contractor. There is then justification for practically relieving the owner of any obligation to inform. For large projects, however, the owner generally has not insignificant expertise in the field, which it uses in preparing the plans and specifications, *inter alia*. This Court has recognized the influence of the relative expertise of the parties on the obligations contained in a contract of enterprise, in *Davie Shipbuilding Ltd. v. Cargill Grain Co.*, [1978] 1 S.C.R. 570. De Grandpré J. wrote, with respect to liability under art. 1688 C.C.L.C., at p. 577:

The point of departure is the liability of the specialists; they are liable if the evidence does not establish a cause of exoneration resulting from the owner's action to the satisfaction of the Court. If he has great expertise in the field, clearly surpassing that of the persons who performed the work, the latter will completely escape liability. If, however, the owner's expertise is approximately equivalent to that of the specialists, their liability will only be mitigated.

More specifically regarding the influence of the expertise of the owner on the contractor's obligation to check, he added, at p. 583:

It must not be forgotten that the duties of the engineer and the contractor are different, the former being a specialist to whom the design and preparation of plans and specifications are normally entrusted, and the second merely carrying out the work. If the second is required to do the checking which the judgment appealed from would impose on him [that is, the duty to verify the information provided by the expert owner], the presence of the engineer is no longer useful, for all practical purposes.

The owner's obligation to inform increases with its expertise relative to the contractor's, particularly when it provides information to the contractor which falls within its field of expertise, and that information is incorrect. Although the contractor must check the information provided to it by the owner, it need not necessarily redo in detail the work done by the owner's experts.

Le contrat d'entreprise de petite envergure, pour la construction d'une maison unifamiliale par exemple, sera confié par un particulier novice en la matière à un entrepreneur expérimenté. Il est alors justifié que le maître de l'ouvrage soit pratiquement relevé de toute obligation de renseignement. Pour les grands projets, cependant, le maître de l'ouvrage possède généralement une expertise non négligeable dans le domaine, qu'il utilise dans la préparation des plans et devis, entre autres. Cette Cour a déjà reconnu l'influence de l'expertise relative des parties sur le contenu obligationnel du contrat d'entreprise, dans *Davie Shipbuilding Ltd. c. Cargill Grain Co.*, [1978] 1 R.C.S. 570. Le juge de Grandpré écrit à la p. 577, au sujet de la responsabilité de l'art. 1688 C.c.B.-C.:

Le point de départ est la responsabilité des hommes de l'art; ils sont responsables si la preuve n'établit pas à la satisfaction du tribunal la cause d'exonération qui résulte du fait du propriétaire. Si son expertise en la matière est très grande et qu'elle surclasse carrément celle des exécutants, la responsabilité de ceux-ci sera entièrement écartée. Si, par ailleurs, l'expertise du propriétaire est à peu près l'équivalente de celle des hommes de l'art, leur responsabilité ne sera que mitigée.

Plus précisément, quant à l'influence de l'expertise du maître de l'ouvrage sur le devoir de vérification de l'entrepreneur, il ajoute à la p. 583:

Il ne faut pas oublier que les fonctions de l'ingénieur et de l'entrepreneur sont différentes, le premier étant l'homme de l'art à qui l'on confie normalement la conception et la préparation des plans et devis, et le second n'étant que l'exécutant. Si le second a l'obligation de faire la vérification que veut lui imposer le jugement dont appel [soit l'obligation de vérifier les données transmises par le propriétaire expert], la présence de l'ingénieur n'est, à toutes fins pratiques, plus utile.

L'expertise relative du maître de l'ouvrage par rapport à l'entrepreneur accroît l'obligation de renseignement du maître de l'ouvrage, surtout lorsqu'il transmet à l'entrepreneur des renseignements qui relèvent de son expertise, et que ceux-ci s'avèrent erronés. Même si l'entrepreneur doit vérifier les informations qui lui sont fournies par le maître de l'ouvrage, il ne doit pas nécessairement refaire en détail le travail accompli par les experts du maître de l'ouvrage.



(v) Continuous Formation of the Contract

Finally, the obligation to inform is influenced by a third characteristic of contracts of enterprise for large projects: the process of continuing change during execution of the contract. Here we must distinguish between contracts of enterprise for a fixed price, on the one hand, and contracts for a variable price or which comprise another method of calculating payment, on the other. In a contract for a fixed price, [TRANSLATION] "the owner has not reserved the right or privilege of changing the plans and specifications during the course of the work" (*Cartier Building Inc. v. E. Séguin & Fils Ltée*, [1985] C.A. 649, at p. 652). Article 1690 C.C.L.C. provides that in such cases changes must be agreed upon between the owner and the contractor. Contracts of enterprise relating to large projects are usually contracts for a variable price, in which the owner reserves the right to make changes along the way. This is the case here: clause 39 of the General Clauses provides that Hydro-Québec may change the work set out in the call for tenders by issuing change orders (or amendments). These contracts are truly, for both the owner and the contractor, a voyage onto unknown soil, if I may use that expression. Both parties were very much aware that there are always unforeseen events in the course of execution of a contract, and that some changes, whether large or small, would probably have to be made throughout the carrying out of the project.

Certain problems arise in analyzing contracts of enterprise for a variable price. It may be difficult to apply the traditional distinction between formation and execution of the contract to them. Without intending here to discard this distinction, which is nonetheless quite useful and fertile, I would characterize contracts of enterprise for a variable price, particularly when change orders are issued, as contracts in continuing formation. The issuance of change orders, which alter the substance of the contract, cannot be considered to be a simple side effect of execution. Although most contracts, including the contract in this case, take no account of the will of the contractor when a change order is issued, the contractor retains the right to claim

(v) La formation continue du contrat

Finalement, l'obligation de renseignement est influencée par une troisième caractéristique de ces contrats d'entreprise pour de grands chantiers, soit leur évolution constante pendant l'exécution. Il faut ici distinguer entre les contrats d'entreprise à forfait absolu, d'un côté, et les contrats à forfait relatif ou qui comportent une autre méthode de tarification, de l'autre. Dans un contrat à forfait absolu, «le propriétaire ne s'est pas réservé le droit ou le privilège de modifier les plans et devis dans le cours des travaux» (*Cartier Building Inc. c. E. Séguin & Fils Ltée*, [1985] C.A. 649, à la p. 652). L'article 1690 C.c.B.-C. prévoit dans ces cas que les modifications doivent faire l'objet d'un commun accord du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur. Les contrats d'entreprise portant sur de grands chantiers sont le plus souvent des contrats à forfait relatif, où le maître de l'ouvrage conserve le droit d'apporter des modifications en cours de route. C'est d'ailleurs le cas en l'espèce, où l'art. 39 des Clauses générales prévoit qu'Hydro-Québec peut modifier les travaux prévus à l'appel d'offres par l'émission d'avenants. Ces contrats constituent véritablement, pour le maître de l'ouvrage comme pour l'entrepreneur, une aventure en sol inconnu, si je puis dire. Les deux parties sont fort conscientes que l'exécution recèle toujours des imprévus, et que le contrat devra probablement subir des modifications plus ou moins grandes tout au long du chantier.

Les contrats d'entreprise à forfait relatif posent certains problèmes d'analyse. Il peut être difficile de leur appliquer la distinction traditionnelle entre formation et exécution du contrat. Sans vouloir ici écarter cette distinction au demeurant fort utile et fertile, je qualifierais les contrats d'entreprise à forfait relatif, plus particulièrement lorsque de nombreux avenants sont émis, de contrats en formation continue. L'émission d'avenants, qui altèrent la substance du contrat, ne peut être considérée comme un simple incident d'exécution. Même si la plupart des contrats, dont celui en l'espèce, n'accordent aucune place à la volonté de l'entrepreneur lors de l'émission d'un avenant, l'entrepreneur conserve le droit de réclamer des sommes

additional sums when the changes imposed by the owner exceed a certain threshold. As Rousseau-Houle, *supra*, says at p. 253:

[TRANSLATION] However, the power to make unilateral changes is not absolute. . . . [T]he owner may only make changes of secondary importance. It may not impose changes that affect the very substance of the contract to such a point as in fact to give the contract a different object than had been contemplated in the common intention of the parties.

The issuance of change orders may lie on the borderline between formation and execution of contracts. Since, in any event, the changes to the contract are no longer within the unilateral will of the owner when they transform the object of the contract, the contractor must at least receive sufficient information to gauge the significance of the changes requested. Accordingly, there is always a certain element of the pre-contractual obligation to inform present when change orders are issued.

This is why I indicated earlier that the distinction between pre-contractual and contractual obligations to inform was of lesser significance in this case. The obligation to inform therefore retains, throughout the term of a contract for a major project with multiple amendments, the characteristics of the pre-contractual obligation to inform. Thus a relatively high degree of disclosure is required, because the validity of the consent of the debtor of the obligation to inform must more or less constantly be assured while the initial project evolves as change orders are issued.

In summary, the obligation to inform in contracts of enterprise dealing with large projects is characterized by the allocation of risk between the parties, the relative expertise of the parties and the continuing formation of the contract, even during execution of the contract.

## 2. Conclusions of Martineau J.

Martineau J. drew the following conclusions from the evidence presented to him:

1. Hydro-Québec had assumed a certain degree of liability with respect to the accuracy of the

supplémentaires lorsque les modifications imposées par le propriétaire dépassent un certain seuil. Comme le dit Rousseau-Houle, *op. cit.*, à la p. 253:

<sup>a</sup> Le pouvoir de modification unilatérale n'est toutefois pas absolu. [. . . L]e maître de l'ouvrage ne peut apporter que des modifications d'importance secondaire. Il ne peut imposer des modifications portant sur la substance même du contrat au point de lui donner en fait un objet différent de celui qui avait été envisagé dans la commune intention des parties.

<sup>b</sup> L'émission d'avenants peut se situer à la frontière entre la formation et l'exécution des contrats. Comme de toute façon les modifications au contrat cessent de relever de la volonté unilatérale du maître d'ouvrage dès qu'elles transforment l'objet du contrat, l'entrepreneur doit au moins recevoir suffisamment d'informations pour jauger de l'importance des modifications demandées. Un certain élément de l'obligation précontractuelle de renseignement est par conséquent toujours présent lors de l'émission d'avenants.

<sup>c</sup> C'est pourquoi j'ai indiqué plus haut que la distinction entre les obligations précontractuelle et contractuelle de renseignement perdait de l'importance en l'espèce. L'obligation de renseignement conserve donc tout au long d'un contrat de grands travaux, à avenants multiples, les caractéristiques de l'obligation précontractuelle de renseignement. Ainsi un degré relativement élevé de divulgation est requis, car il faut plus ou moins constamment assurer la validité du consentement du débiteur de l'obligation de renseignement pendant que le projet initial évolue au gré des avenants.

<sup>d</sup> En résumé, l'obligation de renseignement dans les contrats d'entreprise portant sur de grands chantiers est qualifiée par l'allocation des risques entre les parties, l'expertise relative des parties, ainsi que la formation continue du contrat, même en cours d'exécution.

## <sup>e</sup> 2. Les conclusions du juge Martineau

<sup>f</sup> Le juge Martineau a tiré les conclusions suivantes de la preuve qui lui a été présentée:

<sup>g</sup> 1. Hydro-Québec avait assumé une certaine responsabilité quant à l'exactitude des données

geotechnical data. The contractor assessed the risk on the basis of those data. I would add that clause 14 of the General Clauses (similar to clause 12 in *Corpex, supra*), which dealt with the consequences of discrepancies between the data and the actual ground, supports this conclusion. <sup>a</sup>

2. Hydro-Québec had greater expertise than Laprise in relation to the geotechnical studies. While Hydro-Québec had used LIE's experts to prepare the 1974 and 1977 Reports, Laprise and Bail/Sotrim had only their practical knowledge as contractors. <sup>b</sup>

3. The number and scope of the change orders issued completely changed the nature of the original contract. Thus, the logical consequence of this observation is that it was a contract in continuing formation. <sup>d</sup>

On the basis of these observations, Martineau J. was correct in imposing an onerous obligation to inform on Hydro-Québec.

With respect to whether the Bank, on behalf of Laprise, could rely on a failure to fulfil this obligation, it seems to be indisputable that Hydro-Québec, as the owner, had a duty to act reasonably toward subcontractors, particularly when it was a matter of informing them of errors in the tender documents. In the context of a large project such as the Substation, the contractor commonly uses the services of subcontractors like Laprise. As well, this possibility was mentioned in the specifications which accompanied the call for tenders (see clauses 1(f) and 7 of the General Clauses). Not only did the obligation to inform benefit Bail/Sotrim, but it was also to the advantage of the subcontractor, Laprise, which may therefore invoke in its favour a failure by Hydro-Québec to fulfil its obligation to inform the contractor, in so far as Hydro-Québec failed to meet the standard of conduct of a reasonable person. <sup>f</sup>

Thus Martineau J. found that Hydro-Québec had failed to fulfil its obligation to inform. According to him, when Hydro-Québec changed its require-

géotechniques. L'évaluation des risques par l'entrepreneur se fondait sur ces données. J'ajoute que l'art. 14 des Clauses générales (similaire à l'art. 12 dans *Corpex, précité*), qui porte sur les conséquences des écarts entre les données et le terrain réel, soutient cette conclusion.

2. Hydro-Québec possédait plus d'expertise que Laprise quant aux études géotechniques. Alors qu'Hydro-Québec avait eu recours aux experts LIE pour confectionner les Rapports de 1974 et de 1977, Laprise et Bail/Sotrim ne bénéficiaient que de leurs connaissances pratiques d'entrepreneurs. <sup>c</sup>

3. Le nombre et la portée des avenants émis ont complètement changé la nature du contrat d'origine. Ainsi, tirant les conséquences logiques de cette observation, il s'agirait d'un contrat en formation continue.

À partir de ces constatations, le juge Martineau avait raison d'imposer une obligation de renseignement onéreuse à Hydro-Québec. <sup>e</sup>

Quant à la possibilité pour la Banque du chef de Laprise de se prévaloir d'un manquement à cette obligation, il paraît incontestable qu'Hydro-Québec, en tant que maître de l'ouvrage, devait agir raisonnablement à l'égard des sous-traitants, particulièrement lorsqu'il s'agit de les informer d'erreurs aux documents d'appel d'offres. Dans le cadre d'un grand chantier comme celui du Poste, il est normal que l'entrepreneur fasse appel à des sous-traitants comme Laprise. Cette éventualité était d'ailleurs prévue au cahier de charges accompagnant l'appel d'offres (voir les art. 1f) et 7 des Clauses générales). Non seulement l'obligation de renseignement bénéficiait-elle à Bail/Sotrim, mais elle était aussi à l'avantage du sous-traitant Laprise. Celui-ci peut donc invoquer en sa faveur un manquement d'Hydro-Québec à son obligation d'informer l'entrepreneur, dans la mesure où Hydro-Québec a failli aux normes de comportement d'une personne raisonnable.

Ainsi le juge Martineau a déterminé qu'Hydro-Québec avait manqué à son obligation de renseignement. D'après lui, dès qu'Hydro-Québec, à la

ments with respect to the access road at the end of June 1977 following discussions with LIE's experts, it suspected that there might have been errors in its design for the Substation. According to Martineau J., it should then have disclosed this information to the tenderers, because the contract had not yet been awarded. Moreover, Martineau J. considered that Hydro-Québec was fully aware of the defects in its design after receiving the 1977 Report, which completed the mandates given to LIE in May and August 1977. Hydro-Québec then deliberately hid its error from Bail/Sotrim and Laprise, in order to induce them to complete the work on time, even though the work had to be changed extensively. Martineau J. saw this as a serious breach of Hydro-Québec's obligation to inform, which led him to conclude as follows, at pp. 155-56:

[TRANSLATION] In the case at bar, the evidence revealed an owner, Hydro-Québec, which was, as noted earlier, an informed owner with the greatest facilities imaginable in terms of technology and expertise, and which had vouched for the geotechnical conditions, hiding studies, plans and other documents, which related to and were essential in carrying out the work it had ordered, from the contractor, which was in the grip of insurmountable problems, while Hydro-Québec was using that same information to change its own design, during the course of the work and even during the tender process. This camouflage, which continued over such a long period of time, is at the very heart of the contractor's difficulties. There is overwhelming evidence that there was a complete conspiracy of silence and deception, relating to the very core of the contract which is the subject of these proceedings, and that if the contractor, Laprise, had known about it in time it would have been able to avoid the technological and financial fiasco which followed;

### 3. Conclusions of the Court of Appeal

At the outset, at p. 14, the Court of Appeal divided the issue of liability into two sub-issues: fraud at the time the contract was formed and failure to fulfil the obligation to disclose the 1977 Report. While this division was undoubtedly practical because it casts the analysis in the familiar categories of the formation and execution of contracts, it to some extent masks the true nature

fin de juin 1977, a modifié ses exigences quant au chemin d'accès suite aux discussions avec les experts de LIE, elle se doutait qu'il y avait possiblement des erreurs dans son concept pour le Poste. Selon le juge Martineau, elle aurait alors dû divulguer ces informations aux soumissionnaires, car le contrat n'avait alors pas encore été adjugé. De plus, le juge Martineau considère qu'Hydro-Québec connaissait pleinement les failles de son concept après avoir reçu le Rapport de 1977, qui complétait les mandats confiés à LIE en mai et en août 1977. Hydro-Québec aurait alors délibérément caché son erreur à Bail/Sotrim et à Laprise, afin de les pousser à compléter les travaux à temps, même s'ils devaient être grandement modifiés. Le juge Martineau voit là un manquement grave à l'obligation de renseignement d'Hydro-Québec, ce qui le pousse à conclure ainsi aux pp. 155 et 156:

Dans le présent cas, la preuve a révélé un propriétaire, soit Hydro-Québec, propriétaire, comme on l'a dit plus haut, avisé et possédant les plus grandes facilités imaginables au point de vue technologique et expertise, garant des conditions géotechniques, cachant à l'entrepreneur pris dans des difficultés insurmontables, des études, plans et autres documents se rapportant à (*sic*) et essentiels à l'exécution des travaux commandités, alors que Hydro-Québec se servait de ces mêmes renseignements pour modifier, au cours des travaux et même durant la procédure de soumission, son propre concept. C'est ce camouflage qui s'est continué sur une si longue période qui est à la base même des déboires de l'entrepreneur. La preuve est écrasante qu'il y a eu toute une conspiration de silence et de déception, se rapportant au cœur même du contrat, objet du présent litige, dont la connaissance en temps utile aurait évité le fiasco technologique et financier qui s'en suivit (*sic*) pour l'entrepreneur Laprise;

### 3. Les conclusions de la Cour d'appel

D'emblée, à la p. 14, la Cour d'appel divise la question de la responsabilité en deux sous-questions, soit le dol au moment de la formation du contrat et le manquement à l'obligation de divulguer le Rapport de 1977. Quoique cette division soit sans contredit pratique car elle fait retomber l'analyse dans les catégories connues de la formation et de l'exécution des contrats, elle masque

of this contract which was, as discussed above, a contract of enterprise in continuing formation.

On the issue of fraud, the Court of Appeal seems to have faulted Martineau J. for misunderstanding the dates. It analyzed the facts and concluded that Hydro-Québec was acting in good faith at each stage of the process. The Court of Appeal attached little importance to LIE's study on the access road, which was done in the middle of the tender period, stating that [TRANSLATION] "the fact that Hydro-Québec took this approach is surprising but that is not the issue in these proceedings" (p. 14).

However, in the paragraph quoted earlier, when Martineau J. was discussing the changes made by Hydro-Québec [TRANSLATION] "during the course of the work and even during the tender process", he was fully aware of the dates of the various documents. However, basing his conclusion on Hydro-Québec's expertise in the field and on the close connection between the access road and the Substation site, Martineau J. concluded that there had been fault on the part of Hydro-Québec starting in the pre-contractual period. This fault continued with the non-disclosure of the 1977 Report. This conclusion is supported by the evidence. Considering the continuity of the fault on the part of Hydro-Québec, Martineau J. passed judgment on the overall situation.

The theory adopted by the Court of Appeal as to disclosure of the 1977 Report may be summarized as follows. Laprise and Bail/Sotrim were perfectly aware of the soil conditions, from their presence on the site. Documents which would only have confirmed their own observations, including the August 29 Letter and the 1977 Report, would have been of no use at all to them. Bail/Sotrim and Laprise agreed to all the changes to the contract with full knowledge of the situation. They cannot fault Hydro-Québec for not disclosing information to them which they already had (at p. 25). With respect to amendment No. 10, the Court of Appeal wrote, at pp. 22-23:

[TRANSLATION] However, Bail/Sotrim and Laprise could have exercised their rights under clause 14 otherwise

quelque peu le véritable caractère de ce contrat d'entreprise en formation continue, dont il a été question plus haut.

Quant au dol, la Cour d'appel semble reprocher au juge Martineau de s'être mépris sur les dates. Elle analyse les faits et elle conclut à la bonne foi d'Hydro-Québec en fonction de chaque étape du processus. La Cour d'appel attache peu d'importance à l'étude de LIE sur le chemin d'accès, faite en pleine période de soumissions, en déclarant que «[c]ette façon de faire d'Hydro-Québec est surprenante mais le litige ne porte pas là-dessus» (p. 14).

Pourtant, dans le paragraphe cité plus haut, lorsque le juge Martineau parle des modifications apportées par Hydro-Québec «au cours des travaux et même durant la procédure de soumission», il est pleinement conscient des dates des divers documents. Toutefois, se basant sur l'expertise d'Hydro-Québec en la matière et sur le lien étroit entre le chemin d'accès et le site du Poste, le juge Martineau conclut qu'il y avait eu faute d'Hydro-Québec dès la période précontractuelle. Cette conclusion trouve appui dans la preuve. Cette faute s'est poursuivie avec la non-divulgateion du Rapport de 1977. Considérant la continuité de la faute d'Hydro-Québec, le juge Martineau a porté un jugement global.

Quant à la communication du Rapport de 1977, la thèse de la Cour d'appel se résume comme suit. Laprise et Bail/Sotrim étaient parfaitement au courant des conditions du sol de par leur présence sur le chantier. Les documents qui ne faisaient que confirmer leurs propres observations, dont la Lettre du 29 août et le Rapport de 1977, ne leur auraient été d'aucune utilité. Bail/Sotrim et Laprise ont consenti à toutes les modifications au contrat en pleine connaissance de cause. Elles ne peuvent reprocher à Hydro-Québec de ne pas leur avoir communiqué des informations dont elles étaient déjà en possession (à la p. 25). Au sujet de l'avenant n° 10, la Cour d'appel écrit aux pp. 22 et 23:

Pourtant, Bail/Sotrim et Laprise auraient pu faire valoir leurs droits aux termes de la stipulation 14 autrement

than by consenting to amendment No. 10 and consenting to leave it until later to solve further problems which might arise.

The court continued, with respect to the changes which had been made in September 1977, at p. 23:

[TRANSLATION] Here again, Bail/Sotrim and Laprise had the choice of accepting or not accepting the changes to the work and the adjustment to the price. The same facts were known to everyone.

With respect to the clause set out in the letter of August 31, 1977 from Hydro-Québec to Bail/Sotrim, the Court of Appeal stated at p. 25 (see other passages to the same effect at pp. 27 and 28):

[TRANSLATION] Bail/Sotrim and Laprise agreed, with full knowledge of the situation, that solutions to the problems which were anticipated would be found as they arose.

The Court of Appeal summarized its thinking at p. 26, with the following comments on the letter of February 17, 1978 from Bail/Sotrim to Hydro-Québec, in which Bail/Sotrim requested that the contract and its execution be reviewed:

[TRANSLATION] In my humble opinion, this letter was a logical result of the situation. From the outset of work on the site, Laprise found that the subsoil on the site was very soft. Hydro-Québec asserted that Laprise and Bail/Sotrim should have known that from the geotechnical reports. Regardless of the parties' arguments, it was thought that the problem could be largely solved by raising the substation, but since a number of foundations had to be installed very deep in the till, it was obvious to everyone that the problem would resurface while the work was being carried out. The two parties agreed to resolve any difficulties as they arose. [Emphasis added.]

The Court of Appeal reiterated these ideas in dealing with the waivers of May and July 1978, at p. 29:

[TRANSLATION] In my humble opinion, when Bail/Sotrim gave its waiver to Hydro-Québec and when Laprise gave its waiver to Bail/Sotrim, all the facts were known. Laprise and Bail/Sotrim had always claimed, from the time work began on the site, that the soil conditions on the site had not been set out in the call for tenders. Although it maintained the contrary, Hydro-Québec at

qu'en consentant à l'avenant numéro 10 et qu'en consentant à laisser pour plus tard la solution des problèmes supplémentaires qui allaient pouvoir se présenter.

Elle poursuit à la p. 23, quant à des modifications survenues en septembre 1977:

Encore ici, Bail/Sotrim et Laprise ont le choix d'accepter ou de ne pas accepter la modification des travaux et le redressement du prix. Les faits connus sont les mêmes pour tout le monde.

À la p. 25, au sujet de la clause contenue dans la lettre du 31 août 1977 d'Hydro-Québec à Bail/Sotrim, la Cour d'appel dit (voir d'autres passages au même effet aux pp. 27 et 28):

C'est en toute connaissance de cause que Bail/Sotrim et Laprise ont accepté que les solutions pour les problèmes qu'on prévoyait soient apportées d'une façon ponctuelle.

La Cour d'appel résume sa pensée à la p. 26, en commentant ainsi la lettre du 17 février 1978 de Bail/Sotrim à Hydro-Québec, où Bail/Sotrim demande une revue du contrat et de son exécution:

Cette lettre, à mon humble avis, s'inscrivait dans la logique des choses. Dès le début du chantier, Laprise avait constaté que le sous-sol du chantier était très mou. Hydro-Québec avait prétendu que Laprise et Bail/Sotrim auraient dû savoir cela à partir des rapports géotechniques. Indépendamment des prétentions des parties, on avait pensé pouvoir régler le plus gros du problème en haussant le poste mais, comme plusieurs fondations devaient être installées profondément dans le till, il était évident pour tout le monde qu'au cours de l'exécution des travaux le problème referait surface. Les deux parties avaient consenti à régler les difficultés éventuelles au fur et à mesure qu'elles se présenteraient. [Je souligne.]

La Cour d'appel reprend ces idées en traitant des quittances de mai et de juillet 1978 à la p. 29:

À mon humble avis, lorsque Bail/Sotrim donne quittance à Hydro-Québec et lorsque Laprise donne quittance à Bail/Sotrim, tous les faits sont connus. Laprise et Bail/Sotrim avaient toujours prétendu, depuis le début du chantier, que les conditions du sol trouvées sur les lieux n'avaient pas été prévues dans l'appel d'offres. Tout en prétendant le contraire, Hydro-Québec avait au

first agreed to make a significant change to its plans, at its own expense. The parties knew, however, that it was possible that other corrective measures would become necessary during the course of the work and they agreed to continue the work subject to reaching an agreement on potential corrective measures. [Emphasis added.]

The Court of Appeal therefore placed considerable weight on the consent of the parties, taking it for granted that Laprise and Bail/Sotrim had knowledge of the site which was equal or equivalent to that of Hydro-Québec, contrary to the findings of fact made by Martineau J. It rejected the possibility that there may have been a difference between the knowledge of someone carrying out a contract, which is gleaned from visits to and work on the site, and the knowledge of soil experts, based on test drills and a scientific study of the soil, although the trial judge had recognized this difference.

Thus Beauregard J.A. wrote at p. 14:

[TRANSLATION] It is not a fault for a party which is negotiating with another party not to disclose its feelings on a fact situation which is known to the other party.

He added in concluding his reasons at p. 30:

[TRANSLATION] Even if Laprise had reason to be so persuaded, this does not establish that Laprise consented to the various amendments to its contract with Bail/Sotrim, and to the waiver which it gave the latter, as a result of an error of fact, much less that Hydro-Québec was responsible for such an error. Once a contractor has agreed to an amendment of its contract . . ., it cannot, at the end of the work, challenge the transaction on the ground that when it was entered into the contractor was absolutely right and the other party knew that its legal position was precarious.

With due respect, the documents provided to Hydro-Québec between June and October 1977 were not expert reports produced in preparation for litigation. They were the findings of Hydro-Québec's experts with respect to the problems encountered on the Substation site. These documents establish that the design of the Substation was wrong, and propose certain remedies. They

départ accepté d'apporter une modification importante à ses plans, et cela, à ses propres frais. Les parties avaient su cependant qu'il était possible que d'autres mesures correctrices allaient devenir nécessaires au cours des travaux et elles s'étaient entendues pour continuer les travaux sous réserve de se mettre d'accord sur les mesures correctrices potentielles. [Je souligne.]

La Cour d'appel s'est donc attachée au consentement des parties, en prenant pour acquis que la connaissance des lieux de Laprise et Bail/Sotrim était égale ou équivalente à celle d'Hydro-Québec, contrairement aux constatations de fait du juge Martineau. Elle écarte la différence qui peut exister entre la connaissance d'un exécutant, tirée de sa visite et de son travail sur les lieux, et celle d'experts en sols, fondée sur des sondages et une étude scientifique des sols, différence qu'avait pourtant reconnue le juge du procès.

C'est ainsi que le juge Beauregard écrit à la p. 14:

En effet, ce n'est pas une faute pour une partie qui est en négociation avec une autre de ne pas dévoiler son sentiment sur une situation de fait qui est connue de l'autre partie.

Il ajoute en conclusion de ses motifs à la p. 30:

Or, même si Laprise avait raison d'avoir de telles convictions, cela n'établit pas que c'est par erreur sur le fait que Laprise a consenti aux diverses modifications de son contrat avec Bail/Sotrim et à la quittance qu'elle a donnée à cette dernière, encore moins qu'Hydro-Québec serait responsable d'une telle erreur. Une fois qu'un entrepreneur a consenti à une modification de son contrat [. . .], il ne peut plus, à la fin des travaux, remettre en question la transaction au motif que, lors de la transaction, il avait raison dans l'absolu et que l'autre partie connaissait la précarité de sa position juridique.

Avec égards, les documents remis à l'Hydro-Québec entre juin et octobre 1977 ne constituent pas des rapports d'experts en vue de la préparation d'un litige. Il s'agit des constatations des experts d'Hydro-Québec au sujet des problèmes éprouvés au chantier du Poste. Ces documents établissent que le concept du Poste était erroné, et élaborent certains remèdes. Ils devaient sous-tendre les

were to form the basis for the parties' negotiations on the execution and revision of the contract. Hydro-Québec was required to disclose them to Bail/Sotrim and Laprise.

#### 4. Changes in Hydro-Québec's Position

At this point I would note that Hydro-Québec's position has changed before the successive courts which have heard this case. Before this Court, Hydro-Québec concentrated on the dates of the various documents and on the parties' knowledge of the condition of the site, somewhat along the line of the thinking of the Court of Appeal. Before the Superior Court, however, Hydro-Québec presented an entirely different theory, which reflected its attitude during the execution of the contract.

We need only quote a few paragraphs from Hydro-Québec's statement of defence to have an idea of the climate which prevailed in 1977 and 1978:

[TRANSLATION] 19. The defendant denies paragraph 18.1 of the amended declaration as it is worded, and adds that the soil conditions encountered by Laprise Construction Ltée (Laprise) were what it should have expected, and that if the methods of work and equipment it planned to use had to be changed, this was the sole responsibility of Laprise, which had misestimated the work required;

53.13 The defendant denies paragraph 50.19 of the second amended declaration as it is worded, and adds that Hydro-Québec at all times negotiated in good faith and that if Hydro-Québec was required to change certain aspects of the civil engineering work, most often at the express request of the general contractor, this was due only to the inability of Laprise to fulfil its obligations and apply proper construction methods to lower the water level and carry out the work set out in the call for tenders, because it failed to foresee the problem of the water level;

53.14 The defendant denies paragraph 50.20 of the second amended declaration as it is worded, and adds that the difference between the original amount of the contract and the actual cost cannot support the conclusion

négociations des parties sur l'exécution et la révision du contrat. Hydro-Québec était tenue de les divulguer à Bail/Sotrim et à Laprise.

#### 4. L'évolution de la position d'Hydro-Québec

Ceci m'amène à souligner l'évolution de la position d'Hydro-Québec devant les instances successives qui ont connu de cette affaire. Devant cette Cour, Hydro-Québec s'est concentrée sur les dates des divers documents et sur la connaissance des parties de l'état des lieux, suivant quelque peu la pensée de la Cour d'appel. Devant la Cour supérieure, toutefois, Hydro-Québec avait présenté une théorie tout à fait différente, qui reflétait son attitude durant l'exécution du contrat.

Il suffit de citer quelques paragraphes de la défense d'Hydro-Québec pour faire ressortir le climat qui régnait en 1977 et 1978:

19. La défenderesse nie tel que rédigé le paragraphe 18.1 de la déclaration amendée et ajoute que les conditions de sol rencontrées par Laprise Construction Ltée (Laprise) étaient celles auxquelles elle devait s'attendre et que si ses méthodes de travail et ses équipements prévus ont dû être modifiés, il n'en tient qu'à la responsabilité de Laprise qui a mal évalué le travail requis;

53.13 La défenderesse nie tel que rédigé le paragraphe 50.19 de la seconde déclaration amendée et ajoute qu'Hydro-Québec a toujours négocié de bonne foi et que si Hydro-Québec a été dans l'obligation de modifier certains aspects des travaux de génie civil, le plus souvent à la demande expresse de l'entrepreneur général, ceci n'est dû qu'à l'incapacité de Laprise, à cause de la non prévision du problème relié à la nappe d'eau, de rencontrer ses obligations et d'appliquer des méthodes de construction adéquates pour abaisser la nappe phréatique et réaliser les travaux requis au document d'appel d'offres;

53.14 La défenderesse nie tel que rédigé le paragraphe 50.20 de la seconde déclaration amendée et ajoute que l'écart entre le montant original du contrat et le coût réel ne peut nous amener à la conclusion que



that this increase resulted from a lack of precision and accuracy in the call for tenders, and on the contrary, the defendant Hydro-Québec submits that this increase was a result of the fact that Laprise did not properly assess the problems it would have to deal with at the Abitibi Substation, that is, a high water table very close to the surface, and the real cost is primarily due to the fact that Laprise did not properly assess the conditions and difficulties to be dealt with, so that it proceeded with equipment and construction methods which were not productive and which ultimately had to be changed, with the result that Laprise suffered losses in productivity and high costs entirely out of proportion to the cost of solving the problems if they had been anticipated at the outset;

73. The difficulties and problems encountered by Laprise in building the Abitibi Substation resulted solely from its own fault in that it made a poor choice of construction methods, these methods being the responsibility of the contractor;

In 1977 and 1978, when Laprise was experiencing difficulties on the project, Laprise and Bail/Sotrim went to Hydro-Québec, suggesting that the documents that Hydro-Québec had provided to them were inaccurate. Hydro-Québec responded and has always responded that these problems arose not from errors in the documents provided to Bail/Sotrim, but from Laprise's incompetence. Nonetheless, Hydro-Québec issued change order after change order to alleviate Laprise's difficulties, but still on the pretext of being magnanimous, given the urgency of completing the work. The incident of the well-points is a good example. Despite the fact that the minutes of an internal meeting held on February 20, 1978 showed that Hydro-Québec knew that its design was wrong, Hydro-Québec initially refused to assume the additional costs relating to the use of well-points, at the meeting with Bail/Sotrim on February 22, 1978. It was not until June 1978, having demanded a waiver and not having acknowledged that the additional costs were caused by its own error, that Hydro-Québec agreed to pay for this work. Hydro-Québec interpreted its actions as follows, in its statement of defence:

cette augmentation est due à l'imprécision et à l'inexactitude du document d'appel d'offres et qu'au contraire la défenderesse Hydro-Québec soutient que cette augmentation est due au fait que Laprise a mal évalué les problèmes qu'elle devait rencontrer au Poste Abitibi, c'est-à-dire une nappe phréatique élevée tout près de la surface, et le coût réel est dû principalement au fait que Laprise avait mal évalué les conditions et les difficultés devant être rencontrées, de sorte qu'elle a procédé avec des équipements et des méthodes de construction qui se sont avérés (*sic*) non productifs et qui ont dû être changés finalement, occasionnant à Laprise des pertes de productivité et des coûts élevés sans aucune comparaison avec le coût de la solution des problèmes s'ils avaient été prévus dès le début;

73. Les difficultés et problèmes rencontrés par Laprise lors de la construction du Poste Abitibi ne sont dus qu'à sa propre faute en ce qu'elle a mal choisi les méthodes de construction qui étaient de la responsabilité de l'entrepreneur;

En 1977 et 1978, lorsque Laprise éprouvait des difficultés sur le chantier, Laprise et Bail/Sotrim se sont adressées à Hydro-Québec, en prétendant que les documents qu'Hydro-Québec leur avait fournis étaient inexacts. Hydro-Québec, de son côté, rétorqua et a toujours rétorqué que ces problèmes provenaient non pas d'erreurs dans les documents fournis à Bail/Sotrim, mais de l'incompétence de Laprise. Hydro-Québec a tout de même émis avenant après avenant pour pallier les difficultés de Laprise, mais toujours au nom d'une certaine magnanimité, étant donné l'urgence de compléter les travaux. L'incident des pointes filtrantes constitue un bon exemple. Malgré que le procès-verbal d'une réunion interne du 20 février 1978 fait ressortir qu'Hydro-Québec savait que son concept était erroné, Hydro-Québec a d'abord refusé d'assumer les coûts supplémentaires reliés à l'utilisation des pointes filtrantes, lors de la réunion du 22 février 1978 avec Bail/Sotrim. Ce n'est qu'en juin 1978, moyennant une quittance et sans reconnaître que cet ajout découle de son erreur, qu'Hydro-Québec acceptera de payer pour ces travaux. Hydro-Québec interprète ainsi ses gestes dans sa défense:

[TRANSLATION] 89. Thus, in order not to delay the construction work and cause additional delays, Hydro-Québec agreed to raise the substation by 3 feet and to pay the cost thereof, and also to absorb the cost of using well-points;

90. Hydro-Québec had to expend additional money in order to have the construction done within the time set out in the contract, although it was entitled to have the work delivered for the initial fixed price of \$10,693,000 and to apply the penalty clauses set out in the contract if Bail/Sotrim did not deliver the work within the time specified;

By leaving Bail/Sotrim and Laprise completely in the dark about the quality of the information it had provided to them, by constantly shifting the blame onto the subcontractor's shoulders and by arguing urgency and its goodwill in agreeing to the changes to the work, Hydro-Québec was literally able to induce Bail/Sotrim and Laprise to carry out a design for which they had not tendered. The costs of doing the excavation nearly quintupled in relation to Laprise's original tender.

Hydro-Québec knew that its design was erroneous. Nonetheless, it refused to admit this because the balance of power between the parties would have been radically altered, and it would probably have had to renegotiate the entire contract. It was this attitude on the part of Hydro-Québec, this refusal to yield to the claims of Laprise and Bail/Sotrim, when it knew that they were right and that it had an obligation to inform them, that so struck Martineau J. and that led him to describe the operation as a "conspiracy of silence". While I have no wish to raise the ante on adjectives, I in fact find such an attitude to be shocking, particularly on the part of a major public body such as Hydro-Québec.

There is no palpable error in the interpretation of the evidence in the judgment of Martineau J., and it is well founded in law. There was therefore no ground for intervening.

89. Ainsi, afin de ne pas retarder les travaux de construction et occasionner des délais supplémentaires, Hydro-Québec a consenti à rehausser le poste de 3 pieds et en payer le coût, de même qu'à absorber le coût de l'utilisation de pointes filtrantes;

90. Hydro-Québec a dû déboursier des sommes additionnelles afin d'obtenir la construction dans les délais contractuels alors qu'elle était en droit d'obtenir la livraison des ouvrages pour le prix initial forfaitaire de 10.693.000 \$ et d'appliquer les clauses pénales prévues au contrat si Bail/Sotrim ne livrait pas les ouvrages dans les délais prévus;

En laissant Bail/Sotrim et Laprise dans la noirceur la plus totale quant à la qualité des informations qu'elle leur avait fournies, en rejetant constamment le blâme sur les épaules du sous-traitant et en invoquant l'urgence et sa bonne volonté pour consentir à des modifications des travaux, Hydro-Québec a pu littéralement mener Bail/Sotrim et Laprise à exécuter un concept pour lequel elles n'avaient pas soumissionné. Les coûts d'exécution du terrassement ont presque quintuplé par rapport à la soumission originale de Laprise.

Or, Hydro-Québec savait que son concept était erroné. Elle a quand même refusé de l'admettre, car le rapport de force des parties aurait été radicalement altéré, et elle aurait probablement dû renégocier le contrat de manière globale. C'est cette attitude d'Hydro-Québec, ce refus de se rendre aux prétentions de Laprise et de Bail/Sotrim alors qu'elle savait qu'elles avaient raison et qu'elle avait une obligation de renseignement à leur égard, qui a tant frappé le juge Martineau, et qui l'a poussé à qualifier l'opération de «conspiration de silence». Sans vouloir renchéir de qualificatifs, je trouve effectivement qu'une telle attitude est choquante, surtout de la part d'un organisme public d'importance comme Hydro-Québec.

Le jugement du juge Martineau ne souffre d'aucune erreur manifeste dans l'appréciation de la preuve, et il est fondé en droit. Il n'y avait donc pas lieu d'y intervenir.

V—Prescription

The trial judge and the Court of Appeal were correct in finding Hydro-Québec liable only in respect of its failure to fulfil its obligation to inform Laprise. The other grounds listed by the Court of Appeal at p. 13 — the error in the design of the Substation or in the 1974 Report, the error in selecting the site, the numerous changes made during the execution of the contract, *inter alia* — are all prescribed.

With respect to the obligation to inform, it was in fact impossible for the Bank to act, since it was unaware of the facts which gave rise to its right because of the fault of the debtor, as set out in art. 2232 C.C.L.C. and *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113, at p. 126. Here, the fault of Hydro-Québec, which lies in the failure to disclose information, actually prevented the Bank from knowing that Hydro-Québec had this information, and from being able to exercise its rights. The time at which the prescription starts to run was thus pushed back until February 1983, the moment when Laprise fortuitously discovered a plan which had accompanied the 1977 Report. The delictual action by the Bank against Hydro-Québec for breach of the obligation to inform is not prescribed.

VI—Indemnity Under Art. 1056c C.C.L.C. and the Quantum of Damages

Martineau J. denied the Bank this indemnity. Since his judgment, this Court has held, in *Houle*, *supra*, at pp. 188-90, that this indemnity should not be refused unless there are specific reasons for doing so. Since neither Martineau J. nor Hydro-Québec invoked any reason for refusing it, the Bank is entitled to this indemnity. Moreover, in addition to the losses of \$6,438,674 suffered in executing the contract, Martineau J. added \$2,000,000 to the damages as compensation for the [TRANSLATION] "ruin of Laprise". While such a head of damages is allowable in principle, there is no evidence in the record which would justify this

V—La prescription

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont eu raison de ne retenir contre Hydro-Québec que les chefs de responsabilité qui découlent d'un manquement à son obligation de renseignement envers Laprise. Les autres reproches énumérés par la Cour d'appel à la p. 13, soit l'erreur au concept du Poste ou au Rapport de 1974, l'erreur de localisation, les nombreuses modifications durant l'exécution du contrat, entre autres, sont prescrits.

Quant à l'obligation de renseignement, la Banque était effectivement dans l'impossibilité d'agir, ignorant les faits générateurs de son droit de par la faute du débiteur, selon l'art. 2232 C.c.B.-C. et *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113, à la p. 126. Ici la faute d'Hydro-Québec, qui réside dans la non-divulgaration des informations, empêchait par le fait même la Banque de savoir qu'Hydro-Québec possédait ces informations, et de pouvoir exercer ses droits. Le point de départ de la prescription a ainsi été repoussé jusqu'en février 1983, moment où Laprise a fortuitement découvert un plan accompagnant le Rapport de 1977. L'action délictuelle de la Banque contre Hydro-Québec pour manquement à l'obligation de renseignement n'est pas prescrite.

VI—L'indemnité de l'art. 1056c C.c.B.-C. et le quantum des dommages-intérêts

Le juge Martineau a refusé cette indemnité à la Banque. Or, depuis son jugement, cette Cour a décidé, dans *Houle*, précité, aux pp. 188 à 190, que cette indemnité ne doit pas être refusée à moins de motifs spécifiques de ce faire. Ni le juge Martineau ni Hydro-Québec n'ayant invoqué un motif quelconque de la refuser, la Banque a droit à cette indemnité. Par ailleurs, en sus des pertes de 6 438 674 \$ subies lors de l'exécution du contrat, le juge Martineau a ajouté la somme de 2 000 000 \$ aux dommages, à titre de compensation pour la «destruction de Laprise». Quoiqu'un tel chef de dommages soit admissible en principe,

amount. I would therefore not award any compensation under this head.

VII—The Incidental Appeal and the Action in Contractual Liability

On the ground that art. 523 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, left it no discretion after six months following the judgment *a quo*, the Court of Appeal dismissed the Bank's motion to amend its notice of incidental appeal to add conclusions with respect to the contractual action against Bail/Sotrim, which action had been dismissed by Martineau J. Since the Court of Appeal's decision, this Court has rendered judgment in *Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec*, [1992] 1 S.C.R. 426. That decision removed the foundation on which the decision of the Court of Appeal in this case rested.

However, as the Bank's contractual recourse against Bail/Sotrim was brought in the alternative, we need not decide this question. Martineau J. should not have ruled on the contractual action, and should not have set aside the contracts and waivers between Hydro-Québec and Bail/Sotrim and between Bail/Sotrim and Laprise, because the parties had not asked that they be set aside.

There will be no costs awarded to Bail Ltée and Sotrim Ltée, because this Court makes no finding as to the Bank's conclusions on the issue of contractual liability. The outcome of this case leaves Bail Ltée and Sotrim Ltée in a position similar to that of a defendant in warranty when the main action is dismissed. The main action is *res inter alios acta* in respect of such a defendant, and it cannot recover its costs against the main plaintiff (*Guenette v. Prévost*, [1987] R.D.J. 56 (C.A.); *Layher v. Continental Holding Inc.*, C.A. Montréal, No. 500-09-001385-822, March 17, 1987, C.A.P. 87C-116; and *Immeubles Maude Inc. v. Farazli*, [1991] R.D.I. 616 (C.A.)).

With respect to Travelers of Canada, it appears from the record that the Bank of Montreal did not give the notice specified in the contract of surety between Bail/Sotrim and Travelers of Canada.

le dossier ne révèle aucune preuve permettant de justifier ce montant. Je n'accorderais donc aucune indemnité de ce chef.

VII—L'appel incident et l'action en responsabilité contractuelle

Au motif que l'art. 523 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, ne lui laissait aucune discrétion après six mois du jugement dont appel, la Cour d'appel a rejeté la requête de la Banque pour amender son acte d'appel incident, afin d'y ajouter des conclusions quant à l'action contractuelle contre Bail/Sotrim, action qui avait été rejetée par le juge Martineau. Depuis la décision de la Cour d'appel, cette Cour a rendu jugement dans *Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec*, [1992] 1 R.C.S. 426. Cet arrêt écarte le fondement de la décision de la Cour d'appel en l'espèce.

Toutefois, comme le recours contractuel de la Banque contre Bail/Sotrim est exercé à titre subsidiaire, il n'y a pas lieu de trancher cette question. Le juge Martineau n'aurait pas dû décider de l'action contractuelle, et il n'aurait pas dû annuler les contrats et les quittances liant Hydro-Québec à Bail/Sotrim et Bail/Sotrim à Laprise, car l'annulation n'avait pas été demandée par les parties.

Il n'y aura pas d'adjudication de dépens au profit de Bail Ltée et Sotrim Ltée, car cette Cour ne se prononce pas sur les conclusions de la Banque en responsabilité contractuelle. Bail Ltée et Sotrim Ltée, face à l'issue de ce litige, se retrouvent dans une position similaire à celle du défendeur en garantie lorsque l'action principale est rejetée. L'action principale est pour lui *res inter alios acta* et il ne peut recouvrer ses dépens contre le demandeur principal (*Guenette c. Prévost*, [1987] R.D.J. 56 (C.A.); *Layher c. Continental Holding Inc.*, C.A. Montréal, n° 500-09-001385-822, le 17 mars 1987, C.A.P. 87C-116; et *Immeubles Maude Inc. c. Farazli*, [1991] R.D.I. 616 (C.A.)).

Quant à Travelers du Canada, le dossier révèle que la Banque de Montréal n'avait pas donné l'avis prévu au contrat de caution liant Bail/Sotrim à Travelers du Canada. Cependant, Travelers du

However, Travelers of Canada did not make this argument before the trial judge, either as a preliminary objection or in argument. Its costs should therefore be limited to the costs on a motion in the Superior Court.

### VIII—Conclusion

The appeals are allowed in part and judgment is rendered as follows. The Court:

Doth DISMISS the action of the plaintiff Bank of Montreal against Bail Ltée and Sotrim Ltée without costs;

Doth ALLOW the action of the said plaintiff against the defendant Commission hydroélectrique du Québec (Hydro-Québec) in part;

Doth CONDEMN the said defendant to pay to the plaintiff the sum of \$6,438,674, the whole with interest at the legal rate and the additional indemnity provided in art. 1056c of the *Civil Code of Lower Canada* both from June 8, 1983, and the plaintiff's costs of the action against said defendant in all courts;

Doth CONDEMN the said defendant to pay the costs of the intervener Gilles Tremblay on the said action in all courts;

Doth CONDEMN the plaintiff to pay the costs of the defendant Travelers of Canada, Indemnity Company, such costs being fixed at the costs on a motion in the Superior Court.

*Appeals allowed in part.*

*Solicitors for the appellant the Bank of Montreal: McMaster Meighen, Montréal.*

*Solicitors for the appellant Tremblay: Tremblay Bois Mignault & Associés, Ste-Foy.*

*Solicitors for the respondents Bail Ltée, Sotrim Ltée and Travelers of Canada: Guy & Gilbert, Montréal.*

*Solicitors for the respondent the Commission hydroélectrique du Québec: Desjardins Ducharme, Montréal.*

Canada n'a pas fait valoir cet argument, par moyen préliminaire ou dans son plaidoyer, devant le juge de première instance. Il convient donc de limiter ses dépens à ceux d'une requête en Cour supérieure.

### VIII—Conclusion

Les appels sont accueillis en partie et, procédant à rendre jugement, cette Cour:

REJETTE l'action de la demanderesse Banque de Montréal contre Bail Ltée et Sotrim Ltée sans frais;

ACCUEILLE en partie l'action de ladite demanderesse contre la défenderesse, la Commission hydroélectrique du Québec (Hydro-Québec);

CONDAMNE ladite défenderesse à payer à la demanderesse la somme de 6 438 674 \$, le tout avec intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c du *Code civil du Bas-Canada* dans les deux cas depuis le 8 juin 1983, et les dépens de la demanderesse sur l'action contre cette défenderesse dans toutes les cours;

CONDAMNE ladite défenderesse aux dépens de l'intervenant Gilles Tremblay sur ladite action dans toutes les cours;

CONDAMNE la demanderesse aux dépens de la défenderesse Travelers du Canada, compagnie d'indemnité, ces dépens étant fixés aux frais d'une requête en Cour supérieure.

*Pourvois accueillis en partie.*

*Procureurs de l'appelante la Banque de Montréal: McMaster Meighen, Montréal.*

*Procureurs de l'appellant Tremblay: Tremblay Bois Mignault & Associés, Ste-Foy.*

*Procureurs des intimées Bail Ltée, Sotrim Ltée et Travelers du Canada: Guy & Gilbert, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée la Commission hydroélectrique du Québec: Desjardins Ducharme, Montréal.*

Nova Scotia Pharmaceutical Society,  
Pharmacy Association of Nova Scotia,  
Lawtons Drug Stores Limited, William H.  
Richardson, Empire Drugstores Limited,  
Woodlawn Pharmacy Limited, Nolan  
Pharmacy Limited, Christopher D.A. Nolan,  
Blackburn Holdings Limited, William G.  
Wilson, Woodside Pharmacy Limited and  
Frank Forbes *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario and the  
Attorney General for Alberta *Intervenors*

and

The Association québécoise des pharmaciens  
propriétaires, Cumberland Drugs (Merivale)  
Ltd., Kane's Super Drugmart Corp. Ltd.,  
Les Entreprises Norpharm Inc., Escompte  
Chez Lafortune Inc., Famili-Prix Inc., Le  
Groupe Jean Coutu (P.J.C.) Inc., Groupe  
Pharmaceutique Focus Inc., Les Magasins  
Koffler de l'Est Inc., McMahon Essaim Inc.,  
Super Escompte Brouillet Inc., B. Mayrand  
Inc., Superpharm (Montréal) Ltée, Uniprix  
Inc., Pierre Bossé, François-Jean Coutu,  
Claude Gagnon, Guy Lanoue, Michel  
Lesieur, Guy-Marie Papillon and Jean-Guy  
Prud'Homme *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL  
SOCIETY

File No.: 22473.

1991: December 4; 1992: July 9.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME  
COURT, APPEAL DIVISION

Nova Scotia Pharmaceutical Society,  
Pharmacy Association of Nova Scotia,  
Lawtons Drug Stores Limited, William H.  
Richardson, Empire Drugstores Limited,  
<sup>a</sup> Woodlawn Pharmacy Limited, Nolan  
Pharmacy Limited, Christopher D.A. Nolan,  
Blackburn Holdings Limited, William G.  
Wilson, Woodside Pharmacy Limited et  
<sup>b</sup> Frank Forbes *Appellants*

c.

<sup>c</sup> Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

<sup>d</sup> Le procureur général de l'Ontario et le  
procureur général de l'Alberta *Intervenants*

et

<sup>e</sup> L'Association québécoise des pharmaciens  
propriétaires, Cumberland Drugs (Merivale)  
Ltd., Kane's Super Drugmart Corp. Ltd.,  
Les Entreprises Norpharm Inc., Escompte  
Chez Lafortune Inc., Famili-Prix Inc., Le  
<sup>f</sup> Groupe Jean Coutu (P.J.C.) Inc., Groupe  
Pharmaceutique Focus Inc., Les Magasins  
Koffler de l'Est Inc., McMahon Essaim Inc.,  
Super Escompte Brouillet Inc., B. Mayrand  
<sup>g</sup> Inc., Superpharm (Montréal) Ltée, Uniprix  
Inc., Pierre Bossé, François-Jean Coutu,  
Claude Gagnon, Guy Lanoue, Michel  
Lesieur, Guy-Marie Papillon et Jean-Guy  
<sup>h</sup> Prud'Homme *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL  
SOCIETY<sup>i</sup> N° du greffe: 22473.

1991: 4 décembre; 1992: 9 juillet.

<sup>j</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci.EN APPEL DE LA SECTION D'APPEL DE LA COUR  
SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Whether word “unduly” in s. 32(1)(c) of Combines Investigation Act so vague as to infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c), (1.1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Whether mens rea required by s. 32(1)(c) of Combines Investigation Act inconsistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c).*

*Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Arguments on appeal — Respondent seeking variation of Court of Appeal’s reasons on mens rea issue — No leave to appeal sought on this issue — Issue arising from respondent’s notice of intention — Whether mens rea issue properly before Court — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29(1), (2).*

*Combines — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Mens rea — Whether Crown must prove that accused intended to restrict competition unduly — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

*Combines — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Determination of “undueness” — Distinction between questions of fact and questions of law — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c).*

The appellants were charged with two counts of conspiracy to prevent or lessen competition unduly, contrary to s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*. Both counts related to the sale and offering for sale of prescription drugs and pharmacists’ dispensing services prior to June 16, 1986. They moved for an order quashing the indictment, on the basis that ss. 32(1)(c), 32(1.1) and 32(1.3) of the Act violated ss. 7, 11(a) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were therefore invalid. The arguments raised revolved essentially on the issues of vagueness and *mens rea*. The Nova Scotia Supreme Court, Trial Division granted the

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Le mot «indûment» à l’art. 32(1)c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est-il imprécis au point de porter atteinte aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c), (1.1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — La mens rea exigée par l’art. 32(1)c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c).*

*Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Arguments présentés en appel — Intimée demandant une modification des motifs de la Cour d’appel sur la question de la mens rea — Aucune demande d’autorisation de pourvoi sur cette question — Question provenant de l’avis d’intention de l’intimée — La Cour est-elle saisie à bon droit de la question de la mens rea? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, Règle 29(1), (2).*

*Coalitions — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Mens rea — Le ministère public doit-il prouver que l’accusé a eu l’intention de diminuer indûment la concurrence? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

*Coalitions — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Détermination du caractère «indu» — Distinction entre questions de fait et questions de droit — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c).*

Les appelants ont fait l’objet d’une mise en accusation portant sur deux chefs de complot pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence, en contravention de l’al. 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Les deux chefs se rapportaient à la vente et à la mise en vente de médicaments prescrits ainsi qu’à la fourniture de services de pharmacien, avant le 16 juin 1986. Ils ont demandé par voie de requête une ordonnance annulant l’acte d’accusation parce que l’al. 32(1)c) et le par. 32(1.1) ainsi que le par. 32(1.3) de la Loi violaient l’art. 7 et les al. 11a) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et étaient donc

motion and quashed the indictment. The Appeal Division allowed the Crown's appeal. The main issues raised in this appeal were (1) whether s. 32(1)(c) of the Act infringed s. 7 of the *Charter* because of vagueness arising from the use of the word "unduly"; and (2) whether s. 32(1)(c) infringed s. 7 by reason of the *mens rea* required by the offence.

*Held:* The appeal should be dismissed. Section 32(1)(c) does not violate s. 7 of the *Charter*.

(1) *Vagueness*

Vagueness can be raised under s. 7 of the *Charter*, since it is a principle of fundamental justice that laws may not be too vague. It can also be raised under s. 1 of the *Charter in limine*, on the basis that an enactment is so vague as not to satisfy the requirement that a limitation on *Charter* rights be "prescribed by law". Vagueness is also relevant to the "minimal impairment" stage of the *Oakes* test. Vagueness, when raised under s. 7 or under s. 1 *in limine*, involves similar considerations and should be considered a single concept. Vagueness as it relates to the "minimal impairment" branch of s. 1 merges with the related concept of "overbreadth".

What is referred to as "overbreadth", whether it stems from the vagueness of a law or from another source, remains no more than an analytical tool to establish a violation of a *Charter* right. It is always established by comparing the ambit of the provision touching upon a protected right with such concepts as the objectives of the State, the principles of fundamental justice, the proportionality of punishment or the reasonableness of searches and seizures, to name a few. Overbreadth has no autonomous value under the *Charter* and references to such a doctrine are superfluous.

The "doctrine of vagueness" is founded on the rule of law, particularly on the principles of fair notice to citizens and limitation of enforcement discretion. Fair notice to the citizen comprises a formal aspect—an acquaintance with the actual text of a statute—and a substantive aspect—an understanding that certain conduct is the subject of legal restrictions. The crux of the

invalides. Les arguments invoqués portaient essentiellement sur les questions de l'imprécision et de la *mens rea*. La Section de première instance de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse a accordé la requête et annulé l'acte d'accusation. La Section d'appel a accueilli l'appel du ministère public. Les questions principales soulevées dans le présent pourvoi sont de savoir (1) si l'al. 32(1)(c) de la Loi viole l'art. 7 de la *Charte* pour cause d'imprécision résultant de l'emploi du mot «indûment»; et (2) si l'al. 32(1)(c) viole l'art. 7 en raison de la *mens rea* exigée pour l'infraction.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 32(1)(c) de la Loi ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

(1) *L'imprécision*

On peut invoquer l'imprécision du chef de l'art. 7 de la *Charte* puisqu'un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises. On peut aussi l'invoquer dans le cadre de l'article premier de la *Charte in limine*, au motif qu'une disposition est imprécise au point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle une restriction de droits garantis par la *Charte* doit être prescrite «par une règle de droit». L'imprécision est aussi pertinente sous le volet «atteinte minimale» du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. L'imprécision, qu'elle soit soulevée par rapport à l'art. 7 ou par rapport à l'article premier *in limine*, fait entrer en jeu des considérations semblables et devrait être considérée comme une seule notion. L'imprécision, en ce qui concerne le volet «atteinte minimale» du critère relatif à l'article premier, se confond avec la notion connexe de «portée excessive».

Ce que l'on a appelé la «portée excessive», qu'elle découle de l'imprécision de la loi ou d'une autre cause, reste tout au plus un outil analytique servant à établir une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Elle est toujours établie par l'évaluation, d'une part, de la portée de la disposition touchant un droit protégé et, d'autre part, de notions telles les objectifs de l'État, les principes de justice fondamentale, la proportionnalité de la peine et le caractère non abusif des perquisitions, des fouilles et des saisies, pour n'en nommer que quelques-unes. Elle n'a pas de valeur intrinsèque au regard de la *Charte* et les renvois à une telle théorie sont superflus.

La «théorie de l'imprécision» repose sur la primauté du droit, en particulier sur les principes voulant que les citoyens soient raisonnablement prévenus et que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité. L'avertissement raisonnable aux citoyens comporte un aspect formel—la connaissance du texte même d'une loi—et un aspect de fond—la conscience



concern for limitation of enforcement discretion is that a law must not be so devoid of precision in its content that a conviction will automatically flow from the decision to prosecute. The threshold for finding a law vague is relatively high. The factors to be considered include (a) the need for flexibility and the interpretative role of the courts; (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate, and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist.

The doctrine of vagueness can be summed up in one proposition: a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate — that is, for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. The term “legal debate” is not used to express a new standard or one departing from that previously outlined by this Court. It is rather intended to reflect and encompass the same standard and criteria of fair notice and limitation of enforcement discretion viewed in the fuller context of an analysis of the quality and limits of human knowledge and understanding in the operation of the law. The criterion of absence of legal debate relates well to the rule of law principles that form the backbone of our polity. Legal provisions by stating certain propositions outline permissible and impermissible areas, and they also provide some guidance to ascertain the boundaries of these areas. They provide a framework, a guide as to how one may behave, but certainty is only reached in instant cases, where law is actualized by a competent authority. By setting out the boundaries of permissible and non-permissible conduct, these norms give rise to legal debate. They bear substance, and they allow for a discussion as to their actualization. They therefore limit enforcement discretion by introducing boundaries, and they also sufficiently delineate an area of risk to allow for substantive notice to citizens. No higher requirement as to certainty can be imposed on law in our modern State. The modern State intervenes today in fields where some generality in the enactments is inevitable. The substance of these enactments must remain nonetheless intelligible. The standard of “absence of legal debate” applies to all enactments, irrespective of whether they are civil, criminal, administrative or other. Once the minimal general standard has been met, any further arguments as

qu’une certaine conduite est assujettie à des restrictions légales. L’élément essentiel du souci de limiter le pouvoir discrétionnaire en matière d’application de la loi est qu’une loi ne doit pas être dénuée de précision au point d’entraîner automatiquement la déclaration de culpabilité dès lors que la décision de poursuivre a été prise. Le critère selon lequel une loi sera jugée imprécise est assez exigeant. Les facteurs dont il faut tenir compte comprennent: a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d’interprétation; b) l’impossibilité de la précision absolue, une norme d’intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu’une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister.

La théorie de l’imprécision peut donc se résumer par la proposition suivante: une loi sera jugée d’une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire, c’est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d’une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Le terme «débat judiciaire» n’est pas utilisé pour exprimer une nouvelle norme ou pour s’écarter de celle que notre Cour a déjà énoncée. Au contraire, elle traduit et englobe la même norme et le même critère d’avertissement raisonnable et de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l’application de la loi considérés dans le contexte plus global d’une analyse de la qualité et des limites de la connaissance qu’ont les particuliers de l’application de la loi. Le critère de l’absence de débat judiciaire se rattache naturellement aux principes de la primauté du droit qui forment le pivot de notre régime. En énonçant certaines propositions, les dispositions législatives exposent les grandes lignes de ce qui est acceptable et de ce qui ne l’est pas, et elles donnent aussi certaines indications quant aux limites à respecter à cet égard. Elles fournissent un cadre, un guide pour régler sa conduite, mais la certitude n’existe que dans des cas donnés, lorsque la loi est actualisée par une autorité compétente. En énonçant les limites de ce qui est acceptable et de ce qui ne l’est pas, ces normes donnent lieu à un débat judiciaire. Elles comportent une substance et permettent la discussion sur leur actualisation. Elles limitent donc le pouvoir discrétionnaire en introduisant des lignes de démarcation et elles délimitent suffisamment une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis. On ne saurait pas exiger davantage de certitude de la loi dans notre État moderne. L’État moderne intervient de nos jours dans des domaines où une certaine généralité des textes de loi est inévitable. Mais quant au fond, ces textes doivent néanmoins rester intelligibles. La norme de l’«absence

to the precision of the enactments should be considered at the “minimal impairment” stage of the s. 1 analysis.

Section 32(1)(c) of the Act and its companion interpretative provision s. 32(1.1) do not violate s. 7 of the *Charter* on grounds of vagueness. Section 32(1)(c) provides that “[e]very one who conspires, combines, agrees or arranges with another person . . . to prevent, or lessen, unduly, competition . . . is guilty of an indictable offence”. This section embodies a general standard which represents an intelligible principle, one that carries meaning and that has conceptual force. While the word “unduly” does not have a precise technical meaning, it is a word of common usage which denotes a sense of seriousness. Considering further that s. 32(1)(c) is one of the oldest and most important parts of Canadian public policy in the economic field, and that it mandates a partial rule of reason inquiry into the seriousness of the competitive effects of the agreement, Parliament has sufficiently delineated the area of risk and the terms of debate to meet the constitutional standard. Moreover, s. 32(1)(c) is made even more precise when the content of the inquiry it mandates is considered. The rest of the Act and the case law have outlined a process of examination of market structure and behaviour of the parties to the agreement which eliminates any vagueness that might remain.

In light of the above, the indictment did not infringe s. 11(a) of the *Charter*.

## (2) *Mens Rea*

The *mens rea* issue is properly before this Court. Upon filing a notice of intention, the respondent Crown could request a variation of the Court of Appeal judgment on this issue, as long as it ultimately sought to uphold the disposition of the case in the Court of Appeal. Even if the Crown had not filed a notice of intention, the Court would have retained under Rule 29(1) of the Supreme Court Rules complete discretion to treat the whole case as open. A respondent may advance any argument to sustain the judgment below, and he is not limited to the appellant’s points of law. This case fell plainly within Rule 29(1), and Rule 29(2), dealing with cross-appeals, had no application.

de débat judiciaire» s’applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Si on a respecté la norme générale minimale, on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l’étape de l’étude de l’«atteinte minimale» de l’analyse fondée sur l’article premier.

L’alinéa 32(1)c) de la Loi et sa disposition interprétative, le par. 32(1.1), ne violent pas l’art. 7 de la *Charte* pour des motifs d’imprécision. L’alinéa 32(1)c) dispose: «Est coupable d’un acte criminel [. . .] toute personne qui complot, se coalise, se concert, ou s’entend avec une autre [. . .] pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence». Cette disposition énonce une norme générale qui représente un principe intelligible, qui a un sens et une acception significative. Bien qu’il n’ait pas de sens technique précis, le mot «indûment» est un mot d’usage courant qui dénote un sentiment de gravité. Vu en outre que l’al. 32(1)c) de la Loi est l’un des plus anciens et des plus importants éléments de la politique canadienne dans le domaine économique et qu’il commande l’application partielle de la règle de la raison dans l’examen de la gravité des effets de l’accord sur la concurrence, le législateur a suffisamment délimité la sphère de risque et les termes du débat pour satisfaire à la norme constitutionnelle. En outre, l’al. 32(1)c) devient encore plus précis quand on considère ce sur quoi porte l’examen qu’il exige. Le reste de la Loi et la jurisprudence ont tracé les grandes lignes du processus d’examen en ce qui a trait à la structure du marché et au comportement des parties à l’accord, qui élimine toute imprécision qui pourrait subsister.

Compte tenu de ce qui précède, l’acte d’accusation ne viole pas l’al. 11a) de la *Charte*.

## (2) *La mens rea*

Notre Cour est saisie à bon droit de la question de la *mens rea*. En déposant un avis d’intention, le ministère public intimé pouvait demander que le jugement de la Cour d’appel soit modifié quant à cette question, dans la mesure où le dispositif de ce jugement restait le même. Même si le ministère public n’avait pas déposé un avis d’intention, la Cour aurait eu le pouvoir discrétionnaire, en application de la règle 29(1) des Règles de la Cour suprême, de considérer l’ensemble de l’affaire. Il est loisible à un intimé de soumettre des arguments à l’appui du jugement d’instance inférieure et il n’est pas limité aux points de droit soulevés par l’appelant. Cette affaire est régie de toute évidence par la règle 29(1), et la règle 29(2), relative aux appels incidents, n’est pas applicable.

The *mens rea* required by s. 32(1)(c) is not inconsistent with s. 7 of the *Charter*. While an element of fault must exist before punishment can be justified, a minimum fault requirement with respect to every criminal or regulatory offence satisfies the requirements of s. 7. That fault may be demonstrated by proof of intent, whether subjective or objective, or by proof of negligent conduct, depending on the nature of the offence. Here, the offence set out in s. 32(1)(c) requires the proof of two fault elements: one subjective, the other objective. To satisfy the subjective element of the offence, the Crown must prove that the accused had the intention to enter into the agreement and had knowledge of the terms of that agreement. To satisfy the objective element, the Crown must prove that on an objective view of the evidence adduced the accused intended to lessen competition unduly — i.e., that the evidence, viewed by a reasonable business person, establishes that the accused was aware or ought to have been aware that the effect of the agreement entered into would be to prevent or lessen competition unduly. Section 32(1)(c) does not therefore violate s. 7 of the *Charter*.

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; **considered:** *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Container Materials Ltd. v. The King*, [1942] S.C.R. 147; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Atlantic Sugar Refineries Co. v. Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 644; *Aetna Insurance Co. v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 731; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973); *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Maynard v. Cart-*

La *mens rea* requise par l'al. 32(1)c) n'est pas incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*. Bien que, pour qu'il y ait sanction, il doive y avoir un élément de faute, une exigence minimale en matière de faute relativement à toute infraction pénale ou réglementaire satisfait aux exigences de l'art. 7. Cette faute peut être démontrée au moyen d'une preuve d'intention, subjective ou objective, ou par une preuve de conduite négligente, selon la nature de l'infraction. En l'espèce, l'infraction visée à l'al. 32(1)c) exige la preuve de deux éléments de la faute: l'un subjectif, l'autre objectif. Pour satisfaire à l'élément subjectif, il incombe au ministère public de prouver que l'accusé avait l'intention de conclure l'accord et en connaissait les modalités. Afin de satisfaire à l'élément objectif de l'infraction, le ministère public doit démontrer que, selon une interprétation objective de la preuve présentée, l'accusé avait l'intention de diminuer indûment la concurrence, c.-à-d. que la preuve, interprétée par un homme ou une femme d'affaires raisonnable, établit que l'accusé était au courant ou aurait dû être au courant que l'accord qu'il a conclu aurait pour effet d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. L'alinéa 32(1)c) ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; **arrêts examinés:** *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés:** *Container Materials Ltd. c. The King*, [1942] R.C.S. 147; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Atlantic Sugar Refineries Co. c. Procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 644; *Aetna Insurance Co. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 731; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Village of Hoffman Estates c. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Broadrick c. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973); *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129;

- wright*, 486 U.S. 356 (1988); *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605; *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983); *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974); Eur. Court H. R., *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30; Eur. Court H. R., *Malone* case, judgment of 2 August 1984, Series A No. 82; Eur. Court H. R., *Kruslin* case, judgment of 24 April 1990, Series A No. 176-A; Eur. Court H. R., *Huvig* case, judgment of 24 April 1990, Series A, No. 176-B; Eur. Court H. R., case of *Silver and others*, judgment of 25 March 1983, Series A No. 61; Eur. Court H. R., *Barthold* case, judgment of 25 March 1985, Series A No. 90; Eur. Court H. R., case of *Müller and others*, judgment of 24 May 1988, Series A No. 133; Eur. Court H. R., *Leander* case, judgment of 26 March 1987, Series A No. 116; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] S.C.R. 276; *R. v. Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505; *R. v. J. J. Beamish Construction Co.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 260; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *R. v. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275; *R. v. Canadian Coat and Apron Supply Ltd.*, [1967] 2 Ex. C.R. 53; *R. v. Anthes Business Forms Ltd.* (1975), 26 C.C.C. (2d) 349; *R. v. Canadian General Electric Co.* (1976), 34 C.C.C. (2d) 489; *Association québécoise des pharmaciens propriétaires v. Canada (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 205; *R. v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (1984), 3 C.P.R. (3d) 233; *R. v. Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201; *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984); *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986); *Völk v. Établissements J. Vervaecke S.p.r.l.*, Case 5/69, [1969] E.C.R. 295; *S.A. Cadillon v. Firma Höss Maschinenbau K.G.*, Case 1/71, [1971] E.C.R. 351; *R. v. McGavin Bakeries Ltd. (No. 6)* (1951), 3 W.W.R. 289; *R. v. Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513.
- Maynard c. Cartwright*, 486 U.S. 356 (1988); *Grayned c. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605; *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *Kolender c. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983); *Smith c. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974); Cour Eur. D. H., affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30; Cour Eur. D. H., affaire *Malone*, arrêt du 2 août 1984, série A n° 82; Cour Eur. D. H., affaire *Kruslin*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-A; Cour Eur. D. H., affaire *Huvig*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-B; Cour Eur. D. H., affaire *Silver et autres*, arrêt du 25 mars 1983, série A n° 61; Cour Eur. D. H., affaire *Barthold*, arrêt du 25 mars 1985, série A n° 90; Cour Eur. D. H., affaire *Müller et autres*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133; Cour Eur. D. H., affaire *Leander*, arrêt du 26 mars 1987, série A n° 116; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; *Weidman c. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. c. The King*, [1929] R.C.S. 276; *R. c. Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505; *R. c. J. J. Beamish Construction Co.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 260; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 275; *R. c. Canadian Coat and Apron Supply Ltd.*, [1967] 2 R.C. de l'É. 53; *R. c. Anthes Business Forms Ltd.* (1975), 26 C.C.C. (2d) 349; *R. c. Canadian General Electric Co.* (1976), 34 C.C.C. (2d) 489; *Association québécoise des pharmaciens propriétaires c. Canada (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 205; *R. c. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (1984), 3 C.P.R. (3d) 233; *R. c. Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201; *NCAA c. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984); *Federal Trade Commission c. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986); *Völk c. Établissements J. Vervaecke S.p.r.l.*, Affaire 5/69, [1969] C.J.C.E. Rec. 295; *S.A. Cadillon c. Firma Höss Maschinenbau K.G.*, Affaire 1/71, [1971] C.J.C.E. Rec. 351; *R. c. McGavin Bakeries Ltd. (No. 6)* (1951), 3 W.W.R. 289; *R. c. Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513.

#### Statutes and Regulations Cited

- 1984 *Merger Guidelines*, 49 Fed. Reg. 26823.  
*Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade*, S.C. 1889, c. 41.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2, 7, 8, 11(a), (d), (h).  
*Civil Code of Lower Canada*, art. 1053.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 [am. 1974-75-76, c. 76, s. 14], ss. 30(2) [rep. &

#### Lois et règlements cités

- 1984 *Merger Guidelines*, 49 Fed. Reg. 26823.  
*Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, S.C. 1889, ch. 41.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2, 7, 8, 11a), d), h).  
*Code civil du Bas-Canada*, art. 1053.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 219, 222 à 240.

- sub. 1986, c. 26, s. 28], 32(1)(c), (1.1) [ad. *idem*, s. 30], (1.3) [*idem*], (2), (3), (6), 32.01 [ad. *idem*, s. 31], 51(7) [ad. *idem*, s. 47], 70 [*idem*].
- Commission notice of 3 September 1986 on agreements of minor importance which do not fall under Article 85(1) of the Treaty establishing the European Economic Community*, O.J.E.C., 12 September 1986, No. C 231/02. <sup>a</sup>
- Commission Regulation (EEC) No. 1983/83 of 22 June 1983 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of exclusive distribution agreements*, O.J.E.C., 30 June 1983, No. L 173/1, arts. 1, 2. <sup>b</sup>
- Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [am. c. 19 (2nd Supp.), s. 19], ss. 34(2) [rep. & sub. *idem*, s. 28], 45(1)(c), (2) [ad. *idem*, s. 30], (2.2) [*idem*], 45.1 [ad. *idem*, s. 31], 79(7) [*idem*, s. 45], 98 [*idem*]. <sup>c</sup>
- Constitution of the United States, First Amendment, Fifth Amendment, Eighth Amendment, Fourteenth Amendment.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 219, 222-240. <sup>d</sup>
- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222, Arts. 8(2), 9(2), 10(2), 11(2).
- Protocol No. 4 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those included in the Convention and in the first Protocol thereto*, Europ. T.S. No. 46, Art. 2(3). <sup>e</sup>
- Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, r. 29(1) [rep. & sub. COR/88-247, s. 10], (2). <sup>f</sup>
- Sherman Act*, c. 647, 26 Stat. 209 (1890), s. 1 (codified as amended 15 U.S.C. §§ 1-7 (1982)).
- Treaty establishing the European Economic Community*, Art. 85.
- Communication de la Commission, du 3 septembre 1986, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne*, J.O.C.E., 12 septembre 1986, n° C 231/02.
- Constitution des États-Unis, Premier amendement, Cinquième amendement, Huitième amendement, Quatorzième amendement.
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, Art. 8(2), 9(2), 10(2), 11(2).
- Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 [mod. 1974-75-76, ch. 76, art. 14], art. 30(2) [abr. & rempl. 1986, ch. 26, art. 28], 32(1)(c), (1.1) [aj. *idem*, art. 30], (1.3) [*idem*], (2), (3), (6), 32.01 [aj. *idem*, art. 31], 51(7) [aj. *idem*, art. 47], 70 [*idem*].
- Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [mod. ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 19], art. 34(2) [abr. & rempl., *idem*, art. 28], 45(1)(c), (2) [aj. *idem*, art. 30], (2.2) [*idem*], 45.1 [aj. *idem*, art. 31], 79(7) [*idem*, art. 45], 98 [*idem*].
- Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, S.T. Europ. n° 46, Art. 2(3).
- Règlement (CEE) N° 1983/83 de la Commission du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive*, J.O.C.E., 30 juin 1983, n° L 173/1, art. 1, 2.
- Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, r. 29(1) [abr. & rempl. DORS/88-247, art. 10], (2). <sup>g</sup>
- Sherman Act*, ch. 647, 26 Stat. 209 (1890), art. 1 (modifiée et codifiée au 15 U.S.C. §§ 1-7 (1982)).
- Traité instituant la Communauté économique européenne*, Art. 85. <sup>h</sup>

#### Authors Cited

- Amsleek, Paul. "La teneur indéçise du droit" (1991), 107 *Rev. dr. publ.* 1199.
- Areeda, Phillip E. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. 7. Boston: Little, Brown & Co., 1987.
- Areeda, Phillip E. and Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application (1990 Supplement)*. Boston: Little, Brown & Co., 1990. <sup>j</sup>

#### Doctrine citée

- Amsleek, Paul. «La teneur indéçise du droit» (1991), 107 *Rev. dr. publ.* 1199. <sup>i</sup>
- Areeda, Phillip E. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. 7. Boston: Little, Brown & Co., 1987.
- Areeda, Phillip E. and Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application (1990 Supplement)*. Boston: Little, Brown & Co., 1990.

- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3rd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Blaau, Loammi C. "The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights" (1990), 107 *S. Afr. L.J.* 76.
- Carré de Malberg, R. *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1. Paris: Sirey, 1920.
- Chevallier, Jacques. "L'État de droit" (1988), 104 *Rev. dr. publ.* 313.
- Chitty on Contracts: General Principles*, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.
- Colvin, Eric. "Criminal Law and The Rule of Law". In Patrick Fitzgerald, ed., *Crime, Justice & Codification: Essays in commemoration of Jacques Fortin*. Toronto: Carswell, 1986, 125.
- Dunlop, Bruce, David McQueen and Michael Trebilcock. *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis*. Toronto: Canada Law Book Inc., 1987.
- Henry, Jean-Pierre. "Vers la fin de l'État de droit?" (1977), 93 *Rev. dr. publ.* 1207.
- Jeffries, John Calvin, Jr. "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189.
- Neumann, Franz. *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Leamington Spa, Warwickshire: Berg Publishers Ltd., 1986.
- Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 233.
- Stanbury, W. T. *Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform*. National Conference on the Centenary of Competition Law and Policy in Canada, October 1989.
- Stanbury, W. T., and G. B. Reschenthaler. "Reforming Canadian Competition Policy: Once More unto the Breach" (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, Inc., 1988.
- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Blaau, Loammi C. «The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights» (1990), 107 *S. Afr. L.J.* 76.
- Carré de Malberg, R. *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1. Paris: Sirey, 1920.
- Chevallier, Jacques. «L'État de droit» (1988), 104 *Rev. dr. publ.* 313.
- Chitty on Contracts: General Principles*, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.
- Colvin, Eric. «Criminal Law and The Rule of Law». Dans Patrick Fitzgerald, dir., *Crime, Justice & Codification: Essais à la mémoire de Jacques Fortin*. Toronto: Carswell, 1986, 125.
- Dunlop, Bruce, David McQueen and Michael Trebilcock. *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis*. Toronto: Canada Law Book Inc., 1987.
- Henry, Jean-Pierre. «Vers la fin de l'État de droit?» (1977), 93 *Rev. dr. publ.* 1207.
- Jeffries, John Calvin, Jr. «Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes» (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189.
- Neumann, Franz. *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Leamington Spa, Warwickshire: Berg Publishers Ltd., 1986.
- Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 233.
- Stanbury, W. T. *Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform*. National Conference on the Centenary of Competition Law and Policy in Canada, Octobre 1989.
- Stanbury, W. T., and G. B. Reschenthaler. «Reforming Canadian Competition Policy: Once More unto the Breach» (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, Inc., 1988.
- APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1991), 102 N.S.R. (2d) 222, 279 A.P.R. 222, 80 D.L.R. (4th) 206, 64 C.C.C. (3d) 129, 36 C.P.R. (3d) 173, 7 C.R.R. (2d) 352, setting aside a judgment of the Trial Division (1990), 98 N.S.R. (2d) 296, 263 A.P.R. 296, 73 D.L.R. (4th) 500, 59 C.C.C. (3d) 30, 32 C.P.R. (3d) 259, allowing the appellants' motion to quash the indictment. Appeal dismissed.
- POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1991), 102 N.S.R. (2d) 222, 279 A.P.R. 222, 80 D.L.R. (4th) 206, 64 C.C.C. (3d) 129, 36 C.P.R. (3d) 173, 7 C.R.R. (2d) 352, qui a infirmé un jugement de la Section de première instance (1990), 98 N.S.R. (2d) 296, 263 A.P.R. 296, 73 D.L.R. (4th) 500, 59 C.C.C. (3d) 30, 32 C.P.R. (3d) 259, qui avait accueilli la requête des appelants en annulation de l'acte d'accusation. Pourvoi rejeté.

*Joel Fichaud, H. E. Wrathall, Q.C., and Catherine Walker*, for the appellants.

*Michael R. Dambrot, Q.C., Calvin S. Goldman, Q.C., and John S. Tyhurst*, for the respondent.

*M. Philip Tunley and David B. Butt*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Bart Rosborough*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*Yves Bériault and Madeleine Renaud*, for the interveners the Association québécoise des pharmaciens propriétaires et al.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—

### I. Facts and Proceedings

The twelve appellants were indicted on May 31, 1990, with two counts of conspiracy to prevent or lessen competition unduly, contrary to s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. Both counts related to the sale and offering for sale of prescription drugs and pharmacists' dispensing services between January 1, 1974 and June 16, 1986, for the first, and between July 1, 1976 and June 16, 1986, for the second. The trial was set to begin in October of 1990.

On August 21, 1990, the appellants made a motion for an order to quash the indictment, on the basis that ss. 32(1)(c), 32(1.1) and 32(1.3) of the Act violated ss. 7, 11(a) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were therefore invalid. The arguments raised revolved essentially on the issues of vagueness and *mens rea*. On September 5, 1990, Roscoe J. of the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division, allowed the motion and quashed the indictment: (1990), 98 N.S.R. (2d) 296, 263 A.P.R. 296, 73 D.L.R. (4th) 500, 59 C.C.C. (3d) 30, 32 C.P.R. (3d) 259. The respon-

*Joel Fichaud, H. E. Wrathall, c.r., et Catherine Walker*, pour les appelants.

*Michael R. Dambrot, c.r., Calvin S. Goldman, c.r., et John S. Tyhurst*, pour l'intimée.

*M. Philip Tunley et David B. Butt*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Bart Rosborough*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Yves Bériault et Madeleine Renaud*, pour les intervenants l'Association québécoise des pharmaciens propriétaires et autres.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—

### I. Les faits et les procédures

Les douze appelants ont fait l'objet d'une mise en accusation le 31 mai 1990 portant sur deux chefs de complot pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence, en contravention de l'al. 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23. Les deux chefs se rapportaient à la vente et à la mise en vente de médicaments prescrits ainsi qu'à la fourniture de services de pharmacien, entre le 1<sup>er</sup> janvier 1974 et le 16 juin 1986 pour ce qui est du premier chef, et entre le 1<sup>er</sup> juillet 1976 et le 16 juin 1986 pour ce qui est du second. Le procès devait commencer en octobre 1990.

Le 21 août 1990, les appelants ont présenté une requête afin d'obtenir une ordonnance annulant l'acte d'accusation parce que l'al. 32(1)c) et le par. 32(1.1) ainsi que le par. 32(1.3) de la Loi violaient l'art. 7 et les al. 11a) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et étaient donc invalides. Les arguments invoqués portaient essentiellement sur les questions de l'imprécision et de la *mens rea*. Le 5 septembre 1990, le juge Roscoe de la Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a fait droit à la requête et annulé l'acte d'accusation: (1990),

dent appealed to the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division. On April 24, 1991, a unanimous bench (Clarke C.J.N.S., Jones and Hallett JJ.A.) allowed the appeal: (1991), 102 N.S.R. (2d) 222, 279 A.P.R. 222, 80 D.L.R. (4th) 206, 64 C.C.C. (3d) 129, 36 C.P.R. (3d) 173, 7 C.R.R. (2d) 352. A notice of appeal was filed in this Court on May 22, 1991.

## II. Relevant Statutory Provisions

### *Combines Investigation Act*

32. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(c) to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance upon persons or property,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years or a fine of one million dollars or to both.

The Act was amended in 1976 by S.C. 1974-75-76, c. 76, also known as "Stage I" of competition law reform. Section 32(1.1) was then added:

(1.1) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in violation of subsection (1), it shall not be necessary to prove that the conspiracy, combination, agreement or arrangement, if carried into effect, would or would be likely to eliminate, completely or virtually, competition in the market to which it relates or that it was the object of any or all of the parties thereto to eliminate, completely or virtually, competition in that market.

98 N.S.R. (2d) 296, 263 A.P.R. 296, 73 D.L.R. (4th) 500, 59 C.C.C. (3d) 30, 32 C.P.R. (3d) 259. L'intimée a interjeté appel devant la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Le 24 avril 1991, la cour a fait droit à l'appel, à l'unanimité (le juge en chef Clarke et les juges Jones et Hallett): (1991), 102 N.S.R. (2d) 222, 279 A.P.R. 222, 80 D.L.R. (4th) 206, 64 C.C.C. (3d) 129, 36 C.P.R. (3d) 173, 7 C.R.R. (2d) 352. Un avis d'appel a été déposé au greffe de notre Cour le 22 mai 1991.

## II. Dispositions législatives pertinentes

### *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*

32. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans ou d'une amende d'un million de dollars, ou de l'une et l'autre peine, toute personne qui complot, se coalise, se concerte ou s'entend avec une autre

c) pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens;

La Loi a été modifiée en 1976 (S.C. 1974-75-76, ch. 76, également appelé «première phase» de la réforme de la loi sur la concurrence), par l'insertion du par. 32(1.1):

(1.1) Pour plus de certitude, il n'est pas nécessaire, pour établir qu'un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement contrevient au paragraphe (1), de prouver que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement, s'ils étaient exécutés, élimineraient ou seraient susceptibles d'éliminer la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur le marché auquel ils se rapportent, ni que les participants ou l'un ou plusieurs d'entre eux, visaient à éliminer la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur ce marché.



In 1986, in the course of "Stage II" of the reform, S.C. 1986, c. 26, further added s. 32(1.3) to the Act (renamed the *Competition Act*):

(1.3) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in contravention of subsection (1), it is necessary to prove that the parties thereto intended to and did enter into the conspiracy, combination, agreement or arrangement, but it is not necessary to prove that the parties intended that the conspiracy, combination, agreement or arrangement have an effect set out in subsection (1).

These sections are now respectively known as ss. 45(1)(c), (2) and (2.2) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34.

### III. Judgments Below

#### *Nova Scotia Supreme Court, Trial Division*

On the *mens rea* issue, Roscoe J. reviewed the case law and concluded that s. 32(1)(c) of the Act requires the Crown to prove only that the accused intended to enter into an agreement, the effect of which, if carried out, would be to lessen competition, but not that it also intended to prevent or lessen competition unduly. Relying on *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, she found that s. 32(1)(c) creates a truly criminal offence, and that the absence of a subjective *mens rea* requirement with respect to the lessening of competition leaves the possibility that the "morally innocent" be convicted. She therefore concluded that s. 32(1)(c) violates s. 7 of the *Charter*.

On the vagueness issue, Roscoe J., after having considered the *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (hereinafter the "*Prostitution Reference*"), examined the case law interpreting the word "unduly" in s. 32(1)(c) of the Act. She was of the opinion that the only test that provided a sufficient degree of certainty to meet the standards

En 1986, lors de la «deuxième phase» de la réforme (S.C. 1986, ch. 26), le par. 32(1.3) a été inséré dans la Loi (qui est devenue la *Loi sur la concurrence*):

(1.3) Il est précisé, pour plus de sûreté, qu'il est nécessaire, afin d'établir qu'un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement contrevient au paragraphe (1), de prouver que les parties avaient l'intention de participer à ce complot, cette association d'intérêts, cet accord ou à cet arrangement et y ont participé mais qu'il n'est pas nécessaire de prouver que les parties avaient l'intention que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement ait l'un des effets visés au paragraphe (1).

Ces dispositions sont devenues l'al. 45(1)c) et les par. 45(2) et (2.2) respectivement de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34.

### d III. Jugements des tribunaux d'instance inférieure

#### *Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse*

Au sujet de la *mens rea*, le juge Roscoe étudie la jurisprudence et conclut que l'al. 32(1)c) de la Loi exige que le ministère public prouve seulement que l'accusé avait l'intention de conclure un accord qui aurait pour effet, s'il était exécuté, de diminuer la concurrence, mais non qu'il avait aussi l'intention d'empêcher ou de diminuer, indûment, la concurrence. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, elle estime que l'al. 32(1)c) crée une infraction criminelle véritable et que de ne pas exiger une *mens rea* subjective à l'égard de la diminution de la concurrence laisserait subsister la possibilité qu'une personne «moralement innocente» soit déclarée coupable. Elle conclut donc que l'al. 32(1)c) viole l'art. 7 de la *Charte*.

Quant à la question de l'imprécision, le juge Roscoe, après avoir examiné le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le «*Renvoi sur la prostitution*»), analyse la jurisprudence traitant de l'interprétation du mot «indûment» à l'al. 32(1)c) de la Loi. À son avis, le seul critère qui offre suffisamment de certitude pour satisfaire aux normes

of s. 7 was the “virtual elimination of competition” test enunciated by Cartwright J. in *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403. Since that test had been repealed by the enactment in 1976 of s. 32(1.1), Roscoe J. held that s. 32(1)(c) was too vague and violated s. 7 of the *Charter*. She also held the indictment too vague, on the basis that the mere repetition of the words of s. 32(1)(c) in the indictment could not give sufficient notice and information to the accused, and deprived them of their right to a full answer and defence under ss. 7, 11(a) and 11(d) of the *Charter*.

Roscoe J. considered that s. 1 of the *Charter* could not be applied to cure the violations of s. 7 flowing from the *mens rea* requirement, following the *dictum* of Lamer J. (as he then was) in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, as well as appellate pronouncements on the issue. She also considered that the vagueness of s. 32(1)(c) could not make it a limit “prescribed by law” within the meaning of s. 1 of the *Charter*, and thus that this violation of s. 7 could not be saved either. She declared ss. 32(1)(c) and 32(1.1) of the Act invalid and of no force and effect, and quashed the indictment.

*Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division* (1991), 64 C.C.C. (3d) 129

For the Court, on the *mens rea* issue, Clarke C.J.N.S. viewed *Atlantic Sugar Refineries Co. v. Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 644, as having effected a change in law. Following the decision of this Court, he held that s. 32(1)(c) requires the Crown to prove that the accused intended unduly to lessen competition. Furthermore, Clarke C.J.N.S. characterized s. 32(1)(c) as a criminal offence, even though it is found in a regulatory statute, citing *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, in support. In the light of *Vaillancourt* and *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, he held that “where a statutory provision creates an offence and imposes the possibility of imprisonment as a penalty upon conviction,

de l’art. 7 est le critère de [TRADUCTION] «la quasi-élimination de la concurrence» énoncé par le juge Cartwright dans l’arrêt *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403. Comme ce critère a été aboli quand le par. 32(1.1) a été édicté en 1976, le juge Roscoe décide que l’al. 32(1)(c) est trop imprécis et viole l’art. 7 de la *Charte*. Elle décide en outre que l’acte d’accusation est trop imprécis car la simple répétition, dans celui-ci, des mots employés dans l’al. 32(1)(c) ne comporte pas un avertissement et une information suffisants pour les inculpés et les prive du droit à une défense pleine et entière, garanti par l’art. 7 et les al. 11a) et 11d) de la *Charte*.

Le juge Roscoe estime que l’article premier de la *Charte* ne peut être appliqué pour remédier à la violation de l’art. 7 en matière de *mens rea*; elle suit ainsi l’opinion incidente du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, ainsi que des arrêts de cours d’appel sur cette question. Elle estime également qu’à cause de son imprécision, l’al. 32(1)(c) ne peut constituer une restriction prescrite par une «règle de droit» au sens de l’article premier de la *Charte* et que, par conséquent, cette violation de l’art. 7 ne peut être justifiée non plus. Elle déclare que l’al. 32(1)(c) et le par. 32(1.1) de la Loi sont invalides et inopérants et elle casse l’acte d’accusation.

*Section d’appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1991), 64 C.C.C. (3d) 129

Selon le juge en chef Clarke, qui exprime l’opinion de la cour, l’arrêt *Atlantic Sugar Refineries Co. c. Procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 644, a modifié le droit quant à la *mens rea*. Se fondant sur la décision de notre Cour, il conclut que l’al. 32(1)(c) oblige le ministère public à prouver que l’accusé avait l’intention de diminuer indûment la concurrence. Au surplus, le juge en chef Clarke qualifie l’infraction prévue à l’al. 32(1)(c) d’infraction criminelle, quoiqu’elle soit prévue dans une loi réglementaire, citant à l’appui l’arrêt *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338. Vu les arrêts *Vaillancourt* et *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, il décide que [TRADUCTION] «lorsqu’une disposition législative crée

some degree of *mens rea* must attach to each essential element of the offence if the provision is to comply with s. 7 of the Charter” (p. 146). Given his conclusion on the substance of the section, there was no infringement of s. 7.

Clarke C.J.N.S. did not rule on the validity of s. 32(1.3) of the Act. Since it effected a substantive change in the law by removing the subjective *mens rea* requirement with respect to the lessening of competition, this section could not have a retroactive effect, and therefore it did not apply to the charges against the accused.

With respect to the vagueness argument, Clarke C.J.N.S. considered that the impugned provision must be assessed in light of the Act as a whole and of the relevant case law. First of all, in ss. 32(2) and 32(3), the Act enumerates subject-matters that will or will not attract the application of s. 32(1). Section 32(1.1) indicates that a virtual elimination of competition is not necessary to constitute the offence.

Secondly, case law has established that the inquiry must focus on the effect of the agreement on competition in the related market. A host of considerations then come into play, constituting a framework for decision. Clarke C.J.N.S. could not find s. 32(1)(c) vague, as it has been given meaning by the courts for a long period of time, leading to convictions and acquittals. The word “unduly” actually benefits the accused; even though it defies precise measurement, it is of common usage, and denotes a sense of seriousness. Parties to an impugned agreement were in the best position to assess the likely effect on competition.

Section 32(1)(c) was held by Clarke C.J.N.S. not to be unconstitutionally vague, and consequently the indictment was held not to violate ss. 7, 11(a) or 11(d) of the *Charter*. The appeal was allowed.

une infraction et prévoit une peine d'emprisonnement, un degré de *mens rea* doit se rattacher à chaque élément essentiel de l'infraction pour que la disposition soit conforme à l'art. 7 de la Charte» (p. 146). Vu sa conclusion sur le fond de cette disposition, il estime qu'il n'y a pas de violation de l'art. 7.

Le juge en chef Clarke ne statue pas sur la validité du par. 32(1.3) de la Loi. Comme ce paragraphe a apporté une modification importante au droit, en supprimant l'exigence de la *mens rea* subjective relativement à la diminution de la concurrence, il ne peut avoir d'effet rétroactif et, par conséquent, ne s'applique pas aux accusations portées contre les accusés.

Quant à l'argument relatif à l'imprécision, le juge en chef Clarke considère qu'il faut étudier la disposition attaquée dans le contexte de la Loi dans son ensemble et de la jurisprudence pertinente. En premier lieu, la Loi énumère, aux par. 32(2) et 32(3), des sujets exclus de l'application du par. 32(1) et d'autres qui ne le sont pas. Aux termes du par. 32(1.1), la quasi-élimination de la concurrence ne constitue pas un élément constitutif de l'infraction.

En second lieu, la jurisprudence a établi que l'examen doit porter sur l'effet de l'accord sur la concurrence dans le marché en cause. Une série de considérations entrent alors en jeu et déterminent la décision. Le juge en chef Clarke n'a pu conclure à l'imprécision de l'al. 32(1)c car les tribunaux ont depuis longtemps donné un sens à cet alinéa et ont prononcé des déclarations de culpabilité ou des acquittements. Le mot «indûment» favorise en fait l'accusé; bien qu'il ne se prête pas à la mesure exacte, il est d'usage courant et connote la gravité. Les parties à l'accord mis en cause sont les mieux placées pour évaluer l'effet vraisemblable sur la concurrence.

Le juge en chef Clarke décide que l'al. 32(1)c n'est pas imprécis au point d'être inconstitutionnel et que, par conséquent, l'acte d'accusation ne viole pas l'art. 7 ni les al. 11(a) et 11(d) de la *Charte*. Il a fait droit à l'appel.

IV. Issues

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on July 11, 1991:

1. Is s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (now s. 45(1)(c) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34) in whole or in part inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Is s. 32(1.1) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (now s. 45(2) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34) inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to questions 1 or 2 is yes, is the infringement nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Given the structure of the arguments presented by the parties, I propose to deal with the various issues as follows:

- I. The alleged unconstitutional vagueness of ss. 32(1)(c) and 32(1.1) of the Act and of the indictment;
- II. A. The *mens rea* required by s. 32(1)(c) of the Act; and  
B. The constitutionality of the *mens rea* requirement of s. 32(1)(c) of the Act.

In their notice of appeal, the appellants raised only the vagueness issue as a ground of appeal. By a notice of intention of June 20, 1991, the respondent indicated that it would seek a variation of the appeal judgment on the *mens rea* issue. The respondent asks this Court to hold that s. 32(1)(c) does not require the Crown to prove intent to lessen competition, and that s. 32(1)(c) nevertheless does not violate the *Charter*. The appellants contend that the respondent was forbidden to raise the *mens rea* issue without having obtained prior leave from the Court under Rule 29(2) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, since the respondent is indeed cross-appealing from the appeal judgment.

IV. Les questions en litige

Le 11 juillet 1991, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (maintenant l'al. 45(1)c) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34), est-il, en totalité ou en partie, incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Le paragraphe 32(1.1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (maintenant le par. 45(2) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34), est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Si la réponse à la première ou à la deuxième question est affirmative, l'atteinte est-elle néanmoins justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Étant donné la structure de l'argumentation des parties, je me propose d'étudier les diverses questions en litige dans l'ordre suivant:

- I. L'imprécision alléguée, sur le plan constitutionnel, de l'al. 32(1)c) et du par. 32(1.1) de la Loi et de l'acte d'accusation;
- II. A. La *mens rea* exigée par l'al. 32(1)c) de la Loi;  
B. La constitutionnalité de l'exigence de la *mens rea* à l'al. 32(1)c) de la Loi.

Dans leur avis d'appel, les appelants soulèvent seulement la question de l'imprécision comme moyen d'appel. Par un avis d'intention en date du 20 juin 1991, l'intimée indique qu'elle demandera la modification du jugement rendu en appel quant à la question de la *mens rea*. L'intimée demande à notre Cour de conclure que l'al. 32(1)c) n'impose pas au ministère public de prouver l'intention de diminuer la concurrence et que, néanmoins, il ne viole pas la *Charte*. Les appelants soutiennent qu'il était interdit à l'intimée de soulever la question de la *mens rea* sans avoir d'abord obtenu l'autorisation de la Cour conformément à la règle 29(2) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, puisque l'intimée forme en fait un appel incident contre le jugement rendu en appel.

The respondent through its notice of intention is not in fact launching a cross-appeal from the decision of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division. It does not seek to modify the disposition of the case. It only aims at varying the reasons given for that disposition. This case falls plainly within Rule 29(1) of the Rules of the Supreme Court. Rule 29(2), dealing with cross-appeals, has no application here. Upon filing a notice of intention, the respondent could request a variation of the Court of Appeal judgment on the *mens rea* issue, as long as it ultimately upholds its disposition of the case. Even if the respondent had not filed a notice of intention, the Court would have retained under Rule 29(1) complete discretion to treat the whole case as open, as was done in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. As Dickson J. (as he then was) wrote at p. 240, "it is open to a respondent to advance any argument to sustain the judgment below, and he is not limited to appellants' points of law."

The *mens rea* issue is therefore properly before this Court.

V. Sections 32(1)(c) and 32(1.1) of the Act and Vagueness under Section 7 of the Charter

Since vagueness is a central issue in this case, it is useful to review the relevant principles and their application before dealing with the merits of the case.

A. *Vagueness under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The Case Law of this Court

So far eight cases have given rise to discussions of vagueness issues under the *Charter*. A review of them will show that, while the theme of vagueness and the related notion of overbreadth have appeared in many decisions of this Court, giving rise to some questions as to the proper place of these concepts within *Charter* analysis, few state-

Par son avis d'intention, l'intimée ne forme pas en réalité un appel incident contre la décision de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Elle ne cherche pas à faire modifier le dispositif. Elle vise seulement à faire modifier les motifs. Cette affaire est régie de toute évidence par la règle 29(1) des Règles de la Cour suprême. La règle 29(2), relative aux appels incidents, n'est pas applicable en l'espèce. En déposant un avis d'intention, l'intimée pouvait demander que le jugement de la Cour d'appel soit modifié quant à la question de la *mens rea*, dans la mesure où le dispositif restait le même. Même si l'intimée n'avait pas déposé un avis d'intention, la Cour aurait eu le pouvoir discrétionnaire, en application de la règle 29(1), de considérer l'ensemble de l'affaire, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232. Comme le dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 240, «il est loisible à un intimé de soumettre des arguments à l'appui du jugement d'instance inférieure et il n'est pas limité aux points de droit soulevés par les appelants».

Notre Cour est donc saisie à bon droit de la question de la *mens rea*.

V. L'alinéa 32(1)c) et le par. 32(1.1) de la Loi et l'imprécision au regard de l'art. 7 de la Charte

Puisque la question de l'imprécision est au cœur du pourvoi, il est utile d'étudier les principes pertinents et leur application avant de statuer au fond.

A. *L'imprécision au regard de la Charte canadienne des droits et libertés*

1. La jurisprudence de notre Cour

Jusqu'à maintenant, huit arrêts ont traité de questions relatives à l'imprécision dans le cadre de la *Charte*. L'analyse de ces arrêts montrera que, si le thème de l'imprécision et la notion connexe de la portée excessive ont été abordés dans de nombreux arrêts de notre Cour, suscitant certaines questions au sujet de la place appropriée de ces

ments have been made to substantiate the notion of vagueness, and its relationship with overbreadth.

Beetz J., in his opinion in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, responded to the argument that s. 251(4)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, was vague and offended s. 7 of the *Charter*. This section made abortions conditional upon the obtention of a doctor's certificate to the effect that the life or health of the woman was in danger. Beetz J. held that the standard of "likely danger to health" was not unduly vague. Since the law contemplated that the danger to health would be assessed by a medical practitioner exercising a medical judgment, some measure of flexibility was acceptable. "Flexibility and vagueness are not synonymous", wrote Beetz J. at p. 107.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, it was submitted that ss. 248 and 249 of the *Quebec Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, were too vague to constitute a limit prescribed by law. Sections 248 and 249 forbid commercial advertising directed at persons under 13 years of age. Section 249 lists three factors to be taken into account when determining whether an advertisement was so directed, the last of which is the time and place of the advertisement. Then s. 249 enunciates that the mere fact that the advertisement was printed or broadcast in circumstances where it was intended for persons 13 and over or for all persons does not create a presumption that the advertisement is not directed at persons under 13. It was argued that s. 249 was confusing and left too much scope for discretion. The majority of the Court disagreed. It found that the text of the section could be given a sensible construction. On the issue of discretion, Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. wrote at p. 983:

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that stan-

concepts dans l'analyse fondée sur la *Charte*, on a peu traité de la notion d'imprécision et de ses rapports avec celle de portée excessive.

Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Beetz a répondu à l'argument selon lequel l'al. 251(4)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, était imprécis et contrevenait à l'art. 7 de la *Charte*. Cet alinéa interdisait l'avortement sauf si un médecin délivrait un certificat attestant que la vie ou la santé de la mère était compromise. Le juge Beetz a décidé que le critère du «danger probable pour la santé» n'était pas trop imprécis. Comme la loi disposait que le danger pour la santé serait apprécié par un médecin qui porterait un jugement médical, un certain degré de souplesse était acceptable. «Souplesse n'est pas synonyme d'imprécision», dit le juge Beetz, à la p. 107.

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, on a allégué que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, L.R.Q., ch. P-40.1, étaient trop imprécis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit. Les articles 248 et 249 interdisent la publicité destinée à des personnes de moins de treize ans. L'article 249 énumère trois facteurs qu'il faut prendre en considération pour déterminer si un message publicitaire est destiné aux enfants, le dernier étant le moment et l'endroit où il apparaît. L'article 249 dit ensuite que le fait que le message publicitaire soit imprimé ou diffusé de manière à être destiné à des personnes de treize ans et plus ou à tous ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans. On a soutenu que l'art. 249 était confus et conférait un pouvoir discrétionnaire trop large. À la majorité, la Cour a repoussé cet argument. Elle a conclu qu'il était possible de donner une interprétation raisonnable à l'article. Quant à la question du pouvoir discrétionnaire, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson écrivent, à la p. 983:

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions.

dard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no "limit prescribed by law".

Then came the *Prostitution Reference*, supra, where it was alleged that ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, were impermissibly vague under s. 7 of the *Charter*. Lamer J. (as he then was) devoted a long passage in his reasons to the "void for vagueness" doctrine. Lamer J. ascribed two rationales for the invalidation of vague laws under s. 7 of the *Charter* at p. 1152, that is the need (1) to give citizens fair notice of the consequences of their conduct, so that they may avoid liability and benefit from a full answer and defence should they be tried and (2) to limit law enforcement discretion. He then reviewed the distinction between vagueness and overbreadth. At page 1155, Lamer J. pointed out that vagueness has been argued both under s. 7 and s. 1 of the *Charter*. He made some remarks on the issue: the vagueness doctrine does not require absolute certainty of laws, the interpretative role of the courts must not be overlooked and the possibility of varying interpretations is not fatal (at pp. 1156-57). He then proceeded to consider the impugned sections of the *Code* and found them not in violation of s. 7 of the *Charter* on account of vagueness. For the majority, Dickson C.J. endorsed Lamer J.'s analysis. While in dissent, Wilson J. agreed with the majority on this point.

Lamer J. also stated that even if the section was not unconstitutionally vague, it could nevertheless be found overly broad under s. 1 analysis. The majority did not consider this to be the case, but Wilson J. found the provisions too broad to meet the "minimal impairment" test. The *Prostitution*

L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit».

Puis, est arrivé le *Renvoi sur la prostitution*, précité, dans lequel on a allégué que l'art. 193 et l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, étaient d'une imprécision inacceptable au regard de l'art. 7 de la *Charte*. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a consacré un long passage de ses motifs à la théorie de la «nullité pour cause d'imprécision». À la p. 1152, il expose deux motifs d'invalidation de lois imprécises fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, savoir la nécessité premièrement, que les citoyens soient raisonnablement prévenus des conséquences de leur conduite, de façon à ce qu'ils puissent éviter d'être tenus responsables et faire valoir une défense pleine et entière en cas de poursuites, et deuxièmement, que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité. Il étudie ensuite la distinction entre l'imprécision et la portée excessive. À la page 1155, il souligne que l'imprécision a été invoquée au regard à la fois de l'art. 7 et de l'article premier. Il fait quelques observations à ce sujet: la théorie de l'imprécision n'exige pas qu'une loi soit d'une certitude absolue, il ne faudrait pas oublier que les tribunaux ont un rôle quant à l'interprétation des lois et le fait qu'une loi soit susceptible de diverses interprétations ne lui est pas fatal (aux pp. 1156 et 1157). Puis, il examine les articles du *Code* attaqués et conclut qu'ils ne violent pas l'art. 7 de la *Charte* pour cause d'imprécision. Au nom de la majorité, le juge en chef Dickson a souscrit à l'analyse du juge Lamer. Le juge Wilson était dissidente, mais elle partageait l'avis de la majorité sur ce point.

Le juge Lamer a également déclaré que même s'il n'était pas d'une imprécision inconstitutionnelle, l'article pourrait être tenu pour une disposition de portée excessive dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. La majorité a estimé que tel n'était pas le cas, mais le juge Wilson a

*Reference* established the doctrine of vagueness as one of the fundamental principles of justice under s. 7 of the *Charter*, and also differentiated vagueness and overbreadth.

This distinction came to the fore in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. This time the question was considered under the “minimal impairment” branch of the *Oakes* test (developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). It had been argued that s. 319(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, was too broad in its ambit (“wilfully promot[ing] hatred against any identifiable group”), and could include expression that bears no relationship with Parliament’s objective in enacting the statute. Furthermore, the vagueness of s. 319(2) was also raised. For the majority, Dickson C.J. blended both concepts. After a careful analysis of the wording of s. 319(2) and of the defences open to the accused in s. 319(3), Dickson C.J. concluded that the subsection did pass the “minimal impairment” test. McLachlin J. in dissent focused more precisely on the overbreadth of the section in her reasons, even though she relied on the same elements as Dickson C.J. *Keegstra* does not bring anything new to the principles that had already been developed, and the majority opinion does not distinguish between vagueness and overbreadth quite as clearly as in the *Prostitution Reference*.

In *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, a companion case to *Keegstra*, McLachlin J. in dissent commented on the proper place of vagueness within *Charter* analysis. She wrote at p. 956:

[T]he difficulty in ascribing a constant and universal meaning to the terms used [in the impugned section] is a factor to be taken into account in assessing whether the law is “demonstrably justified in a free and democratic society”. But I would be reluctant to circumvent the entire balancing analysis of the s. 1 test by finding that the words used were so vague as not to constitute a “limit prescribed by law”, unless the provision could

considéré que les dispositions étaient trop larges pour satisfaire au critère de l’«atteinte minimale». Le *Renvoi sur la prostitution* a établi que la théorie de l’imprécision formait l’un des principes fondamentaux de justice qui sous-tendent l’art. 7 de la *Charte* et a aussi distingué l’imprécision de la portée excessive.

Cette distinction a été mise en évidence dans l’arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Cette fois-ci, la question a été analysée sous l’angle du volet «atteinte minimale» du critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. On avait soutenu que le par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, avait une portée trop large («fomente volontairement la haine contre un groupe identifiable») et qu’il pouvait inclure une expression sans rapport avec l’objectif du législateur. Par surcroît, l’imprécision du par. 319(2) a aussi été invoquée. Au nom de la majorité, le juge en chef Dickson a fusionné les deux notions. Après avoir examiné attentivement le libellé du par. 319(2) et les moyens de défense prévus au par. 319(3), il a conclu que le paragraphe satisfaisait au critère de l’«atteinte minimale». Dans ses motifs, le juge McLachlin (dissidente) a mis davantage l’accent sur la portée excessive de la disposition, bien qu’elle se soit appuyée sur les mêmes éléments que le juge en chef Dickson. L’arrêt *Keegstra* n’a rien ajouté aux principes qui avaient déjà été établis et l’opinion de la majorité n’a pas distingué l’imprécision et la portée excessive d’une manière tout à fait aussi claire que dans le *Renvoi sur la prostitution*.

Dans l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, affaire connexe de *Keegstra*, le juge McLachlin, dissidente, a fait des observations au sujet de la place appropriée de l’imprécision dans le cadre d’une analyse fondée sur la *Charte*. Elle écrit, à la p. 956:

[L]a difficulté qu’il y a à prêter un sens invariable et universel aux termes employés [dans l’article contesté] est un facteur à prendre en considération pour déterminer s’il s’agit d’une règle de droit «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». J’hésiterais toutefois à contourner complètement l’analyse en vertu de l’article premier en concluant que les mots employés sont à ce point vagues



truly be described as failing to offer an intelligible standard.

McLachlin J. seems to envision a relatively stringent standard for vagueness, if it is to cut short the s. 1 analysis through a finding that the disposition is not law within the meaning of "prescribed by law".

In *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, L'Heureux-Dubé J. discussed the vagueness and overbreadth of s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373. She was of the opinion that a statutory disposition, if too vague, would not constitute a limit "prescribed by law", while if overbroad, may not pass the *Oakes* test (at p. 208). In her discussion of vagueness, she linked this concept with the rule of law, and restated the dual concerns of fair notice and limitation of enforcement discretion that had been formulated by Lamer J. in the *Prostitution Reference*. As for overbreadth, L'Heureux-Dubé J. considered that this doctrine was more or less subsumed within the "minimal impairment" branch of the *Oakes* test.

Further in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, the vagueness and overbreadth of s. 33 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, were at issue under the s. 1 analysis. For the majority, Sopinka J. adopted the statements made by McLachlin J. in *Taylor* and added at pp. 94-95:

Vagueness can have constitutional significance in at least two ways in a s. 1 analysis. A law may be so uncertain as to be incapable of being interpreted so as to constitute any restraint on governmental power. The uncertainty may arise either from the generality of the discretion conferred on the donee of the power or from the use of language that is so obscure as to be incapable

qu'ils ne constituent pas une restriction prescrite «par une règle de droit», à moins de pouvoir vraiment dire de la disposition qu'elle n'énonce pas de norme intelligible.

<sup>a</sup> Le juge McLachlin semble envisager un critère assez strict relativement à l'imprécision si celui-ci permet de couper court à l'analyse fondée sur l'article premier et de conclure que la disposition n'est pas une restriction prescrite par une «règle de droit».

Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, le juge L'Heureux-Dubé s'est penchée sur l'imprécision et la portée excessive de l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373. À son avis, une disposition trop imprécise ne constitue pas une limite prescrite «par une règle de droit» tandis que si sa portée est excessive, elle ne satisfera peut-être pas au critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* (à la p. 208). Examinant la notion d'imprécision, elle a établi un lien avec la primauté du droit et réaffirmé les deux préoccupations qu'avait formulées le juge Lamer dans le *Renvoi sur la prostitution* relativement à l'avertissement raisonnable et à la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi.

<sup>f</sup> Quant à la portée excessive, le juge L'Heureux-Dubé a considéré que cette théorie était plus ou moins subsumée dans le volet «atteinte minimale» du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

<sup>g</sup> En outre, dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, l'imprécision et la portée excessive de l'art. 33 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, devaient être examinées dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Au nom de la majorité, le juge Sopinka a fait siens les propos du juge McLachlin dans l'arrêt *Taylor* et ajouté ce qui suit, aux pp. 94 et 95:

<sup>i</sup> Or, il existe au moins deux façons dont l'imprécision peut prendre une importance constitutionnelle dans une analyse fondée sur l'article premier. Tout d'abord, une loi peut présenter une telle indétermination qu'il est impossible de l'interpréter comme limitant de quelque manière le pouvoir du gouvernement. Cette indétermination peut procéder soit du caractère général du pou-

of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools. In these circumstances, there is no "limit prescribed by law" and no s. 1 analysis is necessary as the threshold requirement for its application is not met. The second way in which vagueness can play a constitutional role is in the analysis of s. 1. A law which passes the threshold test may, nevertheless, by reason of its imprecision, not qualify as a reasonable limit. Generality and imprecision of language may fail to confine the invasion of a *Charter* right within reasonable limits. In this sense vagueness is an aspect of overbreadth.

In its recent decision in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, this Court followed its case law and found that the words "undue exploitation of sex" in s. 163(8) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, constituted a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 of the *Charter* and, as interpreted by the courts satisfied the minimum impairment branch of the s. 1 test.

The foregoing may be summarized by way of the following propositions:

1. Vagueness can be raised under s. 7 of the *Charter*, since it is a principle of fundamental justice that laws may not be too vague. It can also be raised under s. 1 of the *Charter in limine*, on the basis that an enactment is so vague as not to satisfy the requirement that a limitation on *Charter* rights be "prescribed by law". Furthermore, vagueness is also relevant to the "minimal impairment" stage of the *Oakes* test (*Morgentaler*, *Irwin Toy* and the *Prostitution Reference*).
2. The "doctrine of vagueness" is founded on the rule of law, particularly on the principles of fair notice to citizens and limitation of enforcement

voir discrétionnaire accordé au détenteur de ce pouvoir, soit de l'emploi d'un langage si obscur que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exactement. Dans de telles circonstances, il n'existe pas de restriction prescrite par une règle de droit et point n'est alors besoin de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, car la condition préliminaire de son application n'est pas remplie. La seconde façon dont l'imprécision peut jouer un rôle constitutionnel est dans l'analyse de l'article premier. Une loi qui satisfait au critère préliminaire peut néanmoins, pour cause d'imprécision, ne pas constituer une restriction raisonnable. Il se peut en effet que la généralité d'une disposition ainsi que l'imprécision de ses termes fassent que l'atteinte portée à un droit garanti par la *Charte* ne soit pas maintenue dans des limites raisonnables. À cet égard, l'imprécision est un élément de la portée excessive.

Dans son arrêt récent *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, notre Cour a suivi la jurisprudence et conclu que les mots «exploitation indue des choses sexuelles» au par. 163(8) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constituaient une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte* et, suivant l'interprétation des tribunaux, satisfaisaient au volet «atteinte minimale» du critère relatif à l'article premier.

On peut résumer cet exposé par les propositions suivantes:

1. On peut invoquer l'imprécision du chef de l'art. 7 de la *Charte* puisqu'un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises. On peut aussi l'invoquer dans le cadre de l'article premier de la *Charte in limine*, au motif qu'une disposition est imprécise au point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle une restriction de droits garantis par la *Charte* doit être prescrite «par une règle de droit». De plus, l'imprécision est aussi pertinente sous le volet «atteinte minimale» du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* (arrêts *Morgentaler*, *Irwin Toy* et *Renvoi sur la prostitution*).
2. La «théorie de l'imprécision» repose sur la primauté du droit, en particulier sur les principes voulant que les citoyens soient raisonnablement prévenus et que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité (*Ren-*

discretion (*Prostitution Reference and Committee for the Commonwealth of Canada*).

*voir sur la prostitution et l'arrêt Comité pour la République du Canada*).

3. Factors to be considered in determining whether a law is too vague include (a) the need for flexibility and the interpretative role of the courts, (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist (*Morgentaler, Irwin Toy, Prostitution Reference, Taylor and Osborne*).

3. Les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si une loi est trop imprécise comprennent: a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister (arrêts *Morgentaler, Irwin Toy, Renvoi sur la prostitution, Taylor et Osborne*).

4. Vagueness, when raised under s. 7 or under s. 1 *in limine*, involves similar considerations (*Prostitution Reference and Committee for the Commonwealth of Canada*). On the other hand, vagueness as it relates to the "minimal impairment" branch of s. 1 merges with the related concept of overbreadth (*Committee for the Commonwealth of Canada and Osborne*).

4. L'imprécision, qu'elle soit soulevée par rapport à l'art. 7 ou par rapport à l'article premier *in limine*, fait entrer en jeu des considérations semblables (*Renvoi sur la prostitution et l'arrêt Comité pour la République du Canada*). En revanche, l'imprécision, en ce qui concerne le volet «atteinte minimale» du critère relatif à l'article premier, se confond avec la notion connexe de portée excessive (arrêts *Comité pour la République du Canada et Osborne*).

5. The Court will be reluctant to find a disposition so vague as not to qualify as "law" under s. 1 *in limine*, and will rather consider the scope of the disposition under the "minimal impairment" test (*Taylor and Osborne*).

5. La Cour hésitera à décider qu'une disposition est imprécise au point de ne pas constituer une «règle de droit» au sens de l'article premier *in limine* et examinera plutôt la portée de la disposition sous l'éclairage du critère de l'«atteinte minimale» (arrêts *Taylor et Osborne*).

In order to give a more complete picture of issues of vagueness under the *Charter*, I will examine in turn the proper place of the doctrine of vagueness in *Charter* analysis and its content.

Afin de compléter cet exposé sur les questions touchant l'imprécision dans l'optique de la *Charte*, j'étudierai d'abord la place appropriée de la théorie de l'imprécision dans l'analyse fondée sur la *Charte* et ensuite le contenu de la théorie.

## 2. The Proper Place of the Doctrine of Vagueness in Charter Adjudication

## 2. La place appropriée de la théorie de l'imprécision dans les litiges relatifs à la Charte

Vagueness is often mingled and confused with overbreadth, possibly because of the influence of American authorities. From a review of American law, it will appear that overbreadth is not an autonomous notion in Canadian law, and that, contrary to the position of U.S. constitutional law, vague-

L'imprécision et la portée excessive sont souvent mêlées et confondues, peut-être à cause de l'influence de la doctrine et de la jurisprudence américaines. Il ressort de notre analyse du droit américain que la portée excessive n'est pas une notion autonome en droit canadien et que, contrai-

ness should have a constant meaning in Canadian law.

Overbreadth in American law is tied to the First Amendment. It is grounds to obtain what is termed "facial invalidation" of a statute, as opposed to a declaration that the statute is unconstitutional in the case of the particular plaintiff, which is the usual remedy. *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), indicates how overbreadth interacts with vagueness in First Amendment cases. The court wrote at pp. 494-95:

In a facial challenge to the overbreadth and vagueness of a law, a court's first task is to determine whether the enactment reaches a substantial amount of constitutionally protected conduct. If it does not, then the overbreadth challenge must fail. The court should then examine the facial vagueness challenge and, assuming the enactment implicates no constitutionally protected conduct, should uphold the challenge only if the enactment is impermissibly vague in all of its applications.

Overbreadth ties in to the taxonomy of protected and unprotected conduct and expression developed by American courts under the First Amendment. Some conduct or expression receives First Amendment protection and some does not, and to the extent that a statute substantially touches upon protected conduct and cannot be severed or read down, it will be declared void (see L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 1022).

This distinction between protected and unprotected conduct or expression is typical of American law, since the American Constitution does not contain a general balancing clause similar to s. 1 of the *Charter*. Balancing must be done within the First Amendment itself. In this respect, it can be seen that the doctrine of overbreadth in American law involves an element of balancing, since the aims and scope of the statute must be compared

rement au droit constitutionnel américain, l'imprécision devrait avoir une signification constante en droit canadien.

<sup>a</sup> Aux États-Unis, la portée excessive est liée au Premier amendement. Elle autorise l'invalidation d'une loi qui est à première vue inconstitutionnelle, par opposition à la déclaration d'inconstitutionnalité qui bénéficie à un demandeur en particulier et qui est la réparation habituelle. L'arrêt *Village of Hoffman Estates c. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), indique le rapport qui existe entre la portée excessive et l'imprécision dans les affaires concernant le Premier amendement. La cour écrit, aux pp. 494 et 495:

[TRADUCTION] Lorsque l'on prétend à la fois qu'une loi est imprécise et que sa portée est excessive, le tribunal doit premièrement décider si la loi porte considérablement atteinte à une activité protégée par la Constitution. Dans la négative, la prétention fondée sur la portée trop large de la loi doit échouer. Le tribunal devrait ensuite examiner la prétention fondée sur l'apparente imprécision de la loi et, présumant que la loi ne porte sur aucune conduite protégée par la Constitution, il ne devrait faire droit à la contestation que si la loi est d'une imprécision inacceptable dans toutes ses applications.

La portée excessive a un rapport avec la taxinomie de la conduite et de l'expression protégées ou non protégées que les tribunaux américains ont élaborée au regard du Premier amendement. Certaines conduites ou expressions sont protégées par le Premier amendement et d'autres ne le sont pas et, dans la mesure où une loi, pour une large part, porte atteinte à une conduite protégée et ne peut pas être retranchée ni faire l'objet d'une interprétation atténuée, elle sera déclarée nulle (voir L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (2<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 1022).

Cette distinction entre la conduite et l'expression protégées et non protégées est typique du droit américain, car la Constitution des États-Unis ne contient pas de disposition générale exigeant la pondération des intérêts en jeu comme l'article premier de la *Charte*. C'est au sein même du Premier amendement qu'il faut trouver l'équilibre recherché. Sous ce rapport, on peut voir que la théorie de la portée excessive en droit américain

with the range of protection of the First Amendment. C. Rogerson, "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness", in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), at pp. 261-62, traces this element of balancing to *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973).

This Court has repeatedly emphasized the numerous differences which exist between the *Charter* and the American Constitution. In particular, in the interpretation of s. 2 of the *Charter*, this Court has taken a route completely different from that of U.S. courts. In cases starting with *Irwin Toy* up to *Butler*, including the *Prostitution Reference* and *Keegstra*, this Court has given a wide ambit to the freedoms guaranteed by s. 2 of the *Charter*, on the basis that balancing between the objectives of the State and the violation of a right or freedom should occur at the s. 1 stage. Other sections of the *Charter*, such as ss. 7 and 8, do however incorporate some element of balancing, as a limitation within the definition of the protected right, with respect to other notions such as principles of fundamental justice or reasonableness.

A notion tied to balancing such as overbreadth finds its proper place in sections of the *Charter* which involve a balancing process. Consequently, I cannot but agree with the opinion expressed by L'Heureux-Dubé J. in *Committee for the Commonwealth of Canada* that overbreadth is subsumed under the "minimal impairment branch" of the *Oakes* test, under s. 1 of the *Charter*. This is also in accordance with the trend evidenced in *Osborne* and *Butler*. Furthermore, in determining whether s. 12 of the *Charter* has been infringed, for instance, a court, if it finds the punishment not grossly disproportionate for the accused, will typically examine reasonable hypotheses and assess whether the punishment is grossly disproportionate in these situations (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, and *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485). This

comporte un élément de pondération, car il faut soupeser les buts et la portée de la loi et l'étendue de la protection garantie par le Premier amendement. D'après C. Rogerson, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness», dans R. J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), aux pp. 261 et 262, cet élément de pondération trouve son origine dans l'arrêt *Broadrick c. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973).

Notre Cour a maintes fois souligné les nombreuses différences entre la *Charte* et la Constitution américaine. En particulier, dans l'interprétation de l'art. 2 de la *Charte*, notre Cour a retenu une solution complètement différente du point de vue adopté par les tribunaux américains. Dans ses décisions, depuis l'arrêt *Irwin Toy*, jusqu'à l'arrêt *Butler*, dont le *Renvoi sur la prostitution* et l'arrêt *Keegstra*, notre Cour a reconnu une large portée aux libertés garanties par l'art. 2 de la *Charte*, parce que c'est dans le cadre de l'article premier qu'il y a lieu de pondérer les objectifs de l'État et la violation d'un droit ou d'une liberté. Toutefois, d'autres articles de la *Charte*, notamment les art. 7 et 8, ont un certain élément de pondération, qui consiste en une restriction dans la définition du droit protégé, en ce qui concerne d'autres notions tels les principes de justice fondamentale ou le caractère raisonnable.

Une notion qui implique une pondération, comme la portée excessive, trouve tout à fait sa place dans les articles de la *Charte* qui exigent la prise en compte des intérêts divergents. Par conséquent, je ne peux que souscrire à l'opinion du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, selon qui la portée excessive est subsumée dans le «volet atteinte minimale» du critère de l'article premier énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Cette conclusion est aussi conforme à la tendance mise en lumière dans les arrêts *Osborne* et *Butler*. En outre, en décidant s'il y a eu violation de l'art. 12 de la *Charte*, par exemple, le tribunal, s'il estime que la peine n'est pas exagérément disproportionnée à ce que mérite l'accusé, examinera d'ordinaire des hypothèses raisonnables et vérifiera si la peine est exagérément disproportionnée.

inquiry also resembles the sort of balancing process associated with the notion of overbreadth.

In all these cases, however, overbreadth remains no more than an analytical tool. The alleged overbreadth is always related to some limitation under the *Charter*. It is always established by comparing the ambit of the provision touching upon a protected right with such concepts as the objectives of the State, the principles of fundamental justice, the proportionality of punishment or the reasonableness of searches and seizures, to name a few. There is no such thing as overbreadth in the abstract. Overbreadth has no autonomous value under the *Charter*. As will be seen below, overbreadth is not at the heart of this case, although it has been invoked in argument.

The relationship between vagueness and “overbreadth” was well expounded by the Ontario Court of Appeal in this oft-quoted passage from *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, at pp. 157-58:

Vagueness and overbreadth are two concepts. They can be applied separately, or they may be closely interrelated. The intended effect of a statute may be perfectly clear and thus not vague, and yet its application may be overly broad. Alternatively, as an example of the two concepts being closely interrelated, the wording of a statute may be so vague that its effect is considered to be overbroad.

I agree. A vague law may also constitute an excessive impairment of *Charter* rights under the *Oakes* test. This Court recognized this, when it mentioned the two aspects of vagueness under s. 1 of the *Charter*, in *Osborne and Butler*.

For the sake of clarity, I would prefer to reserve the term “vagueness” for the most serious degree of vagueness, where a law is so vague as not to constitute a “limit prescribed by law” under s. 1 in

tionnée dans ces situations (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, et *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485). Cet examen ressemble au processus de pondération associé à la notion de portée excessive.

<sup>a</sup> Dans toutes ces décisions, la portée excessive reste cependant un simple outil analytique. La portée excessive alléguée se rapporte toujours à une restriction prévue dans la *Charte*. Elle est toujours établie par l'évaluation, d'une part, de la portée de la disposition touchant un droit protégé et, d'autre part, de notions tels les objectifs de l'État, les principes de justice fondamentale, la proportionnalité de la peine et le caractère non abusif des perquisitions, des fouilles et des saisies, pour n'en nommer que quelques-unes. La portée excessive n'a pas d'existence dans l'abstrait. Elle n'a pas de valeur intrinsèque au regard de la *Charte*. Comme nous le verrons plus loin, la portée excessive n'est pas au cœur du présent litige, encore qu'elle ait été invoquée dans les plaidoiries.

<sup>e</sup> Le rapport entre l'imprécision et la «portée excessive» a été bien exposé par la Cour d'appel de l'Ontario dans ce passage souvent repris de l'arrêt *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, aux pp. 157 et 158:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] L'imprécision et la portée excessive d'une loi sont deux notions. Elles peuvent être appliquées séparément ou elles peuvent être intimement liées. L'effet recherché d'une loi peut être parfaitement clair et donc ne pas être vague, et pourtant son application peut être trop large. Par ailleurs, pour illustrer le fait que les deux notions peuvent être intimement liées, le libellé d'une loi peut être tellement imprécis qu'on juge son effet trop large.

<sup>h</sup> Je suis d'accord. Une loi imprécise peut aussi constituer une atteinte excessive à des droits garantis par la *Charte* selon le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Notre Cour l'a reconnu quand elle a mentionné les deux aspects de l'imprécision au regard de l'article premier de la *Charte* dans les arrêts *Osborne et Butler*.

<sup>j</sup> Par souci de clarté, je préférerais réserver l'emploi du mot «imprécision» au degré le plus grave de l'imprécision, lorsque la loi est imprécise au point de ne pas représenter une restriction prescrite

*limine*. The other aspect of vagueness, being an instance of overbreadth, should be considered as such.

Moreover, in American constitutional law, “vagueness” has been given various contents, depending on whether it is considered under the First, Fifth (and Fourteenth) or even Eighth Amendment (for statutory conditions warranting the imposition of the death penalty). The scope of the inquiry and the reference group will change, as the United States Supreme Court stated in *Maynard v. Cartwright*, 486 U.S. 356 (1988), at p. 361.

Under the *Charter*, however, given the statements of Lamer J. in the *Prostitution Reference*, at p. 1155, I would consider that the “doctrine of vagueness” is a single concept, whether invoked as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* or as part of s. 1 of the *Charter in limine*. Indeed from a practical point of view this makes little difference in the analysis, since a consideration of s. 1 *in limine* would follow immediately the determination of whether s. 7 has been violated. No intermediate step is lost. From a theoretical perspective, the justifications invoked for the doctrine of vagueness under both s. 7 and s. 1 are similar. A reading of the aforementioned cases shows that the rationales of fair notice to the citizen and limitation of enforcement discretion are put forward in every discussion of vagueness, irrespective of where it occurs in the *Charter* analysis. I see no ground for distinguishing them.

Vagueness may be raised under the substantive sections of the *Charter* whenever these sections comprise some internal limitation. For example, under s. 7, it may be that the limitation on life, liberty and security of the person would not otherwise be objectionable, but for the vagueness of the impugned law. The doctrine of vagueness would then rank among the principles of fundamental jus-

par une «règle de droit» au sens de l'article premier *in limine*. L'autre aspect de l'imprécision, découlant de la portée excessive, devrait être considéré comme tel.

De plus, en droit constitutionnel américain, on a donné diverses interprétations à l'«imprécision», selon que la notion a été étudiée relativement au Premier, au Cinquième (et au Quatorzième), voire au Huitième amendement (conditions législatives justifiant la peine de mort). La portée de l'examen et le groupe de référence seront différents, comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Maynard c. Cartwright*, 486 U.S. 356 (1988), à la p. 361.

En vertu de la *Charte*, toutefois, étant donné les propos du juge Lamer dans le *Renvoi sur la prostitution*, à la p. 1155, j'estimerai que la «théorie de l'imprécision» forme une seule notion, qu'elle soit invoquée en tant que principe de justice fondamentale, selon l'art. 7 de la *Charte*, ou en tant qu'élément de l'article premier de la *Charte in limine*. En effet, l'analyse différera peu, d'un point de vue pratique, car l'examen de l'article premier *in limine* viendrait immédiatement après que l'on aurait déterminé s'il y a eu violation de l'art. 7. Aucune étape intermédiaire n'est omise. Dans une perspective théorique, les justifications invoquées à l'appui de la théorie de l'imprécision, au regard de l'art. 7 et de l'article premier, sont semblables. Il ressort de la jurisprudence précitée que les arguments relatifs à l'avertissement raisonnable donné aux citoyens et à la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi sont avancés dans tout débat touchant l'imprécision, peu importe la place où cette question est abordée dans l'analyse fondée sur la *Charte*. Je ne vois aucune raison d'établir une distinction à leur égard.

L'imprécision peut être soulevée aux termes des dispositions de fond de la *Charte* chaque fois que ces dispositions comprennent une restriction inhérente. Par exemple, au regard de l'art. 7, il se peut que la restriction à la vie, à la liberté et à la sécurité ne soit pas par ailleurs inacceptable, sauf quant à l'imprécision de la loi contestée. La théorie de l'imprécision ferait alors partie des principes de

tice. Outside of these cases, the proper place of a vagueness argument is under s. 1 *in limine*.

justice fondamentale. Ces cas mis à part, la place tout indiquée de l'argument tiré de l'imprécision serait l'analyse requise par l'article premier *in limine*.

a

I would therefore conclude that:

Je conclurais donc ainsi:

1. What is referred to as "overbreadth", whether it stems from the vagueness of a law or from another source, remains no more than an analytical tool to establish a violation of a *Charter* right. Overbreadth has no independent existence. References to a "doctrine of overbreadth" are superfluous.

1. Ce que l'on a appelé la «portée excessive», qu'elle découle de l'imprécision de la loi ou d'une autre cause, reste tout au plus un outil analytique servant à établir une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. La portée excessive n'a pas d'existence indépendante. Les renvois à une «théorie de la portée excessive» sont superflus.

2. The "doctrine of vagueness", the content of which will be developed shortly, is a principle of fundamental justice under s. 7 and it is also part of s. 1 *in limine* ("prescribed by law").

2. La «théorie de l'imprécision», dont je vais maintenant étudier le contenu, est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et elle est en outre un élément de l'analyse fondée sur l'article premier *in limine* (restriction prescrite par «une règle de droit»).

### 3. The Content of the "Doctrine of Vagueness"

### 3. Le contenu de la «théorie de l'imprécision»

As was said by this Court in *Osborne and Butler*, the threshold for finding a law vague is relatively high. So far discussion of the content of the notion has evolved around intelligibility.

Comme l'a dit notre Cour dans les arrêts *Osborne et Butler*, le critère selon lequel une loi sera jugée imprécise est assez exigeant. Jusqu'à maintenant, l'analyse du contenu de la notion était centrée sur l'intelligibilité.

The two rationales of fair notice to the citizen and limitation of enforcement discretion have been adopted as the theoretical foundations of the doctrine of vagueness, here (*Prostitution Reference and Committee for the Commonwealth of Canada*) as well as in the United States (see *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), at pp. 108-9) and in Europe, as will be seen later. These two rationales have been broadly linked with the corpus of principles of government known as the "rule of law", which lies at the core of our political and constitutional tradition.

Tant dans notre pays (voir le *Renvoi sur la prostitution* et l'arrêt *Comité pour la République du Canada*) qu'aux États-Unis (voir *Grayned c. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), aux pp. 108 et 109), et en Europe, comme nous le verrons plus loin, on a adopté comme fondements logiques de la théorie de l'imprécision l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens et la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Ces deux motifs ont été reliés d'une manière générale à l'ensemble de principes de gouvernement désigné comme «primauté du droit», qui forme le cœur de notre tradition politique et constitutionnelle.



(a) *Fair Notice to the Citizen*

Fair notice to the citizen, as a guide to conduct and a contributing element to a full answer and defence, comprises two aspects.

First of all, there is the more formal aspect of notice, that is acquaintance with the actual text of a statute. In the criminal context, this concern has more or less been set aside by the common law maxim "Ignorance of the law is no excuse", embodied in s. 19 of the *Criminal Code* (see *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605). In the civil context, the maxim does not apply with equal force (see J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3rd ed. 1989), at p. 122, and *Chitty on Contracts* (25th ed. 1983), at paras. 314 and 353). Some authors have expressed the opinion that this maxim contradicts the rule of law, and should be revised in the light of the growing quantity and complexity of penal legislation (see E. Colvin, "Criminal Law and The Rule of Law", in P. Fitzgerald, ed., *Crime, Justice & Codification* (1986), 125, at p. 151, and J. C. Jeffries, Jr., "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189, at p. 209). Since this argument was not raised in this case, I will refrain from ruling on this issue. In any event, given that, as this Court has already recognized, case law applying and interpreting a particular section is relevant in determining whether the section is vague, formal notice is not a central concern in a vagueness analysis.

As Lamer J. pointed out in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, principles of fundamental justice, such as the doctrine of vagueness, must have a substantive as well as procedural content. Indeed the idea of giving fair notice to citizens would be rather empty if the mere fact of bringing the text of the law to their attention was enough, especially when knowledge is presumed by law. There is also a substantive aspect to fair notice, which could be described as a notice, an understanding that some

a) *Avertissement raisonnable aux citoyens*

L'avertissement raisonnable aux citoyens, à titre de guide pour la conduite et d'élément d'une défense pleine et entière, comporte deux aspects.

En premier lieu, il y a l'aspect formel de l'avis, c'est-à-dire la connaissance du texte même d'une loi. En droit pénal, cet élément a plus ou moins été écarté par la maxime de common law «nul n'est censé ignorer la loi», consacrée à l'art. 19 du *Code criminel* (voir l'arrêt *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605). En droit civil, la maxime ne s'applique pas avec la même force (voir J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3<sup>e</sup> éd. 1989), à la p. 122, et *Chitty on Contracts* (25<sup>e</sup> éd. 1983), aux par. 314 et 353). Certains auteurs ont émis l'avis que cette maxime contredit la primauté du droit et qu'il y a lieu de la réexaminer à la lumière de la quantité et de la complexité croissantes de la législation pénale (voir E. Colvin, «Criminal Law and The Rule of Law», dans P. Fitzgerald, dir., *Crime, Justice & Codification* (1986), 125, à la p. 151, et J. C. Jeffries, Jr., «Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes» (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189, à la p. 209). Puisque cet argument n'a pas été invoqué en l'espèce, je m'abstiens de me prononcer là-dessus. De toute façon, étant donné, comme notre Cour l'a déjà reconnu, que la jurisprudence appliquant et interprétant une disposition particulière est pertinente lorsqu'il s'agit de décider si elle est imprécise, l'avertissement formel n'est pas un élément principal de l'analyse relative à l'imprécision.

Comme l'a souligné le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, il faut donner aux principes de justice fondamentale, telle la théorie de l'imprécision, une acception qui vise le fond autant que la forme. En fait, l'idée de donner un avertissement raisonnable aux citoyens serait plutôt dénuée de sens s'il suffisait simplement d'attirer leur attention sur le texte de loi, surtout si la connaissance est présumée en droit. La question de l'avertissement raisonnable porte aussi sur le fond: cet avertissement peut être défini comme un avis ou la conscience qu'une conduite est répréhensible en droit. Jeffries, *loc. cit.*,

conduct comes under the law. Jeffries, *supra*, calls this the “core concept of notice” (p. 211).

Let me take homicide as an example. The actual provisions of the *Criminal Code* dealing with homicide are numerous (comprising the core of ss. 222-240 and other related sections). When one completes the picture of the *Code* with case law, both substantive and constitutional, the result is a fairly intricate body of rules. Notwithstanding formal notice, it can hardly be expected of the average citizen that he know the law of homicide in detail. Yet no one would seriously argue that there is no substantive fair notice here, or that the law of homicide is vague. It can readily be seen why this is so. First of all, everyone (or sadly, should I say, almost everyone) has an inherent knowledge that taking the life of another human being is wrong. There is a deeply-rooted perception that homicide cannot be tolerated, whether one comes to this perception from a moral, religious or sociological stance. Therefore it is expected that homicide will be punished by the State. Secondly, homicide is indeed punished by the State, and homicide trials and sentences receive a great deal of publicity.

I used homicide as an example, because it lies so at the core of our criminal law and our shared values that substantive notice is easy to demonstrate. Similar demonstrations could be made, at greater length, for other legal provisions. The substantive aspect of fair notice is therefore a subjective understanding that the law touches upon some conduct, based on the substratum of values underlying the legal enactment and on the role that the legal enactment plays in the life of the society.

I do not wish to suggest that the State can only intervene through law when some non-legal basis for intervention exists. Many enactments are relatively narrow in scope and echo little of society at large; this is the case with many regulatory enactments. The weakness or the absence of substantive

emploie le terme [TRADUCTION] «concept central de l'avertissement» (p. 211).

Prenons l'exemple de l'homicide. Les dispositions du *Code criminel* relatives à l'homicide sont nombreuses (elles sont concentrées dans les art. 222 à 240 mais se trouvent aussi dans d'autres articles connexes). Quand on ajoute aux textes du *Code* la jurisprudence, tant sur les règles de fond que sur la constitutionnalité, on se retrouve avec un ensemble de règles assez complexe. En dépit de l'avis formel, on peut difficilement s'attendre à ce que le citoyen moyen connaisse en détail le droit régissant l'homicide. Et pourtant, personne ne saurait affirmer sérieusement qu'aucun avertissement raisonnable quant au fond n'a été donné ou que le droit en matière d'homicide est imprécis. On peut facilement en comprendre les raisons. Premièrement, chacun (ou malheureusement, dirais-je, presque tout le monde) a une connaissance innée que de tuer un être humain est blâmable. L'homicide est fermement perçu comme intolérable, que ce soit du point de vue moral, religieux ou sociologique. Par conséquent, on s'attend à ce que l'homicide soit puni par l'État. Deuxièmement, l'homicide est en effet puni par l'État et les médias se font abondamment l'écho des procès pour homicide ainsi que des peines infligées.

J'ai cité l'exemple de l'homicide parce qu'il représente une infraction à ce point fondamentale dans notre droit pénal et dans le système des valeurs que nous partageons, qu'il est facile de démontrer l'existence de l'avertissement quant au fond. On pourrait en faire aussi la démonstration, plus approfondie, à l'égard d'autres dispositions législatives. Du point de vue du fond, l'avertissement raisonnable réside donc dans la conscience subjective de l'illégalité d'une conduite, fondée sur les valeurs qui forment le substrat du texte d'incrimination et sur le rôle que joue le texte d'incrimination dans la vie de la société.

Je ne veux pas dire que l'État ne peut intervenir par le moyen d'une loi que si le fondement de son intervention comporte un aspect non juridique. Bon nombre de textes de loi ont une portée assez limitée et reflètent peu la société dans son ensemble; c'est le cas de nombreux textes réglemen-

notice before the enactment can be compensated by bringing to the attention of the public the actual terms of the law, so that substantive notice will be achieved. Merit point and driving license revocation schemes are prime examples of this; through publicity and advertisement these schemes have been "digested" by society. A certain connection between the formal and substantive aspects of fair notice can be seen here.

Fair notice may not have been given when enactments are in somewhat general terms, in a way that does not readily permit citizens to be aware of their substance, when they do not relate to any element of the substratum of values held by society. It is no coincidence that these enactments are often found vague. For instance, the vagrancy ordinance invalidated by the United States Supreme Court in *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972), or the compulsory identification statute struck down in *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983), fall in this group.

Hence, aside from a formal aspect which is in our current system often presumed, fair notice to the citizen comprises a substantive aspect, that is an understanding that certain conduct is the subject of legal restrictions.

(b) *Limitation of Law Enforcement Discretion*

Lamer J. in the *Prostitution Reference* used the phrase "standardless sweep", first coined by the United States Supreme Court in *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974), at p. 575, to describe the limitation of enforcement discretion rationale for the doctrine of vagueness. It has become the prime concern in American constitutional law (*Kolender*, at pp. 357-58). Indeed today it has become paramount, given the considerable expansion in the discretionary powers of enforcement agencies that

taires. La faiblesse ou l'absence de l'avertissement quant au fond avant l'adoption du texte législatif peut être compensée en attirant l'attention du public sur le libellé de la loi, de sorte qu'il y aura avertissement quant au fond. Les lois portant attribution de points d'inaptitude et révocation de permis de conduire en sont d'excellents exemples; grâce à la publicité et aux avis publiés, la société a «digéré» ces lois. On peut constater dans ce cas un certain lien entre le fond et la forme de l'avertissement raisonnable.

Il se peut qu'il n'y ait pas d'avertissement raisonnable si la loi est couchée dans des termes assez généraux, de sorte qu'elle ne permet pas aux citoyens de prendre facilement connaissance de son fond, lorsqu'elle ne peut être rattachée à aucun élément du substrat de valeurs partagées par la société. Ce n'est pas par coïncidence que de telles lois sont souvent jugées imprécises. Par exemple, l'ordonnance sur le vagabondage que la Cour suprême des États-Unis a déclaré invalide dans l'arrêt *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972), ou la loi portant obligation de s'identifier qui a été annulée dans l'arrêt *Kolender c. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983), entrent dans cette catégorie.

Ainsi, mis à part la question de l'avis formel, lequel est souvent présumé dans notre système actuel, l'avertissement raisonnable donné aux citoyens porte aussi sur le fond, c'est-à-dire la conscience qu'une certaine conduite est assujettie à des restrictions légales.

b) *Limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi*

Dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge Lamer a employé l'expression «large place à l'arbitraire», formule lancée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Smith c. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974), à la p. 575, pour définir, à propos de la théorie de l'imprécision, la raison d'être de la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. C'est devenu l'élément fondamental en droit constitutionnel américain (*Kolender*, aux pp. 357 et 358). En effet, cet élément est aujourd'hui primor-

has followed the creation of the modern welfare State.

A law must not be so devoid of precision in its content that a conviction will automatically flow from the decision to prosecute. Such is the crux of the concern for limitation of enforcement discretion. When the power to decide whether a charge will lead to conviction or acquittal, normally the preserve of the judiciary, becomes fused with the power to prosecute because of the wording of the law, then a law will be unconstitutionally vague.

For instance, the wording of the vagrancy ordinance invalidated by the United States Supreme Court in *Papachristou* and quoted at length in the *Prostitution Reference*, at pp. 1152-53, was so general and so lacked precision in its content that a conviction would ensue every time the law enforcer decided to charge someone with the offence of vagrancy. The words of the ordinance had no substance to them, and they indicated no particular legislative purpose. They left the accused completely in the dark, with no possible way of defending himself before the court.

(c) *European Court of Human Rights Case Law*

I would also note that the European Court of Human Rights (hereinafter "ECHR") has adopted the same approach to issues of vagueness, in the course of its treatment of words such as "prescribed by law", found in many limitation clauses of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222 (hereinafter the "Convention"), such as Articles 8(2), 9(2), 10(2), 11(2) or Article 2(3) of Protocol No. 4 to the Convention, Europ. T.S. No. 46. The ECHR gave this phrase a substantive content, which went beyond a mere inquiry as to whether a law existed or not.

dial, compte tenu de l'extension considérable des pouvoirs discrétionnaires des organismes responsables de l'application de la loi qui a suivi la création, à l'ère moderne, de l'État-providence.

Une loi ne doit pas être dénuée de précision au point d'entraîner automatiquement la déclaration de culpabilité dès lors que la décision de poursuivre a été prise. Voilà l'élément essentiel du souci de limiter le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi. Quand le pouvoir de décider si une inculpation donnera lieu à une déclaration de culpabilité ou à un acquittement—apanage ordinaire du pouvoir judiciaire—se confond avec le pouvoir d'engager des poursuites, à cause du libellé de la loi, alors la loi est d'une imprécision inconstitutionnelle.

Par exemple, le libellé de l'ordonnance sur le vagabondage invalidée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Papachristou* et reproduite au long dans le *Renvoi sur la prostitution*, aux pp. 1152 et 1153, était tellement général et imprécis qu'il y aurait eu déclaration de culpabilité chaque fois que la personne responsable de son application aurait décidé d'inculper quelqu'un de cette infraction. Les mots employés dans l'ordonnance étaient vides de substance et n'indiquaient aucun objectif législatif particulier. Ils tenaient l'accusé complètement dans l'ignorance et absolument incapable de se défendre devant un tribunal.

(c) *Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*

Je ferai aussi observer que la Cour européenne des Droits de l'Homme («CEDH») a adopté le même point de vue au sujet des questions touchant l'imprécision, dans son examen des mots «prévues par la loi» que l'on trouve dans nombre de clauses de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223 (la «Convention»), qui énoncent des restrictions, tels les par. 8(2), 9(2), 10(2), 11(2) ou le par. 2(3) du Protocole n° 4 à la Convention, S.T. Europ. n° 46. La CEDH a estimé que cette expression se rapporte au fond du texte de loi et commande que la cour aille au-delà de la simple question de savoir si une loi existe ou non.

The ECHR developed its conception of “prescribed by law” in the course of two famous cases, the *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30, and the *Malone* case, judgment of 2 August 1984, Series A No. 82. In the former, the ECHR drew attention to the two aspects of fair notice, namely formal notice (“accessibility”) and substantive notice (“foreseeability”). It wrote at p. 31:

In the Court’s opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression “prescribed by law”. Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able—if need be with appropriate advice—to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.

In the latter, the ECHR added the limitation of enforcement discretion to the range of interests underpinning its interpretation of “prescribed by law” at p. 32:

The phrase thus implies . . . that there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1 [of article 8 of the Convention].

(See also the *Kruslin* case, judgment of 24 April 1990, Series A No. 176-A, at pp. 24-25, and the *Huvig* case, judgment of 24 April 1990, Series A No. 176-B, at p. 56.)

In my opinion, the case law of the ECHR is a very valuable guide on this issue, and it will be relied on further below.

La CEDH a développé sa conception du contenu des mots «prévues par la loi» dans deux affaires célèbres: l’affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1978, série A n° 30, et l’affaire *Malone*, arrêt du 2 août 1984, série A n° 82. Dans le premier, la CEDH a attiré l’attention sur deux aspects de l’avertissement raisonnable, savoir l’avertissement visant la forme («accessibilité») et l’avertissement concernant le fond («prévisibilité»). Elle écrit, à la p. 31:

Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots «prévues par la loi». Il faut d’abord que la «loi» soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une «loi» qu’une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s’entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d’un acte déterminé. Elles n’ont pas besoin d’être prévisibles avec une certitude absolue: l’expérience la révèle hors d’atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s’accompagne parfois d’une rigidité excessive; or le droit doit savoir s’adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l’interprétation et l’application dépendent de la pratique.

Dans le second, la CEDH a ajouté la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l’application de la loi à la gamme d’intérêts sur lesquels repose son interprétation des mots «prévues par la loi» (à la p. 32):

[Le membre de phrase] implique ainsi [. . .] que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 [de l’article 8 de la Convention].

(Voir en outre l’affaire *Kruslin*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-A, aux pp. 24 et 25, et l’affaire *Huvig*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-B, à la p. 56.)

À mon avis, la jurisprudence de la CEDH sert de guide précieux sur cette question. Je m’appuierai de nouveau sur elle plus loin.

(d) *The Scope of Precision*

This leads me to synthesize these remarks about vagueness. The substantive notice and limitation of enforcement discretion rationales point in the same direction: an unintelligible provision gives insufficient guidance for legal debate and is therefore unconstitutionally vague.

Legal provisions by stating certain propositions outline certain permissible and impermissible areas, and they also provide some guidance to ascertain the boundaries of these areas. In his survey article "La teneur indéfinie du droit" (1991), 107 *Rev. dr. publ.* 1199, P. Amselek rightly underlines the etymological and metaphorical relationship between law and geometry and writes at pp. 1200-1201:

[TRANSLATION] Legal rules are mental tools . . . authoritatively introduced, given effect, by public authorities placed at the head of human communities to govern them: such rules are thought content with a specific purpose, to be used as a tool to guide conduct, thought content which determines the boundaries of possible action depending on the circumstances—for the Romans, these boundaries were the meaning of the very concept of *jus* in its earliest sense and are also reflected in our concept of "law", implying the very idea of possibility, of latitude. These boundaries impose limits on the will of those to whom they apply, serving as a support, a yardstick enabling them to remain within the area of right conduct, of rectitude, within the parameters of conduct which the concept lays down and which it then gives effect to, setting the process in motion.

These rules, as Amselek later points out, are characterized by their unresolved nature, inasmuch as they are neither objective nor complete.

Legal rules only provide a framework, a guide as to how one may behave, but certainty is only reached in instant cases, where law is actualized by a competent authority. In the meanwhile, conduct is guided by approximation. The process of approximation sometimes results in quite a narrow set of options, sometimes in a broader one. Legal

d) *La portée de la précision*

Voilà qui m'amène à faire la synthèse de ces observations touchant l'imprécision. Les raisons d'être de l'avertissement quant au fond et de la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi tendent à la même conclusion: une disposition inintelligible n'est pas un guide suffisant pour un débat judiciaire et est donc d'une imprécision inconstitutionnelle.

En énonçant certaines propositions, les dispositions législatives exposent les grandes lignes de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas, et elles donnent aussi certaines indications quant aux limites à respecter à cet égard. Offrant une vue générale de la question dans son article «La teneur indéfinie du droit» (1991), 107 *Rev. dr. publ.* 1199, P. Amselek met en évidence avec raison le rapport étymologique et métaphorique entre le droit et la géométrie; il écrit, aux pp. 1200 et 1201:

Les règles juridiques sont des outils mentaux [. . .] autoritairement mis en service, en vigueur, par les pouvoirs publics institués à la tête des populations humaines pour les gouverner: il s'agit de contenus de pensée finalisés, instrumentalisés, chargés de servir à diriger les conduites; ces contenus de pensée fixent des marges de possibilité d'action en fonction des circonstances—marges qu'évoquait précisément chez les Romains la notion même de «jus» dans son sens le plus originaire et que traduit aussi d'ailleurs notre notion de «droit» qui dénote l'idée même de possibilité, de latitude. Ces marges servent à encadrer la volonté de ceux auxquels elles sont adressées, à lui servir de support, d'étalon de mesure pour rester à l'intérieur de la droiture, de la rectitude, dans le tracé des lignes de conduite qu'elle arrête et qu'elle fait ensuite exécuter, dont elle déclenche le passage à l'acte.

Comme Amselek le souligne plus loin, ces règles sont caractérisées par leur nature non résolue, en ce sens qu'elles ne sont ni objectives ni complètes.

Les règles juridiques ne fournissent qu'un cadre, un guide pour régler sa conduite, mais la certitude n'existe que dans des cas donnés, lorsque la loi est actualisée par une autorité compétente. Entre temps, la conduite est guidée par l'approximation. Le processus d'approximation aboutit parfois à un ensemble assez restreint d'options, parfois à un

dispositions therefore delineate a risk zone, and cannot hope to do more, unless they are directed at individual instances.

By setting out the boundaries of permissible and non-permissible conduct, these norms give rise to legal debate. They bear substance, and they allow for a discussion as to their actualization. They therefore limit enforcement discretion by introducing boundaries, and they also sufficiently delineate an area of risk to allow for substantive notice to citizens.

Indeed no higher requirement as to certainty can be imposed on law in our modern State. Semantic arguments, based on a perception of language as an unequivocal medium, are unrealistic. Language is not the exact tool some may think it is. It cannot be argued that an enactment can and must provide enough guidance to predict the legal consequences of any given course of conduct in advance. All it can do is enunciate some boundaries, which create an area of risk. But it is inherent to our legal system that some conduct will fall along the boundaries of the area of risk; no definite prediction can then be made. Guidance, not direction, of conduct is a more realistic objective. The ECHR has repeatedly warned against a quest for certainty and adopted this "area of risk" approach in *Sunday Times, supra*, and especially the case of *Silver and others*, judgment of 25 March 1983, Series A No. 61, at pp. 33-34, and *Malone, supra*, at pp. 32-33.

A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion. Such a provision is not intelligible, to use the terminology of previous decisions of this Court, and therefore it fails to give sufficient

ensemble plus large. Les dispositions législatives délimitent donc une sphère de risque et ne peuvent pas espérer faire plus, sauf si elles visent des cas individuels.

En énonçant les limites de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas, ces normes donnent lieu à un débat judiciaire. Elles comportent une substance et permettent la discussion sur leur actualisation. Elles limitent donc le pouvoir discrétionnaire en introduisant des lignes de démarcation et elles délimitent suffisamment une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis.

On ne saurait vraiment pas exiger davantage de certitude de la loi dans notre État moderne. Les arguments sémantiques, fondés sur une conception du langage en tant que moyen d'expression sans équivoque, ne sont pas réalistes. Le langage n'est pas l'instrument exact que d'aucuns pensent qu'il est. On ne peut pas soutenir qu'un texte de loi peut et doit fournir suffisamment d'indications pour qu'il soit possible de prédire les conséquences juridiques d'une conduite donnée. Tout ce qu'il peut faire, c'est énoncer certaines limites, qui tracent le contour d'une sphère de risque. Mais c'est une caractéristique inhérente de notre système juridique que certains actes seront aux limites de la ligne de démarcation de la sphère de risque; il est alors impossible de prédire avec certitude. Guider, plutôt que diriger, la conduite est un objectif plus réaliste. La CEDH a maintes fois mis en garde contre la recherche de la certitude et adopté cette conception de la «sphère de risque» dans l'affaire *Sunday Times*, précitée, et surtout dans l'affaire *Silver et autres*, arrêt du 25 mars 1983, série A n° 61, aux pp. 33 et 34, et dans l'affaire *Malone*, précitée, aux pp. 32 et 33.

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Une telle disposition n'est pas

indications that could fuel a legal debate. It offers no grasp to the judiciary. This is an exacting standard, going beyond semantics. The term "legal debate" is used here not to express a new standard or one departing from that previously outlined by this Court. It is rather intended to reflect and encompass the same standard and criteria of fair notice and limitation of enforcement discretion viewed in the fuller context of an analysis of the quality and limits of human knowledge and understanding in the operation of the law.

(e) *Vagueness and the Rule of Law*

The criterion of absence of legal debate relates well to the rule of law principles that form the backbone of our polity. Here one must see the rule of law in the contemporary context. Continental European studies on the "État de droit" or "Rechtsstaat" are relevant (see L. C. Blaau, "The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights" (1990), 107 *S. Afr. L.J.* 76, at pp. 88-92, for an exposition of the historical differences between these concepts).

J.-P. Henry, "Vers la fin de l'État de droit?" (1977), 93 *Rev. dr. publ.* 1207, gives the following definition of the "État de droit" at p. 1208:

[TRANSLATION] In theoretical terms, the *État de droit* is a system of organization in which all social and political relations are subject to the law. This means that relations between individuals and authority, as well as relations between individuals themselves, are part of a legal interchange involving rights and obligations.

See also J. Chevallier, "L'État de droit" (1988), 104 *Rev. dr. publ.* 313, at pp. 330-31, and R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920), vol. 1, at pp. 488-90. At the core of the "État de droit", as under the rule of law, lies the proposition that the relationship of the State to the individuals is regulated by law.

intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d'indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire. C'est là une norme exigeante, qui va au-delà de la sémantique. Le terme «débat judiciaire» n'est pas utilisé ici pour exprimer une nouvelle norme ou pour s'écarter de celle que notre Cour a déjà énoncée. Au contraire, elle traduit et englobe la même norme et le même critère d'avertissement raisonnable et de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi considérés dans le contexte plus global d'une analyse de la qualité et des limites de la connaissance et de la compréhension qu'ont les particuliers de l'application de la loi.

e) *L'imprécision et la primauté du droit*

Le critère de l'absence de débat judiciaire se rattache naturellement aux principes de la primauté du droit qui forment le pivot de notre régime. Sous ce rapport, il faut considérer la primauté du droit dans le contexte contemporain. Les études européennes sur l'«État de droit» ou «Rechtsstaat» sont pertinentes (pour une analyse des différences historiques entre les deux notions, voir L. C. Blaau, «The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights» (1990), 107 *S. Afr. L.J.* 76, aux pp. 88 à 92).

J.-P. Henry, «Vers la fin de l'État de droit?» (1977), 93 *Rev. dr. publ.* 1207, donne la définition suivante de l'«État de droit», à la p. 1208:

Dans une formulation théorique, l'état de droit est un système d'organisation dans lequel l'ensemble des rapports sociaux et politiques sont soumis au droit. C'est dire qu'alors, les rapports entre individus mais aussi les rapports entre individus et pouvoirs, s'inscrivent dans un commerce juridique fait de droits et d'obligations.

Voir aussi J. Chevallier, «L'État de droit» (1988), 104 *Rev. dr. publ.* 313, aux pp. 330 et 331, et R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920), vol. 1, aux pp. 488 à 490. Au cœur de l'«État de droit», comme dans l'application de la primauté du droit, se trouve la proposition que les rapports entre l'État et les individus sont régis par le droit.



One must move away from the non-interventionist attitude that surrounded the development of the doctrine of the rule of law to a more global conception of the State as an entity bound by and acting through law. The modern State intervenes in almost every field of human endeavour, and it plays a role that goes far beyond collecting taxes and policing. The State has entered fields where the positions are not so clear-cut; in the realm of social or economic policy, interests diverge, and the State does not seek to enforce a definite and limited social interest in public order, for instance, against an individual. Often the State attempts to realize a series of social objectives, some of which must be balanced against one another, and which sometimes conflict with the interests of individuals. The modern State, while still acting as an enforcer, assumes more and more of an arbitration role.

This arbitration must be done according to law, but often it reaches such a level of complexity that the corresponding enactment will be framed in relatively general terms. In my opinion the generality of these terms may entail a greater role for the judiciary, but unlike some authors (see F. Neumann, *The Rule of Law* (1986), at pp. 238-39), I fail to see a difference in kind between general provisions where the judiciary would assume part of the legislative role and "mechanical" provisions where the judiciary would simply apply the law. The judiciary always has a mediating role in the actualization of law, although the extent of this role may vary.

Indeed, as the ECHR has recognized in *Sunday Times*, *supra*, and particularly in the *Barthold* case, judgment of 25 March 1985, Series A No. 90, at p. 22, and in the case of *Müller and others*, judgment of 24 May 1988, Series A No. 133, at p. 20, laws that are framed in general terms may be better suited to the achievement of their objectives, inasmuch as in fields governed by public policy circumstances may vary widely in time and from one

Il faut écarter l'attitude de non-intervention qui a imprégné le développement de la théorie de la primauté du droit et privilégier une conception plus globale de l'État, considéré comme une entité soumise au droit et agissant par l'intermédiaire du droit. L'État moderne intervient dans presque tous les domaines de l'activité humaine et son rôle va bien au-delà de la levée d'impôts et du maintien de l'ordre. L'État s'est engagé dans des domaines où les fonctions ne sont pas aussi nettement définies; dans la sphère de la politique sociale ou économique, les intérêts divergent et l'État ne cherche pas à faire respecter un intérêt bien déterminé et limité de la société dans l'ordre public, par exemple, à l'encontre d'un particulier. Souvent l'État essaie de réaliser une série d'objectifs sociaux, dont certains doivent être soupesés les uns par rapport aux autres et qui parfois s'opposent aux intérêts de particuliers. Tout en agissant encore comme responsable du respect de la loi, l'État moderne assume de plus en plus le rôle d'arbitre.

Ce rôle d'arbitre doit être exercé conformément à la loi, mais il atteint souvent un tel degré de complexité que le texte de loi correspondant sera couché dans des termes relativement généraux. À mon avis, la généralité de ces termes peut entraîner un rôle plus grand pour le pouvoir judiciaire, mais contrairement à certains auteurs (voir F. Neumann, *The Rule of Law* (1986), aux pp. 238 et 239), je ne vois pas de différence de nature entre les dispositions générales en vertu desquelles le pouvoir judiciaire exercerait en partie le rôle du pouvoir législatif et les dispositions «mécaniques» à l'égard desquelles le pouvoir judiciaire appliquerait simplement la loi. Le pouvoir judiciaire joue toujours un rôle de médiateur dans l'actualisation du droit, encore que l'étendue de ce rôle puisse varier.

En effet, comme la CEDH l'a reconnu dans l'affaire *Sunday Times*, précitée, et en particulier dans l'affaire *Barthold*, arrêt du 25 mars 1985, série A n° 90, aux pp. 21 et 22, et dans l'affaire *Müller et autres*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133, à la p. 20, les lois qui sont conçues en termes généraux sont peut-être mieux faites pour la réalisation de leurs objectifs, en ce sens que, dans les domaines où l'intérêt public est en cause, les circonstances

case to the other. A very detailed enactment would not provide the required flexibility, and it might furthermore obscure its purposes behind a veil of detailed provisions. The modern State intervenes today in fields where some generality in the enactments is inevitable. The substance of these enactments remains nonetheless intelligible. One must be wary of using the doctrine of vagueness to prevent or impede State action in furtherance of valid social objectives, by requiring the law to achieve a degree of precision to which the subject-matter does not lend itself. A delicate balance must be maintained between societal interests and individual rights. A measure of generality also sometimes allows for greater respect for fundamental rights, since circumstances that would not justify the invalidation of a more precise enactment may be accommodated through the application of a more general one.

What becomes more problematic is not so much general terms conferring broad discretion, but terms failing to give direction as to how to exercise this discretion, so that this exercise may be controlled. Once more, an unpermissibly vague law will not provide a sufficient basis for legal debate; it will not give a sufficient indication as to how decisions must be reached, such as factors to be considered or determinative elements. In giving unfettered discretion, it will deprive the judiciary of means of controlling the exercise of this discretion. The need to provide guidelines for the exercise of discretion was at the centre of the ECHR reasons in *Malone, supra*, at pp. 32-33, and the *Leander* case, judgment of 26 March 1987, Series A No. 116, at p. 23.

Finally, I also wish to point out that the standard I have outlined applies to all enactments, irrespective of whether they are civil, criminal, administrative or other. The citizen is entitled to have the State abide by constitutional standards of precision whenever it enacts legal dispositions. In the criminal field, it may be thought that the terms of the

peuvent varier considérablement dans le temps et d'une affaire à l'autre. Un texte de loi très détaillé n'aurait pas la souplesse nécessaire et pourrait en outre masquer ses objectifs derrière un voile de dispositions détaillées. L'État moderne intervient de nos jours dans des domaines où une certaine généralité des textes de loi est inévitable. Mais quant au fond, ces textes restent néanmoins intelligibles. Il faut hésiter à recourir à la théorie de l'imprécision pour empêcher ou gêner l'action de l'État qui tend à la réalisation d'objectifs sociaux légitimes, en exigeant que la loi atteigne un degré de précision qui ne convient pas à son objet. Il y a lieu d'assurer un délicat dosage des intérêts de la société et des droits de la personne. Une certaine généralité peut parfois favoriser davantage le respect des droits fondamentaux car un texte précis pourrait ne pas être invalidé dans certaines circonstances, alors qu'un texte plus général pourrait adéquatement régir ces mêmes circonstances.

Ce qui fait plus problème, ce ne sont pas tant des termes généraux conférant un large pouvoir discrétionnaire, que des termes qui ne donnent pas, quant au mode d'exercice de ce pouvoir, d'indications permettant de le contrôler. Encore une fois, une loi d'une imprécision inacceptable ne fournit pas un fondement suffisant pour un débat judiciaire; elle ne donne pas suffisamment d'indication quant à la manière dont les décisions doivent être prises, tels les facteurs dont il faut tenir compte ou les éléments déterminants. En donnant un pouvoir discrétionnaire qui laisse toute latitude, elle prive le pouvoir judiciaire de moyens de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La nécessité d'énoncer des lignes directrices concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire a été au centre des motifs de la CEDH dans l'affaire *Malone*, précitée, aux pp. 32 et 33, et dans l'affaire *Leander*, arrêt du 26 mars 1987, série A n° 116, à la p. 23.

Pour terminer, je tiens à souligner en outre que la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi. En droit pénal, on peut penser

legal debate should be outlined with special care by the State. In my opinion, however, once the minimal general standard has been met, any further arguments as to the precision of the enactments should be considered at the “minimal impairment” stage of s. 1 analysis.

The doctrine of vagueness can therefore be summed up in this proposition: a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate. This statement of the doctrine best conforms to the dictates of the rule of law in the modern State, and it reflects the prevailing argumentative, adversarial framework for the administration of justice.

#### B. *The Validity of Section 32(1)(c) of the Act*

The offence created by s. 32(1)(c) comprises two material elements:

1. An agreement entered into by the accused (“Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person”); and
2. An undue prevention or lessening of competition flowing from this agreement (“to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance upon persons or property”).

There is furthermore a mental element to this offence, which I will discuss in Part VI of these reasons.

The first element has given rise to some debate throughout the history of competition legislation in Canada, but it is not the prime concern of this appeal. The bulk of the argument before us has been on the second element of s. 32(1)(c), more precisely on the word “unduly”. Only the interveners Association québécoise des pharmaciens propriétaires et al. (hereinafter “AQPP”) presented submissions on other points, and I will deal with them briefly before concentrating on the word

que l’État doit énoncer avec un soin particulier les termes du débat judiciaire. À mon avis, cependant, si on a respecté la norme générale minimale, on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l’étape de l’étude de l’«atteinte minimale» de l’analyse fondée sur l’article premier.

La théorie de l’imprécision peut donc se résumer par la proposition suivante: une loi sera jugée d’une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. Cet énoncé de la théorie est le plus conforme aux préceptes de la primauté du droit dans l’État moderne et il reflète l’économie actuelle du système de l’administration de la justice, qui réside dans le débat contradictoire.

#### B. *La validité de l’al. 32(1)c de la Loi*

L’infraction créée par l’al. 32(1)c comprend deux éléments matériels:

1. Un accord conclu par l’accusé («toute personne qui complotte, se coalise, se concertte ou s’entend avec une autre»);
2. Le fait d’empêcher ou de diminuer la concurrence, résultant de cet accord («pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l’achat, le troc, la vente, l’entreposage, la location, le transport ou la fourniture d’un produit, ou dans le prix d’assurances sur les personnes ou les biens»).

Cette infraction comporte aussi un élément moral, que j’analyserai dans la partie VI des présents motifs.

Le premier élément a donné lieu à un débat depuis le début de la législation sur la concurrence au Canada, mais là n’est pas l’objet principal du présent pourvoi. L’argumentation qui nous a été présentée a porté surtout sur le second élément de l’al. 32(1)c, plus précisément sur le mot «indûment». Seuls les intervenants l’Association québécoise des pharmaciens propriétaires et autres (ci-après l’«AQPP») ont présenté des arguments sur d’autres points, et je vais les étudier brièvement

“unduly”, that is to say, on the test for differentiating between agreements which fall under s. 32(1)(c) of the Act and others which do not.

First of all, the AQPP has argued that the range of agreements covered by s. 32(1)(c) is too wide. This submission bears more on “overbreadth” than vagueness, and it shows the dangers of too great a reliance on this concept. In order to claim that s. 32(1)(c) covers too many types of agreements, some idea as to its proper scope must be explicitly or implicitly advanced. Section 32(1)(c) must be too broad in the light of some *Charter* right, if one is to find a *Charter* violation. Setting aside the vagueness issue, the AQPP does not argue that s. 32(1)(c) imposes a grossly disproportionate punishment, jeopardizes the impartiality of the tribunal, or interferes with some other *Charter* right. The AQPP might find that the scope of the section is too broad with respect to the objectives of the State in fostering free competition. Absent a violation of the *Charter*, though, the mere fact that the State may have reached for more than its objectives might have warranted is no ground for constitutional redress. In effect, the AQPP argument rests on an implicit assumption that some agreements or some persons are entitled to escape the application of competition law, presumably because of their smallness or their innocuity. Our constitution knows of no right to be shielded from economic regulation on such grounds. Claims of overbreadth should not be used to masquerade an absence of constitutional foundation. In the instant case any excess in the scope of s. 32(1)(c) would only be the result of the alleged vagueness of the word “unduly”, and claims of overbreadth will succeed or fail accordingly.

Furthermore, the AQPP has claimed that the Act, in giving enforcement authorities, under certain circumstances, a discretion between penal and civil recourses, leaves them with too much discretion. The source of this allegedly excessive discre-

avant de me concentrer sur le terme «indûment», c'est-à-dire sur le critère selon lequel doit être établie la distinction entre les accords qui sont visés par l'al. 32(1)c) et ceux qui ne le sont pas.

Premièrement, l'AQPP a soutenu que la gamme des accords visés par l'al. 32(1)c) est trop large. Cet argument se rapporte plus à la «portée excessive» qu'à l'imprécision et il illustre les dangers auxquels on s'expose en s'appuyant trop sur cette notion. Pour affirmer que l'al. 32(1)c) vise un trop grand nombre d'accords, il faut avancer explicitement ou implicitement une idée de ce qui constituerait sa portée convenable. L'alinéa 32(1)c) doit être trop large par rapport à un droit garanti par la *Charte*, pour qu'il y ait violation de la *Charte*. Mettant de côté la question de l'imprécision, l'AQPP ne soutient pas que l'al. 32(1)c) impose une peine exagérément disproportionnée, compromet l'impartialité du tribunal ou porte atteinte à un autre droit garanti par la *Charte*. L'AQPP pourrait estimer que la portée de la disposition est trop grande eu égard aux objectifs de l'État pour ce qui est de favoriser la libre concurrence. Faute de violation de la *Charte*, toutefois, le simple fait que l'État a peut-être voulu aller au-delà de ses objectifs ne saurait justifier une réparation sur le plan constitutionnel. En effet, l'argument de l'AQPP repose sur l'hypothèse implicite que certains accords ou certaines personnes peuvent être soustraits à l'application de la loi sur la concurrence, vraisemblablement en raison de leur faible importance ou de leur innocuité. Sous le régime de notre Constitution, aucun droit n'échappe à la réglementation économique pour de tels motifs. On ne saurait arguer de la portée excessive pour masquer l'absence de fondement constitutionnel. En l'espèce, toute portée excessive de l'al. 32(1)c) ne serait que le résultat de l'imprécision alléguée du mot «indûment», et la validité des arguments relatifs à la portée excessive dépend de la conclusion qui sera tirée quant à l'imprécision.

Par surcroît, l'AQPP a affirmé que la Loi qui permet, dans certaines circonstances, aux personnes responsables de son application de choisir entre des poursuites au criminel ou au civil, leur attribue un pouvoir discrétionnaire trop grand. La

tion lies in the structure of the Act and not in s. 32(1)(c) of the Act itself. This claim lies beyond the *lis* of this case, but I will nevertheless address it. The AQPP argues that the Act, because of the extent of overlap between its central provisions dealing with conspiracies, abuses of dominant position and mergers, confers on the Director of Investigation and Research an excessive discretion to choose between so-called "civil" recourses before the Competition Tribunal and criminal recourses. The AQPP further adds that s. 30(2) of the Act (now s. 34(2)) gives the Director a choice between a criminal prosecution and a prohibition order, when seeking relief before the criminal courts.

In the first place, what the AQPP brands as an arbitrary power given to the Director does not correspond to the kind of excessive enforcement discretion leading to concerns about the vagueness of the law. It is not submitted that the law, because of its imprecision, essentially gives the Director a power to convict from the moment a prosecution is brought against a person under the Act. The choice between criminal and civil/administrative remedies is and remains the sole concern of the AQPP, and this concern does not relate to the doctrine of vagueness. The thrust of the AQPP is more akin to double jeopardy. In this respect, it must be said that, except for s. 32(1)(c), the options open to the Director do not qualify for the application of s. 11(h), following *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, and *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3. Moreover, the *Charter* does not prevent Parliament from creating offences that may overlap. The guarantees against double jeopardy found in s. 11(h) and perhaps also s. 7 of the *Charter* apply only to proceedings, not to legal enactments. Even then, it is apparent that Parliament has added ss. 32.01, 51(7) and 70 to the Act (now ss. 45.1, 79(7) and 98) precisely in order to prevent multiple proceedings against a person on the same or a similar factual basis.

source de ce pouvoir prétendument excessif se trouve dans la structure de la Loi et non dans l'al. 32(1)c) comme tel. Cet argument ne ressortit pas au présent litige, mais je l'examinerai néanmoins. L'AQPP affirme que la Loi, en raison de l'importance du chevauchement des dispositions centrales relatives aux complots, à l'abus de position dominante et aux fusions, confère au directeur des enquêtes et recherches un pouvoir discrétionnaire excessif quant au choix de poursuites dites «civiles» devant le Tribunal de la concurrence ou de poursuites criminelles. L'AQPP ajoute que le par. 30(2) de la Loi (maintenant le par. 34(2)) donne au directeur le choix entre une poursuite criminelle et une ordonnance d'interdiction, s'il veut obtenir une réparation d'une cour criminelle.

Premièrement, ce que l'AQPP qualifie de pouvoir arbitraire attribué au directeur ne correspond pas au type de pouvoir discrétionnaire excessif, quant à l'application de la Loi, qui suscite des inquiétudes au sujet de l'imprécision de la Loi. Elle ne soutient pas que la Loi, à cause de son imprécision, donne essentiellement au directeur le pouvoir de déclarer une personne coupable dès que des poursuites sont engagées. Le choix entre la réparation civile/administrative ou pénale est et demeure la seule préoccupation de l'AQPP et cette préoccupation n'a aucun lien avec la théorie de l'imprécision. C'est un argument qui tient davantage du double péril. À cet égard, il faut dire que, sauf pour ce qui est de l'al. 32(1)c), les options dont peut se prévaloir le directeur ne remplissent pas les conditions d'application de l'al. 11h), suivant les arrêts *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, et *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3. De plus, la *Charte* n'empêche pas le législateur de créer des infractions qui peuvent se chevaucher. Les garanties contre le double péril, énoncées à l'al. 11h) et peut-être à l'art. 7 de la *Charte*, s'appliquent seulement aux poursuites, non aux textes de loi. Même alors, il est évident que le législateur a ajouté l'art. 32.01, le par. 51(7) et l'art. 70 à la Loi (maintenant l'art. 45.1, le par. 79(7) et l'art. 98) précisément afin d'empêcher de multiples inculpations contre la même personne fondées sur les mêmes faits ou sur des faits semblables.

The additional arguments of the AQPP therefore fail, and I will now consider the alleged vagueness of s. 32(1)(c) of the Act.

1. “Unduly” in the Decisions of this Court

This Court has already interpreted the word “unduly” on a number of occasions, namely in *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] S.C.R. 276; *Container Materials Ltd. v. The King*, [1942] S.C.R. 147; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, *supra*; *Aetna Insurance Co. v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 731, and *Atlantic Sugar Refineries Co. v. Attorney General of Canada*, *supra*. I will not proceed to a lengthy survey of these decisions (this has been done in *Aetna Insurance*).

The meaning of “unduly” has usually been described by reference to various synonyms. In *Weidman*, Anglin J. adopted the string of synonyms given in *R. v. Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505 (Ont. C.A.), at p. 520 (“improper, inordinate, excessive or oppressive”). This string has been mentioned in all subsequent judgments of this Court on the issue. In *Howard Smith*, Cartwright J. sought to restate the law and introduced what was branded as the “virtual elimination of competition” criterion. Cartwright J. was in minority in that case, and furthermore a close reading of his reasons reveals that he might not have intended to depart from the existing law (see the dissenting reasons of Laskin J.A. (as he then was) in *R. v. J. J. Beamish Construction Co.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 260 (Ont. C.A.), at p. 285). Nevertheless, given that a controversy had arisen, Parliament saw fit to add s. 32(1.1) to the Act, thus dispelling any doubt as to the state of the law. Anglin J.’s reasons in *Weidman* remain authoritative. Instead of adding to this string of synonyms, I will adopt the reasons of Clarke C.J.N.S. in the instant case at p. 157:

While the word unduly is not defined by statute and defies precise measurement, it is a word of common

Il y a donc lieu de repousser les arguments supplémentaires de l’AQPP, et j’étudierai maintenant l’imprécision alléguée de l’al. 32(1)c) de la Loi.

1. «Indûment» dans les arrêts de notre Cour

Notre Cour a déjà interprété le mot «indûment» à plusieurs reprises, savoir dans les arrêts *Weidman c. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. c. The King*, [1929] R.C.S. 276; *Container Materials Ltd. c. The King*, [1942] R.C.S. 147; *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, précité; *Aetna Insurance Co. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 731, et *Atlantic Sugar Refineries Co. c. Procureur général du Canada*, précité. Je ne ferai pas une longue analyse de ces arrêts (cela a été fait dans l’arrêt *Aetna Insurance*).

Le sens du terme «indûment» a d’ordinaire été précisé par divers synonymes. Dans l’arrêt *Weidman*, le juge Anglin a adopté une liste de synonymes donnés dans l’arrêt *R. c. Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505 (C.A. Ont.), à la p. 520 ([TRADUCTION] «illégitime, immodéré, excessif ou oppressif»). Cette liste a été reprise dans tous les arrêts ultérieurs de notre Cour sur cette question. Dans l’arrêt *Howard Smith*, le juge Cartwright a tenté d’exposer l’état du droit dans de nouveaux termes et a introduit ce que l’on a appelé le critère de [TRADUCTION] «la quasi-élimination de la concurrence». Le juge Cartwright était minoritaire et il ressort d’un examen minutieux de ses motifs qu’il n’a peut-être pas voulu écarter les règles antérieures (voir les motifs de dissidence du juge Laskin (plus tard Juge en chef du Canada) dans l’arrêt *R. c. J. J. Beamish Construction Co.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 260 (C.A. Ont.), à la p. 285). Néanmoins, le législateur, étant donné la controverse, a jugé opportun d’ajouter le par. 32(1.1) à la Loi, dissipant ainsi tout doute quant à l’état du droit. Les motifs du juge Anglin dans l’arrêt *Weidman* continuent de faire autorité. Au lieu de rallonger cette liste de synonymes, j’adopte les propos du juge en chef Clarke de la Nouvelle-Écosse dans la présente espèce, à la p. 157:

[TRADUCTION] Certes, le mot indûment n’est pas défini par la loi et n’est pas susceptible de mesure pré-

usage which denotes to all of us in one way or another a sense of seriousness. Something affected unduly is not affected to a minimal degree but to a significant degree.

Clarke C.J.N.S. has touched upon the very nature of "unduly": while this word does not have a precise technical meaning, it does have a common meaning, and it expresses a notion of seriousness or significance.

Nothing more will be gained by a semantic inquiry into the meaning of "unduly". Such an inquiry is a beginning, however, not an end. The appellants and the AQPP were content with pointing out the generality of "unduly" and arguing that any other consideration pertaining to s. 32(1)(c) is a question of fact, following *Container Materials*. According to the appellants, since the determination of whether the restriction on competition was undue is a question of fact, not subject to appellate review, no conclusion can be drawn from the case law. This argument rests on a mistaken perception of the distinction between questions of fact and questions of law.

In the context of s. 32(1)(c), the process followed and the criteria used to arrive at a determination of "undueness" are questions of law and as such are reviewable by an appellate court. The application of this process and these criteria, that is the full inquiry, often involving complicated economic issues, into whether the impugned agreement was an undue restriction on competition, remains a question of fact. The general rule that appellate courts should be reluctant to venture into a re-examination of the factual conclusions of the trial judge applies with special force in a complex matter such as here.

The legal content of s. 32(1)(c), however, is not exhausted by a search for the meaning of unduly. Section 32(1)(c) must not be taken in a vacuum. Its interpretation is conditioned, first of all, by the purposes of the Act. Furthermore, its content is enriched by the rest of the section in which it is found and by the mode of inquiry adopted by

cise, mais c'est un mot d'usage courant qui dénote aux yeux de tous d'une manière ou d'une autre un sentiment de gravité. Quelque chose qui est indûment soumis à un effet ne l'est pas à un degré minime, mais à un degré important.

Le juge en chef Clarke a abordé l'essence même du mot «indûment»: si ce terme n'a pas de sens technique précis, il a un sens ordinaire et il exprime la gravité ou l'importance.

L'analyse sémantique du mot «indûment» n'apportera rien de plus. Cette analyse constitue toutefois un début, non une fin. Les appelants et l'AQPP se sont contentés de signaler la généralité du mot «indûment» et de soutenir que toute autre considération touchant l'al. 32(1)c) était une question de fait, suivant l'arrêt *Container Materials*. D'après les appelants, puisque la question de savoir si la limitation de la concurrence était indue est une question de fait, ne donnant pas lieu à révision en appel, on ne peut tirer aucune conclusion de la jurisprudence. Cet argument repose sur une mauvaise perception de la distinction entre les questions de fait et les questions de droit.

Dans le contexte de l'al. 32(1)c), le processus suivi et les critères utilisés pour déterminer le caractère «indu» sont des questions de droit et comme telles sont susceptibles de révision par une cour d'appel. L'application de ce processus et de ces critères, c'est-à-dire l'examen complet, portant souvent sur des questions d'ordre économique compliquées, en vue de déterminer si l'accord attaqué était une limitation indue de la concurrence, reste une question de fait. La règle générale voulant que les cours d'appel devraient hésiter à réexaminer les conclusions de fait du juge du procès s'applique avec une force particulière dans une affaire complexe comme la présente.

L'analyse juridique du contenu de l'al. 32(1)c) ne se réduit cependant pas au sens du mot «indûment». Il ne faut pas étudier l'al. 32(1)c) dans l'absolu. Son interprétation est tributaire, avant tout, des objectifs de la Loi. De plus, son contenu est enrichi par le reste de l'article dans lequel il est situé et par le mode d'examen retenu par les tribu-

courts as they have ruled under it. These are matters of law, pertaining to the determination of undue ness under s. 32(1)(c), and as such most relevant. I will look at each in turn.

## 2. The Act, Section 32(1)(c) and Canadian Public Policy

At the outset, it must be noted that the Act is central to Canadian public policy in the economic sector, and that s. 32 is itself one of the pillars of the Act.

The history of competition legislation in Canada dates back to 1889, with the *Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade*, S.C. 1889, c. 41 (hereinafter the "1889 Act"). In fact, the 1889 Act came into force before the American *Sherman Act*, c. 647, 26 Stat. 209 (1890), codified as amended at 15 U.S.C. §§ 1-7, generally seen as the primogenitor of competition law. The 1889 Act created in s. 1 the offence of "combining for the purpose of unlawfully hindering competition", in substance the direct ancestor to s. 32(1) of the Act.

The 1889 Act was perhaps the first major foray by Parliament in the realm of economic policy. As B. Dunlop, D. McQueen and M. Trebilcock, *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis* (1987), point out at p. 42, the common law of restraint of trade was very much anchored within a private law framework, and was not concerned with broader interests in the proper functioning of the economy. The 1889 Act introduced these interests in Canadian law (see *Container Materials*, *supra*, at p. 152, *per* Duff C.J.).

The content of the 1889 Act was progressively enlarged, until it grew into the current Act. In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, Dickson C.J. wrote for the Court at p. 676:

naux qui l'ont interprété et appliqué. Ce sont des questions de droit, qui se rapportent à la détermination du caractère indu au regard de l'al. 32(1)(c) et qui sont, comme telles, des plus pertinentes. Je vais les étudier séparément.

## 2. La Loi, l'al. 32(1)(c) et l'intérêt public au Canada

Tout d'abord, il faut noter que la Loi est un élément central de l'intérêt public du Canada en matière économique et que l'art. 32 est lui-même l'un des piliers de la Loi.

La législation canadienne sur la concurrence remonte à l'Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce, S.C. 1889, ch. 41 (la «Loi de 1889»). En fait, la Loi de 1889 est entrée en vigueur avant la *Sherman Act* américaine, ch. 647, 26 Stat. 209 (1890), modifiée et codifiée au 15 U.S.C., art. 1 à 7, tenue généralement pour la source première de la loi sur la concurrence. La Loi de 1889 a créé à l'article premier l'infraction appelée «coalition dans le but de limiter la concurrence», essentiellement l'ancêtre direct du par. 32(1) de la Loi.

La Loi de 1889 a peut-être été la première incursion importante du législateur dans le domaine de la politique économique. Comme B. Dunlop, D. McQueen et M. Trebilcock le soulignent dans *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis* (1987), à la p. 42, les règles de common law en matière de restriction du commerce étaient bien ancrées dans la tradition du droit privé et ne touchaient pas les intérêts plus larges que met en jeu le bon fonctionnement de l'économie. La Loi de 1889 a introduit ces intérêts en droit canadien (voir l'arrêt *Container Materials*, précité, à la p. 152 (le juge en chef Duff)).

Le contenu de la Loi de 1889 a été progressivement élargi, pour finalement prendre la forme de la loi actuelle. Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, le juge en chef Dickson écrit, au nom de la Cour, à la p. 676:



From this overview of the *Combines Investigation Act* I have no difficulty in concluding that the Act as a whole embodies a complex scheme of economic regulation. The purpose of the Act is to eliminate activities that reduce competition in the market-place. The entire Act is geared to achieving this objective. The Act identifies and defines anti-competitive conduct. It establishes an investigatory mechanism for revealing prohibited activities and provides an extensive range of criminal and administrative redress against companies engaging in behaviour that tends to reduce competition.

The Act can thus be seen as a central and established feature of Canadian economic policy.

Section 32(1)(c) of the Act moreover is its oldest provision. Even today, it remains at the core of the criminal part of the Act. The prohibition of conspiracies in restraint of trade is the epitome of competition law, finding its place in every competition law, from §1 of the *Sherman Act* to Article 85 of the *Treaty establishing the European Economic Community* (hereinafter "*Treaty of Rome*"). Section 32(1)(c) of the Act is not just another regulatory provision. It definitely rests on a substratum of values, a finding which must be kept in mind in the course of the vagueness analysis.

This Court has made numerous remarks on the public policy interests underlying s. 32(1)(c) of the Act. These remarks, found in *Weidman, Stinson-Reed, Container Materials*, and *Aetna Insurance*, *supra*, are perhaps best summarized in this passage from the majority judgment in *Howard Smith*, *supra*, at p. 411:

The statute proceeds upon the footing that the preventing or lessening of competition is in itself an injury to the public. It is not concerned with public injury or public benefit from any other standpoint.

Considerations such as private gains by the parties to the agreement or counterbalancing efficiency gains by the public lie therefore outside of the

Il m'est facile de conclure de cet aperçu général de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qu'elle comporte un système de réglementation économique complexe. La Loi a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence.

La Loi peut donc être qualifiée d'instrument central et établi de la politique économique du Canada.

L'alinéa 32(1)c) de la Loi en est de plus la disposition la plus ancienne. Même aujourd'hui, il reste au cœur de la partie pénale de la Loi. L'interdiction des complots visant à restreindre le commerce représente la quintessence de la législation sur la concurrence et elle a sa place dans toute loi sur la concurrence, du premier article de la *Sherman Act* à l'article 85 du *Traité instituant la Communauté économique européenne* (ci-après le «*Traité de Rome*»). L'alinéa 32(1)c) n'est pas seulement une autre disposition réglementaire. Il repose sans aucun doute sur un substrat de valeurs, conclusion qu'il ne faut pas oublier quand on analyse la question de l'imprécision.

Notre Cour a fait de nombreuses observations sur les considérations d'intérêt public que met en cause l'al. 32(1)c) de la Loi. Ces observations, on les trouve dans les arrêts *Weidman, Stinson-Reed, Container Materials* et *Aetna Insurance*, précités, mais c'est peut-être dans le passage qui suit du jugement de la majorité dans l'arrêt *Howard Smith*, précité, qu'elles sont le mieux résumées, à la p. 411:

[TRADUCTION] La loi est établie sur le principe que le fait d'empêcher ou de diminuer la concurrence porte en soi préjudice au public. C'est uniquement de ce point de vue qu'elle s'intéresse au préjudice porté au public ou à l'avantage tiré par le public.

Les facteurs tels les avantages personnels tirés par les parties à l'accord ou les gains d'efficacité avantageux pour le public n'entrent donc pas en jeu

inquiry under s. 32(1)(c). Competition is presumed by the Act to be in the public benefit. The only issue is whether the agreement impairs competition to the extent that it will attract liability.

The peculiar nature of the inquiry under s. 32(1)(c) of the Act becomes apparent when it is compared with § 1 of the *Sherman Act*. Since the inception of the *Sherman Act*, American antitrust law has developed the two paradigms of adjudication known as the “*per se* rule” and the “rule of reason”. The former attaches consequences to precisely-defined acts, irrespective of surrounding circumstances, whereas the latter is more general and invites in-depth inquiry into the details of the operation. The distinction between the two is not airtight, as leading authors have shown (see 7 P. Areeda, *Antitrust Law* ¶ 1511 (1987 & Supp. 1990)).

Section 32(1)(c) of the Act lies somewhere on the continuum between a *per se* rule and a rule of reason. It does allow for discussion of the anti-competitive effects of the agreement, unlike a *per se* rule, which might dictate that all agreements that lessen competition attract liability. On the other hand, it does not permit a full-blown discussion of the economic advantages and disadvantages of the agreement, like a rule of reason would. Since “unduly” in s. 32(1)(c) leads to a discussion of the seriousness of the competitive effects, but not of all relevant economic matters, one may say that this section creates a partial rule of reason.

The public policy objectives of s. 32(1)(c) of the Act already offer a clear idea of what is meant by “unduly” lessening competition, and what kind of inquiry is mandated. In fact, s. 32(1)(c) embodies a general standard, much like art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* or s. 219 of the *Criminal Code*, for that matter. It represents an intelligible principle, one that carries meaning and that has conceptual force. In all its generality, however, it cannot readily be applied to a factual situation to yield an answer. Few legal norms are so

dans l'examen fondé sur l'al. 32(1)c). La Loi présume qu'il y va de l'intérêt général de préserver la concurrence. La seule question est de savoir si l'accord nuit à la concurrence au point d'engager la responsabilité.

La nature particulière de l'examen exigé par l'al. 32(1)c) de la Loi devient manifeste lorsqu'on le rapproche de l'art. 1 de la *Sherman Act*. Depuis l'adoption de cette loi, la législation antitrust américaine a retenu deux paradigmes relatifs aux décisions judiciaires: la «règle *per se*» et la «règle de la raison». Suivant la première, des conséquences découlent d'actes définis avec précision, peu importe les circonstances, tandis que la seconde est plus générale et commande un examen plus approfondi des détails de l'opération. La distinction entre les deux n'est pas étanche, comme l'ont montré des auteurs éminents (voir 7 P. Areeda, *Antitrust Law* ¶ 1511 (1987 et suppl. 1990)).

L'alinéa 32(1)c) de la Loi se trouve quelque part dans le continuum allant de la règle *per se* à la règle de la raison. Il permet l'examen des effets de l'accord néfastes à la concurrence, contrairement à une règle *per se*, qui pourrait prescrire que tous les accords qui réduisent la concurrence engagent la responsabilité. En revanche, il n'autorise pas l'étude minutieuse des avantages et des inconvénients de l'accord sur le plan économique, comme le ferait une règle de la raison. Comme le terme «indûment» employé à l'al. 32(1)c) nous amène à examiner la gravité des effets sur la concurrence, mais non tous les éléments économiques pertinents, on pourrait dire que cette disposition crée en partie une règle de la raison.

Dans l'optique de la politique d'intérêt public, les objectifs de l'al. 32(1)c) de la Loi offrent déjà une idée claire de ce que signifie réduire «indûment» la concurrence et du type d'examen qu'il commande. En fait, l'al. 32(1)c) énonce une norme générale, à l'instar de l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada* ou d'ailleurs de l'art. 219 du *Code criminel*. Il représente un principe intelligible, qui a un sens et une acception signifiante. Dans toute sa généralité, toutefois, il ne peut pas s'appliquer facilement à une situation de fait pour apporter une réponse. Peu de normes juridiques s'y prêtent.

The accused may actually be favoured by having a clear statement of principle, inasmuch as it contains the "spirit" as well as the letter of the law. Even when considered without the rest of the Act and case law, I would be inclined to say that s. 32(1)(c) of the Act is sufficiently precise to meet the constitutional standard. It outlines an area of risk, agreements that lessen or prevent competition, and imposes some boundaries on enforcement discretion, inasmuch as courts will scrutinize the impact of the agreement on competition to see if it runs against our public policy of free competition.

### 3. The Content of the Inquiry under Section 32(1)(c) of the Act

In addition, s. 32(1)(c) is made even more precise when one considers the content of the inquiry it mandates.

Since the few cases that have been considered by this Court always involved agreements where the effects on competition were easily ascertainable, this Court has never had the opportunity to consider the process whereby the undueness of the restriction on competition is assessed. In the context of this *Charter* inquiry into the alleged vagueness of s. 32(1)(c) of the Act, a survey of the rest of the section, together with lower court decisions and doctrinal writings, will show that adjudication under s. 32(1)(c) follows a definite process that eliminates any vagueness that might remain.

First of all, there are two major elements to this inquiry, that is (1) the structure of the market and (2) the behaviour of the parties to the agreement. As a preliminary step, definition of the relevant market is required. Many decisions have explicitly adopted this approach (*R. v. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275, at p. 303; *J. J. Beamish, supra*, at pp. 271 and 273; *R. v. Canadian Coat and Apron Supply Ltd.*, [1967] 2 Ex. C.R. 53, at p. 68; *R. v. Anthes Business Forms Ltd.* (1975), 26 C.C.C. (2d) 349 (Ont. C.A.), at pp. 375-76, and *R. v. Canadian General*

En réalité, un énoncé clair d'un principe peut jouer en faveur de l'accusé en ce sens qu'il contient l'«esprit» aussi bien que la lettre de la loi. Même sans l'examiner à la lumière du reste de la Loi et de la jurisprudence, je serais enclin à dire que l'al. 32(1)c) est assez précis pour satisfaire à la norme constitutionnelle. Il trace les limites d'une sphère de risque, soit les accords qui réduisent ou empêchent la concurrence, et impose certaines limites au pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi, dans la mesure où les tribunaux analyseront les répercussions de l'accord sur la concurrence pour voir s'il bat en brèche l'intérêt public dans la libre concurrence.

### 3. L'objet de l'examen exigé par l'al. 32(1)c) de la Loi

En outre, l'al. 32(1)c) devient encore plus précis quand on considère ce sur quoi porte l'examen qu'il exige.

Comme les rares affaires que notre Cour a étudiées concernaient toujours des accords dont les effets sur la concurrence étaient faciles à vérifier, elle n'a jamais eu l'occasion d'étudier le processus d'évaluation du caractère indu de la restriction de la concurrence. Dans le contexte du présent examen, fondé sur la *Charte*, de l'imprécision alléguée de l'al. 32(1)c) de la Loi, l'analyse du reste de la disposition, ainsi que de la jurisprudence des tribunaux d'instance inférieure et de la doctrine, montrera que les décisions judiciaires relatives à l'al. 32(1)c) suivent un processus bien déterminé qui élimine toute imprécision qui pourrait subsister.

Tout d'abord, cet examen comporte deux éléments principaux, c'est-à-dire premièrement, la structure du marché et deuxièmement, le comportement des parties à l'accord. À titre préliminaire, il faut définir le marché pertinent. Cette démarche a été adoptée dans de nombreux arrêts: *R. c. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 275, à la p. 303; *J. J. Beamish*, précité, aux pp. 271 et 273; *R. c. Canadian Coat and Apron Supply Ltd.*, [1967] 2 R.C. de l'É. 53, à la p. 68; *R. c. Anthes Business Forms Ltd.* (1975), 26 C.C.C. (2d) 349 (C.A. Ont.), aux pp. 375 et 376, et *R. c. Canadian*

*Electric Co.* (1976), 34 C.C.C. (2d) 489 (Ont. H.C.), at p. 500).

I will not venture into the intricacies of outlining the relevant market, other than to repeat that it comprises both geographical and product or service aspects, as was stated in *J. W. Mills*, at p. 303. Definition of the relevant market is a fairly circumscribed process, even though it may require considerable inquiry (see *R. v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (1984), 3 C.P.R. (3d) 233 (Ont. H.C.)).

The structure-behaviour framework of analysis remains merely a convenient way of approaching conspiracy problems, and it should not be seen as a rite of passage. Indeed to a certain extent the determination of whether an agreement unduly restricts competition involves an examination not only of market structure and firm behaviour separately, but also of the relationship between them, as Gibson J. remarked in *J. W. Mills*, at p. 309.

(a) *Market Structure*

The appellants and the AQPP have devoted a substantial part of their argument to a demonstration that no clear market-share guideline can be found in the cases. They have brought to the attention of this Court two works, W. T. Stanbury, *Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform* (1989), cited with approval in *Association québécoise des pharmaciens propriétaires v. Canada (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 205 (Sup. Ct.), and Stanbury and G. B. Reschenthaler, "Reforming Canadian Competition Policy: Once More unto the Breach" (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381, where the authors express doubts about the possibility of discerning a market-share threshold for liability in conspiracy cases. Indeed market share as such cannot suffice to conclude on the structure of the market, and s. 32(1)(c) would lose some of its effectiveness and would stray from its objectives if it

*General Electric Co.* (1976), 34 C.C.C. (2d) 489 (H.C. Ont.), à la p. 500.

Je ne me risquerai pas à dépeindre les complexités de la détermination du marché pertinent, sauf pour répéter que celui-ci s'entend autant du territoire que du produit ou du service, comme on l'a dit dans l'arrêt *J. W. Mills*, à la p. 303. La définition du marché pertinent est un processus assez bien circonscrit, encore qu'elle puisse exiger une longue analyse (voir l'affaire *R. c. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (1984), 3 C.P.R. (3d) 233 (H.C. Ont.)).

Le schème d'analyse axé sur la structure et le comportement ne reste qu'une méthode pratique d'examen des problèmes que posent les complots et il ne saurait être assimilé à un rite de passage. En effet, dans une certaine mesure, la décision sur la question de savoir si un accord restreint indûment la concurrence suppose l'examen non seulement de la structure du marché et du comportement de l'entreprise pris séparément, mais encore des rapports entre ces éléments, comme l'a fait observer le juge Gibson dans l'arrêt *J. W. Mills*, à la p. 309.

a) *La structure du marché*

Les appelants et l'AQPP ont consacré une partie importante de leur argumentation à la proposition que la jurisprudence n'énonce aucune ligne directrice claire quant à la part du marché. Ils ont attiré l'attention de notre Cour sur deux ouvrages: W. T. Stanbury, *Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform* (1989), cité et approuvé dans l'affaire *Association québécoise des pharmaciens propriétaires c. Canada (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 205 (C.S.), et Stanbury et G. B. Reschenthaler, «Reforming Canadian Competition Policy: Once More unto the Breach» (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381, où les auteurs doutent de la possibilité de discerner dans les affaires de complot, relativement à la part de marché, un seuil au-delà duquel la responsabilité serait engagée. En effet, la part du marché en soi ne suffit pas pour en arriver à une conclusion à propos de la structure du marché et l'al. 32(1)(c)

incorporated a market-share threshold. Market share alone is not determinative, as was rightly pointed out in *Canadian General Electric*, at p. 501.

The aim of the market structure inquiry is to ascertain the degree of market power of the parties to the agreement, as was said in *Canadian Coat & Apron Supply Ltd.*, at p. 64. In this respect, many factors other than market share are relevant. Some were listed in *J. W. Mills*, at pp. 307-8: (1) the number of competitors and the concentration of competition, (2) barriers to entry, (3) geographical distribution of buyers and sellers, (4) differences in the degree of integration among competitors, (5) product differentiation, (6) countervailing power and (7) cross-elasticity of demand (see also *Canadian General Electric*, *supra*). This list is not limitative: for instance, I note that in its *1984 Merger Guidelines*, 49 Fed. Reg. 26823, the United States Department of Justice, Antitrust Division, proposed the ability to raise prices on a given product by five percent over a year without losses as the yardstick for market power. This approach may or may not be appropriate in the context of s. 32(1)(c) of the Act.

Market power is the ability to behave relatively independently of the market. This is precisely what s. 32(1)(c) of the Act seeks to prevent. As this Court has always held in its previous judgments, the aim of the Act is to secure for the Canadian public the benefit of free competition. Excessive market power runs against the objectives of the Act. When it occurs in the context of a conspiracy to restrict competition, s. 32(1)(c) will apply. It can be presumed that Parliament did not wish s. 32(1)(c) to apply in the absence of market power. Absent such power, agreements to restrict competition would either benefit the public by allowing small firms to consolidate their position and be more competitive, or dissolve under com-

perdrait une partie de son efficacité et s'écarterait de ses objectifs si un seuil y était incorporé quant à la part du marché. En soi, la part du marché n'est pas déterminante, comme on l'a souligné avec raison dans l'affaire *Canadian General Electric*, à la p. 501.

Le but de l'examen de la structure du marché est de vérifier le degré de puissance commerciale des parties, comme on l'a dit dans l'affaire *Canadian Coat & Apron Supply Ltd.*, à la p. 64. À cet égard, nombre de facteurs autres que la part du marché sont pertinents. Certains ont été énumérés dans l'arrêt *J. W. Mills*, aux pp. 307 et 308: (1) le nombre de concurrents et la concentration de la concurrence; (2) les obstacles à l'entrée; (3) la répartition géographique des acheteurs et des vendeurs; (4) les différences dans les degrés d'intégration des concurrents; (5) la différenciation des produits; (6) le pouvoir compensatoire et (7) l'élasticité croisée de la demande (voir aussi l'affaire *Canadian General Electric*, précitée). Cette liste n'est pas exhaustive: par exemple, je note que dans ses *1984 Merger Guidelines*, 49 Fed. Reg. 26823, le département de la Justice des États-Unis, Division antitrust, propose que la capacité de hausser les prix d'un produit donné de cinq pour cent en un an sans perte soit la mesure de la puissance commerciale. Cette méthode peut convenir ou pas dans le contexte de l'al. 32(1)(c) de la Loi.

La puissance commerciale est la capacité d'agir de manière assez indépendante du marché. C'est ce que l'al. 32(1)(c) de la Loi vise précisément à empêcher. Comme notre Cour l'a toujours déclaré dans ses arrêts, le but de la Loi est de faire en sorte que le public canadien bénéficie de la libre concurrence. La puissance commerciale excessive va à l'encontre des objectifs de la Loi. Si elle se manifeste par un complot en vue de restreindre la concurrence, l'al. 32(1)(c) sera applicable. On peut présumer que le législateur n'a pas voulu que l'al. 32(1)(c) s'applique en l'absence de puissance commerciale. Faute de puissance commerciale, les accords tendant à restreindre la concurrence soit favoriseraient le public, en permettant aux petites entreprises de renforcer leur position et d'être plus concurrentielles, soit seraient dissous par suite des

petitive pressures (see Dunlop et al., *supra*, at p. 114).

The level of market power necessary to trigger the application of s. 32(1)(c) is not necessarily the same as for other sections of the Act. For instance, s. 51 of the Act (now s. 79), prohibiting abuses of dominant position, contemplates at subs. (1)(a) that the holders of the dominant position "substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business". The required degree of market power under s. 51 of the Act comprises "control", and not simply the ability to behave independently of the market.

The application of s. 32(1)(c) of the Act does not presuppose such a degree of market power, as s. 32(1.1) clearly enunciates. Parties to the agreement need not have the capacity to influence the market. What is more relevant is the capacity to behave independently of the market, in a passive way. A moderate amount of market power is required to achieve this (see *R. v. Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201 (Que. Q.B. (Crown side)), at pp. 249-52).

I note that the competition law of both the United States and the European Communities comprises an analogous requirement of minimal market power in cases of agreements to restrain competition.

In the United States, the nature of the impugned restraints will determine whether they are assessed according to a *per se* rule or a rule of reason. This operation has diverted much attention away from the substance of § 1 of the *Sherman Act* and, to correct this, the Supreme Court has to a certain extent blurred the distinction between the two approaches in *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984). There the United States Supreme Court held that naked restrictions on price and output did not require a finding of market power, for their unreasonableness could be presumed (at pp. 100-101, 109-10). The possibility of *per se* rules allows for a

pressions de la concurrence (voir Dunlop et autres, *op. cit.*, à la p. 114).

Le niveau de puissance commerciale requis pour que l'al. 32(1)c) soit applicable n'est pas nécessairement le même que dans le cas d'autres articles de la Loi. Par exemple, à l'art. 51 de la Loi (maintenant l'art. 79), qui interdit l'abus de position dominante, il est question, à l'al. (1)a), de personnes qui ont une position dominante et qui «contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions». Le degré requis de puissance commerciale au sens de l'art. 51 de la Loi comprend le «contrôle» et non simplement la capacité d'agir indépendamment du marché.

L'applicabilité de l'al. 32(1)c) de la Loi ne présume pas un tel degré de puissance commerciale, comme l'énonce clairement le par. 32(1.1). Les parties à l'accord ne doivent pas nécessairement avoir la capacité d'influer sur le marché. Ce qui est plus pertinent, c'est la capacité d'agir indépendamment du marché, d'une manière passive. Il suffit d'un niveau modéré de puissance commerciale pour y parvenir (voir l'affaire *R. c. Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201 (B.R. Qué. (juridiction criminelle)), aux pp. 249 à 252).

Je remarque que la loi sur la concurrence des États-Unis et celle des Communautés européennes contiennent une exigence semblable de puissance commerciale minimale dans les cas d'accords visant à restreindre la concurrence.

Aux États-Unis, la nature des restrictions contestées détermine s'il y a lieu de les évaluer selon la règle *per se* ou selon la règle de la raison. Ce procédé d'analyse a grandement détourné l'attention de l'essentiel de l'art. 1 de la *Sherman Act* et, pour y remédier, la Cour suprême a dans une certaine mesure estompé la distinction entre les deux approches dans l'arrêt *NCAA c. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984). La Cour suprême des États-Unis y a décidé que des restrictions non déguisées des prix et de la production n'exigeaient pas que le tribunal conclue à l'exercice de la puissance commerciale, car leur caractère abusif pouvait être présumé (aux pp. 100,

presumption of unreasonableness (Canadian law does not offer this possibility, since the word "undue" appears at s. 32(1)(c) of the Act), but otherwise some showing of market power is necessary to evidence a genuine adverse effect on competition (See *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986), at pp. 460-61, and *Areeda, supra*, at ¶1503, pp. 376-77).

In the European Communities, the Commission has given the *Notice of 3 September 1986 on agreements of minor importance which do not fall under Article 85(1) of the Treaty establishing the European Economic Community*, O.J.E.C., 12 September 1986, No. C 231/02, and in addition the Court of Justice of the European Communities has long recognized that agreements which do not significantly affect the common market fall outside of the scope of Article 85 of the *Treaty of Rome* (*Völk v. Établissements J. Vervaecke S.p.r.l.*, Case 5/69, [1969] E.C.R. 295, and *S.A. Cadillon v. Firma Höss Maschinenbau K.G.*, Case 1/71, [1971] E.C.R. 351).

(b) *Behaviour*

The second part of the framework found in case law involves an examination of the behaviour of firms. In both *R. v. McGavin Bakeries Ltd. (No. 6)* (1951), 3 W.W.R. (N.S.) 289 (Alta. S.C.), at p. 303, and *Canadian General Electric, supra*, at pp. 531-32, the court considered which facet of competition was affected by the agreement (price, quality, service or other) and whether it was the prime concern of the buying public. The object of the agreement is without doubt the most important behavioural element in the inquiry, but others may be relevant, such as the manner in which the agreement has been or will be carried out and, in general, any behaviour that tends to reduce competition or limit entry (see *J. W. Mills, supra*, at p. 309).

101, 109 et 110). La possibilité de règles *per se* autorise la présomption du caractère abusif (en droit canadien, cette possibilité n'existe pas, puisque le mot «indû» est employé à l'al. 32(1)c de la Loi), mais il est par ailleurs nécessaire de démontrer une certaine puissance commerciale pour prouver qu'il y a vraiment un effet néfaste sur la concurrence (voir l'arrêt *Federal Trade Commission c. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986), aux pp. 460 et 461, et *Areeda, op. cit.*, ¶ 1503, aux pp. 376 et 377).

Dans les Communautés européennes, la Commission a donné la *Communication de la Commission, du 3 septembre 1986, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne*, J.O.C.E., 12 septembre 1986, n° C 231/02 et, en outre, la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît depuis longtemps que les accords qui n'ont pas d'incidence importante sur le marché commun sont hors d'atteinte de l'article 85 du *Traité de Rome* (arrêts *Völk c. Établissements J. Vervaecke S.p.r.l.*, Affaire 5/69, [1969] C.J.C.E. Rec. 295, et *S.A. Cadillon c. Firma Höss Maschinenbau K.G.*, Affaire 1/71, [1971] C.J.C.E. Rec. 351).

b) *Le comportement*

La seconde partie du cadre d'analyse retenu dans la jurisprudence implique l'examen du comportement des entreprises. Dans les affaires *R. c. McGavin Bakeries Ltd. (No. 6)* (1951), 3 W.W.R. (N.S.) 289 (C.S. Alb.), à la p. 303, et *Canadian General Electric*, précitée, aux pp. 531 et 532, le tribunal a examiné quelle facette de la concurrence était touchée par l'accord (prix, qualité, service ou autre) et la question de savoir si c'était là le principal souci du public acheteur. Dans l'examen, l'objet de l'accord est sans contredit l'élément relatif au comportement qui est le plus important, mais d'autres peuvent être pertinents, tels la manière dont l'accord a été ou sera exécuté et, en général, tout comportement qui tend à réduire la concurrence ou à limiter l'entrée (voir l'affaire *J. W. Mills*, précitée, à la p. 309).

The aim of the inquiry is the likely effect of the agreement. I can only quote from *R. v. Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449 (Ont. H.C.), at p. 469:

In considering whether the agreement or conspiracy comes within the statute, one does not judge the unlawfulness by what was done pursuant to the agreement (although this may be evidence of the agreement) but . . . one examines the nature and scope of the agreement as proved and decides whether that agreement, if carried into effect, would prejudice the public interest in free competition to a degree that in fact would be undue.

See also *Aetna Insurance, supra*, at p. 747. The agreement must be or must have been likely to injure competition, irrespective of any actual effect it may have had (although evidence of the effects offers good guidance as to the likely effects of the agreement). Some agreements do not constitute behaviour likely to injure competition, while others are highly injurious.

The Act itself gives some guidance as to which behaviour may or may not be injurious to competition. Section 32(2) contains a list of permissible fields, lying outside the scope of s. 32(1)(c). Section 32(3) lists impermissible fields, to which s. 32(1)(c) will apply even if the agreement relates to one of the fields enumerated in s. 32(2). These lists bear some conceptual resemblance to the elaborate system of "black", "white" and "grey" clauses found in the regulations of the EC Commission exempting broad categories of agreements from Article 85 of the *Treaty of Rome* (see for instance *Commission Regulation (EEC) No. 1983/83 of 22 June 1983 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of exclusive distribution agreements*, O.J.E.C., 30 June 1983, No. L 173/1, at arts. 1, 2). Given the relative smallness of the Canadian market when compared with the European Community, though, one cannot expect Canadian legislation to provide as much detail as EC regulations. Section 32(6) adds an exception for agreements on standards

L'examen vise à déterminer l'effet probable de l'accord. Je ne peux que citer un passage de l'arrêt *R. c. Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449 (H.C. Ont.), à la p. 469:

[TRADUCTION] Quand il s'agit de décider si l'accord ou le complot tombe sous le coup de la loi, on ne juge pas de son illégalité par rapport à ce qui a été accompli en exécution de l'accord (quoique cela puisse servir à prouver l'accord), mais [. . .] on examine la nature et la portée de l'accord tel que prouvé et on détermine si cet accord, s'il était exécuté, porterait préjudice à l'intérêt public à l'égard de la libre concurrence, à tel point que le préjudice serait en fait indu.

Voir aussi l'arrêt *Aetna Insurance*, précité, à la p. 747. L'accord doit être, ou avoir été, susceptible de compromettre la concurrence, peu importe l'effet qu'il a réellement eu (bien que la preuve des effets qu'il a eus soit une bonne indication des effets qu'il était susceptible d'avoir). Certains accords ne constituent pas un comportement susceptible de nuire à la concurrence, tandis que d'autres sont fort préjudiciables.

La Loi elle-même donne quelques indications sur le type de comportement qui peut vraisemblablement être nuisible pour la concurrence. Le paragraphe 32(2) contient une liste d'actes acceptables qui ne tombent pas sous le coup de l'al. 32(1)c). Le paragraphe 32(3) énumère des sujets inacceptables, auxquels l'al. 32(1)c) est applicable même si l'accord se rattache à l'un des actes énumérés au par. 32(2). Ces listes présentent une certaine analogie avec le système complexe de dispositions «noires», «blanches» et «grises» énoncées dans le règlement de la Commission de la Communauté européenne exemptant de vastes catégories d'accords de l'application de l'article 85 du *Traité de Rome* (voir, par exemple, le *Règlement (CEE) N° 1983/83 de la Commission du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive*, J.O.C.E., 30 juin 1983, n° L 173/1, art. 1 et 2). Étant donné la taille relativement réduite du marché canadien, par comparaison à celui de la Communauté européenne, cependant, on ne peut pas s'attendre à ce que la législation canadienne soit aussi détaillée que la réglementation européenne. Le paragraphe 32(6) ajoute une exception



of competence and integrity in the field of services.

Section 32(1)(c) therefore requires, in addition to some market power, some behaviour likely to injure competition. It is the combination of the two that makes a lessening of competition undue. Many combinations are possible. For one, market power may come from the agreement. The agreement could either have an "internal" effect, in consolidating the market power of the parties (as is the case with price-fixing) or have an "external" effect, in weakening competition and thus increasing the market power of the parties (as is the case with market-sharing). Market power may also exist independently of the agreement, in which case any anti-competitive effect of the agreement will be suspicious. A particularly injurious behaviour may also trigger liability even if market power is not so considerable. These are only examples of possible combinations of market power and behaviour likely to injure competition that will be "undue" under s. 32(1)(c) of the Act.

In summary, I find that s. 32(1)(c) of the Act and its companion interpretative provision s. 32(1.1) do not violate s. 7 of the *Charter* on grounds of vagueness. The word "unduly" as such carries a connotation of seriousness. Considering further that s. 32(1)(c) of the Act is one of the oldest and most important parts of Canadian public policy in the economic field, and that it mandates a partial rule of reason inquiry into the seriousness of the competitive effects of the agreement, Parliament has sufficiently delineated the area of risk and the terms of debate to meet the constitutional standard. Moreover, the rest of the Act and the case law have outlined a process of examination of market structure and behaviour under s. 32(1)(c) of the Act, thus making it even more precise. I note that the ECHR has also found a comparable com-

dans le cas des accords portant sur des critères de compétence et d'intégrité dans le domaine des services.

L'alinéa 32(1)c) exige donc, outre une certaine puissance commerciale, un quelconque comportement susceptible de nuire à la concurrence. C'est la combinaison des deux qui fait que la réduction de la concurrence est indue. Nombre de combinaisons sont possibles. Par exemple, la puissance commerciale peut découler de l'accord. Celui-ci peut soit avoir un effet «interne», par le renforcement de la puissance commerciale des parties (comme dans le cas de la fixation des prix), soit avoir un effet «externe», par la limitation de la concurrence et, par le fait même, l'accroissement de la puissance commerciale des parties (comme dans le cas du partage du marché). La puissance commerciale peut aussi exister indépendamment de l'accord, et alors tout effet de l'accord néfaste à la concurrence sera suspect. Un comportement particulièrement préjudiciable peut également engager la responsabilité, même si la puissance commerciale n'est pas si considérable. Ce ne sont là que des exemples de combinaisons possibles de puissance commerciale et de comportement susceptibles de nuire à la concurrence, qui seront «indues» sous le régime de l'al. 32(1)c) de la Loi.

En résumé, je conclus que l'al. 32(1)c) de la Loi et sa disposition interprétative, le par. 32(1.1), ne violent pas l'art. 7 de la *Charte* pour des motifs d'imprécision. Le terme «indûment» comme tel connote la gravité. Vu en outre que l'al. 32(1)c) de la Loi est l'un des plus anciens et des plus importants éléments de la politique canadienne dans le domaine économique et qu'il commande l'application partielle de la règle de la raison dans l'examen de la gravité des effets de l'accord sur la concurrence, le législateur a suffisamment délimité la sphère de risque et les termes du débat pour satisfaire à la norme constitutionnelle. Au surplus, le reste de la Loi et la jurisprudence ont tracé les grandes lignes du processus d'examen que requiert l'al. 32(1)c) de la Loi, en ce qui a trait à la structure du marché et au comportement, rendant ainsi le texte encore plus précis. Je ferai observer que la CEDH, dans l'affaire *Barthold*, précitée, a éga-

petition statute to be "prescribed by law" in *Barthold, supra*.

This holding is also dispositive of the further argument of the appellants on the alleged unconstitutionality of the indictment with respect to s. 11(a) of the *Charter*.

VI. The Mental Element of Section 32(1)(c) of the Act and Section 7 of the Charter

It may be helpful to set out once again the relevant provisions of the Act. Section 32(1) provides:

32. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(c) to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance upon persons or property,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years or a fine of one million dollars or to both.

The Act was amended in 1976 by the addition of s. 32(1.1) which reads:

(1.1) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in violation of subsection (1), it shall not be necessary to prove that the conspiracy, combination, agreement or arrangement, if carried into effect, would or would be likely to eliminate, completely or virtually, competition in the market to which it relates or that it was the object of any or all of the parties thereto to eliminate, completely or virtually, competition in that market.

ment estimé qu'une disposition législative comparable sur la concurrence satisfait au critère «prévues par la loi».

<sup>a</sup> Cette conclusion répond aussi à l'argument des appelants relatif à l'inconstitutionnalité alléguée de l'acte d'accusation, qui repose sur l'al. 11a) de la *Charte*.

<sup>b</sup> VI. L'élément moral de l'al. 32(1)(c) de la Loi et l'art. 7 de la Charte

<sup>c</sup> Il peut être utile d'énoncer de nouveau les dispositions pertinentes de la Loi. Voici le texte du par. 32(1):

<sup>d</sup> 32. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans ou d'une amende d'un million de dollars, ou de l'une et l'autre peine, toute personne qui complot, se coalise, se concerte ou s'entend avec une autre

<sup>e</sup> c) pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens;

<sup>f</sup> La Loi a été modifiée en 1976 par l'adjonction du par. 32(1.1), dont voici le texte:

<sup>g</sup> (1.1) Pour plus de certitude, il n'est pas nécessaire, pour établir qu'un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement contrevient au paragraphe (1), de prouver que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement, s'ils étaient exécutés, élimineraient ou seraient susceptibles d'éliminer la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur le marché auquel ils se rapportent, ni que les participants ou l'un ou plusieurs d'entre eux, visaient à éliminer la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur ce marché.

In 1986, further amendments to the Act (renamed the *Competition Act*) were adopted, including s. 32(1.3):

(1.3) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in contravention of subsection (1), it is necessary to prove that the parties thereto intended to and did enter into the conspiracy, combination, agreement or arrangement, but it is not necessary to prove that the parties intended that the conspiracy, combination, agreement or arrangement have an effect set out in subsection (1).

How then should those sections be interpreted in light of s. 7 of the *Charter*? The reasons of this Court in *R. v. Vaillancourt*, *supra*, at p. 652, make it clear that the requirement of a mental element, sometimes referred to as an element of fault, has now been raised from an interpretative presumption to a constitutional guaranty. This reasoning was based upon the principle that the morally innocent should not be punished. An element of fault must exist before punishment can be justified.

From the reasons of this Court in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, it can be seen that a minimum fault requirement with respect to every criminal or regulatory offence satisfies the requirements of s. 7. That same case indicates, at p. 238:

That fault may be demonstrated by proof of intent, whether subjective or objective, or by proof of negligent conduct, depending on the nature of the offence.

... *Mens rea* focuses on the mental state of the accused and requires proof of a positive state of mind such as intent, recklessness or wilful blindness. Negligence, on the other hand, measures the conduct of the accused on the basis of an objective standard, irrespective of the accused's subjective mental state.

The sections of the Act set out above require the proof of two fault elements: one subjective, the other objective.

To satisfy the subjective element, the Crown must prove that the accused had the intention to enter into the agreement and had knowledge of the

En 1986, d'autres modifications ont été apportées à la Loi (devenue la *Loi sur la concurrence*), notamment le par. 32(1.3):

(1.3) Il est précisé, pour plus de sûreté, qu'il est nécessaire, afin d'établir qu'un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement contrevient au paragraphe (1), de prouver que les parties avaient l'intention de participer à ce complot, cette association d'intérêts, cet accord ou à cet arrangement et y ont participé mais qu'il n'est pas nécessaire de prouver que les parties avaient l'intention que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement ait l'un des effets visés au paragraphe (1).

Comment ces dispositions devraient-elles être interprétées compte tenu de l'art. 7 de la *Charte*? Les motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, précité, à la p. 652, démontrent clairement que l'élément moral, parfois appelé élément de faute, d'une exigence présumée par interprétation qu'il était, est devenu l'objet d'une garantie constitutionnelle. Ce raisonnement était fondé sur le principe que la personne moralement innocente devrait échapper à la sanction pénale. Pour qu'il y ait sanction, il doit y avoir un élément de faute.

Il ressort des motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, qu'une exigence minimale en matière de faute relativement à toute infraction pénale ou réglementaire satisfait aux exigences de l'art. 7. Il est précisé, à la p. 238 de cet arrêt:

Cette faute peut être démontrée au moyen d'une preuve d'intention, subjective ou objective, ou par une preuve de conduite négligente, selon la nature de l'infraction.

... La *mens rea* concerne l'état d'esprit de l'accusé et exige la preuve d'un état d'esprit positif tels l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Par contre, la négligence mesure la conduite de l'accusé en fonction d'une norme objective, sans tenir compte de son état d'esprit subjectif.

Les dispositions de la Loi énoncées précédemment exigent la preuve de deux éléments de la faute: l'un subjectif, l'autre objectif.

Pour satisfaire à l'élément subjectif, il incombe au ministère public de prouver que l'accusé avait l'intention de conclure l'accord et en connaissait

terms of that agreement. Once that is established, it would ordinarily be reasonable to draw the inference that the accused intended to carry out the terms in the agreement, unless there was evidence that the accused did not intend to carry out the terms of the agreement. <sup>a</sup>

In order to satisfy the objective element of the offence, the Crown must establish that on an objective view of the evidence adduced the accused intended to lessen competition unduly. This surely does not impose too high a burden on the Crown. Section 32(1)(c) requires that the Crown demonstrate that the effect of the agreement will be to prevent competition or to lessen it unduly. Once again, it would be a logical inference to draw that a reasonable business person who can be presumed to be familiar with the business in which he or she engages would or should have known that the likely effect of such an agreement would be to unduly lessen competition. Thus in proving the *actus reus* that the agreement was likely to lessen competition unduly, the Crown could, in most cases, establish the objective fault element that the accused as a reasonable business person would or should have known that this was the likely effect of the agreement. <sup>b</sup>

It must be remembered that if there are two possible interpretations of a statutory provision, one of which embodies the *Charter* values and the other does not, that which embodies the *Charter* values should be adopted. (See *Hills v. Attorney General of Canada*, [1988] 1 S.C.R. 513.) <sup>c</sup>

In summary then, the Crown must establish the subjective fault elements that the accused had the intention to enter into the agreement and was aware of its terms. As well, the Crown must demonstrate that the proof, viewed objectively (i.e., by a reasonable business person), establishes that the accused was aware or ought to have been aware that the effect of the agreement entered into by the accused would be to prevent or lessen competition unduly. <sup>d</sup>

Section 32(1)(c) of the Act does not therefore violate s. 7 of the *Charter*. <sup>e</sup>

les modalités. Lorsque cet élément est démontré, il serait normalement raisonnable de déduire que l'accusé avait l'intention de donner suite aux modalités de l'accord, à moins qu'il y ait des éléments de preuve du contraire. <sup>f</sup>

Afin de satisfaire à l'élément objectif de l'infraction, le ministère public doit démontrer que, selon une interprétation objective de la preuve présentée, l'accusé avait l'intention de diminuer indûment la concurrence. Cette exigence n'impose certainement pas une charge trop lourde au ministère public. L'alinéa 32(1)c) exige que le ministère public démontre que l'accord aura pour effet d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. Encore une fois, il serait logique de présumer qu'un homme ou une femme d'affaires raisonnable qui, peut-on supposer, connaît bien son commerce savait ou aurait dû savoir, qu'un tel accord était susceptible de diminuer indûment la concurrence. Par conséquent, le ministère public qui démontre l'*actus reus*, soit que l'accord était susceptible de diminuer indûment la concurrence, pourrait, dans la plupart des cas, établir l'élément de faute objectif selon lequel l'accusé savait ou aurait dû savoir, en tant qu'homme ou femme d'affaires raisonnable, que c'était là l'effet vraisemblable de l'accord. <sup>g</sup>

Il faut se rappeler que dans le cas où il y a deux interprétations possibles d'une disposition législative, l'une incorporant les valeurs de la *Charte* et l'autre non, il convient d'adopter la première. (Voir *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513.) <sup>h</sup>

Bref, le ministère public doit démontrer les éléments de faute subjectifs selon lesquels l'accusé avait l'intention de conclure l'accord et était au courant de ses modalités. De même, il doit démontrer que la preuve, interprétée de façon objective (c.-à-d. par un homme ou une femme d'affaires raisonnable), établit que l'accusé était au courant ou aurait dû être au courant que l'accord qu'il a conclu aurait pour effet d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. <sup>i</sup>

L'alinéa 32(1)c) de la Loi ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*. <sup>j</sup>

VII. Answers

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (now s. 45(1)(c) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34) in whole or in part inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. Is s. 32(1.1) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (now s. 45(2) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34) inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. If the answer to questions 1 or 2 is yes, is the infringement nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

VIII. Conclusion

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax; Patterson Kitz, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: The Department of Justice (Legal Branch, Consumer & Corporate Affairs), Hull.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

VII. Réponses

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

1. L'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (maintenant l'al. 45(1)c) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34), est-il, en totalité ou en partie, incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Le paragraphe 32(1.1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (maintenant le par. 45(2) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34), est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

3. Si la réponse à la première ou à la deuxième question est affirmative, l'atteinte est-elle néanmoins justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

VIII. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax; Patterson Kitz, Halifax.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice (Services juridiques, Consommation et Affaires commerciales), Hull.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le sous-procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

*Solicitors for the interveners the Association québécoise des pharmaciens propriétaires et al.: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Procureurs des intervenants l'Association québécoise des pharmaciens propriétaires et autres: McCarthy Tétrault, Montréal.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Joseph Leon Deruelle** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DERUELLE

File No.: 22305.

1992: May 1; 1992: July 9.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin and Stevenson\* JJ.

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Criminal law — Motor vehicles — Breathalyzer demand for sample of breath or blood — Time limit — Whether demand must be made within two hours of offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(3).*

The accused was the driver of a car involved in a single-vehicle accident which occurred at 3:30 a.m. Because he was slightly injured in the accident, he was sent by ambulance to a hospital. The investigating police officer reported the accident to another officer at 5:20 a.m., informing him that the driver of the car was, in his opinion, impaired by alcohol. The second officer arrived at the hospital at 5:26 a.m. to obtain a breath or blood sample from the accused. The accused had wandered off, and was found at 5:45 a.m. At 5:54 a.m., after consultation with a doctor, the officer informed the accused of his right to counsel and demanded a blood sample. The accused refused and was accordingly charged with refusing to comply with a demand under s. 254(5) of the *Criminal Code*. Under s. 254(3), "[w]here a peace officer believes . . . that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed . . . an offence under section 253, the peace officer may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require that person to provide" a breath or blood sample. The trial judge dismissed the charge because in his view s. 254(3) requires that a blood sample demand be made within two hours of the time when the impaired driving offence was committed. The Court of Appeal, in a majority decision, dismissed the Crown's appeal. This appeal is to determine whether the police must make their

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Joseph Leon Deruelle** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. DERUELLE

<sup>b</sup> N° du greffe: 22305.

1992: 1<sup>er</sup> mai; 1992: 9 juillet.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin et Stevenson\*.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION D'APPEL

<sup>d</sup> *Droit criminel — Véhicules à moteur — Ordre de fournir un échantillon d'haleine ou de sang — Délai — L'ordre doit-il être donné dans les deux heures de la perpétration de l'infraction? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(3).*

<sup>e</sup> L'accusé était au volant de sa voiture lorsqu'un accident mettant en cause son seul véhicule est survenu à 3 h 30. Étant donné qu'il avait été légèrement blessé lors de l'accident, il a été transporté par ambulance à l'hôpital. Le policier enquêteur a signalé l'accident à un autre agent à 5 h 20, l'informant que, selon lui, le conducteur de la voiture avait les facultés affaiblies par l'alcool. Le deuxième agent s'est rendu à l'hôpital à 5 h 26 en vue d'obtenir un échantillon d'haleine ou de sang de l'accusé. L'accusé avait disparu et on l'a retrouvé à 5 h 45. À 5 h 54, après avoir consulté un médecin, l'agent a informé l'accusé de son droit de recourir aux services d'un avocat et lui a ordonné de fournir un échantillon de sang. L'accusé, ayant refusé de fournir cet échantillon, a été inculpé de refus d'obtempérer à un ordre donné en vertu du par. 254(5) du *Code criminel*. Aux termes du par. 254(3), «[l']agent de la paix qui a des motifs . . . de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, . . . une infraction à l'article 253 peut lui ordonner immédiatement ou dès que possible de lui fournir» un échantillon d'haleine ou de sang. Le juge du procès a rejeté l'accusation parce qu'à son avis le par. 254(3) exige que l'ordre de fournir un échantillon de sang soit donné dans les deux heures suivant le moment où l'infraction de conduite avec facultés affaiblies a été commise. La Cour d'appel, dans un arrêt majoritaire, a rejeté l'appel du

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

breathalyzer demand within two hours of the offence, or whether they need only form a belief that a person has committed an impaired driving offence within the previous two hours.

*Held:* The appeal should be allowed.

Section 254(3) should be interpreted as requiring only that a peace officer form a belief that an impaired driving offence has been committed by the suspect within the past two hours. A demand made pursuant to that belief must follow forthwith or as soon as practicable, but this may fall outside the two-hour limit. The formation of the belief and the resulting demand need not be concurrent. The language of the section does not describe a solitary event, but rather is split into two temporal modes. The present and retrospective tense used for the formation of the peace officer's belief ("believes . . . that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed") must be contrasted with the timing of the demand, which is in the present and future tense ("by demand made to that person forthwith or as soon as practicable").

The broader breathalyzer scheme of the *Criminal Code*, which is designed to ensure that breath or blood samples are obtained as quickly as possible after the alleged impaired driving offence, supports this view. The two-hour limit in s. 254(3) contributes to the objective of the scheme by forcing prompt police investigation, and by requiring the police to take the sample as soon as practicable. This specific purpose, which goes to the admissibility of the sample into evidence, can be distinguished from the purpose of the time limit in the presumption section, s. 258(1)(c), which provides a procedural shortcut for the police, but only if the breath or blood sample is obtained within two hours of the alleged offence. Where, as here, the breath or blood sample is taken more than two hours after the commission of the alleged offence, the Crown loses the benefit of the presumption but nothing more. The evidence obtained is still admissible, provided the officer who demanded the breath or blood samples formed a belief that within the

ministère public. Le présent pourvoi vise à déterminer si les policiers doivent donner l'ordre de se soumettre à l'éthylomètre dans les deux heures de la perpétration de l'infraction ou s'il suffit qu'ils aient des motifs de croire qu'une personne a commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies au cours des deux heures précédentes.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Il y a lieu d'interpréter le par. 254(3) comme exigeant simplement que l'agent de la paix ait des motifs de croire qu'un suspect a commis une infraction de conduite avec facultés affaiblies dans les deux heures précédentes. L'ordre fondé sur ces motifs de croire doit être donné immédiatement ou dès que possible, mais il se peut que le délai de deux heures soit alors expiré. La formation des motifs de croire et l'ordre en résultant n'ont pas à coïncider. Le langage du paragraphe ne décrit pas un événement unique, mais il se divise plutôt en deux modes temporels. L'emploi du présent et du passé pour désigner la formation des motifs de croire («a des motifs . . . de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes») doit être mis en parallèle avec l'emploi du présent et du futur pour désigner le moment de donner l'ordre («peut lui ordonner immédiatement ou dès que possible»).

Cette interprétation trouve appui dans le régime général d'éthylométrie du *Code criminel* qui vise à assurer que le prélèvement des échantillons d'haleine ou de sang soit effectué le plus rapidement possible après l'infraction alléguée de conduite avec facultés affaiblies. Le délai de deux heures prescrit au par. 254(3) contribue à atteindre l'objectif du régime en forçant les policiers à faire rapidement enquête et à prélever les échantillons dès que possible. On peut distinguer cet objectif précis, qui se rattache à l'admissibilité de l'échantillon en preuve, de l'objectif visé par le délai prescrit dans la disposition qui établit une présomption, l'al. 258(1)c), qui permet aux policiers de recourir à une procédure abrégée, mais à la condition que l'échantillon d'haleine ou de sang ait été prélevé dans les deux heures de l'infraction alléguée. Lorsque, comme en l'espèce, l'échantillon d'haleine ou de sang est prélevé plus de deux heures après la perpétration de l'infraction alléguée, le ministère public perd le bénéfice de la présomption, mais rien de plus. La preuve obtenue demeure admissible, pourvu que l'agent qui a exigé les échantillons d'haleine ou de sang ait eu des motifs de croire que l'accusé avait, dans



preceding two hours the accused had committed a drinking and driving offence.

### Cases Cited

**Not followed:** *R. v. Willis* (1974), 5 Nfld. & P.E.I.R. 398; *R. v. Goodyear* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 256; **referred to:** *R. v. Pavel* (1989), 53 C.C.C. (3d) 296; *R. v. Hitchner* (1989), 13 M.V.R. (2d) 37; *R. v. Hamm* (1973), 15 C.C.C. (2d) 32; *R. v. May* (1971), 16 C.R.N.S. 392; *R. v. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Green*, [1992] 1 S.C.R. 614.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 36], ss. 253 [rep. & sub. c. 32 (4th Supp.), s. 59], 254(3), (5), 256, 258(1)(c).

### Authors Cited

McLeod, Roderick M., John D. Takach and Murray D. Segal. *Breathalyzer Law in Canada*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1986.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1990), 100 N.S.R. (2d) 423, 272 A.P.R. 423, 62 C.C.C. (3d) 44, 27 M.V.R. (2d) 266, dismissing the Crown's appeal from the dismissal by Campbell Prov. Ct. J. of the charge against the accused of refusing to comply with a demand for a blood sample. Appeal allowed.

*Kenneth W. F. Fiske and Denise C. Smith*, for the appellant.

*Patricia A. Fricker and Allan F. Nicholson*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—This appeal concerns the meaning of the time limit within which a breathalyzer demand must be made by the police under s. 254(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The provision reads as follows:

les deux heures précédentes, commis une infraction de conduite avec facultés affaiblies.

### Jurisprudence

a

**Arrêts non suivis:** *R. c. Willis* (1974), 5 Nfld. & P.E.I.R. 398; *R. c. Goodyear* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 256; **arrêts mentionnés:** *R. c. Pavel* (1989), 53 C.C.C. (3d) 296; *R. c. Hitchner* (1989), 13 M.V.R. (2d) 37; *R. c. Hamm* (1973), 15 C.C.C. (2d) 32; *R. c. May* (1971), 16 C.R.N.S. 392; *R. c. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Green*, [1992] 1 R.C.S. 614.

b

c

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 36], art. 253 [abr. & rempl. ch. 32 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 59], 254(3), (5), 256, 258(1)(c).

d

### Doctrine citée

McLeod, Roderick M., John D. Takach and Murray D. Segal. *Breathalyzer Law in Canada*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1986.

e

f

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1990), 100 N.S.R. (2d) 423, 272 A.P.R. 423, 62 C.C.C. (3d) 44, 27 M.V.R. (2d) 266, qui a rejeté l'appel interjeté par le ministère public contre le rejet, par le juge Campbell de la Cour provinciale, de l'accusation, portée contre l'accusé, d'avoir refusé d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon de sang. Pourvoi accueilli.

g

*Kenneth W. F. Fiske et Denise C. Smith*, pour l'appelante.

h

*Patricia A. Fricker et Allan F. Nicholson*, pour l'intimé.

i

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi porte sur le sens du délai dans lequel les policiers doivent ordonner à une personne de se soumettre à l'éthylomètre en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Ce paragraphe dispose:

254. ...

(3) Where a peace officer believes on reasonable and probable grounds that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under section 253, the peace officer may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require that person to provide then or as soon thereafter as is practicable

(a) such samples of the person's breath as in the opinion of a qualified technician, or

(b) where the peace officer has reasonable and probable grounds to believe that, by reason of any physical condition of the person,

(i) the person may be incapable of providing a sample of his breath, or

(ii) it would be impracticable to obtain a sample of the person's breath,

such samples of the person's blood, under the conditions referred to in subsection (4), as in the opinion of the qualified medical practitioner or qualified technician taking the samples

are necessary to enable proper analysis to be made in order to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken. [Emphasis added.]

As can be seen, s. 254(3) requires the police to act within two hours of the suspected impaired driving offence, but the lower courts have taken different approaches to the question of which of two events must take place within this time span. One interpretation is that the police must make their breathalyzer demand within two hours of the offence. The other is that the police need only form a belief that a person has committed an impaired driving offence within the previous two hours. Under the latter approach, the actual demand by the police could be made after the expiry of the

254. ...

(3) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'article 253 peut lui ordonner immédiatement ou dès que possible de lui fournir immédiatement ou dès que possible les échantillons suivants:

a) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie;

b) soit les échantillons de sang suivant le paragraphe (4), qui, de l'avis d'un technicien ou d'un médecin qualifiés sont nécessaires à l'analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie, dans le cas où l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'à cause de l'état physique de cette personne, une de ces conditions se présente:

(i) celle-ci peut être de l'avis d'un technicien qualifié, incapable de fournir un échantillon d'haleine,

(ii) le prélèvement d'un échantillon d'haleine ne serait pas facilement réalisable.

Aux fins de prélever les échantillons de sang ou d'haleine, l'agent de la paix peut ordonner à cette personne de le suivre. [Je souligne.]

Comme on le voit, le par. 254(3) exige que les policiers agissent dans les deux heures suivant la perpétration de l'infraction de conduite avec facultés affaiblies dont on soupçonne l'existence, mais les tribunaux d'instance inférieure ont envisagé différemment la question de savoir lequel, de deux événements, doit se produire pendant cet intervalle. L'une des interprétations veut que l'ordre de se soumettre à l'éthylomètre soit donné dans les deux heures de la perpétration de l'infraction. D'après l'autre interprétation, il suffit que les policiers aient des motifs de croire qu'une personne a commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies au cours des deux heures précédentes.

two-hour limit. This is the issue requiring determination in this case.

### Facts

The respondent, Joseph Leon Deruelle, was the driver of a car involved in a single-vehicle accident which occurred at 3:30 a.m. on October 27, 1989 at Framboise, Cape Breton, Nova Scotia. The accident was investigated by a Constable Watson of the RCMP, who formed the opinion that the respondent was impaired by alcohol. Because the respondent was slightly injured in the accident, he was sent by ambulance to the Sydney City Hospital. Constable Watson then telephoned the RCMP detachment in Sydney, reporting the accident to a Constable Smith at 5:20 a.m. Watson informed Smith that the driver of the car was, in his opinion, impaired by alcohol.

Constable Smith proceeded to the hospital to obtain either a breath or blood sample from the respondent. Smith arrived at the hospital at 5:26 a.m., only to discover that the respondent had wandered off. He was found at 5:45 a.m. sitting in a hallway between two locked doors. At 5:54 a.m., after consultation with a doctor, Constable Smith informed the respondent of his right to counsel and demanded a blood sample. The respondent refused to comply with the demand, and was accordingly charged under s. 254(5) of the *Criminal Code*.

At trial in the Provincial Court of Nova Scotia, the Crown called one witness, Constable Smith. The respondent offered no evidence. Campbell Prov. Ct. J. dismissed the charge because in his view s. 254(3) of the *Criminal Code* requires that a blood sample demand be made within two hours of the time when the impaired driving offence was committed. An appeal to the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division was dismissed, Macdonald J.A. dissenting: (1990), 100 N.S.R. (2d) 423, 272 A.P.R. 423, 62 C.C.C. (3d) 44, 27 M.V.R. (2d) 266 (hereinafter cited to

Selon ce dernier point de vue, les policiers pourraient donner, l'ordre lui-même après l'expiration du délai de deux heures. Telle est la question qu'il nous faut trancher dans ce pourvoi.

### Les faits

L'intimé, Joseph Leon Deruelle, était au volant de sa voiture lorsqu'un accident mettant en cause son seul véhicule est survenu à 3 h 30, le 27 octobre 1989, à Framboise, au Cap-Breton (Nouvelle-Écosse). L'agent Watson de la GRC, qui enquêtait sur cet accident, a estimé que l'intimé avait les facultés affaiblies par l'alcool. Ce dernier, ayant été légèrement blessé lors de l'accident, a été transporté par ambulance au Sydney City Hospital. L'agent Watson a alors téléphoné au détachement de la GRC de Sydney pour signaler l'accident à un certain agent Smith, à 5 h 20. Watson a informé Smith que, selon lui, le conducteur de la voiture avait les facultés affaiblies par l'alcool.

L'agent Smith s'est rendu à l'hôpital en vue d'obtenir un échantillon d'haleine ou de sang de l'intimé. À son arrivée à 5 h 26, il a découvert que l'intimé avait disparu. On l'a retrouvé à 5 h 45, assis dans un vestibule entre deux portes verrouillées. À 5 h 54, après avoir consulté un médecin, l'agent Smith a informé l'intimé de son droit de recourir aux services d'un avocat et lui a ordonné de fournir un échantillon de sang. L'intimé, ayant refusé d'obtempérer à l'ordre donné, a fait l'objet d'une accusation fondée sur le par. 254(5) du *Code criminel*.

Lors du procès en Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, le ministère public a fait comparaître un seul témoin, l'agent Smith. L'intimé n'a présenté aucune preuve. Le juge Campbell de la Cour provinciale a rejeté l'accusation parce qu'à son avis le par. 254(3) du *Code criminel* exige que l'ordre de fournir un échantillon de sang soit donné dans les deux heures suivant le moment où l'infraction de conduite avec facultés affaiblies a été commise. L'appel interjeté devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel, a été rejeté, le juge Macdonald étant dissident: (1990), 100 N.S.R. (2d) 423, 272 A.P.R. 423, 62 C.C.C. (3d) 44, 27 M.V.R. (2d) 266 (ci-après

N.S.R.). Leave to appeal to this Court was granted on June 13, 1991: [1991] 1 S.C.R. xiii.

### Judicial History

The facts of the case were not disputed at trial. Accordingly, Campbell Prov. Ct. J. found that the issue before him was confined to whether the two-hour time limit in s. 254(3) relates to the time when an officer forms the belief that an impaired driving offence has occurred, or to the time when a demand for a breath or blood sample is actually made to the suspect.

Following the decision of the Prince Edward Island Supreme Court in *R. v. Willis* (1974), 5 Nfld. & P.E.I.R. 398, Judge Campbell held that the demand must be made within two hours of the impaired driving offence. Since the demand in this case came more than two hours after the respondent's accident, the charge was dismissed.

On the appeal to the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, Freeman J.A. gave the principal majority reasons. He found that the "plain meaning" and "simple logic" of s. 254(3) require the linkage of the two-hour time limit to the making of the demand by the police. His reasons are encapsulated in the following passage, at pp. 425-26:

The words of s. 254(3) must be given their clear, ordinary meaning. For purposes of the present issue the operative words for a demand under s. 254 are: "where a peace officer believes ... he may, by demand ... require ..."

"Believes" is in the present tense. In my opinion, this means that the belief must be subsisting and ongoing, at least until the words of the demand have been pronounced. There is nothing in the subsection suggesting that a formerly held belief can be put on hold, its effects preserved frozen in time until it can be used. A continuing belief is, in my opinion, a condition precedent to a

cité au N.S.R.). L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 13 juin 1991: [1991] 1 R.C.S. xiii.

### a L'historique des procédures judiciaires

Les faits de l'affaire n'ont pas été contestés au procès. En conséquence, le juge Campbell a estimé que la question dont il était saisi se limitait à décider si le délai de deux heures fixé au par. 254(3) se rapportait au moment où l'agent de la paix a des motifs de croire qu'une infraction de conduite avec facultés affaiblies a été commise, ou encore au moment où le suspect est sommé de fournir un échantillon d'haleine ou de sang.

Suivant la décision de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard *R. c. Willis* (1974), 5 Nfld. & P.E.I.R. 398, le juge Campbell a conclu que l'ordre devait être donné dans les deux heures de l'infraction de conduite avec facultés affaiblies. En l'es-  
pèce, vu que l'ordre avait été donné plus de deux heures après l'accident de l'intimé, l'accusation a été rejetée.

Suite à l'appel interjeté devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel, le juge Freeman a rédigé les motifs principaux de la majorité. Il a estimé que le [TRADUCTION] «sens clair» et la «simple logique» du par. 254(3) exigent que le délai de deux heures soit lié à l'ordre des policiers. Ses motifs sont résumés dans le passage suivant, aux pp. 425 et 426:

[TRADUCTION] Il faut donner aux termes du par. 254(3) leur sens clair et ordinaire. Aux fins de la présente question, les mots clés quant à l'ordre donné en vertu de l'art. 254 sont: «l'agent de la paix qui a des motifs ... de croire ... peut ... ordonner ...»

L'expression «a des motifs de croire» est au présent. À mon avis, cela signifie que ces motifs de croire doivent subsister au moins jusqu'à ce que l'ordre ait été donné. Rien dans le paragraphe ne laisse entendre que des motifs de croire qu'on avait antérieurement puissent être mis en attente et leurs effets gelés temporairement jusqu'à ce qu'ils puissent être utilisés. La continuité des

valid demand. Section 254(3) is silent as to when the peace officer's belief may be formulated. The scheme of the subsection is such that reference to the formulation of the belief is unnecessary. If a belief within the meaning of s. 254(3) is held at the time of the demand, it does not matter at what earlier time that belief was formed, provided the demand is made "forthwith or as soon as practicable" after it is formed. What is essential is that the belief be actually held on reasonable and probable grounds at the very moment when the demand is given; it must be a belief that the person to whom it is given "is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under section 253".

Freeman J.A. concluded that Constable Smith's belief expired at 5:30 a.m., and the demand made after that point was out of time.

In reviewing the case law on this aspect of s. 254(3), Freeman J.A. acknowledged *obiter* statements from other appellate courts which suggested that the relevant event is the formation of the police officer's belief: see *R. v. Pavel* (1989), 53 C.C.C. (3d) 296 (Ont. C.A.); *R. v. Hitchner* (1989), 13 M.V.R. (2d) 37 (Alta. C.A.). However, he favoured the opposite interpretation stated in *R. v. Willis*, *supra*, and in *R. v. Goodyear* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 256 (Nfld. S.C. T.D.).

Jones J.A. wrote brief concurring reasons which focus on the breathalyzer scheme rather than on the text of the subsection. In his view, the two-hour limits found in ss. 256 and 258 of the *Code* determine the meaning of the limit in s. 254(3). On this point he stated, at p. 429:

Obviously Parliament regarded these time limits as significant and intended strict compliance with the provisions before a sample could be admitted into evidence. It would have been a simple matter to provide in the subsequent sections that where the sample is obtained

motifs de croire est, à mon sens, une condition préalable à la validité de l'ordre. Le paragraphe 254(3) est silencieux quant au moment où il peut y avoir formation des motifs de croire de l'agent de la paix. Son économie est telle que la mention de la formation des motifs de croire est inutile. S'il y a motifs de croire, au sens du par. 254(3), au moment de l'ordre, il importe peu de savoir à quel moment antérieur ces motifs de croire ont pris naissance, pourvu que l'ordre soit donné «immédiatement ou dès que possible» après leur formation. L'essentiel est que les motifs raisonnables de croire existent au moment même où l'ordre est donné; il doit s'agir des motifs de croire que la personne à qui cet ordre est adressé «est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'article 253».

Le juge Freeman a conclu que les motifs de croire de l'agent Smith avaient pris fin à 5 h 30 et que l'ordre donné après ce moment était hors délai.

En examinant la jurisprudence sur cet aspect du par. 254(3), le juge Freeman a reconnu que d'autres cours d'appel avaient, dans des opinions incidentes, laissé entendre que l'événement pertinent était celui de la formation des motifs de croire des policiers: voir *R. c. Pavel* (1989), 53 C.C.C. (3d) 296 (C.A. Ont.); *R. c. Hitchner* (1989), 13 M.V.R. (2d) 37 (C.A. Alb.). Il a toutefois préféré l'interprétation opposée qui a été énoncée dans les arrêts *R. c. Willis*, précité, et *R. c. Goodyear* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 256 (C.S.T.-N., 1<sup>re</sup> inst.).

Dans de brefs motifs concordants, le juge Jones a quant à lui mis l'accent sur l'ensemble du régime d'éthylométrie plutôt que sur le texte du paragraphe en cause. À son avis, le délai de deux heures fixé aux art. 256 et 258 du *Code* détermine le sens du délai prescrit au par. 254(3). Il déclare à ce sujet, à la p. 429:

[TRADUCTION] Le législateur a manifestement attaché de l'importance à ces délais et a voulu subordonner l'admission d'un échantillon en preuve à la stricte observance des dispositions. Il aurait été simple de prévoir, dans les dispositions subséquentes que lorsqu'un échan-

pursuant to a demand under s. 254(3) the results of the tests are admissible in evidence.

As these sections refer to the time of the offence it leads me to the conclusion that the demand under s. 254(3) is related to the time of the offence.

Jones J.A. favoured a linkage to the time of demand as it resulted in an objective test under s. 254(3), which in his view was preferable to the subjective test created when the relevant event is the formation of a belief by the police. Finally, Jones J.A. agreed with Freeman J.A. that any ambiguity in this penal provision should be resolved in favour of the accused.

In dissent, Macdonald J.A. maintained that the only practicable interpretation of the subsection was to link the time limit to the formation of a belief by the police. He cited the circumstance where police formulate their belief on hearsay evidence but cannot get to the driver to make a demand within the two-hour limit. In his view, the provision was designed to accommodate the police in this circumstance, by requiring only that they form their belief within two hours of the offence. He found support for his interpretation in the *Hitchner* and *Pavel* decisions, and in the comments of Culliton C.J.S. in *R. v. Hamm* (1973), 15 C.C.C. (2d) 32 (Sask. C.A.).

Macdonald J.A. rejected the argument of his colleague Jones J.A. that the meaning of s. 254(3) must be determined by reference to s. 258. In his view, a reading of the entire breathalyzer scheme suggested that ss. 254 and 258 have discrete purposes, and should not be read with a view to incorporating the terms of the latter into the former. He concluded that s. 258 is an evidentiary provision and nothing more; it provides the police with a presumptive shortcut when the breath or blood sample is taken within two hours. A sample taken after two hours was still admissible, and thus the

tillon est prélevé conformément à un ordre donné en vertu du par. 254(3), les résultats des analyses sont admissibles en preuve.

Comme il est question dans ces dispositions du moment de l'infraction, cela me porte à conclure que l'ordre donné en vertu du par. 254(3) se rapporte au moment de l'infraction.

Le juge Jones a préféré un lien avec le moment où l'ordre est donné parce qu'il en résulte un critère objectif aux fins de l'application du par. 254(3), ce qui est à son avis préférable au critère subjectif que l'on obtient lorsque l'événement pertinent est la formation des motifs de croire du policier. Enfin, il a souscrit à l'opinion du juge Freeman selon laquelle toute ambiguïté dans cette disposition pénale devait profiter à l'accusé.

Dans sa dissidence, le juge Macdonald a soutenu que la seule façon possible d'interpréter ce paragraphe était de lier le délai à la formation des motifs de croire du policier. Il a donné l'exemple du policier qui a des motifs de croire à la suite d'un oui-dire, mais qui ne peut joindre le conducteur pour lui donner un ordre dans le délai de deux heures. À son avis, la disposition a été conçue pour faciliter le travail des policiers en pareil cas, en exigeant seulement qu'ils aient des motifs de croire dans les deux heures de l'infraction. Il a trouvé des appuis à son interprétation dans les arrêts *Hitchner* et *Pavel*, ainsi que dans les observations du juge en chef Culliton de la Saskatchewan, dans l'arrêt *R. c. Hamm* (1973), 15 C.C.C. (2d) 32 (C.A. Sask.).

Le juge Macdonald a rejeté l'argument de son collègue le juge Jones selon lequel le sens du par. 254(3) doit être déterminé en fonction de l'art. 258. À son avis, il ressortait de l'ensemble du régime d'éthylométrie que les art. 254 et 258 ont des objets distincts et qu'il n'y a pas lieu de les interpréter en incorporant les termes de ce dernier dans le premier. Il a conclu que l'art. 258 n'est qu'une disposition en matière de preuve et rien de plus; il permet aux policiers de bénéficier d'une procédure abrégée sous la forme d'une présomption lorsque l'échantillon d'haleine ou de sang est

two-hour limit in s. 258 need not parallel the more flexible limit in s. 254(3). Accordingly, Macdonald J.A. would have allowed the appeal.

### Issue

Simply put, then, the issue in this case is whether the two-hour limit referred to in s. 254(3) of the *Criminal Code* applies to the making of the breath or blood sample demand, or to the formation of the peace officer's belief on reasonable and probable grounds that a person is committing or has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under s. 253 of the *Code*.

### Analysis

In my view s. 254(3) should be interpreted as requiring only that a peace officer form a belief that an impaired driving offence has been committed by the suspect within the past two hours. A demand made pursuant to that belief must follow forthwith or as soon as practicable, but this may fall outside the two-hour limit. The language of the subsection and the broader breathalyzer scheme of the *Criminal Code* both support this view. It follows that I am largely in agreement with the dissenting judgment of Macdonald J.A.

In the court below, Freeman J.A. found that the "plain meaning" of s. 254(3) demands an interpretation that the formation of the belief and the resulting demand must be concurrent — that is, when the demand is made the officer's belief must still be fresh. I do not agree. The language of the section does not describe a solitary event. Rather, it is split into two temporal modes. First, there is the present and retrospective tense: "Where a peace officer believes . . . that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed . . . an offence under section 253 . . . [he may make a demand]". (Emphasis added.) This must be contrasted with the timing of the

prélevé dans les deux heures. Vu que l'échantillon prélevé après deux heures demeurerait admissible, le délai de deux heures prévu à l'art. 258 n'avait pas à équivaloir au délai plus souple du par. 254(3). Le juge Macdonald aurait en conséquence accueilli l'appel.

### Question en litige

Dans ce pourvoi, il s'agit donc simplement de déterminer si le délai de deux heures prévu au par. 254(3) du *Code criminel* s'applique à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine ou de sang, ou encore à la formation, chez l'agent de la paix, de motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre ou a commis, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'art. 253 du *Code*.

### Analyse

À mon avis, il y a lieu d'interpréter le par. 254(3) comme exigeant simplement que l'agent de la paix ait des motifs de croire qu'un suspect a commis une infraction de conduite avec facultés affaiblies dans les deux heures précédentes. L'ordre fondé sur ces motifs de croire doit être donné immédiatement ou dès que possible, mais il se peut que le délai de deux heures soit alors expiré. Cette interprétation trouve appui tant dans le texte du paragraphe que dans le régime général d'éthylométrie du *Code criminel*. Il s'ensuit que je partage largement l'opinion dissidente du juge Macdonald.

En Cour d'appel, le juge Freeman a conclu que, d'après le [TRADUCTION] «sens clair» du par. 254(3), la formation des motifs de croire et l'ordre en résultant doivent coïncider, c'est-à-dire qu'au moment où l'ordre est donné, les motifs de croire de l'agent doivent avoir été fraîchement formés. Je ne suis pas de cet avis. Le langage du paragraphe ne décrit pas un événement unique. Il se divise plutôt en deux modes temporels, à commencer par le présent et le passé: «L'agent de la paix qui a des motifs . . . de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes . . . une infraction à l'article 253 . . . [peut donner un ordre]». (Je sou-

demand, which is in the present and future tense: “by demand made to that person forthwith or as soon as practicable”. (Emphasis added.) In my view, the past and future tenses are not linked by the wording of the section. Belief and demand may be concurrent (i.e., when the demand is made “forthwith”) but it is not correct to suggest that they must be concurrent.

Looking beyond the text of the provision, the breathalyzer scheme of the *Code* is designed to ensure that breath or blood samples are obtained as quickly as possible after the alleged impaired driving offence. This overriding objective is achieved through various mechanisms found in specific *Code* provisions. While the general objective is the same throughout the scheme, the specific purposes of each mechanism are different. As such, the fact that the provisions constitute a “scheme” does not mandate a unitary interpretation contrary to the language of each individual provision. The two-hour limit in s. 254(3) contributes to the objective of the scheme by forcing prompt police investigation, and by requiring the police to take the sample as soon as practicable. This specific purpose, which goes to the admissibility of the sample into evidence, can be distinguished from the purpose of the time limit in the presumption section, s. 258(1)(c). The latter provides a procedural shortcut for the police, but only if the breath or blood sample is obtained within two hours of the alleged offence. As such, it is concerned with the quality of the evidence obtained by the police, rather than its admissibility.

Counsel for the respondent argued that s. 254(3) is meant to prevent breath or blood samples taken long after the fact from being used in evidence, and as such the section must be interpreted as requiring a demand within two hours. This is something of a red herring, as neither the demand nor the formation of a belief controls the timing of the sample. Rather, the sample need only be taken as soon as is practicable after the demand. In other

ligne.) L’emploi de ces temps doit être mis en parallèle avec l’emploi du présent et du futur pour désigner le moment de donner l’ordre: «peut lui ordonner immédiatement ou dès que possible». (Je souligne.) À mon avis, les temps passé et futur ne sont pas liés par le texte de la disposition. Les motifs de croire et l’ordre peuvent coïncider (c’est-à-dire lorsque l’ordre est donné «immédiatement»), mais il est faux de prétendre qu’ils doivent coïncider.

Au-delà du texte de la disposition, le régime d’éthylométrie du *Code* vise à assurer que le prélèvement des échantillons d’haleine ou de sang soit effectué le plus rapidement possible après l’infraction alléguée de conduite avec facultés affaiblies. Cet objectif prédominant est atteint au moyen de divers mécanismes établis dans des dispositions précises du *Code*. Bien que l’objectif général soit le même dans l’ensemble du régime, les buts précis de chaque mécanisme sont différents. À ce titre, le fait que les dispositions constituent un «régime» ne commande pas une interprétation unitaire qui soit contraire au texte de chaque disposition particulière. Le délai de deux heures prescrit au par. 254(3) contribue à atteindre l’objectif du régime en forçant les policiers à faire rapidement enquête et à prélever les échantillons dès que possible. On peut distinguer cet objectif précis, qui se rattache à l’admissibilité de l’échantillon en preuve, de l’objectif visé par le délai fixé dans la disposition qui établit une présomption, l’al. 258(1)c). Cet alinéa permet aux policiers de recourir à une procédure abrégée, mais à la condition que l’échantillon d’haleine ou de sang ait été prélevé dans les deux heures de l’infraction alléguée. À ce titre, il a trait à la qualité de la preuve obtenue par la police plutôt qu’à son admissibilité.

L’avocate de l’intimé a fait valoir que le par. 254(3) vise à empêcher que des échantillons d’haleine ou de sang prélevés longtemps après le fait soient utilisés en preuve et qu’à ce titre, il doit être interprété comme exigeant que l’ordre soit donné dans les deux heures. Cet argument sert plutôt à brouiller les pistes car ni l’ordre ni la formation de motifs de croire n’influe sur le moment de prélever l’échantillon. Il est plutôt seulement



words, even if a demand is made within two hours, there may be long delays in some cases before the sample can practicably be taken. As such, "stale" samples will still be received in evidence no matter which interpretation of s. 254(3) is accepted in this appeal. Of course that does not end the matter, as another provision — s. 258(1)(c) — will govern the use of the sample evidence at trial.

The invalid premise that s. 258(1)(c) governs admissibility is at the heart of the interpretational approach of Jones J.A. in the court below. This approach was first advanced by Barry J. in *Goodyear*, *supra*, and was stressed by counsel for the respondent during this appeal. The dissenting reasons of Macdonald J.A. provide an apt response to this approach, at pp. 432-33:

Because alcohol is metabolized by the human body, the result of a breath or blood sample analysis in actual fact is not the same as the alcohol/blood concentration at the time the accused committed the alleged offence. Section 258(1)(c) and (d) provides the Crown with a procedural shortcut in the form of a presumption that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time of the alleged offence was the same as determined by the breath or blood analysis. The benefit of the presumption saves the Crown from calling expert evidence as to what the actual blood-alcohol concentration was at the time the alleged offence was committed based on the results of the analysis of the sample of blood or breath. In order to take advantage of this presumption, the prosecution must establish amongst other things that the breath or blood samples were taken not later than two hours after the alleged offence was committed.

Where, as here, the breath or blood sample is taken more than two hours after the commission of the alleged offence, the Crown loses the benefit of the presumption but nothing more, provided the officer who demanded the breath or blood samples formulated a belief that within the preceding two hours the accused had committed a drinking and driving offence.

nécessaire que l'échantillon soit prélevé dès que possible après que l'ordre a été donné. En d'autres termes, même si l'ordre est donné dans les deux heures, il peut dans certains cas s'écouler un long délai avant qu'il ne soit matériellement possible de prélever l'échantillon. À ce titre, un échantillon «périmé» sera tout de même admis en preuve quelle que soit l'interprétation du par. 254(3) qui sera retenue dans ce pourvoi. Il va sans dire que cela ne règle pas la question puisqu'une autre disposition, l'al. 258(1)c), régira l'utilisation, au procès, de l'élément de preuve constitué par l'échantillon.

La prémisse inexacte voulant que l'al. 258(1)c) régisse la question de l'admissibilité est au cœur de la méthode d'interprétation du juge Jones de la Cour d'appel. Cette méthode a été proposée pour la première fois par le juge Barry dans l'arrêt *Goodyear*, précité, et a été soulignée par l'avocate de l'intimé au cours du présent pourvoi. Le juge Macdonald y a répondu de manière pertinente dans ses motifs de dissidence, aux pp. 432 et 433:

[TRADUCTION] Parce que l'alcool est transformé par le métabolisme de l'organisme humain, le résultat de l'analyse d'un échantillon d'haleine ou de sang ne mesure pas réellement l'alcoolémie de l'accusé au moment où il aurait commis l'infraction alléguée. Aux termes des al. 258(1)c) et d), le ministère public bénéficie d'une procédure abrégée sous la forme d'une présomption que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction alléguée était identique au résultat de l'analyse de son haleine ou de son sang. Grâce à cette présomption, le ministère public n'a pas à produire de témoins experts afin de déterminer le taux d'alcoolémie réel au moment où l'infraction alléguée a été commise, en fonction des résultats des analyses des échantillons de sang ou d'haleine. Pour se prévaloir de cette présomption, la poursuite doit établir notamment que les échantillons d'haleine ou de sang n'ont pas été prélevés plus de deux heures après la perpétration de l'infraction alléguée.

Lorsque, comme en l'espèce, l'échantillon d'haleine ou de sang est prélevé plus de deux heures après la perpétration de l'infraction alléguée, le ministère public perd le bénéfice de la présomption, mais rien de plus, pourvu que l'agent qui a exigé les échantillons d'haleine ou de sang ait eu des motifs de croire que l'accusé avait, dans les deux heures précédentes, commis une infraction de conduite avec facultés affaiblies.

The position taken by Barry, J., in *R. v. Goodyear*, *supra*, as expressed at p. 261 of the report was that the two hour time period stipulated in what is now s. 254(3) of the *Code* is the same two hour time period prescribed by what is now 258(1)(c). In other words, Mr. Justice Barry interprets s. 254(3) as requiring that the belief, the demand and the breath or blood sample be formulated, given and taken within two hours of the alleged offence. I agree with the judgment in *R. v. Pavel*, *supra*, that s. 254(3) cannot reasonably bear such interpretation.

I do not read the presumption sections (ss. 253(1)(c) and (d)) which are purely evidentiary as relating back to the substantive provisions of s. 254(3) of the *Code* so as to require not only that the requisite belief be formulated within two hours of the alleged offence, but also that the breath or blood sample demand, let alone the taking of such samples, also be done within such two hour period.

As Macdonald J.A. suggests, it is now settled law that a failure to comply with the provisions of s. 258 robs the Crown of the benefit of the presumption therein but nothing more. The evidence obtained is still admissible: see *R. v. May* (1971), 16 C.R.N.S. 392 (Alta. S.C.); *R. v. Hamm*, *supra*; *R. v. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38 (Ont. C.A.). This point was made by this Court at the hearing and was conceded by counsel for the respondent. I note, however, that McLeod, Takach and Segal in *Breathalyzer Law in Canada* (3rd ed. 1986), at pp. 12-40 to 12-49, suggest that this proposition is still open for debate. In my view, however, the analysis of the Saskatchewan Court of Appeal in *Hamm* put this issue to rest some years ago.

During the hearing of this appeal, counsel for the respondent conceded that s. 258(1)(c) does not govern admissibility. This concession reduced her argument on the breathalyzer scheme to this: the scheme is preoccupied with a two-hour limit, and consequently such a limit should be attached to the making of the demand by the police. However, this is far too tenuous a link to influence the interpretation of the provision in question. The specific objective of s. 254(3) does not depend upon attach-

Suivant le point de vue que le juge Barry adopte à la p. 261 de l'arrêt *R. c. Goodyear*, précité, le délai de deux heures prescrit par l'actuel par. 254(3) du *Code* est le même que celui fixé par l'actuel al. 258(1)c). En d'autres termes, le juge Barry interprète le par. 254(3) comme exigeant que les motifs de croire soient formés, que l'ordre soit donné et que les échantillons d'haleine ou de sang soient prélevés dans les deux heures de la perpétration de l'infraction alléguée. Je souscris à l'opinion exprimée dans l'affaire *R. c. Pavel*, précitée, suivant laquelle une telle interprétation ne peut raisonnablement être donnée au par. 254(3).

Je ne considère pas que les dispositions établissant une présomption (al. 253(1)c) et d)), qui sont purement relatives à la preuve, renvoient aux dispositions de fond du par. 254(3) du *Code* de manière à exiger non seulement que les motifs requis de croire soient formés dans les deux heures de l'infraction alléguée, mais encore que l'ordre de fournir un échantillon d'haleine ou de sang, sinon le prélèvement lui-même, se fassent aussi à l'intérieur de ce délai.

Comme le laisse entendre le juge Macdonald, il est maintenant bien établi en droit que le défaut de se conformer aux dispositions de l'art. 258 prive le ministère public du bénéfice de la présomption qu'il renferme, mais sans plus. La preuve obtenue demeure admissible: voir *R. c. May* (1971), 16 C.R.N.S. 392 (C.S. Alb.); *R. c. Hamm*, précité; *R. c. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38 (C.A. Ont.). Notre Cour a fait remarquer cela à l'audience et l'avocate de l'intimé en a convenu. Je souligne cependant que, dans *Breathalyzer Law in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1986), aux pp. 12-40 à 12-49, McLeod, Takach et Segal laissent entendre que cette proposition peut toujours faire l'objet de discussions. À mon avis, cependant, l'analyse de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Hamm* a réglé la question il y a quelques années.

Au cours de l'audition de ce pourvoi, l'avocate de l'intimé a reconnu que l'al. 258(1)c) ne régit pas la question de l'admissibilité. De ce fait, son argumentation relative au régime d'éthylométrie se ramenait à ceci: le régime s'attache à prévoir un délai de deux heures et ce délai devrait donc s'appliquer à l'ordre donné par le policier. Il s'agit là, cependant, d'un lien beaucoup trop ténu pour influencer sur l'interprétation de la disposition en question. L'objet du par. 254(3) ne dépend pas du

ing the time limit to the demand. Whether the limiting event is the belief or the demand, the overriding requirement in the subsection is that the sample be obtained as soon as is practicable. Thus, both interpretations under consideration in this appeal will impose some requirement of promptness on the police. However, the interpretation urged by the respondent would be unfair to the police in some circumstances.

Macdonald J.A. raises an obvious example of a situation in which the section can operate unfairly to the police, at p. 433:

In certain circumstances, although the peace officer formulates the belief required by s. 254(3) within two hours of the alleged offence, he may not be able to give the breath or blood sample demand within such two hour period. Since the requisite belief may be formulated on hearsay evidence, the situation can arise where the peace officer formulates the belief some distance away from where the person who committed the alleged offence is. It may take a peace officer some considerable time to reach that person and give the breath or blood demand. It may be partly due to such possibility that Parliament saw fit to provide that the demand for a breath or blood sample had to be given forthwith after the required belief was formulated or if it couldn't be given forthwith, then it had to be given "as soon as practicable".

Another example arises when the police investigate an impaired driving offence, only to find that the driver has fled the scene, or has wandered off. By interviewing witnesses and examining the scene, the police may form a reasonable belief that the driver was impaired. However, a demand will not be possible until the driver is found. This may take more than two hours, but a breath sample may still be relevant at that later time. If the demand is to be the limiting event, then these relevant breath samples will be unfairly excluded from evidence.

The authorities cited by the parties are of little assistance in resolving this appeal. For the most

rattachement du délai à l'ordre donné. Peu importe que l'événement-limite soit les motifs de croire ou l'ordre donné, l'exigence prépondérante du paragraphe est que l'échantillon soit prélevé dès que possible. Ainsi, les deux interprétations examinées dans ce pourvoi obligeront les policiers à faire preuve de célérité. Celle que préconise l'intimé serait toutefois injuste pour les policiers dans certaines circonstances.

Le juge Macdonald donne, à la p. 433, un exemple patent de situation où le paragraphe peut s'appliquer de manière injuste pour les policiers:

[TRADUCTION] Dans certaines circonstances, bien que l'agent de la paix forme les motifs de croire requis par le par. 254(3) dans les deux heures de l'infraction alléguée, il se peut qu'il soit dans l'impossibilité de donner l'ordre de fournir un échantillon d'haleine ou de sang à l'intérieur de ce délai. Vu que les motifs de croire requis peuvent être formés à la suite d'un ouï-dire, il peut arriver que l'agent forme ces motifs de croire à une certaine distance de l'endroit où se trouve l'auteur de l'infraction alléguée. Il se peut qu'il lui faille un temps considérable pour rejoindre cette personne et lui ordonner de fournir un échantillon d'haleine ou de sang. C'est peut-être en partie pour cette raison que le Parlement a jugé bon de prévoir que l'ordre de fournir un échantillon d'haleine ou de sang soit donné immédiatement après que les motifs de croire requis aient été formés ou, s'il ne pouvait être donné immédiatement, qu'il le soit «dès que possible».

Un autre exemple est celui du cas où le policier qui enquête sur une infraction de conduite avec facultés affaiblies découvre que le conducteur a fui les lieux de l'accident ou a disparu. En interrogeant des témoins et en examinant les lieux, le policier peut avoir des motifs raisonnables de croire que les facultés du conducteur étaient affaiblies. Cependant, il lui sera impossible de donner un ordre avant de retrouver le conducteur. Cela risque de prendre plus de deux heures, ce qui n'empêchera pas l'échantillon d'haleine prélevé après ce délai de demeurer pertinent. Si l'ordre doit être l'événement-limite, ces échantillons d'haleine pertinents seront alors injustement exclus de la preuve.

La jurisprudence citée par les parties n'est que de peu d'utilité pour trancher le présent pourvoi.

part, judgments on both sides of the issue fail to justify their interpretation of the subsection. The exception is *Goodyear*, although its reasoning is flawed as demonstrated above. The respondent placed considerable reliance on past references to the two-hour limit by this Court. These are found in the judgments of Le Dain J. in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, which considered the right to counsel with respect to breathalyzer samples and roadside screening devices. In particular, the following passage from *Thomsen*, at p. 651, was cited:

In our reasons for judgment in *Therens*, both Estey J. and I, in comparing s. 234.1(1) and s. 235(1) [now s. 254(3)], also attached importance to the fact that Parliament chose to use the word “forthwith” without qualification in s. 234.1(1) but the words “forthwith or as soon as practicable” and “then or as soon thereafter as is practicable” in s. 235(1). In the end, however, it was the two-hour operating limit under s. 237(1) [now s. 258(1)] for the breathalyzer test that was seen as affording a possibility of contact with counsel prior to compliance with a s. 235(1) demand. [Emphasis added.]

The respondent argues that this in some way links the two-hour time limit to the demand. As I read Le Dain J.’s reasons, however, the point of this passage is simply to illustrate that in the normal case the police will have nearly two hours to complete the breathalyzer test and still benefit from the presumption under s. 258, and that in this time span it is reasonable to allow the driver to contact counsel. I see nothing in his comments that suggests that the demand must as a matter of law be made within the two-hour period.

In the court below, the majority suggested that any ambiguity in a penal provision should be resolved in favour of the accused. Indeed, I took exactly the same position on a different portion of s. 254(3) in my reasons in *R. v. Green*, [1992] 1 S.C.R. 614. However, in my view the same ambiguity does not exist in this case. While it is

Dans la plupart des cas, les jugements, qu’ils penchent en faveur d’une thèse ou de l’autre, ne justifient pas l’interprétation donnée au paragraphe. L’arrêt *Goodyear* est l’exception, quoique le raisonnement qu’on y trouve soit fautif, tel que démontré précédemment. L’intimé a attaché une importance considérable à des mentions du délai de deux heures que notre Cour a faites antérieurement. Ces mentions se trouvent dans les motifs du juge Le Dain dans les arrêts *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, qui portent sur le droit à l’assistance d’un avocat en matière d’éthylomètres et d’alcooltests. On a cité notamment le passage suivant de l’arrêt *Thomsen*, à la p. 651:

Dans les motifs de jugement que nous avons rédigés dans l’affaire *Therens*, le juge Estey et moi-même, en comparant les par. 234.1(1) et 235(1) [maintenant le par. 254(3)], avons également attaché de l’importance au fait que le législateur a choisi d’utiliser l’expression «sur-le-champ» sans plus au par. 234.1(1), mais l’expression «sur-le-champ ou dès que possible» au par. 235(1). En fin de compte, toutefois, c’est le délai de deux heures imparti par le par. 237(1) [maintenant le par. 258(1)] pour pratiquer l’éthylométrie qui a été interprété comme accordant la possibilité de communiquer avec un avocat avant d’obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 235(1). [Je souligne.]

L’intimé soutient que cela rattache d’une certaine manière le délai de deux heures à l’ordre donné. Toutefois, si j’ai bien saisi les motifs du juge Le Dain, celui-ci voulait simplement illustrer le fait qu’en temps normal, les policiers disposent de près de deux heures pour compléter l’éthylométrie et bénéficier de la présomption établie par l’art. 258 et que, dans cet intervalle, il est raisonnable d’autoriser le conducteur à communiquer avec son avocat. Je ne vois rien dans ses observations qui laisse entendre que l’ordre doit, en droit, être donné dans le délai de deux heures.

Suivant la Cour d’appel à la majorité, toute ambiguïté dans une disposition pénale doit profiter à l’accusé. C’est exactement le point de vue que j’ai adopté au sujet d’une autre partie du par. 254(3) dans les motifs que j’ai rédigés dans l’affaire *R. c. Green*, [1992] 1 R.C.S. 614. À mon avis cependant, la même ambiguïté n’existe pas en

true that s. 254(3) is not a model of clarity, in this instance the intent of Parliament is sufficiently clear that there is no need for the aid of that canon of statutory construction.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Appeal Division of the Supreme Court, substitute a conviction for the acquittal entered below, and remit the matter to the Provincial Court for the imposition of sentence.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitors for the respondent: Patricia A. Fricker and Allan F. Nicholson, Sydney.*

l'espèce. Le paragraphe 254(3) n'est peut-être pas un modèle de clarté, mais dans le cas qui nous occupe l'intention du législateur est suffisamment claire pour qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à ce précepte de l'interprétation législative.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Section d'appel de la Cour suprême, de substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittement prononcé en première instance et de renvoyer l'affaire à la Cour provinciale pour l'imposition d'une peine.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé: Patricia A. Fricker et Allan F. Nicholson, Sydney.*

**MAIL**  **POSTE**

Canada Post Corporation - Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail**

**Poste-lettre**

**K1A 0S9  
OTTAWA**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 5, 1992 Vol. 2**

**5<sup>e</sup> cahier, 1992 Vol. 2**

Cited as [1992] 2 S.C.R. 679-870

Renvoi [1992] 2 R.C.S. 679-870

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

## CONTENTS

### **R. v. Barbeau ..... 845**

Criminal law — Procedure — Indictment — Preliminary inquiry — Accused charged with offence which did not exist at relevant time and committed for trial following preliminary inquiry — Error detected at beginning of trial and new indictment presented — Whether Crown could only proceed by means of direct indictment requiring Attorney General's consent — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 577.

### **R. v. Sims ..... 858**

Criminal law — Jury — Deliberations — Jury deadlocked — Exhortation to reach verdict — Whether trial judge should give his opinion on matters of fact while exhorting deadlocked jury to reach a verdict — Whether jury prejudicially influenced by trial judge's opinion on strength of Crown's case.

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

## SOMMAIRE

### **R. c. Barbeau ..... 845**

Droit criminel — Procédure — Acte d'accusation — Enquête préliminaire — Accusé inculpé d'une infraction qui n'existait pas au moment visé et renvoyé à son procès après l'enquête préliminaire — Découverte de l'erreur au début du procès et présentation d'un nouvel acte d'accusation — Le ministère public ne pouvait-il recourir qu'à un acte d'accusation direct nécessitant le consentement du procureur général? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 577.

### **R. c. Sims ..... 858**

Droit criminel — Jury — Délibérations — Jury dans l'impasse — Exhortation à rendre un verdict — Le juge du procès devrait-il faire part de son opinion sur des questions de fait lorsqu'il exhorte un jury dans l'impasse à rendre un verdict? — Le jury a-t-il été influencé d'une manière préjudiciable par l'opinion du juge du procès sur la force de la preuve du ministère public?

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

### R. v. Zundel..... 731

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Spreading false news — Criminal Code prohibiting wilful publication of false statement or news that person knows is false and that is likely to cause injury or mischief to a public interest (s. 181) — Whether s. 181 of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 181 justifiable under s. 1 of Charter — Vagueness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 181.

Criminal law — Spreading false news — Freedom of expression — Criminal Code prohibiting wilful publication of false statement or news that person knows is false and that is likely to cause injury or mischief to a public interest (s. 181) — Whether s. 181 of Code infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 181 upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 181.

### Schachter v. Canada ..... 679

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Remedies — Underinclusive benefit — Natural parents not given same benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act, 1971 — Whether or not s. 52(1) of Constitution Act, 1982 required court to declare offending section of no force or effect — Whether or not s. 24 of Charter enabled court to order natural parents entitled to same benefits as adoptive parents — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 24(1) — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Appropriate remedy — Underinclusive benefit — Natural parents not given same benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act, 1971 — Whether or not s. 52(1) of Constitution Act, 1982 required court to declare offending section of no force or effect — Whether or not s. 24 of Charter enabled court to order natural parents entitled to same benefits as adoptive parents.

## SOMMAIRE (Fin)

### R. c. Zundel..... 731

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publication de fausses nouvelles — Le Code criminel interdit la publication volontaire de fausses déclarations ou nouvelles que l'auteur sait fausses et qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public (art. 181) — L'article 181 du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'art. 181 peut-il être justifié en vertu de l'article premier de la Charte? — Imprécision — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 181.

Code criminel — Publication de fausses nouvelles — Liberté d'expression — Le Code criminel interdit la publication volontaire de fausses déclarations ou nouvelles que l'auteur sait fausses et qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public (art. 181) — L'article 181 du Code viole-t-il la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite que l'art. 181 impose à l'art. 2b) peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 181.

### Schachter c. Canada ..... 679

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Réparations — Prestations limitatives — Parents naturels ne bénéficiant pas des mêmes prestations que les parents adoptifs en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — L'article 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 exige-t-il que le tribunal déclare inopérant l'article incompatible? — L'article 24 de la Charte donne-t-il au tribunal le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations que les parents adoptifs? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1), 24(1) — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exécution — Réparation appropriée — Prestations limitatives — Parents naturels ne bénéficiant pas des mêmes prestations que les parents adoptifs en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — L'article 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 exige-t-il que le tribunal déclare inopérant l'article incompatible? — L'article 24 de la Charte donne-t-il au tribunal le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations que les parents adoptifs?



**Her Majesty The Queen and Canada  
Employment and Immigration  
Commission** *Appellants*

v.

**Shalom Schachter** *Respondent*

and

**Women's Legal Education and Action  
Fund** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the  
Attorney General of Quebec, the Attorney  
General for New Brunswick, the Attorney  
General of British Columbia, the Attorney  
General for Saskatchewan, the Attorney  
General for Alberta, the Attorney General  
of Newfoundland and Minority Advocacy  
Rights Council** *Intervenors*

INDEXED AS: SCHACHTER v. CANADA

File No.: 21889.

1991: December 12; 1992: July 9.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Remedies — Underinclusive benefit — Natural parents not given same benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act, 1971 — Whether or not s. 52(1) of Constitution Act, 1982 required court to declare offending section of no force or effect — Whether or not s. 24 of Charter enabled court to order natural parents entitled to same benefits as adoptive parents — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 24(1) — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 32.*

**Sa Majesté la Reine et la Commission de  
l'emploi et de l'immigration du  
Canada** *Appelantes*

a

c.

**Shalom Schachter** *Intimé*

b et

**Le Fonds d'action et d'éducation juridiques  
pour les femmes** *Intimé*

c

et

**Le procureur général de l'Ontario, le  
procureur général du Québec, le procureur  
général du Nouveau-Brunswick, le  
procureur général de la Colombie-  
Britannique, le procureur général de la  
Saskatchewan, le procureur général de  
l'Alberta, le procureur général de Terre-  
Neuve et le Conseil de revendication des  
droits des minorités** *Intervenants*

f RÉPERTORIÉ: SCHACHTER c. CANADA

g

N° du greffe: 21889.

1991: 12 décembre; 1992: 9 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Réparations — Prestations limitatives — Parents naturels ne bénéficiant pas des mêmes prestations que les parents adoptifs en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — L'article 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 exige-t-il que le tribunal déclare inopérant l'article incompatible? — L'article 24 de la Charte donne-t-il au tribunal le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations que les parents adoptifs? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1), 24(1) — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 32.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Appropriate remedy — Underinclusive benefit — Natural parents not given same benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act, 1971 — Whether or not s. 52(1) of Constitution Act, 1982 required court to declare offending section of no force or effect — Whether or not s. 24 of Charter enabled court to order natural parents entitled to same benefits as adoptive parents.*

Respondent's spouse received 15 weeks of maternity benefits in 1985 under s. 30 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Although respondent had intended to stay home with the newborn as soon as his spouse was able to return to work after the birth, he ultimately took three weeks off without pay. He had first applied for benefits under s. 30 in respect of the time he had to take off work, but, since s. 30 was limited to maternity benefits, modified his application to one under s. 32 for "paternity benefits". Section 32 provides for parental benefits for adoptive parents for 15 weeks following the placement of their child with them. These benefits are to be shared between the two parents in accordance with their wishes. The respondent's application was denied on the basis that he was "not available for work", a ground of disentitlement for all applicants except those applying for maternity benefits or adoption benefits.

The respondent appealed the decision to a Board of Referees. The appeal was dismissed and the respondent made a further appeal to an Umpire. This appeal was never heard as the respondent made known his intention to raise constitutional issues and it was agreed by the parties that the Federal Court, Trial Division was a better forum for resolving the constitutional issues. The trial judge found a violation of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that s. 32 discriminated between natural parents and adoptive parents with respect to parental leave. He granted declaratory relief under s. 24(1) of the *Charter* and extended the same benefits to natural parents as were granted to adoptive parents under s. 32. The violation of s. 15 was subsequently ceded by appellants. The Federal Court of Appeal upheld the trial judge's decision.

The impugned provision was since amended to extend parental benefits to natural parents on the same

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Exécution — Réparation appropriée — Prestations limitatives — Parents naturels ne bénéficiant pas des mêmes prestations que les parents adoptifs en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — L'article 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 exige-t-il que le tribunal déclare inopérant l'article incompatible? — L'article 24 de la Charte donne-t-il au tribunal le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations que les parents adoptifs?*

En 1985, l'épouse de l'intimé a reçu des prestations de maternité pendant 15 semaines en vertu de l'art. 30 de la *Loi de 1971 de l'assurance-chômage*. Bien qu'il ait eu l'intention de rester à la maison avec le nouveau-né dès que son épouse pourrait retourner au travail, l'intimé a finalement pris trois semaines de congé sans traitement. Il avait tout d'abord fait une demande de prestations en vertu de l'art. 30 pour justifier son absence du travail mais, puisque l'art. 30 était limité aux prestations de maternité, il a ensuite modifié une formule de demande de «prestations de paternité» en vertu de l'art. 32. Cet article prévoit le versement de prestations aux parents adoptifs pendant 15 semaines à la suite du placement d'un enfant dans leur foyer. Les deux parents peuvent se partager ces prestations comme ils l'entendent. La demande de l'intimé a été refusée parce qu'il n'était pas «disponible pour travailler», motif d'exclusion pour tous les prestataires, sauf ceux faisant une demande de prestations de maternité ou d'adoption.

L'intimé a interjeté appel de la décision auprès d'un conseil arbitral. L'appel a été rejeté et l'intimé a interjeté un autre appel devant un juge-arbitre. Cet appel n'a jamais été entendu puisque l'intimé avait fait connaître son intention de soulever des questions constitutionnelles; les parties ont convenu que la Section de première instance de la Cour fédérale serait mieux placée pour résoudre les questions constitutionnelles. Le juge de première instance a conclu à une violation de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce que l'art. 32 établit une discrimination entre les parents naturels et les parents adoptifs relativement au congé parental. Il a accordé une réparation sous forme de jugement déclaratoire en vertu du par. 24(1) de la *Charte* et octroyé aux parents naturels les mêmes prestations que celles accordées aux parents adoptifs en vertu de l'art. 32. Les appelantes ont par la suite concédé qu'il y a eu violation de l'art. 15 de la *Charte*. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance.

La disposition attaquée a depuis été modifiée et prévoit maintenant que les parents naturels ont droit, selon

footing as they are provided to adoptive parents for a period totalling 10 weeks rather than the original 15.

The constitutional questions stated in this Court queried: (1) whether s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* required that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, given an unequal benefit contrary to s. 15(1) of the *Charter*, be declared of no force or effect, and (2) whether s. 24(1) of the *Charter* conferred on the Federal Court Trial Division the power to order that natural parents are entitled to benefits on the same terms as benefits are available to adoptive parents under s. 32.

*Held:* The appeal should be allowed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, leaving open the option of suspending the declaration of invalidity for a period of time to allow Parliament to amend the legislation in a way which meets its constitutional obligations. The second constitutional question should be answered in the negative. Section 24(1) of the *Charter* provides an individual remedy for actions taken under a law which violate an individual's *Charter* rights. A limited power to extend legislation is available to courts in appropriate circumstances by way of the power to read in derived from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Generally speaking, when only a part of a statute or provision violates the Constitution, only the offending portion should be declared to be of no force or effect. The doctrine of severance requires that a court define carefully the extent of the inconsistency between the statute in question and the requirements of the Constitution, and then declare inoperative (a) the inconsistent portion, and (b) such part of the remainder of which it cannot be safely assumed that the legislature would have enacted it without the inconsistent portion.

In the case of reading in, the inconsistency is defined as what the statute wrongly excludes rather than what it wrongly includes. Where the inconsistency is defined as what the statute excludes, the logical result of declaring inoperative that inconsistency may be to include the excluded group within the statutory scheme. The reach of the statute is effectively extended by way of reading in rather than reading down.

des modalités identiques, aux mêmes prestations que les parents adoptifs, pendant une période totale de 10 semaines au lieu des 15 semaines prévues initialement.

Les questions constitutionnelles formulées en Cour suprême sont de savoir (1) si le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* exige que l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, parce qu'il crée un bénéfice inégal contrairement au par. 15(1) de la *Charte*, soit déclaré inopérant; et (2) si le par. 24(1) donne à la Section de première instance de la Cour fédérale le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations, suivant les mêmes conditions, que celles que peuvent toucher les parents adoptifs en vertu de l'art. 32.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, mais l'effet de cette déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. La seconde question constitutionnelle reçoit une réponse négative. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* prévoit une réparation individuelle lorsque des mesures prises en vertu d'une loi violent les droits garantis à une personne par la *Charte*. Dans les circonstances appropriées, les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin: En règle générale, lorsque seulement une partie d'une loi ou d'une disposition viole la Constitution, seule la partie fautive devrait être déclarée inopérante. La doctrine de la dissociation exige du tribunal qu'il précise soigneusement la mesure de l'incompatibilité entre la loi en question et les exigences de la Constitution et qu'il déclare inopérantes a) la partie incompatible, ainsi que b) toute partie du reste de la loi relativement à laquelle il n'y aurait pas lieu de supposer que le législateur l'aurait adoptée sans la partie incompatible.

Dans le cas de l'interprétation large, l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut à tort plutôt que de ce qu'elle inclut à tort. Si l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut, la déclaration d'invalidité de cette incompatibilité peut avoir pour effet logique d'inclure le groupe exclu dans le texte législatif en question. La portée de la loi est étendue par interprétation large au lieu de recevoir une interprétation atténuée.

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* does not restrict the court to the verbal formula employed by the legislature in defining the inconsistency between a statute and the Constitution. Section 52 declares the law, and not the words expressing that law, to be of no force or effect to the extent of any inconsistency with the Constitution. The inconsistency can be defined as what is left out of the verbal formula as well as what is wrongly included.

The purpose of reading in is to be as faithful as possible within the requirements of the Constitution to the scheme enacted by the legislature. In some cases, of course, it will not be a safe assumption that the legislature would have enacted the constitutionally permissible part of its enactment without the impermissible part. There reading in would not be appropriate. Just as reading in is sometimes required in order to respect the purposes of the legislature, it is also sometimes required in order to respect the purposes of the *Charter*. Reading in therefore is a legitimate remedy akin to severance and should be available under s. 52 in cases where it is an appropriate technique to fulfil the purposes of the *Charter* and at the same time minimize the interference of the court with the parts of legislation that do not themselves violate the *Charter*.

The first step in choosing a remedial course under s. 52 is to define the extent of the inconsistency which must be struck down. Usually, the manner in which the law violates the *Charter* and the manner in which it fails to be justified under s. 1 will be critical to this determination.

In some circumstances, s. 52(1) mandates defining the inconsistent portion which must be struck down very broadly. This will almost always be the case where the legislation or legislative provision does not meet the first part of the *Oakes* test, in that the purpose is not sufficiently pressing or substantial to warrant overriding a *Charter* right. Where the purpose of the legislation is itself unconstitutional, the legislation should almost always be struck down in its entirety.

Where the purpose of the legislation or legislative provision is deemed to be pressing and substantial, but the means used to achieve this objective are found not to be rationally connected to it, the inconsistency to be struck down will generally be the whole of the portion of the legislation which fails the rational connection test. It matters not how pressing or substantial the objective

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne restreint pas le tribunal à l'examen du libellé employé par le législateur lorsqu'il détermine l'incompatibilité entre une loi et la Constitution. L'article 52 rend inopérantes les dispositions incompatibles d'une règle de droit et non pas les termes d'une loi. L'incompatibilité peut s'entendre tant de ce qui a été omis du libellé de la loi que de ce qui y a été inclus à tort.

L'objet de l'interprétation large est d'être aussi fidèle que possible, dans le cadre des exigences de la Constitution, au texte législatif adopté par le législateur. Il va sans dire que, dans certains cas, il n'y aura pas lieu de supposer que le législateur aurait adopté la partie d'une loi autorisée par la Constitution sans celle qui ne l'est pas. Dans ce cas, l'interprétation large ne conviendrait pas. S'il est parfois nécessaire de procéder par interprétation large pour assurer le respect des objectifs législatifs, il est également nécessaire parfois de procéder de cette façon pour assurer le respect des objets de la *Charte*. L'interprétation large est donc une mesure corrective légitime semblable à la dissociation et devrait pouvoir être utilisée en vertu de l'art. 52 dans les cas où elle constitue une technique appropriée pour satisfaire aux objets de la *Charte* et réduire au minimum l'ingérence judiciaire dans les parties de la loi qui en soi ne sont pas contraires à la *Charte*.

Dans le choix d'une mesure corrective en vertu de l'art. 52, la première étape consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité qui doit être annulée. Habituellement, il sera essentiel d'examiner de quelle façon la loi en question viole la *Charte* et pourquoi cette violation ne peut être justifiée en vertu de l'article premier.

Dans certaines circonstances, le par. 52(1) exige qu'on détermine d'une façon très large la partie incompatible à annuler. Cela sera presque toujours le cas si la loi ou la disposition législative ne satisfait pas à la première partie du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, en ce que l'objectif ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Si l'objectif même de la loi est inconstitutionnel, cette loi doit presque toujours être annulée dans sa totalité.

Lorsque l'on juge que l'objectif de la loi ou de la disposition législative se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, mais que les moyens choisis pour l'atteindre n'ont pas de lien rationnel avec cet objectif, l'incompatibilité à invalider sera généralement la partie de la disposition qui ne satisfait pas au critère du lien rationnel. Peu importe que l'objectif de la loi se rapporte

of the legislation may be; if the means used to achieve the objective are not rationally connected to it, the objective will not be furthered by somehow upholding the legislation as it stands. Where the second and/or third elements of the proportionality test are not met, there is more flexibility in defining the extent of the inconsistency. Striking down, severing or reading in may be appropriate in cases where the second and/or third elements of the proportionality test are not met.

Having determined the extent of the inconsistency, the means of dealing with it, whether by way of severance, reading in, or striking down legislation in its entirety, must be considered.

One important distinction exists between severing and reading in. In the case of severance, the inconsistent part of the statutory provision can be defined with some precision on the basis of the requirements of the Constitution. This is not always the case with reading in. In cases where the question of how the statute ought to be extended in order to comply with the Constitution cannot be answered with a sufficient degree of precision on the basis of constitutional analysis, the legislature and not the courts must fill in the gaps.

In determining whether reading in is appropriate, the question is not whether courts can make decisions that impact on budgetary policy but rather to what degree they can appropriately do so. A remedy which entails an intrusion into this sphere so substantial as to change the nature of the legislative scheme in question is clearly inappropriate. The court should consider whether the significance of the part which would remain is substantially changed when the offending part is excised. The problem with striking down only the inconsistent portion is that the significance of the remaining portion may change so markedly without the inconsistent portion that the assumption that the legislature would have enacted it is unsafe.

In cases where the issue is whether to extend benefits to a group not included in the statute, the question of the change in significance of the remaining portion sometimes focuses on the relative size of the two relevant groups. The assumption that the legislature would have enacted the benefit is more often sound where the group

à des préoccupations réelles et urgentes, si les moyens utilisés pour l'atteindre n'ont pas un lien rationnel avec cet objectif, le maintien en vigueur de la loi dans sa forme existante n'en favorisera pas l'atteinte. Lorsqu'une loi ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément du critère de la proportionnalité, ou aux deux, on dispose d'une plus grande latitude pour déterminer quelles sont les dispositions incompatibles. Il pourrait convenir de procéder par annulation, dissociation ou interprétation large dans les cas où le texte législatif ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément, ou aux deux.

Un fois établie la mesure de l'incompatibilité d'une disposition, il faut se demander si la bonne réparation est la dissociation, l'interprétation large ou son annulation en totalité.

Il existe une distinction importante entre la dissociation et l'interprétation large. En ce qui concerne la dissociation, la partie incompatible de la disposition législative peut être déterminée avec une certaine précision en fonction des exigences de la Constitution, ce qui ne sera pas toujours possible dans le cas de l'interprétation large. Lorsqu'il n'est pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution, il appartient aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes.

Lorsque l'on détermine s'il faut donner une interprétation large à un texte législatif, la question n'est pas de savoir si les tribunaux peuvent prendre des décisions qui entraînent des répercussions de nature financière, mais bien jusqu'à quel point il est de circonstance de le faire. De toute évidence, il ne conviendrait pas d'accorder une réparation qui entraîne un empiètement tellement important sur ce domaine qu'il modifie la nature du régime législatif en question. Le tribunal devrait se demander si le sens du texte qui reste serait grandement modifié par le retranchement des parties fautives. Le problème de l'annulation de la partie incompatible seulement est que le sens de la partie qui reste peut tellement changer en l'absence de la partie incompatible qu'il n'y a pas lieu de supposer que le législateur l'aurait quand même adoptée.

Lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit accorder des bénéfices à un groupe non inclus dans la loi, la question du changement de sens du reste de la loi tourne parfois autour de la taille relative des deux groupes pertinents. La supposition que le législateur aurait adopté le bénéfice est plus souvent fondée si le groupe à ajouter est

to be added is smaller than the group originally benefited. This assumption, however, is not necessarily safe when the group to be added is much larger than the group originally benefitted. This is not because of the numbers *per se*. Rather, the numbers may indicate that for budgetary reasons, or simply because it constitutes a marked change in the thrust of the original program, it cannot be assumed that the legislature would have passed the benefit without the exclusion.

It is sensible to consider the significance of the remaining portion when asking whether it is safe to assume that the legislature would have enacted the remaining portion. If the remaining portion is very significant, or of a long standing nature, it strengthens the assumption that it would have been enacted without the impermissible portion. The fact that the permissible part of a provision is encouraged by the purposes of the Constitution, even if not mandated by it, strengthens the assumption that the legislature would have enacted it without the impermissible portion.

The final step is to determine whether the declaration of invalidity of that portion should be temporarily suspended. A court may strike down legislation or a legislative provision but suspend the effect of that declaration until Parliament or the provincial legislature has had an opportunity to fill the void. The question of whether to delay the effect of a declaration is an entirely separate question from whether reading in or nullification is the appropriate route under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Delayed declarations of nullity should not be seen as preferable to reading in cases where reading in is appropriate. The question whether to delay the application of a declaration of nullity should turn not on considerations of the role of the courts and the legislature but rather on considerations relating to the effect of an immediate declaration on the public.

Where s. 52 is not engaged, a remedy under s. 24(1) of the *Charter* may nonetheless be available. This will be the case where the statute or provision in question is not in and of itself unconstitutional, but some action taken under it infringes a person's *Charter* rights. Section 24(1) would there provide for an individual remedy for the person whose rights have been so infringed.

numériquement moins important que le groupe initial de bénéficiaires. Cette supposition n'est cependant pas nécessairement fondée si le groupe à ajouter est numériquement beaucoup plus important que le groupe initial de bénéficiaires. Ce n'est pas seulement une question de chiffres. C'est plutôt que les chiffres peuvent indiquer que, pour des motifs financiers ou simplement parce que cela constituerait un changement marqué de l'objectif du programme initial, on ne peut pas supposer que le législateur aurait adopté le bénéfice en question sans l'exclusion.

Il est raisonnable d'examiner le sens de la partie qui reste lorsqu'on se demande si la supposition que le législateur l'aurait quand même adoptée est fondée. Si la partie qui reste a une très grande importance ou existe depuis longtemps, ce fait vient renforcer la supposition que cette partie aurait été adoptée sans la portion inacceptable. Le fait que les objets de la Constitution favorisent, sans imposer, le maintien de la partie acceptable d'une disposition vient renforcer la supposition que le législateur l'aurait adoptée sans la partie inacceptable.

La dernière étape consiste à déterminer s'il doit y avoir suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité. Un tribunal peut déclarer une loi ou une disposition législative inopérante, mais suspendre l'effet de cette déclaration jusqu'à ce que le législateur fédéral ou provincial ait eu l'occasion de combler le vide. La question de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité diffère totalement de celle de savoir si l'interprétation large ou l'annulation d'un texte législatif est la solution appropriée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait pas être préférée à l'interprétation large lorsqu'il convient de procéder par interprétation large. La question de savoir s'il y a lieu de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait pas dépendre de considérations ayant trait au rôle des tribunaux et des législateurs, mais plutôt de considérations sur l'effet d'une déclaration d'invalidité sur le public.

Même lorsque l'application de l'art. 52 n'est pas déclenchée, il peut y avoir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cela peut se produire quand la loi ou la disposition législative n'est pas inconstitutionnelle en soi, mais qu'elle a donné lieu à une mesure prise en contravention des droits garantis par la *Charte*. Le paragraphe 24(1) offre une réparation à la personne dont les droits ont été violés.



An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available.

The right which was determined to be violated here is a positive right: the right to equal benefit of the law. This benefit was monetary and not one which Parliament is constitutionally obliged to provide to the included group or the excluded group. What Parliament is obliged to do, by virtue of the conceded s. 15 violation, is to equalize the provision of that benefit if it is to be provided at all. The benefit itself is not constitutionally prohibited; it is simply underinclusive. Thus striking down the provision immediately would be inappropriate as such a course of action would deprive eligible persons of a benefit without providing any relief to the respondent. Such a situation demands, at the very least, that the operation of any declaration of invalidity be suspended to allow Parliament time to bring the provision into line with constitutional requirements.

Without a mandate based on a clear legislative objective, reading the excluded group into the legislation would be imprudent. A consideration of the benefit and size of the group and of the budgetary implications of such a course of action underlined this conclusion. The appropriate action was to declare the provision invalid and suspend that declaration to allow the legislative body in question to weigh all the relevant factors in amending the legislation to meet constitutional requirements. Significantly, Parliament did amend the impugned provision after this action was launched and the amendment was not the one that reading in would have imposed.

*Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.*: The legislation concerned concededly violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and does not fall within the very narrow type of cases where only a portion of the legislation may be read down or corrected by reading in material as being the obvious intention of the legislature. There is a long tradition of reading down legislation and, where it substantially amounts to the same thing, reading in is possible. These devices, however, should only be employed in the clearest of cases. In light of Parliament's subsequent action, there was no

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire sera close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24.

Le droit violé en l'espèce est un droit positif: le droit au même bénéfice de la loi. Il s'agit d'un bénéfice pécuniaire, et non pas d'un bénéfice que la Constitution oblige le Parlement à verser au groupe inclus ou au groupe exclu. À la suite de la violation concédée de l'art. 15, le Parlement est tenu d'égaliser la prestation de ce bénéfice, si tant est qu'il doit y avoir prestation. Le bénéfice en soi n'est pas interdit par la Constitution; la disposition pertinente est simplement trop limitative. En conséquence, il ne serait pas approprié de procéder à l'annulation immédiate de la disposition car on priverait ainsi des personnes admissibles d'un bénéfice, sans offrir une réparation à l'intimé. Dans un tel cas, il faut tout au moins que l'effet de la déclaration d'invalidité soit suspendu pour permettre au Parlement d'harmoniser la disposition avec les exigences constitutionnelles.

En l'absence d'un mandat fondé sur un objectif législatif clair, il serait imprudent de donner à la disposition une interprétation large de manière à inclure le groupe exclu. Un examen du bénéfice et de la taille du groupe ainsi que des répercussions financières qui s'ensuivraient vient appuyer cette conclusion. La solution appropriée consistait à déclarer la disposition inopérante et à suspendre l'effet de cette déclaration jusqu'à ce que le législateur concerné ait souposé tous les facteurs pertinents dans le cadre de la modification de la loi en vue de répondre aux exigences constitutionnelles. Il est révélateur que le Parlement ait modifié la disposition attaquée par suite de la présente action et que cette modification ne soit pas celle qu'aurait imposée une interprétation large.

*Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé*: On a concédé que la loi en cause viole la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle ne fait pas partie du genre très limité de causes où seule une partie de la loi peut faire l'objet d'une interprétation atténuée ou d'une correction qui introduit, par interprétation large, des éléments reflétant de toute façon l'intention évidente du législateur. L'interprétation atténuée des lois est riche d'une longue tradition et l'interprétation large est possible lorsque cela revient essentiellement au même. Cependant, on ne devrait utiliser ces techniques que dans les cas les plus clairs. Compte tenu de la mesure prise subséquemment par le Parlement, il n'était pas

reason to declare the impugned legislation invalid and then suspend that declaration.

Further dimensions to the issue of reading in and reading down require qualifications to the propositions set down as guidelines by Lamer C.J. The process of reading down or reading in should not be closely tied with the checklist set forth in *R. v. Oakes* because that might encourage a mechanistic approach rather than an examination of more fundamental issues going well beyond the factual context.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Considered:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Attorney-General of Nova Scotia v. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; **referred to:** *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *R. v. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1; *Russow v. B.C. (A.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29; *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970); *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513; *Reference Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

By La Forest J.

**Referred to:** *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

### Statutes and Regulations Cited

*Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15(1), 24(1).

opportun de déclarer inopérante la disposition attaquée et de suspendre l'effet de cette déclaration.

D'autres dimensions de la question de l'interprétation large et de l'interprétation atténuée commandent que des réserves soient apportées aux propositions que le juge en chef Lamer a énoncées comme étant des lignes directrices. L'application de l'interprétation atténuée ou de l'interprétation large ne devrait pas être liée étroitement à la liste établie dans l'arrêt *R. c. Oakes* parce qu'elle pourrait favoriser une attitude mécaniste, plutôt que l'étude de questions plus fondamentales qui se situent bien au-delà des faits.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts examinés:** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Attorney-General of Nova Scotia c. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; **arrêts mentionnés:** *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1989] 1 R.C.S. 30; *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *R. c. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1; *Russow c. B.C. (A.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29; *Welsh c. United States*, 398 U.S. 333 (1970); *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Citée par le juge La Forest

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

### Lois et règlements cités

*Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 26, art. 42.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15(1), 24(1).

*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 276.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, Rule 341A [ad. SOR/79-57, s. 8].  
*Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, ss. 1, 19.  
*Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13.  
*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 30 [am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 4], 32(1) [am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5].

### Authors Cited

Caminker, Evan. "A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes" (1986), 95 *Yale L.J.* 1185.  
 Duclos, Nitya and Kent Roach. "Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on *R. v. Schachter*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1.  
 Lajoie, Andr e. "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 *McGill L.J.* 1338.  
 Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In R. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 129, 66 D.L.R. (4th) 635, 3 C.R.R. (2d) 337, 29 C.C.E.L. 113, 90 C.L.L.C. ¶ 14,005, 108 N.R. 123, dismissing an appeal from a judgment of Strayer J., [1988] 3 F.C. 515, 52 D.L.R. (4th) 525, 20 C.C.E.L. 301, 88 C.L.L.C. ¶ 14,021. Appeal allowed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, leaving open the option of suspending the declaration of invalidity for a period of time to allow Parliament to amend the legislation in a way which meets its constitutional obligations. The second constitutional question should be answered in the negative. Section 24(1) of the *Charter* provides an individual remedy for actions taken under a law which violate an individual's *Charter* rights. A limited power to extend legislation is available to courts in appropriate circumstances by way of the power to read in derived from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.  
*Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53, art. 1, 19.  
 a *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 30 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 4], art. 32(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5].  
 b *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, règle 341A [aj. DORS/79-57, art. 8].

### Doctrine citée

c Caminker, Evan. «A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes» (1986), 95 *Yale L.J.* 1185.  
 Duclos, Nitya and Kent Roach. «Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on *R. v. Schachter*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1.  
 d Lajoie, Andrée. «De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 *R.D. McGill* 1338.  
 Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In R. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.  
 e  
 f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 129, 66 D.L.R. (4th) 635, 3 C.R.R. (2d) 337, 29 C.C.E.L. 113, 90 C.L.L.C. ¶ 14,005, 108 N.R. 123, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Strayer, [1988] 3 C.F. 515, 52 D.L.R. (4th) 525, 20 C.C.E.L. 301, 88 C.L.L.C. ¶ 14,021. Pourvoi accueilli. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, mais l'effet de cette déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. La seconde question constitutionnelle reçoit une réponse négative. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* prévoit un  réparation individuelle lorsque des mesures prises en vertu d'une loi violent les droits garantis à une personne par la *Charte*. Dans les circonstances appropriées, les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application.  
 g  
 h  
 i  
 j

*David Sgayias, Q.C., and Roslyn J. Levine, for the appellants.*

*Brian G. Morgan and Lawrence E. Ritchie, for the respondent Shalom Schachter.*

*Mary A. Eberts and Jenifer Aitken, for the respondent Women's Legal Education and Action Fund.*

*Elizabeth Goldberg and Lori Sterling, for the intervener the Attorney General for Ontario.*

*Jean-Yves Bernard and Madeleine Aubé, for the intervener the Attorney General of Quebec.*

*Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.*

*George H. Copley, for the intervener the Attorney General of British Columbia.*

*Ross Macnab, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.*

*Stanley H. Rutwind, for the intervener the Attorney General for Alberta.*

*B. Gale Welsh, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.*

*Emilio S. Binavince, for the intervener Minority Advocacy and Rights Council.*

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

LAMER C.J.—

### Facts

The respondent, Shalom Schachter, and his wife, Marcia Gilbert, were expecting their second child in the summer of 1985. The respondent intended to stay home with the newborn as soon after the birth as his wife was able to return to work. Ultimately, he took three weeks off work without pay.

*David Sgayias, c.r., et Roslyn J. Levine, pour les appelantes.*

*Brian G. Morgan et Lawrence E. Ritchie, pour l'intimé Shalom Schachter.*

*Mary A. Eberts et Jenifer Aitken, pour l'intimé le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.*

*Elizabeth Goldberg et Lori Sterling, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

*Jean-Yves Bernard et Madeleine Aubé, pour l'intervenant le procureur général du Québec.*

*Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.*

*George H. Copley, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.*

*Ross Macnab, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.*

*Stanley H. Rutwind, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.*

*B. Gale Welsh, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.*

*Emilio S. Binavince, pour l'intervenant le Conseil de revendication des droits des minorités.*

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

LE JUGE EN CHEF LAMER—

### Les faits

L'intimé, Shalom Schachter, et son épouse, Marcia Gilbert, attendaient leur deuxième enfant à l'été 1985. Monsieur Schachter avait l'intention de rester à la maison avec le nouveau-né dès que son épouse pourrait retourner au travail. Il a finalement pris trois semaines de congé sans traitement.

Marcia Gilbert received fifteen weeks of maternity benefits under s. 30 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 4. The respondent first applied for benefits under s. 30 in respect of the time he had to take off work, but ultimately modified an application under s. 32, as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5, for "paternity benefits". This is a section which provides for parental benefits for adoptive parents for 15 weeks following the placement of their child with them. These benefits are to be shared between the two parents in accordance with their wishes. The respondent's application was denied on the basis that he was "not available for work", a ground of disqualification for all applicants except those applying for maternity benefits or adoption benefits.

The respondent appealed the decision to a Board of Referees. The appeal was dismissed and the respondent made a further appeal to an Umpire. This appeal was never heard as the respondent made known his intention to raise constitutional issues and it was agreed by the parties that the Federal Court, Trial Division was a better forum for resolving the constitutional issues.

The matter proceeded before Strayer J. in the Federal Court, Trial Division. In written reasons, [1988] 3 F.C. 515, Strayer J. found a violation of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that s. 32 discriminated between natural parents and adoptive parents with respect to parental leave. He granted declaratory relief under s. 24(1), extending to natural parents the same benefits as were granted to adoptive parents under s. 32.

The appellants appealed to the Federal Court of Appeal. In written reasons dated February 16, 1990, [1990] 2 F.C. 129, the Court upheld the Trial Division's decision, Mahoney J.A. dissenting. The appeal was dismissed.

Marcia Gilbert a reçu des prestations de maternité pendant quinze semaines en vertu de l'art. 30 de la *Loi de 1971 de l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, modifié par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 4. L'intimé avait tout d'abord fait une demande de prestations en vertu de l'art. 30 pour justifier son absence du travail, pour ensuite modifier une formule de demande de «prestations de paternité» en vertu de l'art. 32, modifié par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5. Cet article prévoit le versement de prestations aux parents adoptifs pendant quinze semaines à la suite du placement d'un enfant dans leur foyer. Les deux parents peuvent se partager ces prestations comme ils l'entendent. La demande de l'intimé a été refusée parce qu'il n'était pas «disponible pour travailler», motif d'exclusion pour tous les prestataires, sauf ceux faisant une demande de prestations de maternité ou d'adoption.

L'intimé a interjeté appel de la décision auprès d'un conseil arbitral. L'appel a été rejeté et l'intimé a interjeté un autre appel devant un juge-arbitre. Cet appel n'a jamais été entendu puisque l'intimé avait fait connaître son intention de soulever des questions constitutionnelles; les parties ont convenu que la Section de première instance de la Cour fédérale serait mieux placée pour résoudre les questions constitutionnelles.

L'affaire a été entendue par le juge Strayer de la Section de première instance de la Cour fédérale. Dans son jugement, [1988] 3 C.F. 515, le juge Strayer a conclu à une violation de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce que l'art. 32 établit une discrimination entre les parents naturels et les parents adoptifs relativement au congé parental. Il a accordé une réparation sous forme de jugement déclaratoire en vertu du par. 24(1) et octroyé aux parents naturels les mêmes prestations que celles accordées aux parents adoptifs en vertu de l'art. 32.

Les appelantes ont interjeté appel à la Cour d'appel fédérale. Dans ses motifs écrits du 16 février 1990, [1990] 2 C.F. 129, la Cour a confirmé la décision de la Section de première instance; le juge Mahoney était dissident. L'appel a été rejeté.

On November 15, 1990, the appellants were granted leave to appeal to this Court.

It should be noted that the impugned provision has since been amended by Parliament to extend parental benefits to natural parents on the same footing as they are provided to adoptive parents for a period totalling 10 weeks rather than the original 15.

#### Relevant Statutory and Constitutional Provisions

The relevant provision of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, reads as follows:

32. (1) Notwithstanding section 25 but subject to this section, initial benefit is payable to a major attachment claimant who proves that it is reasonable for that claimant to remain at home by reason of the placement with that claimant of one or more children for the purpose of adoption pursuant to the laws governing adoption in the province in which that claimant resides.

The relevant provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* read as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

The relevant provision of the *Constitution Act, 1982* reads as follows:

Le 15 novembre 1990, notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi aux appelantes.

Je tiens à signaler que le Parlement a depuis modifié la disposition attaquée, qui prévoit maintenant que les parents naturels ont droit, selon des modalités identiques, aux mêmes prestations que les parents adoptifs, pendant une période totale de 10 semaines au lieu des 15 semaines prévues initialement.

#### Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Voici la disposition pertinente de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*:

32. (1) Nonobstant l'article 25 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations initiales sont payables à un prestataire de la première catégorie qui fait la preuve qu'il est raisonnable pour lui de demeurer à la maison à cause du placement auprès de lui, en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside, d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption.

Voici les dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Voici la disposition pertinente de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

### Judgments Below

#### *Federal Court, Trial Division (Strayer J.)*

Strayer J. held that s. 32 denied equal benefit of the law with discrimination on the basis of parental status, thereby infringing the s. 15 rights of the respondent. No s. 1 analysis was undertaken. Having decided that there was an infringement, Strayer J. went on to consider the appropriate remedy. In his view, at p. 543, two options were available:

I could either declare section 32 to be invalid in its present form, thus denying benefits to those already within it, or I could simply declare the entitlement of natural parents to benefits equal to those now provided to adoptive parents under section 32. Counsel for the plaintiff [respondent] and for the intervenor [LEAF] argued for the latter approach, while counsel for the defendants [appellants] argued that I must, if I concluded there was unequal benefit of the law, strike down the existing benefits in section 32.

Given that Strayer J. found s. 32 to be defective, not because it provided prohibited benefits but because it was “underinclusive”, he did not consider it appropriate to deprive those persons already qualified under s. 32 of their benefits. Rather, he decided to make a declaration that other persons in similar circumstances were entitled to the same benefits, until such time as Parliament amended the legislation in a way which met the requirements of s. 15. Further, he ordered that the respondent’s application for benefits be reconsidered on the basis that if, apart from his status as a natural parent, he met the requirements of the section, he was entitled to benefits. Pursuant to Rule 341A (*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, ad.

<sup>a</sup>

### Les tribunaux d’instance inférieure

#### *Section de première instance de la Cour fédérale (le juge Strayer)*

<sup>b</sup>

Le juge Strayer a conclu que l’art. 32 déroge au principe du même bénéfice de la loi par voie de discrimination fondée sur l’état parental et porte ainsi atteinte aux droits que l’art. 15 garantit à l’intimé. Il n’a pas procédé à une analyse fondée sur l’article premier. Ayant décidé qu’il y avait eu violation, le juge a ensuite examiné la réparation appropriée. À son avis, il existe deux options (à la p. 543):

<sup>d</sup>

Ou bien je pourrais déclarer que l’article 32 est invalide dans sa forme actuelle, refusant ainsi des prestations à ceux qui y ont déjà droit, ou bien je pourrais déclarer que les parents naturels ont droit à des prestations égales à celles dont les parents adoptifs bénéficient sous le régime de l’article 32. Les avocats du demandeur [de l’intimé] et de l’intervenant [Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes] ont penché pour la dernière solution, alors que celui des défenderesses [appellantes] a fait valoir que si je concluais qu’il n’y avait pas même bénéfice de la loi, je devrais déclarer invalides les prestations actuelles prévues à l’article 32.

<sup>f</sup>

Puisque le juge Strayer a conclu que l’art. 32 est entaché de vice, non pas parce que les prestations qu’il prévoit sont interdites par la *Charte*, mais parce qu’«il ne couvre pas toutes les situations», il n’a pas jugé bon de priver les personnes visées à l’art. 32 de leurs prestations. Il a plutôt rendu un jugement déclaratoire portant que d’autres personnes, placées dans des circonstances similaires, ont droit aux mêmes prestations, jusqu’à ce que le législateur ait modifié la loi conformément aux exigences de l’art. 15. Il a également ordonné qu’on procède à un réexamen de la demande de prestations de l’intimé en tenant pour acquis que, s’il remplit par ailleurs les exigences de l’article, il a droit à des prestations. Conformément à la règle 341A des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (aj. DORS/79-57, art. 8), le juge Strayer a

<sup>j</sup>

SOR/79-57, s. 8), Strayer J. suspended the operation of his judgment pending appeal.

suspendu l'effet de son jugement jusqu'à l'issue de l'appel.

*Court of Appeal* (Heald J.A. for the majority)

*La Cour d'appel fédérale* (le juge Heald au nom de la majorité)

Since the parties conceded at the outset that s. 15(1) of the *Charter* had been violated, the Court of Appeal dealt only with the jurisdiction of the trial judge to accord the remedy sought by the respondent.

Puisque les parties ont concédé d'entrée de jeu qu'il y a eu violation du par. 15(1) de la *Charte*, la Cour d'appel n'a examiné que la compétence du juge de première instance d'accorder la réparation demandée par l'intimé.

Heald J.A. noted at the outset that the appellants had conceded that, had the Trial Division had the jurisdiction to grant the remedy it did, the order was "just and appropriate in the circumstances". Heald J.A. determined that the trial judge did have the jurisdiction to grant a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. He did not accept the appellants' argument that the only option which was open to the trial judge in the circumstances was to strike down the impugned provision pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. He found, at p. 137, the distinction made by the trial judge between legislation which "is unconstitutional because of what it provides and legislation which is unconstitutional because of what it omits" to be an apt one. He held that here it was permissible to have recourse to s. 24 because the impugned provision was unconstitutional solely because it was not sufficiently broad in scope. "It is the omission in this case that is unconstitutional, not the legislation itself." Therefore, in his opinion, s. 52 was not engaged.

Le juge Heald a fait remarquer dès le départ que les appelantes ont concédé que, si l'on tient pour acquis que la Section de première instance a compétence pour accorder réparation, l'ordonnance rendue était «juste et appropriée dans les circonstances». Il a décidé que le juge de première instance avait la compétence requise pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Il n'a pas accepté la thèse des appelantes que le seul recours du juge de première instance dans les circonstances était d'annuler la disposition attaquée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il a déclaré valable, à la p. 137, la distinction faite par le juge de première instance entre les dispositions législatives qui «sont inconstitutionnelles en raison de ce qu'elles prévoient, et celles qui sont inconstitutionnelles en raison de ce qu'elles omettent». À son avis, il était possible de recourir à l'art. 24 parce que la disposition attaquée était inconstitutionnelle seulement parce qu'elle n'avait pas une portée suffisamment large. «En l'espèce, c'est l'omission qui est inconstitutionnelle, non pas la disposition elle-même.» En conséquence, il a conclu que l'art. 52 ne pouvait s'appliquer.

Heald J.A. further considered the "interface" between ss. 24 and 52 when a violation of s. 15 has been found. He held, at p. 142, that:

Le juge Heald a ensuite examiné «l'interaction» des art. 24 et 52 dans le contexte d'une violation de l'art. 15. Il a conclu, à la p. 142:

A mere declaration of invalidity is inadequate in the circumstances at bar, because it would not guarantee the positive right conferred pursuant to subsection 15(1). That positive right can only be guaranteed by the fashioning of a positive remedy. That is precisely what the learned Trial Judge attempted to do in the decision *a quo*.

Une simple déclaration d'invalidité ne suffirait pas dans les circonstances de l'espèce, car elle ne garantirait pas le droit positif conféré en vertu du paragraphe 15(1). Ce droit positif ne peut être garanti que par l'octroi d'une réparation concrète. C'est précisément ce que le juge de première instance a tenté de faire dans la décision portée en appel.



Heald J.A. was of the view that, as the consequences of a declaration that the legislation was inoperative would be to deprive adoptive parents of the benefits granted to them by s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, this would be as much an amendment of legislation as the remedy granted by the trial judge. Heald J.A. concluded that where legislation is “underinclusive”, positive relief is both warranted and constitutionally permitted through the vehicle of s. 24.

Heald J.A. was not persuaded that the jurisprudence supported the appellants’ contention that the order was an appropriation of public funds for a purpose not authorized by Parliament.

Heald J.A. dismissed the appeal, upholding the judgment of the trial judge. He suspended the operation of that judgment pending appeal.

#### *Mahoney J.A. (dissenting)*

Mahoney J.A. held that the remedy granted by the trial judge was outside his jurisdiction because he had in effect amended the legislation where, by virtue of the Constitution, the sole power to legislate is reserved to Parliament.

With regard to the issue of the appropriation of funds, Mahoney J.A. was of the view that the remedy fashioned by the trial judge amounted to an appropriation of money by a court which is not permitted by the provisions of the preamble to the *Constitution Act, 1867*. He concluded, at p. 164:

Even if the power of a court to legislate by way of a subsection 24(1) remedy were found to exist in circumstances which do not entail the appropriation of public monies, no such power can be found to exist where the remedy appropriates monies from the Consolidated Revenue Fund for a purpose not authorized by Parliament. A purposive approach to remedies under subsection 24(1) cannot take a court that far.

De l’avis du juge Heald, un jugement déclaratif d’invalidité des dispositions législatives aurait pour conséquence de priver les parents adoptifs des prestations que leur accorde l’art. 32 de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*; un tel résultat, tout comme la réparation proposée par le juge de première instance, équivaut à une modification législative. Le juge Heald a conclu qu’une loi qui ne couvre pas toutes les situations invite à une réparation concrète qui est à la fois justifiée et constitutionnellement permise par le biais de l’art. 24.

Le juge Heald n’était pas convaincu que la jurisprudence étayait la proposition des appelantes selon laquelle l’ordonnance constituait une affectation de fonds publics à une fin non autorisée par le législateur.

Le juge Heald a rejeté l’appel et confirmé le jugement de première instance. Il a suspendu l’exécution du jugement jusqu’à l’issue du pourvoi.

#### *Le juge Mahoney (dissident)*

Le juge Mahoney a conclu que le juge de première instance n’avait pas compétence pour accorder la réparation en question parce qu’il avait en fait modifié les dispositions législatives, alors que la Constitution confère au Parlement la compétence exclusive de légiférer.

En ce qui concerne l’affectation de fonds publics, de l’avis du juge Mahoney, la réparation élaborée par le juge de première instance équivaut à une affectation de fonds par un tribunal, non autorisée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il conclut, à la p. 164:

Même s’il était décidé qu’un tribunal est compétent à légiférer en ordonnant une réparation visée au paragraphe 24(1) dans des circonstances n’impliquant pas l’affectation de crédits publics, il ne pourrait être conclu à l’existence d’un tel pouvoir lorsque la réparation en cause affecte des argents du Trésor à des fins non autorisées par le Parlement. Une approche téléologique des réparations prévues au paragraphe 24(1) ne saurait autoriser les tribunaux à aller aussi loin.

In my opinion, the appellants are correct: the Constitution of Canada does not permit the remedy crafted by the learned Trial Judge. Having found that section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* was inconsistent with a provision of the Constitution of Canada, the learned Trial Judge was bound to find it to be of no force and effect. Had that finding been made, the absence of any conflict between subsections 24(1) and 52(1) would be apparent. There is no offending legislation and, therefore, no subsection 24(1) remedy called for.

In my opinion, subsection 52(1) does not provide a "remedy" in any real sense of that word. It states a constitutional fact which no court can ignore when it is invoked in a proceeding and found to apply.

Mahoney J.A. would have allowed the appeal and issued a declaration pursuant to s. 52(1) that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, was of no force or effect by reason of its inconsistency with the *Charter*. He could see no compelling reason to order a stay of execution of that judgment to permit remedial legislative action.

### Issues

By order dated March 14, 1991 the following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Is the Federal Court Trial Division, having found that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (subsequently s. 20 of the *Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1*) creates unequal benefit contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, by making a distinction between the benefits available to natural and adoptive parents, required by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* to declare that s. 32 is of no force and effect?
2. Does s. 24(1) of the *Charter* confer on the Federal Court Trial Division the power to order that natural parents are entitled to benefits on the same terms as benefits are available to adoptive parents under s. 32 (subsequently s. 20) of that Act?

À mon sens, les prétentions des appelantes sont fondées: la Constitution du Canada n'autorise pas la réparation élaborée par le juge de première instance. Ayant conclu à l'incompatibilité de l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* avec une disposition de la Constitution canadienne, le juge de première instance était obligé de déclarer cet article inopérant. Si cette conclusion avait été prise, l'absence de conflit entre les paragraphes 24(1) et 52(1) serait évidente. Comme il n'existe aucune disposition législative incompatible, aucune réparation fondée sur le paragraphe 24(1) ne doit être prononcée.

Selon mon opinion, le paragraphe 52(1) n'offre pas de «réparation» au sens réel du terme. Il expose une réalité constitutionnelle dont un tribunal ne peut omettre de tenir compte lorsqu'elle est invoquée et considérée comme applicable dans le cadre d'une instance.

Le juge Mahoney aurait accueilli l'appel et déclaré, conformément au par. 52(1), que l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* est inopérant en raison de son incompatibilité avec la *Charte*. À son avis, il n'existe aucun motif impératif de suspendre l'exécution du jugement pour permettre l'adoption de dispositions législatives correctives.

### Les questions en litige

Dans une ordonnance en date du 13 mars 1991, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Puisqu'elle a conclu que l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* (par la suite l'art. 20 de la *Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1*) crée un bénéfice inégal contrairement au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il établit une distinction entre les prestations que peuvent toucher les parents naturels et les parents adoptifs, la Section de première instance de la Cour fédérale est-elle tenue par le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* de déclarer que l'art. 32 est inopérant?
2. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* donne-t-il à la Section de première instance de la Cour fédérale le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations, suivant les mêmes conditions, que celles que peuvent toucher les parents adoptifs en vertu de l'art. 32 (par la suite l'art. 20) de la *Loi*?

Analysis

I find it appropriate at the outset to register the Court's dissatisfaction with the state in which this case came to us. Despite the fact that *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, was handed down in between the trial and appeal of this matter, the appellants chose to concede a s. 15 violation and to appeal only on the issue of remedy. This precludes this Court from examining the s. 15 issue on its merits, whatever doubts might or might not exist about the finding below. Further, the appellants' choice not to attempt a justification under s. 1 at trial deprives the Court of access to the kind of evidence that a s. 1 analysis would have brought to light.

All of the above essentially leaves the Court in a factual vacuum with respect to the nature and extent of the violation, and certainly with respect to the legislative objective embodied in the impugned provision. This puts the Court in a difficult position in attempting to determine what remedy is appropriate in the present context.

#### I. *Reading in as a Remedial Option under Section 52*

A court has flexibility in determining what course of action to take following a violation of the *Charter* which does not survive s. 1 scrutiny. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* mandates the striking down of any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution, but only "to the extent of the inconsistency". Depending upon the circumstances, a court may simply strike down, it may strike down and temporarily suspend the declaration of invalidity, or it may resort to the techniques of reading down or reading in. In addition, s. 24 of the *Charter* extends to any court of competent jurisdiction the power to grant an "appropriate and just" remedy to "[a]nyone whose [*Charter*] rights and freedoms . . . have been infringed or denied". In choosing how to apply s. 52 or s. 24 a

Analyse

Je trouve opportun de mentionner dès le départ que notre Cour n'est pas du tout satisfaite de la façon dont elle a été saisie du présent pourvoi. Bien que l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, ait été rendu entre le moment du procès et celui de l'audition de l'appel de la présente affaire, les appelantes ont décidé de concéder qu'il y avait eu violation de l'art. 15 et d'interjeter appel seulement quant à la question de la réparation. Notre Cour ne peut donc examiner quant au fond la question soulevée par l'art. 15, quels que puissent être ses doutes, le cas échéant, quant à la conclusion des tribunaux d'instance inférieure. En outre, comme les appelantes n'ont pas tenté en première instance d'établir une justification fondée sur l'article premier, notre Cour ne dispose pas des éléments de preuve qui auraient été présentés dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier.

Notre Cour se trouve donc essentiellement devant un vide factuel en ce qui concerne d'une part la nature et l'étendue de la violation et tout particulièrement d'autre part l'objectif législatif de la disposition attaquée. Il est donc difficile pour notre Cour de tenter de déterminer quelle est la réparation appropriée dans le présent contexte.

#### I. *L'interprétation large comme mesure correctrice en vertu de l'article 52*

Un tribunal jouit d'une certaine latitude dans le choix de la mesure à prendre dans le cas d'une violation de la *Charte* qui ne résiste pas à un examen fondé sur l'article premier. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'annulation des «dispositions incompatibles» de toute règle de droit. Selon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité ou il peut appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large. En outre, en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, tout tribunal compétent peut octroyer à «[t]oute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte» la «réparation» qu'il estime «conve-

court will determine its course of action with reference to the nature of the violation and the context of the specific legislation under consideration.

#### A. The Doctrine of Severance

The flexibility of the language of s. 52 is not a new development in Canadian constitutional law. The courts have always struck down laws only to the extent of the inconsistency using of the doctrine of severance or "reading down". Severance is used by the courts so as to interfere with the laws adopted by the legislature as little as possible. Generally speaking, when only a part of a statute or provision violates the Constitution, it is common sense that only the offending portion should be declared to be of no force or effect, and the rest should be spared.

Far from being an unusual technique, severance is an ordinary and everyday part of constitutional adjudication. For instance if a single section of a statute violates the Constitution, normally that section may be severed from the rest of the statute so that the whole statute need not be struck down. To refuse to sever the offending part, and therefore declare inoperative parts of a legislative enactment which do not themselves violate the Constitution, is surely the more difficult course to justify.

Furthermore, as Rogerson has pointed out (in "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness" in Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987) at pp. 250-52), it is logical to expect that severance would be a more prominent technique under the *Charter* than it has been in division of powers cases. In division of powers cases the question of constitutional validity often turns on an overall examination of the pith and substance of the legislation rather than on an examination of the effects of particular portions of the legislation on individual rights. Where a statute violates the division of powers, it tends to do so as a whole. This is

nable et juste». Lorsqu'il choisit la façon dont il appliquera l'art. 52 ou l'art. 24, un tribunal doit déterminer les mesures qu'il prendra eu égard à la nature de la violation et au contexte de la loi visée.

#### A. La doctrine de la dissociation

La souplesse du libellé de l'art. 52 n'a rien de nouveau en droit constitutionnel canadien. Les tribunaux n'ont toujours annulé que les dispositions incompatibles des lois en appliquant la doctrine de la dissociation ou de «l'interprétation atténuée». Les tribunaux ont recours à la dissociation de façon à s'ingérer le moins possible dans les lois adoptées par le corps législatif. En règle générale, lorsque seulement une partie d'une loi ou d'une disposition viole la Constitution, il est logique de déclarer inopérante seulement la partie fautive et de maintenir en vigueur le reste du texte.

Loin d'être une technique inhabituelle, la dissociation est une pratique courante en matière constitutionnelle. Par exemple, dans le cas où un seul article d'une loi viole la Constitution, on peut normalement retrancher cet article du reste de la loi afin de ne pas avoir à annuler l'ensemble de la loi. Refuser de retrancher la partie fautive, et en conséquence déclarer inopérantes les dispositions d'une loi qui en soi ne violent pas la Constitution, est certainement le choix le plus difficile à justifier.

Par ailleurs, comme l'a fait remarquer Rogerson («The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness» dans Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987) aux pp. 250 à 252), il est logique de s'attendre que la technique de la dissociation soit utilisée plus fréquemment dans les différends fondés sur la *Charte* que dans ceux portant sur le partage des compétences. En matière de partage des compétences, la question de la constitutionnalité nécessite souvent un examen global du caractère véritable de la loi plutôt qu'un examen des répercussions de certaines parties de la loi sur les droits individuels. Lorsqu'une loi porte atteinte au partage des compétences, l'atteinte se retrouve généralement dans l'ensemble de la loi. La situa-

not so of violations of the *Charter* where the offending portion tends to be more limited.

Where the offending portion of a statute can be defined in a limited manner it is consistent with legal principles to declare inoperative only that limited portion. In that way, as much of the legislative purpose as possible may be realized. However, there are some cases in which to sever the offending portion would actually be more intrusive to the legislative purpose than the alternate course of striking down provisions which are not themselves offensive but which are closely connected with those that are. This concern is reflected in the classic statement of the test for severance in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, at p. 518:

The real question is whether what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive or, as it has sometimes been put, whether on a fair review of the whole matter it can be assumed that the legislature would have enacted what survives without enacting the part that is *ultra vires* at all.

This test recognizes that the seemingly laudable purpose of retaining the parts of the legislative scheme which do not offend the Constitution rests on an assumption that the legislature would have passed the constitutionally sound part of the scheme without the unsound part. In some cases this assumption will not be a safe one. In those cases it will be necessary to go further and declare inoperative portions of the legislation which are not themselves unsound.

Therefore, the doctrine of severance requires that a court define carefully the extent of the inconsistency between the statute in question and the requirements of the Constitution, and then declare inoperative (a) the inconsistent portion, and (b) such part of the remainder of which it cannot be safely assumed that the legislature would have enacted it without the inconsistent portion.

tion n'est pas la même dans le cas des violations de la *Charte*, la partie fautive se trouvant généralement plus circonscrite.

<sup>a</sup> Si la partie irrégulière d'une loi peut être isolée, il est conforme aux principes juridiques de déclarer inopérante seulement cette partie. On peut ainsi réaliser autant que possible l'objectif législatif.

<sup>b</sup> Toutefois, dans certains cas, la dissociation de la partie fautive sera plus attentatoire à l'objectif législatif que l'annulation possible des dispositions qui ne sont pas fautives, mais qui sont étroitement liées à celles qui le sont. Cette préoccupation se reflète dans l'énoncé classique du critère applicable en cas de dissociation mentionné dans l'arrêt *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, à la p. 518:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] La véritable question qui se pose est de savoir si le reste n'est pas si inextricablement lié à la partie déclarée invalide qu'il ne saurait subsister indépendamment, ou comme on l'a dit parfois, si, après un examen impartial de toute la question, on peut présumer que le législateur n'aurait jamais adopté ce qui subsiste sans adopter la partie qui est *ultra vires*.

<sup>d</sup> Ce critère fondé sur l'objet apparemment louable du maintien des parties constitutionnelles de la loi repose sur la supposition que le législateur aurait adopté la partie constitutionnelle de la loi en question sans la partie inconstitutionnelle. Dans certains cas, cette supposition ne sera pas fondée. Il sera alors nécessaire de déclarer inopérantes des parties de la loi qui ne sont pas en soi invalides.

<sup>e</sup> En conséquence, la doctrine de la dissociation exige du tribunal qu'il précise soigneusement la mesure de l'incompatibilité entre la loi en question et les exigences de la Constitution et qu'il déclare inopérantes a) la partie incompatible, ainsi que b) toute partie du reste de la loi relativement à laquelle il n'y aurait pas lieu de supposer que le législateur l'aurait adoptée sans la partie incompatible.

### B. Reading In as Akin to Severance

This same approach should be applied to the question of reading in since extension by way of reading in is closely akin to the practice of severance. The difference is the manner in which the extent of the inconsistency is defined. In the usual case of severance the inconsistency is defined as something improperly included in the statute which can be severed and struck down. In the case of reading in the inconsistency is defined as what the statute wrongly excludes rather than what it wrongly includes. Where the inconsistency is defined as what the statute excludes, the logical result of declaring inoperative that inconsistency may be to include the excluded group within the statutory scheme. This has the effect of extending the reach of the statute by way of reading in rather than reading down.

A statute may be worded in such a way that it gives a benefit or right to one group (inclusive wording) or it may be worded to give a right or benefit to everyone except a certain group (exclusive wording). It would be an arbitrary distinction to treat inclusively and exclusively worded statutes differently. To do so would create a situation where the style of drafting would be the single critical factor in the determination of a remedy. This is entirely inappropriate. Rowles J. made this point in *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (B.C.S.C.), at p. 388:

As stated previously, once a person has demonstrated that a particular law infringes his or her *Charter* rights, the manner in which the law is drafted or stated ought to be irrelevant for the purposes of a constitutional remedy. To hold otherwise would result in a statutory provision dictating the interpretation of the Constitution. Further, where B's *Charter* right to a[n equal] benefit is demonstrated, it is immaterial whether the subject law states :

(1) A benefits; or (2) Everyone benefits except B.

The first example would require the court to "read in" the words "and B," while the second example would

### B. L'interprétation large et la dissociation

La même analyse devrait être appliquée à la question de l'interprétation large car l'élargissement de la portée d'un texte par interprétation large ressemble étroitement à la pratique de la dissociation. Les deux techniques diffèrent quant à la façon de déterminer la mesure de l'incompatibilité. Dans le cas habituel de la dissociation, l'incompatibilité est généralement considérée comme une chose que la loi inclut à tort, et qui peut en être dissociée et annulée. Dans le cas de l'interprétation large, l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut à tort plutôt que de ce qu'elle inclut à tort. Si l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut, la déclaration d'invalidité de cette incompatibilité peut avoir pour effet logique d'inclure le groupe exclu dans le texte législatif en question. La portée de la loi est ainsi étendue par interprétation large au lieu de recevoir une interprétation atténuée.

On peut libeller une loi de façon à conférer un bénéfice ou un droit à un groupe (par inclusion) ou à tous sauf un certain groupe (par exclusion). Ce serait faire une distinction arbitraire que de traiter différemment ces deux genres de dispositions. On créerait ainsi une situation où le style de rédaction serait le seul critère critique dans la détermination d'une réparation. Cela est tout à fait inopportun. Le juge Rowles a fait remarquer ce qui suit dans l'arrêt *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (C.S.C.-B.), à la p. 388:

[TRADUCTION] Comme mentionné, lorsqu'une personne a établi qu'une loi particulière porte atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*, la façon dont la loi est rédigée ou libellée ne devrait pas être pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer la réparation fondée sur la Constitution. Prétendre le contraire serait établir une disposition législative prescrivant l'interprétation de la Constitution. Par ailleurs, lorsque le droit de B au [même] bénéfice en vertu de la *Charte* est établi, il importe peu que la loi visée précise: (1) que A a droit aux bénéfices; ou (2) que tous ont droit aux bénéfices, sauf B.

Dans le premier cas, le tribunal devrait donner une «interprétation large» au libellé de la loi afin d'inclure

require the court to “strike out” the words “except B.” In each case, the result would be identical.

Accordingly, whether a court “reads in” or “strikes out” words from a challenged law, the focus of the court should be on the appropriate remedy in the circumstances and not on the label used to arrive at the result.

There is nothing in s. 52 of the *Constitution Act, 1982* to suggest that the court should be restricted to the verbal formula employed by the legislature in defining the inconsistency between a statute and the Constitution. Section 52 does not say that the words expressing a law are of no force or effect to the extent that they are inconsistent with the Constitution. It says that a law is of no force or effect to the extent of the inconsistency. Therefore, the inconsistency can be defined as what is left out of the verbal formula as well as what is wrongly included.

This Court implicitly recognized that the extent of the inconsistency can be defined in substantive, rather than merely verbal, terms in *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*. In *Andrews* the statute (*Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42) dictated that only Canadian citizens could become lawyers in the following words:

42. The benchers may call to the Bar of the Province and admit as solicitor of the Supreme Court

(a) a Canadian citizen with respect to whom they are satisfied that he . . . .

The Court found that the exclusion of non-citizens violated the right to equality. Instead of striking down the entire section so that everyone would be equally prevented from becoming a lawyer, only the requirement of Canadian citizenship was declared inoperative. However, the section does not make any sense if the words “a Canadian citizen” are deleted and there is, in fact, no way of simply deleting words that would make the section conform to the requirements of the *Charter*.

«B»; dans le second, le tribunal devrait «retrancher» les termes «sauf B». Dans les deux cas, le résultat serait le même.

En conséquence, que le tribunal donne une «interprétation large» à une loi contestée ou décide d'en «retrancher» les parties fautives, il doit mettre l'accent sur la réparation appropriée dans les circonstances et non sur la qualification de la réparation utilisée pour arriver au résultat.

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas pour effet de restreindre le tribunal à l'examen du libellé employé par le législateur lorsqu'il détermine l'incompatibilité entre une loi et la Constitution. L'article 52 ne précise pas que les termes d'une loi qui sont incompatibles avec la Constitution sont inopérants. Il précise que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Par conséquent, l'incompatibilité peut s'entendre tant de ce qui a été omis du libellé de la loi que de ce qui y a été inclus à tort.

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, notre Cour a implicitement reconnu que la mesure de l'incompatibilité peut être déterminée par rapport au fond d'une loi plutôt que seulement par rapport à son libellé. Dans cet arrêt, la loi visée (*Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 26, art. 42) prévoyait que seulement des citoyens canadiens pouvaient devenir avocats, dans les termes suivants:

[TRADUCTION] 42. Les membres du conseil du barreau peuvent inscrire au barreau de la province et admettre à titre de procureur de la Cour suprême

a) un citoyen canadien dont ils sont convaincus qu'il . . .

Notre Cour a statué que l'exclusion de personnes n'ayant pas la citoyenneté canadienne portait atteinte au droit à l'égalité. Au lieu d'annuler l'article au complet et d'empêcher ainsi quiconque de devenir avocat, notre Cour a déclaré inopérante seulement l'obligation d'être citoyen canadien. Toutefois, l'article n'a pas de sens si l'on supprime l'expression «un citoyen canadien»; en fait, il n'existe aucun moyen de supprimer simplement des mots afin de rendre l'article compatible avec

Instead of focusing on these verbal formulae, the Court nullified the substantive citizenship requirement which could be said to amount to extending the statute to cover non-Canadians. Thus, *Andrews* is already an example of a case in which the extent of the inconsistency was defined conceptually without being limited to the manner in which the statute was drafted.

C. The Purposes of Reading In and Severance

(i) Respect for the Role of the Legislature

The logical parallels between reading in and severance are mirrored by their parallel purposes. Reading in is as important a tool as severance in avoiding undue intrusion into the legislative sphere. As with severance, the purpose of reading in is to be as faithful as possible within the requirements of the Constitution to the scheme enacted by the Legislature. Rogerson makes this observation at p. 288:

Courts should certainly go as far as required to protect rights, but no further. Interference with legitimate legislative purposes should be minimized and laws serving such purposes should be allowed to remain operative to the extent that rights are not violated. Legislation which serves desirable social purposes may give rise to entitlements which themselves deserve some protection.

Of course, reading in will not always constitute the lesser intrusion for the same reason that severance sometimes does not. In some cases, it will not be a safe assumption that the legislature would have enacted the constitutionally permissible part of its enactment without the impermissible part. For example, in a benefits case, it may not be a safe assumption that the legislature would have enacted a benefits scheme if it were impermissible to exclude particular parties from entitlement under that scheme.

les exigences de la *Charte*. Au lieu de s'en tenir à cette expression, notre Cour a invalidé l'obligation de fond d'être citoyen canadien, ce qui revient à élargir la portée de la loi afin d'inclure les non-Canadiens. L'arrêt *Andrews* constitue donc déjà un cas où l'étendue de l'incompatibilité a été déterminée de façon conceptuelle et non seulement par rapport au libellé de la loi.

C. L'objet de l'interprétation large et de la dissociation

(i) Respect du rôle du législateur

Le parallélisme logique qui existe entre l'interprétation large et la dissociation s'étend également à leurs objectifs. L'interprétation large est un moyen aussi important que la dissociation pour empêcher un empiétement injustifié sur le domaine législatif. À l'instar de la dissociation, l'objet de l'interprétation large est d'être aussi fidèle que possible, dans le cadre des exigences de la Constitution, au texte législatif adopté par le législateur. Rogerson fait l'observation suivante à la p. 288:

[TRADUCTION] Les tribunaux devraient certainement aller aussi loin que nécessaire pour assurer la protection des droits, mais pas davantage. L'empiétement sur les objets législatifs légitimes devrait être réduit au minimum et les lois devraient demeurer opérantes dans la mesure où il n'y a pas violation de droits. Une loi qui sert des fins sociales souhaitables peut être constitutive de droits qui méritent une certaine protection.

Il va sans dire que l'interprétation large ne sera pas toujours la mesure moins attentatoire, pour le même motif que la dissociation ne l'est parfois pas. Dans certains cas, il n'y aura pas lieu de supposer que le législateur aurait adopté la partie d'une loi autorisée par la Constitution sans celle qui ne l'est pas. Par exemple, dans le cas d'une affaire de prestations, on pourrait ne pas considérer comme fondée la supposition que le législateur aurait adopté le régime en question s'il n'avait pas pu exclure certaines personnes du droit à ces prestations.



(ii) Respect for the Purposes of the *Charter*

Just as reading in is sometimes required in order to respect the purposes of the legislature, it is also sometimes required in order to respect the purposes of the *Charter*. The absolute unavailability of reading in would mean that the standards developed under the *Charter* would have to be applied in certain cases in ways which would derogate from the deeper social purposes of the *Charter*. This point has been made well by Duclos' and Roach's article "Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on *R. v. Schachter*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1, and by Caminker's article "A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes" (1986), 95 *Yale L.J.* 1185. Their argument is that even in situations where the standards of the *Charter* allow for more than one remedial response, the purposes of the *Charter* may encourage one kind of response more strongly than another.

This is best illustrated by the case of *Attorney-General of Nova Scotia v. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633 (N.S.C.A.). In that case, a form of welfare benefit was available to single mothers but not single fathers. This was held to violate s. 15 of the *Charter* since benefits should be available to single mothers and single fathers equally. However, the court held that s. 15 merely required equal benefit, so that the *Charter* would be equally satisfied whether the benefit was available to both mothers and fathers or to neither. Given this and the court's conclusion that it could not extend benefits, the only available course was to nullify the benefits to single mothers. The irony of this result is obvious.

Perhaps in some cases s. 15 does simply require relative equality and is just as satisfied with equal graveyards as equal vineyards, as it has sometimes been put (see Caminker, at p. 1186). Yet the nulli-

(ii) Respect des objets de la *Charte*

S'il est parfois nécessaire de procéder par interprétation large pour assurer le respect des objectifs législatifs, il est également nécessaire parfois de procéder de cette façon pour assurer le respect des objets de la *Charte*. L'inapplicabilité absolue de l'interprétation large signifierait que les normes élaborées en vertu de la *Charte* devraient, dans certains cas, être appliquées d'une façon qui dérogerait aux objets sociaux fondamentaux de la *Charte*. Ce point a été bien exposé dans l'article de Duclos et Roach intitulé: «Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on *R. v. Schachter*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1 et dans l'article de Caminker intitulé: «A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes» (1986), 95 *Yale L.J.* 1185. Selon ces auteurs, même dans les cas où les critères de la *Charte* permettent plus d'une réparation, les objets de la *Charte* pourraient bien favoriser un type de réponse plutôt qu'un autre.

L'arrêt *Attorney-General of Nova Scotia c. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633 (C.A.N.-É.) illustre fort bien ce point. Dans cette affaire, la plainte portait sur le fait que les mères célibataires avaient droit à un certain type de prestations d'aide sociale, mais pas les pères célibataires. La cour a statué que ces prestations étaient contraires à l'art. 15 de la *Charte* puisqu'elles auraient dû être accordées tant aux pères célibataires qu'aux mères célibataires. Toutefois, la cour a statué que l'art. 15 exigeait simplement le même bénéfice et que les exigences de la *Charte* seraient tout aussi bien satisfaites si les prestations en question étaient accordées à la fois aux mères et aux pères célibataires ou si elles n'étaient accordées ni à l'un ni à l'autre groupe. Après avoir fait cette observation et conclu qu'elle ne pouvait élargir l'octroi des prestations, la cour a décidé que la seule réparation possible était d'annuler les prestations versées aux mères célibataires. L'ironie du résultat est évidente.

Peut-être dans certains cas l'art. 15 exige-t-il tout simplement une égalité relative à laquelle on pourra tout aussi bien satisfaire en prévoyant un nombre égal de cimetières qu'un nombre égal de

fication of benefits to single mothers does not sit well with the overall purpose of s. 15 of the *Charter* and for s. 15 to have such a result clearly amounts to "equality with a vengeance," as LEAF, one of the interveners in this case, has suggested. While s. 15 may not absolutely require that benefits be available to single mothers, surely it at least encourages such action to relieve the disadvantaged position of persons in those circumstances. In cases of this kind, reading in allows the court to act in a manner more consistent with the basic purposes of the *Charter*.

Reading in should therefore be recognized as a legitimate remedy akin to severance and should be available under s. 52 in cases where it is an appropriate technique to fulfil the purposes of the *Charter* and at the same time minimize the interference of the court with the parts of legislation that do not themselves violate the *Charter*.

## II. *Choice of Remedial Options under Section 52*

### A. Defining the Extent of the Inconsistency

The first step in choosing a remedial course under s. 52 is defining the extent of the inconsistency which must be struck down. Usually, the manner in which the law violates the *Charter* and the manner in which it fails to be justified under s. 1 will be critical to this determination. In this case, as noted earlier, this Court is hampered by the lack of an opportunity to assess the nature of the violation and the absence of s. 1 evidence.

It is useful at this point to set out the two stage s. 1 test developed by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103:

vignobles, comme on l'a dit parfois (voir Caminker, à la p. 1186). Cependant, l'annulation des prestations offertes aux mères célibataires n'est pas compatible avec l'objet global de l'art. 15 de la *Charte* et ce résultat équivaut à [TRADUCTION] «l'égalité avec vengeance» comme l'a soutenu le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'un des intervenants en l'espèce. L'article 15 n'exige peut-être pas absolument l'octroi de bénéfices aux mères célibataires, mais au moins il favorise sûrement une telle mesure afin de venir en aide aux personnes qui, dans ces circonstances, se trouvent défavorisées. Dans les affaires de cette nature, l'interprétation large permet au tribunal d'agir d'une façon plus compatible avec les objets fondamentaux de la *Charte*.

En conséquence, l'interprétation large devrait être reconnue comme une mesure corrective légitime semblable à la dissociation et devrait pouvoir être utilisée en vertu de l'art. 52 dans les cas où elle constitue une technique appropriée pour satisfaire aux objets de la *Charte* et réduire au minimum l'ingérence judiciaire dans les parties de la loi qui en soi ne sont pas contraires à la *Charte*.

## II. *Les mesures correctives en vertu de l'article 52*

### A. Déterminer la mesure de l'incompatibilité

Dans le choix d'une mesure corrective en vertu de l'art. 52, la première étape consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité qui doit être annulée. Habituellement, il sera essentiel d'examiner de quelle façon la loi en question viole la *Charte* et pourquoi cette violation ne peut être justifiée en vertu de l'article premier. En l'espèce, comme je l'ai déjà mentionné, notre Cour est limitée dans sa démarche puisqu'elle n'a pas l'occasion d'examiner la nature de la violation et qu'elle ne dispose pas d'éléments de preuve fondés sur l'article premier.

Il convient maintenant de présenter le critère à deux volets relatif à l'article premier élaboré par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103:

(1) Is the legislative objective which the measures limiting an individual's rights or freedoms are designed to serve sufficiently pressing and substantial to justify the limitation of those rights or freedoms?

(2) Are the measures chosen to serve that objective proportional to it, that is:

(a) Are the measures rationally connected to the objective?

(b) Do the measures impair as little as possible the right and freedom in question? and,

(c) Are the effects of the measures proportional to the objective identified above?

(i) The Purpose Test

In some circumstances, s. 52(1) mandates defining the inconsistent portion which must be struck down very broadly. This will almost always be the case where the legislation or legislative provision does not meet the first part of the *Oakes* test, in that the purpose is not sufficiently pressing or substantial to warrant overriding a *Charter* right. Although it predates *Oakes*, *supra*, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, provides a clear example. There Dickson C.J. found that the purpose of the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, was itself inimical to the values of a free and democratic society. The case stands as authority for the proposition that, where the purpose of the legislation is itself unconstitutional, the legislation should be struck down in its entirety. Indeed, it is difficult to imagine anything less being appropriate where the purpose of the legislation is deemed unconstitutional; however, I do not wish to foreclose that possibility prematurely.

(ii) The Rational Connection Test

Where the purpose of the legislation or legislative provision is deemed to be pressing and substantial, but the means used to achieve this objective are found not to be rationally connected to it, the inconsistency to be struck down will generally be the whole of the portion of the legislation which fails the rational connection test.

(1) L'objectif législatif que visent les mesures restreignant les droits ou libertés d'une personne se rapporte-t-il à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier la restriction de ces droits ou libertés?

(2) Les mesures choisies pour atteindre cet objectif sont-elles proportionnelles à ce risque, c'est-à-dire:

a) Les mesures ont-elles un lien rationnel avec l'objectif?

b) Les mesures portent-elles le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question?

c) Les effets de ces mesures sont-ils proportionnels à l'objectif en question?

(i) Le critère de l'objet

Dans certaines circonstances, le par. 52(1) exige qu'on détermine d'une façon très large la partie incompatible à annuler. Cela sera presque toujours le cas si la loi ou la disposition législative ne satisfait pas à la première partie du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, en ce que l'objectif ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Bien qu'il soit antérieur à l'arrêt *Oakes*, précité, l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, offre un bon exemple. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson a statué que l'objectif de la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13, était contraire aux valeurs d'une société libre et démocratique. Cet arrêt étaye la proposition que si l'objectif même de la loi est inconstitutionnel, cette loi doit être annulée dans sa totalité. En fait, il est difficile d'imaginer qu'une réparation moindre soit appropriée lorsque l'objectif de la loi est réputé inconstitutionnel; toutefois, je ne veux pas écarter prématurément cette possibilité.

(ii) Le critère du lien rationnel

Lorsque l'on juge que l'objectif de la loi ou de la disposition législative se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, mais que les moyens choisis pour l'atteindre n'ont pas de lien rationnel avec cet objectif, l'incompatibilité à invalider sera généralement la partie de la disposition qui ne satisfait pas au critère du lien rationnel.

This Court's decision in *Andrews, supra*, can be taken to support this position. Again, this Court held there that the citizenship requirement for admission to the British Columbia bar violated the equality guarantee enshrined in s. 15 of the *Charter*. While the citizenship requirement was held to have a valid purpose (the objectives argued were that lawyers be familiar with Canadian institutions and customs and that they display a commitment to them), the Court determined that the requirement did not meet the proportionality test. The majority on this issue concluded that the means were probably not rationally connected to the objectives put forward, in that citizenship does not ensure familiarity with or commitment to Canadian society and, conversely, non-citizenship does not necessarily point to a lack of familiarity or commitment. The requirement was struck down.

It is logical that in most such cases the appropriate remedial choice will be to strike down the entire portion of the legislation that fails on this element of the proportionality test. It matters not how pressing or substantial the objective of the legislation may be; if the means used to achieve the objective are not rationally connected to it, then the objective will not be furthered by somehow upholding the legislation as it stands.

(iii) The Minimal Impairment/Effects Test

Where the second and/or third elements of the proportionality test are not met, there is more flexibility in defining the extent of the inconsistency. For instance, if the legislative provision fails because it is not carefully tailored to be a minimal intrusion, or because it has effects disproportionate to its purpose, the inconsistency could be defined as being the provisions left out of the legislation which would carefully tailor it, or would avoid a disproportionate effect. According to the logic outlined above, such an inconsistency could be

On peut dire que l'arrêt *Andrews*, précité, de notre Cour appuie cette position. Nous avons statué dans cet arrêt que l'obligation d'être citoyen canadien pour être admis au Barreau de la Colombie-Britannique porte atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Bien que notre Cour ait conclu que cette obligation vise un objectif valide (les objectifs invoqués étaient que les avocats doivent connaître les institutions et les coutumes canadiennes et qu'ils manifestent un engagement envers celles-ci), elle a statué qu'elle ne satisfaisait pas au critère de la proportionnalité. La Cour à la majorité a conclu que les moyens choisis à cette fin n'avaient probablement pas un lien rationnel avec ces objectifs en ce que la citoyenneté ne garantit pas la bonne connaissance de la société canadienne ou un engagement envers celle-ci; inversement, la non-citoyenneté ne signifie pas nécessairement qu'une personne ne connaîtra pas la société canadienne ou n'aura pas un engagement envers elle. Cette obligation a été annulée.

Dans la plupart des affaires de cette nature, il est logique de déclarer inopérante toute la partie de la loi qui ne satisfait pas à cet élément du critère de proportionnalité. Peu importe que l'objectif de la loi se rapporte à des préoccupations réelles et urgentes, si les moyens utilisés pour l'atteindre n'ont pas un lien rationnel avec cet objectif, le maintien en vigueur de la loi dans sa forme existante n'en favorisera pas l'atteinte.

(iii) Le critère de l'atteinte minimale

Lorsqu'une loi ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément du critère de la proportionnalité, ou aux deux, on dispose d'une plus grande latitude pour déterminer quelles sont les dispositions incompatibles. Par exemple, si le texte législatif ne satisfait pas au critère parce qu'il n'est pas conçu de façon à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté ou parce que ses effets sont disproportionnés à son objectif, on pourrait déterminer que l'incompatibilité consiste dans les dispositions non incluses dans la loi qui permettraient

declared inoperative with the result that the statute was extended by way of reading in.

Striking down, severing or reading in may be appropriate in cases where the second and/or third elements of the proportionality test are not met. The choice of remedy will be guided by the following considerations.

**B. Deciding whether Severance or Reading In is Appropriate**

Having determined what the extent of the inconsistency is, the next question is whether that inconsistency may be dealt with by way of severance, or in some cases reading in, or whether an impugned provision must be struck down in its entirety.

**(i) Remedial Precision**

While reading in is the logical counterpart of severance, and serves the same purposes, there is one important distinction between the two practices which must be kept in mind. In the case of severance, the inconsistent part of the statutory provision can be defined with some precision on the basis of the requirements of the Constitution. This will not always be so in the case of reading in. In some cases, the question of how the statute ought to be extended in order to comply with the Constitution cannot be answered with a sufficient degree of precision on the basis of constitutional analysis. In such a case, it is the legislature's role to fill in the gaps, not the court's. This point is made most clearly in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169:

While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's

qu'elle soit bien conçue ou éviteraient que son effet soit disproportionné. Dans la logique du raisonnement exposé, cette incompatibilité pourrait être déclarée inopérante de sorte que la portée de la loi serait étendue par interprétation large.

Il pourrait convenir de procéder par annulation, dissociation ou interprétation large dans les cas où le texte législatif ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément, ou aux deux. Le choix de la réparation sera guidé par les considérations suivantes.

**B. La dissociation ou l'interprétation large**

Une fois établie la mesure de l'incompatibilité, la question suivante est de savoir si la solution appropriée est la dissociation ou, dans certains cas, l'interprétation large ou encore si la disposition attaquée doit être annulée dans sa totalité.

**(i) La mesure corrective**

Bien que l'interprétation large soit le pendant logique de la dissociation et serve la même fin, il importe de se rappeler qu'il existe une distinction importante entre les deux pratiques. En ce qui concerne la dissociation, la partie incompatible de la disposition législative peut être déterminée avec une certaine précision en fonction des exigences de la Constitution, ce qui ne sera pas toujours possible dans le cas de l'interprétation large. Dans certains cas, il ne sera pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution. Il appartient alors aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes. Ce point a été très bien établi dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 169:

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire

requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional.

In *Hunter*, the Court decided that the scheme for authorizing searches under the relevant legislation did not withstand *Charter* scrutiny. In such a circumstance, it would theoretically be possible to characterize the “extent of the inconsistency” as the absence of certain safeguards. Thus, in the abstract, the absence of appropriate safeguards could have been declared of no force or effect, which would have led to the establishment of the appropriate safeguards. However, this approach would have been inappropriate because this would have required establishing a new scheme, the details of which would have been up to the Court to determine.

*Hunter* has been applied recently by Justice McLachlin in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232. The issue in that case was the prohibition of advertising by the members of a professional association, with certain exceptions. McLachlin J. found that the regulation of advertising violated the *Charter* and extended too far to be justified under s. 1. However, some prohibition of advertising would be justifiable if additional exceptions were added. The question then arose whether the Court ought to supply those additional exemptions itself, or simply strike down the prohibition.

McLachlin J. noted, at p. 253, that the drafting of rules which would allow only legitimate advertising would be a difficult and complex endeavour that did not flow with precision from the requirements of the *Charter*:

I am conscious of the difficulties involved in drafting prohibitions on advertising which will catch misleading, deceptive and unprofessional advertising while permitting legitimate advertising.

Since the exemptions could not be defined with sufficient precision, the section itself had to be struck down (at p. 252):

aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.

Dans l'arrêt *Hunter*, notre Cour a décidé que le régime d'autorisation des fouilles et des perquisitions établi en vertu de la loi concernée ne résistait pas à une analyse fondée sur la *Charte*. Dans un tel cas, il serait théoriquement possible de qualifier la mesure de l'incompatibilité comme étant l'inexistence de certaines garanties. En conséquence, dans l'abstrait, l'inexistence de garanties appropriées aurait pu être déclarée inopérante, ce qui aurait donné lieu à l'établissement des garanties appropriées. Toutefois, il n'aurait pas été opportun de prendre une telle démarche dans les circonstances puisqu'il aurait fallu établir un nouveau régime dont notre Cour aurait dû déterminer les détails.

L'arrêt *Hunter* a été appliqué récemment par le juge McLachlin dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232. Dans cette affaire, la question en litige portait sur l'interdiction de publicité par les membres d'une association professionnelle, sous réserve de certaines exceptions. Le juge McLachlin a statué que le règlement en question violait la *Charte* et avait une portée trop large pour se justifier en vertu de l'article premier. Toutefois, une certaine interdiction de publicité serait justifiable s'il y avait ajout d'autres exceptions. La question était ensuite de savoir si notre Cour devait établir ces exceptions additionnelles ou annuler tout simplement l'interdiction.

Le juge McLachlin a mentionné, à la p. 253, que la rédaction de règles qui autoriseraient seulement la publicité légitime constitue une tâche difficile et complexe qui ne découle pas précisément des exigences de la *Charte*:

Je suis consciente des difficultés que soulève la rédaction d'interdictions en matière de publicité qui atteindront la publicité trompeuse, mensongère et non professionnelle tout en autorisant la publicité légitime.

Puisque les exceptions ne pouvaient être déterminées avec suffisamment de précision, l'article a dû être annulé (à la p. 252):

Because the section is cast in the form of limited exclusions to a general prohibition, the Court would be required to supply further exceptions. To my mind, this is for the legislators.

These cases stand for the proposition that the court should not read in in cases where there is no manner of extension which flows with sufficient precision from the requirements of the Constitution. In such cases, to read in would amount to making *ad hoc* choices from a variety of options, none of which was pointed to with sufficient precision by the interaction between the statute in question and the requirements of the Constitution. This is the task of the legislature, not the courts.

(ii) Interference with the Legislative Objective

The primary importance of legislative objective quickly emerges from decisions of this Court wherein the possibility of reading down or in has been considered and determined inappropriate.

In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104, Justice Sopinka emphasized that it is necessary in fashioning a remedy for a *Charter* violation to both “apply the measures which will best vindicate the values expressed in the *Charter*” and “refrain from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary”. He determined that reading down was not appropriate in that case but concluded, at p. 104: “Reading down may in some cases be the remedy that achieves the objectives to which I have alluded while at the same time constituting the lesser intrusion into the role of the legislature.”

The degree to which a particular remedy intrudes into the legislative sphere can only be determined by giving careful attention to the objective embodied in the legislation in question. This objective may, as suggested above, be obvious from the very text of the provision. In other cases, it may only be illuminated through the evidence put forward under the s. 1 analysis, the fail-

Parce que l'article est rédigé sous forme d'exceptions limitées à une interdiction générale, la Cour serait tenue d'ajouter d'autres exceptions. À mon avis, il appartient au législateur de le faire.

Ces arrêts étayaient la proposition que la cour ne devrait pas avoir recours à l'interprétation large dans les cas où la façon de procéder à l'élargissement d'une loi ne se dégage pas avec suffisamment de précision des exigences de la Constitution. Dans ces cas, le recours à l'interprétation large équivaldrait à faire des choix particuliers entre diverses options dont aucune ne ressort avec suffisamment de précision de l'interaction de la loi en question et des exigences de la Constitution. Cette responsabilité incombe au législateur et non aux tribunaux.

(ii) L'ingérence dans l'objectif législatif

L'importance primordiale de l'objectif législatif se dégage rapidement des arrêts de notre Cour, dans lesquels nous avons examiné la possibilité du recours à l'interprétation atténuée ou à l'interprétation large et décidé de ne pas nous en prévaloir.

Dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 104, le juge Sopinka précise que, dans le choix d'une réparation par suite d'une violation de la *Charte*, il faut veiller à «faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte*» et «ne pas empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire». Il a statué que l'interprétation atténuée ne convenait pas en l'espèce mais a conclu, aux pp. 104 et 105: «L'interprétation atténuée peut dans certains cas être la réparation qui, tout en atteignant les objectifs dont j'ai déjà fait mention, représente l'empiètement le moins grave sur les fonctions du législateur».

Ce n'est qu'en examinant de près l'objectif de la loi en question que l'on peut déterminer le degré d'empiètement d'une réparation particulière sur le domaine législatif. Comme mentionné, cet objectif peut ressortir de la lecture même de la disposition. Dans d'autres cas, il faudra examiner les éléments de preuve déposés dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier, qui aurait échoué. Un

ure of which would precede this inquiry. A second level of legislative intention may be manifest in the means chosen to pursue that objective.

In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, this Court struck down s. 276, the rape shield provision, of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The majority of the Court held that it violated the accused's *Charter* right to a fair trial. The provision failed the *Oakes* test because of its overbreadth. It could not meet the minimal impairment element of the proportionality test. In considering the question of remedy, McLachlin J. canvassed the possibility of declaring the legislation valid in part through techniques such as reading down and constitutional exemption, but concluded that neither technique was appropriate in the case before her. McLachlin J. arrived at this conclusion because to take either approach would necessitate importing an element into the provision—judicial discretion—that the legislature specifically chose to exclude. She stated, at p. 628: "Where the effect is to change the law so substantially, one may question whether it is useful or appropriate to apply the doctrine of constitutional exemption". Without question, the same is true of extension by way of reading in.

This Court's decision in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, is instructive as to the second level of legislative intention referred to above. There, it was held that s. 542(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which provides for the automatic detention at the pleasure of the Lieutenant Governor of an insanity acquittee, was in violation of s. 7 of the *Charter* in that it deprived the appellant of his right to liberty without meeting the requirements of procedural fairness that attach to the principles of fundamental justice. In my judgment, I rejected the argument that the requirements of procedural fairness could just be read into the legislation as it stood because it was clear that, to achieve its objectives, Parliament had deliberately chosen the means which ultimately failed the minimal impairment element of the proportionality test under s. 1. Where the choice of means is unequivo-

second niveau d'intention législative peut ressortir des moyens choisis pour atteindre cet objectif.

Dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, notre Cour a annulé l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, la disposition sur la protection des victimes de viol. Notre Cour à la majorité a statué que cet article portait atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Cette disposition ne satisfaisait pas au critère de l'arrêt *Oakes* en raison de sa portée trop large. Elle ne pouvait pas répondre à l'exigence d'atteinte minimale que comporte le critère de proportionnalité. Dans l'examen de la réparation, le juge McLachlin a examiné la possibilité de déclarer la disposition valide en partie par l'application de techniques comme l'interprétation atténuée et l'exemption constitutionnelle, mais a conclu que ces techniques n'étaient pas applicables en l'espèce, puisqu'elles incorporeraient dans la disposition un élément que le législateur a spécifiquement choisi d'exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge. Elle affirme, à la p. 628: «Lorsqu'elle a pour effet de modifier la loi d'une manière aussi importante, on peut se demander s'il est utile ou approprié d'appliquer la doctrine de l'exemption constitutionnelle». Il n'y a pas de doute que ces propos s'appliquent également à un élargissement par voie d'interprétation large.

La décision de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, est révélatrice quant au second niveau d'intention législative dont il est fait mention. Dans cette affaire, notre Cour a statué que le par. 542(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui prévoyait la détention automatique d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale au bon plaisir du lieutenant-gouverneur, contrevenait à l'art. 7 de la *Charte* en ce qu'il portait atteinte au droit de l'appelant à la liberté sans respecter l'équité en matière de procédure qu'exigent les principes de justice fondamentale. Dans mon jugement, j'ai rejeté l'argument qu'il suffisait de donner une interprétation large au texte législatif pour qu'il fût considéré comme respectant l'équité procédurale parce qu'il était évident que le Parlement avait, pour atteindre ses objectifs, délibérément choisi le moyen qui ne respectait pas



cal, to further the objective of the legislative scheme through different means would constitute an unwarranted intrusion into the legislative domain.

Even where extension by way of reading in can be used to further the legislative objective through the very means the legislature has chosen, to do so may, in some cases, involve an intrusion into budgetary decisions which cannot be supported. This Court has held, and rightly so, that budgetary considerations cannot be used to justify a violation under s. 1. However, such considerations are clearly relevant once a violation which does not survive s. 1 has been established, s. 52 is determined to have been engaged and the Court turns its attention to what action should be taken thereunder.

Any remedy granted by a court will have some budgetary repercussions whether it be a saving of money or an expenditure of money. Striking down or severance may well lead to an expenditure of money. The respondent in this case pointed out that this Court's decision in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, wherein an exclusion under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, based on age was found to contravene the *Charter*, necessarily led to an expenditure of government funds in that persons previously not entitled to benefits were thereafter free to apply for them. It has also been pointed out that a wide variety of court orders have had the effect of causing expenditures (see Lajoie, "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 *McGill L.J.* 1338, at pp. 1344-45). In determining whether reading in is appropriate then, the question is not whether courts can make decisions that impact on budgetary policy; it is to what degree they can appropriately do so. A remedy which entails an intrusion into this sphere so substantial as to

l'exigence d'atteinte minimale que comporte le critère de proportionnalité de l'examen fondé sur l'article premier. Lorsque le choix du moyen est évident, favoriser l'atteinte de l'objectif du régime législatif par d'autres moyens constituerait un empiètement injustifié sur le domaine législatif.

Même si l'élargissement de la portée d'une loi par interprétation large peut servir à atteindre l'objectif législatif par le moyen même choisi par le législateur, il risque, dans certains cas, de constituer un empiètement indéfendable sur des décisions financières. Notre Cour a statué à juste titre que les considérations financières ne pouvaient servir à justifier une violation dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Toutefois, ces considérations sont évidemment pertinentes lorsque l'on a établi l'existence d'une violation qui ne peut être sauvegardée par l'article premier, que l'application de l'art. 52 se trouve déclenchée et que le tribunal examine la mesure à prendre.

Toute réparation accordée par un tribunal entraînera des répercussions financières, que ce soit une économie ou une dépense. L'annulation ou la dissociation pourrait bien donner lieu à une dépense. En l'espèce, l'intimé a mentionné l'arrêt de notre Cour *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, dans lequel une restriction fondée sur l'âge prévue dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, a été jugée incompatible avec la *Charte*, ce qui a nécessairement entraîné une dépense de fonds gouvernementaux puisque des personnes antérieurement inadmissibles aux prestations étaient dès lors habilitées à présenter une demande à cette fin. On a également fait ressortir qu'un vaste éventail d'ordonnances judiciaires ont entraîné des dépenses (voir Lajoie, «De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 *R.D. McGill* 1338, aux pp. 1344 et 1345). Lorsque l'on détermine s'il faut donner une interprétation large à un texte législatif, la question n'est donc pas de savoir si les tribunaux peuvent prendre des décisions qui entraînent des répercussions de nature financière, mais bien jusqu'à quel point il est de circonstance de le faire. De toute évidence, il ne

change the nature of the legislative scheme in question is clearly inappropriate.

(iii) The Change in Significance of the Remaining Portion

Another way of asking whether to read in or sever would be an illegitimate intrusion into the legislative sphere is to ask whether the significance of the part which would remain is substantially changed when the offending part is excised. For instance, in *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, this Court found that certain statutory requirements respecting the use of the French language were unconstitutional because they were more stringent than necessary. By way of exception, the statute provided for less stringent requirements in certain circumstances. These less stringent requirements were not in themselves unconstitutional, and it would therefore have been possible to sever them and in that way to implement as much of the legislative intent as possible. However, the Court noted that to do so would really turn the legislative scheme on its head. The exceptions were meant to allow more lenient treatment of persons in certain situations, but if they were upheld while the main provisions were struck down, they would have precisely the opposite effect of dealing more stringently with those persons. This led to the conclusion, at p. 816, that the exceptions were "necessarily connected" to the offending provision, so that even though the exceptions were not themselves impermissible, they must be struck down as well:

A single scheme is being dealt with, and once the parent section which institutes that scheme has been found unconstitutional, the Court must proceed to strike down those exceptions which are necessarily connected to the general rule. In that way, distortions and inconsistencies of legislative intention do not result from finding the major component of a comprehensive legislative regime contrary to the Constitution.

This built on the comments of Dickson C.J. in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 80,

conviendrait pas d'accorder une réparation qui entraîne un empiétement tellement important sur ce domaine qu'il modifie la nature du régime législatif en question.

(iii) Le changement de sens du reste du texte

Pour déterminer si l'interprétation large ou la dissociation constituerait un empiétement illégitime sur le domaine législatif, on peut aussi se demander si le sens du texte qui reste serait grandement modifié par le retranchement des parties fautives. Par exemple, dans l'arrêt *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, notre Cour a statué que certaines exigences législatives concernant l'utilisation du français étaient inconstitutionnelles parce qu'elles étaient plus sévères que nécessaire. La loi en question établissait un régime d'exceptions prévoyant des exigences moins strictes dans certaines circonstances. Ces exigences moins strictes n'étaient pas en soi inconstitutionnelles et il aurait été possible de les retrancher de la loi et de réaliser ainsi autant que possible l'intention du législateur. Cependant, notre Cour a fait remarquer que ce retranchement aurait l'effet inverse de l'intention législative. Les exceptions visaient à faire preuve de clémence envers des personnes se trouvant dans certaines situations; le maintien de ces exceptions parallèlement à l'annulation des dispositions principales aurait eu précisément l'effet contraire et soumis ces personnes à des exigences plus rigoureuses. Notre Cour est arrivée à la conclusion, à la p. 816, que les exceptions étaient «nécessairement reliées» à la disposition fautive et qu'elles devaient être annulées même si les exceptions n'étaient pas en soi inacceptables:

Il s'agit d'un ensemble, et quand l'article initial qui lui donne naissance est déclaré inconstitutionnel, la Cour doit déclarer inopérantes les exceptions qui sont nécessairement reliées à la règle générale. C'est le moyen d'éviter que l'annulation de la composante principale d'un ensemble législatif contraire à la Constitution ne cause la déformation ou la contradiction de l'intention législative.

Cet énoncé fait fond sur les commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*

where he observed that the prohibition of abortions must fall with the procedural exceptions which violated the *Charter*, since merely to eliminate the exceptions would be to re-draft a comprehensive code:

Having found that this "comprehensive code" infringes the *Charter*, it is not the role of the Court to pick and choose among the various aspects of s. 251 so as effectively to re-draft the section.

In both these cases, the significance of the non-offending provision was so markedly changed in the absence of the offending provision that the assumption that the legislature would have passed it was unsafe. The problem with striking down only the inconsistent portion is that the significance of the remaining portion changes so markedly without the inconsistent portion that the assumption that the legislature would have enacted it is unsafe.

In cases where the issue is whether to extend benefits to a group not included in the statute, the question of the change in significance of the remaining portion sometimes focuses on the relative size of the two relevant groups. For instance, in *Knodel, supra*, Rowles J. extended the provision of benefits to spouses to include same-sex spouses. She considered this course to be far less intrusive to the intention of the legislature than striking down the benefits to heterosexual spouses since the group to be added was much smaller than the group already benefitted (at p. 391):

In the present case, it would clearly be far more intrusive to strike the legislation and deny the benefits to the individuals receiving them than it would be to extend the benefits to the small minority who demonstrated their entitlement to them.

In *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, *supra*, this Court decided that persons over 65 should be able to receive benefits that had been explicitly restricted to persons under 65. This is also a case in which

*ler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 80, dans lequel il a fait remarquer que l'interdiction de l'avortement se classe parmi les exceptions procédurales qui vont à l'encontre de la *Charte*, puisque la simple élimination des exceptions équivaldrait à réécrire un code entier:

Ayant jugé que ce «code entier» enfreint la *Charte*, il n'appartient pas à la Cour de sélectionner divers aspects de l'art. 251 pour, en fait, réécrire l'article.

Dans ces deux arrêts, le sens de la disposition non fautive changeait tellement en l'absence de la disposition fautive qu'il n'y avait pas lieu de supposer que le législateur l'aurait quand même adoptée. Le problème de l'annulation de la partie incompatible seulement est que le sens de la partie qui reste change tellement en l'absence de la partie incompatible qu'il n'y a pas lieu de supposer que le législateur l'aurait quand même adoptée.

Lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit accorder des bénéfices à un groupe non inclus dans la loi, la question du changement de sens du reste de la loi tourne parfois autour de la taille relative des deux groupes pertinents. Par exemple, dans l'arrêt *Knodel*, précité, le juge Rowles a élargi la prestation de bénéfices aux conjoints pour inclure les conjoints du même sexe. À son avis, cette mesure empiétait moins sur l'intention législative que l'annulation des bénéfices accordés aux conjoints hétérosexuels puisque le groupe à ajouter était beaucoup moins important que le groupe existant de bénéficiaires (à la p. 391):

[TRADUCTION] En l'espèce, annuler la loi et refuser les prestations aux personnes qui les reçoivent déjà constituerait un empiètement beaucoup plus important qu'octroyer ces bénéfices à la faible minorité de personnes qui ont établi qu'elles y avaient droit.

Dans l'arrêt *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, précité, notre Cour a décidé que les personnes de plus de 65 ans avaient droit aux prestations dont le versement avait été explicitement restreint aux per-

the group to be added was much smaller than the group already benefitted.

Where the group to be added is smaller than the group originally benefitted, this is an indication that the assumption that the legislature would have enacted the benefit in any case is a sound one. When the group to be added is much larger than the group originally benefitted, this could indicate that the assumption is not safe. This is not because of the numbers *per se*. Rather, the numbers may indicate that for budgetary reasons, or simply because it constitutes a marked change in the thrust of the original program, it cannot be assumed that the legislature would have passed the benefit without the exclusion. In some contexts, the fact that the group to be added is much larger than the original group will not lead to these conclusions. *R. v. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1 (N.S.T.D.), is an example of this.

#### (iv) The Significance of the Remaining Portion

Other cases have focused on the significance or long-standing nature of the remaining portion. This sort of analysis is most apparent in *Russow v. B.C. (A.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29 (S.C.). The court examined the various versions of the relevant provision which had been in force in the province from the time of Confederation to the present, and noted that the permissible portion had been invariably present. This helped the court to come to the conclusion that it was safe to assume that the legislature would have enacted the permissible portion without the impermissible portion (at pp. 33-35).

This consideration was also highlighted by Harlan J. in *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970), at p. 366:

When a policy has roots so deeply embedded in history, there is a compelling reason for a court to hazard the necessary statutory repairs if they can be made within the administrative framework of the statute and without impairing other legislative goals, even though

sonnes de moins de 65 ans. Dans ce cas également, le groupe à ajouter était numériquement beaucoup moins important que celui des bénéficiaires.

Si le groupe à ajouter est numériquement moins important que le groupe initial de bénéficiaires, c'est une indication que la supposition que le législateur aurait de toute façon adopté le bénéfice est fondée. Au contraire, si le groupe à ajouter est numériquement beaucoup plus important que le groupe initial de bénéficiaires, cela pourrait être une indication que cette supposition n'est pas fondée. Ce n'est pas seulement une question de chiffres. C'est plutôt que les chiffres peuvent indiquer que, pour des motifs financiers ou simplement parce que cela constituerait un changement marqué de l'objectif du programme initial, on ne peut pas supposer que le législateur aurait adopté le bénéfice en question sans l'exclusion. Dans certains contextes, le fait que le groupe à ajouter est beaucoup plus important que le groupe initial ne donnera pas lieu à ces conclusions. L'arrêt *R. c. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1 (N.-É.D.P.I.), en est un exemple.

#### (iv) Le sens de la portion restante

D'autres arrêts ont mis l'accent sur le sens ou l'historique de la partie qui reste. C'est là l'analyse utilisée dans l'arrêt *Russow c. B.C. (A.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29 (C.S.). Dans cette affaire, la cour a examiné les diverses versions de la disposition visée en vigueur dans la province depuis la Confédération et elle a mentionné que la portion acceptable avait toujours existé. Cette constatation a aidé la cour à conclure qu'il y avait lieu de supposer que le législateur aurait adopté la portion acceptable sans la portion inacceptable (aux pp. 33 à 35).

Le juge Harlan a également fait ressortir ce point dans l'arrêt *Welsh c. United States*, 398 U.S. 333 (1970), à la p. 366:

[TRADUCTION] Lorsqu'une politique est profondément ancrée dans l'histoire, il y a une raison convaincante qui permet à un tribunal de procéder à la réparation législative nécessaire si le contexte administratif de la loi s'y prête, sans empiétement sur d'autres objectifs législatifs,

they entail, not simply eliminating an offending section, but rather building upon it.

It is sensible to consider the significance of the remaining portion when asking whether the assumption that the legislature would have enacted the remaining portion is a safe one. If the remaining portion is very significant, or of a long standing nature, it strengthens the assumption that it would have been enacted without the impermissible portion.

The significance of the remaining portion may be enhanced where the Constitution specifically encourages that sort of provision. Earlier I referred to the articles by Duclos and Roach, and Caminker, which point out that the Constitution may encourage particular kinds of remedies even if it does not directly mandate them. This aspect of remedial choice was specifically relied on in *R. v. Hebb, supra*. In that case the court considered a provision which required the court to consider the means of accused to pay a fine before incarceration upon default. This provision only applied to persons aged 18 to 22. The court found that this constituted discrimination on the basis of age. The question then was whether the limitation to ages 18 to 22 could be severed from the rest of the provision.

The court observed that either course, severance or nullification, would interfere with the intention of Parliament to some extent. That is, severance would expand the protection of the provision to a group Parliament had not intended to benefit by it, and nullification would remove protection from the group Parliament had intended to have it. The court, at p. 21, then found it important that the protection in question was "constitutionally encouraged," and thought that this was a good reason to favour expansion of the provision rather than nullification:

To sever the age-related phrase provides protection to persons of all ages who are charged with a crime, in that they cannot be incarcerated for failure to pay a fine until a judicial review of their situation is held. On the other

même s'il s'agit non pas simplement d'éliminer une partie fautive, mais de faire fond sur celle-ci.

Il est raisonnable d'examiner le sens de la partie qui reste lorsqu'on se demande si la supposition que le législateur l'aurait quand même adoptée est fondée. Si la partie qui reste a une très grande importance ou existe depuis longtemps, ce fait vient renforcer la supposition que cette partie aurait été adoptée sans la portion inacceptable.

La partie qui reste a un sens encore plus important si la Constitution favorise expressément l'adoption de ce genre de disposition. J'ai mentionné l'article de Duclos et de Roach et celui de Caminker, qui font ressortir que la Constitution peut favoriser des types particuliers de réparation, même si elle ne les exige pas directement. Cet aspect du choix de la réparation a été expressément mentionné dans l'arrêt *R. v. Hebb*, précité. Dans cette affaire, la cour a examiné une disposition lui imposant d'examiner si l'accusé avait les moyens de payer une amende avant d'être incarcéré pour non-paiement. Cette disposition ne visait que les personnes âgées de 18 ans à 22 ans. La cour a statué que cette disposition constituait une discrimination fondée sur l'âge. Il fallait ensuite déterminer s'il était possible de dissocier la restriction relative à l'âge du reste de la disposition.

La cour a précisé que le retranchement de la partie fautive et l'annulation de la disposition empièteraient tous les deux dans une certaine mesure sur l'intention du législateur. Le retranchement de la partie fautive aurait pour effet de protéger un groupe que le législateur n'avait pas eu l'intention de protéger et l'annulation de la disposition éliminerait la protection offerte au groupe que le législateur avait l'intention de protéger. Ayant jugé important, à la p. 21, le fait que la [TRADUCTION] «Constitution favorise» la protection en question, la cour a décidé que c'était là un motif valable d'élargir la portée de la disposition plutôt que de l'annuler:

[TRADUCTION] En retranchant du reste de la disposition la partie ayant trait à l'âge, on offre la protection de l'article aux personnes de tout âge accusées d'un acte criminel en ce qu'elles ne peuvent être incarcérées pour non-

hand, by severing the complete s. 646(10), this protection is removed for all persons, including the age group which Parliament determined were worthy of that special protection.

It is important that the courts not unjustifiably invade the domain which is properly that of the legislature. In following either of the alternatives above, the court will be interfering to some extent with the efforts of the legislators of the enactment. Where the result is the removing of a protection that is constitutionally encouraged—that is, judicial consideration before incarceration—as opposed to the enlarging of such a protection, it is submitted that the court should favour a result that would expand the group of persons protected rather than remove that protection completely.

This reasoning is sensible given our knowledge of how legislatures act generally. The fact that the permissible part of a provision is encouraged by the purposes of the Constitution, even if not mandated by it, strengthens the assumption that the legislature would have enacted it without the impermissible portion.

This factor may have been important in a case which dealt specifically with human rights statutes. In *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), the statute (*Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53) provided, in s. 1, a right to equal treatment without discrimination on the basis of, *inter alia*, sex. Section 19, however, provided that s. 1 was not violated when athletic activities were restricted on the basis of sex. The court found that s. 19 violated the guarantee of equality under the *Charter*. It was argued by the Hockey Association that s. 19 was not severable from s. 1, since it could not be assumed that the legislature would have passed s. 1 without s. 19. It was said that this meant that s. 19 should not be struck down, even though it violated the *Charter*. In fact, if it were true that s. 19 was inextricably linked to s. 1, then the result would be not that s. 19 was saved, but rather that s. 1 would be lost, even though there was nothing impermissible about it, considered in isolation. However, it is clear that it is safe to assume that the legislature would have passed the general prohibition on dis-

païement d'une amende tant que le tribunal ne s'est pas prononcé sur leur situation. Par contre, l'annulation de tout le par. 646(10) élimine totalement la protection offerte, y compris pour le groupe d'âge que le législateur avait tout particulièrement jugé utile de protéger.

Il importe que les tribunaux n'empiètent pas sans raison sur le domaine qui relève à bon droit du législateur. En optant pour l'une ou l'autre des réparations qui viennent d'être mentionnées, le tribunal empiétera dans une certaine mesure sur les efforts du législateur concerné. Si le résultat est l'élimination d'une protection que la Constitution favorise — l'examen par un tribunal de la situation d'une personne avant son incarcération — et non l'élargissement de cette protection, on soutient que le tribunal devrait viser à élargir le groupe de personnes protégées plutôt qu'à éliminer totalement cette protection.

Ce raisonnement est judicieux par rapport à ce que nous connaissons du fonctionnement habituel des corps législatifs. Le fait que les objets de la Constitution favorisent, sans imposer, le maintien de la partie acceptable d'une disposition vient renforcer la supposition que le législateur l'aurait adoptée sans la partie inacceptable.

Ce facteur pourrait bien avoir joué un rôle important dans une affaire qui portait spécifiquement sur les lois en matière de droits de la personne. Dans l'affaire *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), l'article premier de la loi en question (*Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53), prévoyait un droit à un traitement égal sans discrimination fondée, notamment, sur le sexe. Toutefois, aux termes de l'art. 19, ne constituait pas une atteinte au droit reconnu à l'article premier le fait de restreindre des activités athlétiques pour un motif fondé sur le sexe. La cour a statué que l'art. 19 violait la garantie à l'égalité en vertu de la *Charte*. L'association de hockey était d'avis que l'art. 19 n'était pas dissociable de l'article premier puisque l'on ne pouvait supposer que le législateur aurait adopté l'article premier sans l'art. 19, et que l'on ne devait donc pas annuler l'art. 19, même s'il portait atteinte à la *Charte*. En fait, s'il était exact que l'art. 19 était inextricablement lié à l'article premier, il s'ensuivrait non pas le maintien de l'art. 19, mais l'annulation de l'article premier,

crimination even if it could not limit its application in the area of athletics.

(v) Conclusion

It should be apparent from this analysis that there is no easy formula by which a court may decide whether severance or reading in is appropriate in a given case. While respect for the role of the legislature and the purposes of the *Charter* are the twin guiding principles, these principles can only be fulfilled with respect to the variety of considerations set out above which require careful attention in each case.

C. Whether to Temporarily Suspend the Declaration of Invalidity

Having identified the extent of the inconsistency, and having determined whether that inconsistency should be dealt with by way of striking down, severance or reading in, the court has identified what portion must be struck down. The final step is to determine whether the declaration of invalidity of that portion should be temporarily suspended.

A court may strike down legislation or a legislative provision but suspend the effect of that declaration until Parliament or the provincial legislature has had an opportunity to fill the void. This approach is clearly appropriate where the striking down of a provision poses a potential danger to the public (*R. v. Swain, supra*) or otherwise threatens the rule of law (*Reference Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721). It may also be appropriate in cases of underinclusiveness as opposed to overbreadth. For example, in this case some of the interveners argued that in cases where a denial of equal benefit of the law is alleged, the legislation in question is not usually problematic in and of itself. It is its underinclusiveness that is problematic so striking down the law immediately would deprive deserving persons of benefits without pro-

même s'il ne comporte en soi rien d'inacceptable lorsqu'on l'examine de façon isolée. Toutefois, il est évident qu'il y a lieu de supposer que le législateur aurait adopté l'interdiction générale de discrimination même s'il ne pouvait en restreindre l'application dans le domaine des activités sportives.

(v) Conclusion

L'analyse que je viens d'exposer devrait bien faire ressortir qu'il n'y a pas de formule magique susceptible d'aider le tribunal à décider si la solution appropriée dans un cas donné est la dissociation ou l'interprétation large. Bien que le respect du rôle du législateur et des objets de la *Charte* soient les deux principes directeurs, on ne pourra y satisfaire qu'en examinant soigneusement dans chaque cas les diverses considérations que je viens d'exposer.

C. La suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité

Lorsqu'il a déterminé l'incompatibilité et décidé si cette incompatibilité devrait être annulée, retranchée de la loi en question ou recevoir une interprétation large, le tribunal a identifié la partie de la loi qui doit être annulée. La dernière étape consiste à déterminer s'il doit y avoir suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité.

Un tribunal peut déclarer une loi ou une disposition législative inopérante, mais suspendre l'effet de cette déclaration jusqu'à ce que le législateur fédéral ou provincial ait eu l'occasion de combler le vide. Cette méthode est fort appropriée lorsque l'annulation d'une disposition présente un danger pour le public (*R. c. Swain, précité*) ou porte atteinte à la primauté du droit (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721). Cette méthode pourrait également être appropriée dans les cas où une disposition est limitative par opposition aux cas où elle aurait une portée trop large. Par exemple, en l'espèce, certains intervenants ont fait valoir que si l'on allègue une négation du droit au même bénéfice de la loi, la disposition législative en question ne pose habituellement pas de problème en soi. C'est le fait

viding them to the applicant. At the same time, if there is no obligation on the government to provide the benefits in the first place, it may be inappropriate to go ahead and extend them. The logical remedy is to strike down but suspend the declaration of invalidity to allow the government to determine whether to cancel or extend the benefits.

I would emphasize that the question of whether to delay the effect of a declaration is an entirely separate question from whether reading in or nullification is the appropriate route under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. While delayed declarations are appropriate in some cases, they are not a panacea for the problem of interference with the institution of the legislature under s. 52.

A delayed declaration is a serious matter from the point of view of the enforcement of the *Charter*. A delayed declaration allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation. There may be good pragmatic reasons to allow this in particular cases. However, reading in is much preferable where it is appropriate, since it immediately reconciles the legislation in question with the requirements of the *Charter*.

Furthermore, the fact that the court's declaration is delayed is not really relevant to the question of which course of action, reading in or nullification, is less intrusive upon the institution of the legislature. By deciding upon nullification or reading in, the court has already chosen the less intrusive path. If reading in is less intrusive than nullification in a particular case, then there is no reason to think that a delayed nullification would be any better. To delay nullification forces the matter back onto the legislative agenda at a time not of the choosing of the legislature, and within time limits under which

qu'elle ne couvre pas toutes les situations qui pose un problème, de sorte que l'annulation immédiate de la loi priverait des personnes admissibles de bénéfices sans les fournir à celle qui en fait la demande. Par ailleurs, si le gouvernement n'est pas au départ tenu de fournir les bénéfices, il est vraisemblablement inapproprié de les étendre à d'autres. La solution logique est d'annuler, mais de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité afin de permettre au gouvernement de décider s'il doit annuler ou étendre les bénéfices.

Je tiens à préciser que la question de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité diffère totalement de celle de savoir si l'interprétation large ou l'annulation d'un texte législatif est la solution appropriée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bien que la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité soit appropriée dans certains cas, ce n'est pas une panacée au problème de l'empiétement, dans le cadre de l'art. 52, sur l'institution que constitue le corps législatif.

Une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité est une question sérieuse du point de vue de l'application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte*. Il peut exister de bonnes raisons pragmatiques d'autoriser cet état de choses dans des cas particuliers. Toutefois, l'interprétation large est de beaucoup préférable dans les cas appropriés puisqu'elle permet d'harmoniser immédiatement la loi en question avec les exigences de la *Charte*.

Par ailleurs, la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité prononcée par le tribunal n'est pas vraiment pertinente lorsque l'on examine quelle solution, de l'interprétation large ou de l'annulation, empiète moins sur le corps législatif en tant qu'institution. En décidant de conférer une interprétation large à l'incompatibilité ou de l'annuler, le tribunal a déjà choisi le moyen le moins attentatoire. Si dans un cas particulier, l'interprétation large est moins attentatoire que l'annulation, il n'y a pas lieu de croire qu'une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité serait une meil-



the legislature would not normally be forced to act. This is a serious interference in itself with the institution of the legislature. Where reading in is appropriate, the legislature may consider the issue in its own good time and take whatever action it wishes. Thus delayed declarations of nullity should not be seen as preferable to reading in in cases where reading in is appropriate.

The question whether to delay the application of a declaration of nullity should therefore turn not on considerations of the role of the courts and the legislature, but rather on considerations listed earlier relating to the effect of an immediate declaration on the public.

#### D. Summary

It is valuable to summarize the above propositions with respect to the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* before turning to the question of the independent availability of remedies pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. Section 52 is engaged when a law is itself held to be unconstitutional, as opposed to simply a particular action taken under it. Once s. 52 is engaged, three questions must be answered. First, what is the extent of the inconsistency? Second, can that inconsistency be dealt with alone, by way of severance or reading in, or are other parts of the legislation inextricably linked to it? Third, should the declaration of invalidity be temporarily suspended? The factors to be considered can be summarized as follows:

##### (i) The Extent of the Inconsistency

The extent of the inconsistency should be defined:

leure option. Suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité entraîne un renvoi de la question au législateur à un moment qu'il n'a pas choisi et lui impose de prendre des mesures à l'intérieur de délais qui ne seraient normalement pas les siens. Il s'agit là d'un grave empiétement sur l'institution qu'est le corps législatif. Quand l'interprétation est la solution appropriée, le législateur peut examiner la question au moment où il le juge opportun et prendre les mesures qu'il désire. En conséquence, la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait pas être préférée à l'interprétation large lorsqu'il convient de procéder par interprétation large.

La question de savoir s'il y a lieu de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait pas dépendre de considérations ayant trait au rôle des tribunaux et des législateurs, mais plutôt de considérations énumérées précédemment sur l'effet d'une déclaration d'invalidité sur le public.

#### e D. Sommaire

Avant l'examen des mesures de réparation distinctes conformément au par. 24(1) de la *Charte*, il serait bon de résumer les propositions précitées relatives à l'application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'application de l'art. 52 est déclenchée lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle en soi, par opposition à une simple mesure prise sous son régime. Une fois déclenchée l'application de l'art. 52, il faut répondre à trois questions. Premièrement, quelle est l'étendue de l'incompatibilité? Deuxièmement, peut-on régler isolément le problème de cette incompatibilité, que ce soit par dissociation ou interprétation large, ou est-elle inextricablement liée à d'autres parties de la loi? Troisièmement, doit-il y avoir suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité? Voici succinctement les facteurs dont il faut tenir compte:

##### (i) L'étendue de l'incompatibilité

L'étendue de l'incompatibilité doit être déterminée:

A. broadly where the legislation in question fails the first branch of the *Oakes* test in that its purpose is held not to be sufficiently pressing or substantial to justify infringing a *Charter* right or, indeed, if the purpose is itself held to be unconstitutional—perhaps the legislation in its entirety;

B. more narrowly where the purpose is held to be sufficiently pressing and substantial, but the legislation fails the first element of the proportionality branch of the *Oakes* test in that the means used to achieve that purpose are held not to be rationally connected to it—generally limited to the particular portion which fails the rational connection test; or,

C. flexibly where the legislation fails the second or third element of the proportionality branch of the *Oakes* test.

(ii) Severance/Reading In

Severance or reading in will be warranted only in the clearest of cases, that is, where each of the following criteria is met:

A. the legislative objective is obvious, or it is revealed through the evidence offered pursuant to the failed s. 1 argument, and severance or reading in would further that objective, or constitute a lesser interference with that objective than would striking down;

B. the choice of means used by the legislature to further that objective is not so unequivocal that severance/reading in would constitute an unacceptable intrusion into the legislative domain; and,

C. severance or reading in would not involve an intrusion into legislative budgetary decisions so substantial as to change the nature of the legislative scheme in question.

A. de façon large dans le cas où la loi ne satisfait pas au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes* en ce que son objectif ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*; ou encore, que l'objectif du texte est jugé inconstitutionnel—et peut-être même la loi dans sa totalité;

B. de façon plus étroite lorsque l'objectif se rapporte à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles, mais que le texte législatif ne satisfait pas au premier élément du volet de la proportionnalité du critère de l'arrêt *Oakes* en ce que les moyens choisis pour atteindre cet objectif n'ont pas un lien rationnel avec cet objectif—généralement restreint à la partie qui ne satisfait au critère du lien rationnel;

C. avec souplesse lorsque le texte législatif ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément du volet de la proportionnalité du critère de l'arrêt *Oakes*.

(ii) Dissociation/Interprétation large

Il sera justifié d'opter pour la dissociation ou l'interprétation large seulement dans les cas les plus clairs, chacun des critères suivants devant avoir été respectés:

A. l'objectif législatif est évident ou ressort des éléments de preuve déposés dans le cadre de l'examen fondé sur l'article premier, qui a échoué, et la dissociation ou l'interprétation large favoriserait l'atteinte de cet objectif ou constituerait un empiétement moindre sur cet objectif que l'annulation de la loi;

B. le choix des moyens utilisés par le législateur pour atteindre cet objectif n'est pas assez incontestable pour que la dissociation ou l'interprétation large constitue un empiétement inacceptable sur le domaine législatif;

C. la dissociation ou l'interprétation large ne comporterait pas un empiétement si important sur les décisions financières du législateur qu'elle modifierait la nature du régime législatif en question.

## (iii) Temporarily Suspending the Declaration of Invalidity

Temporarily suspending the declaration of invalidity to give Parliament or the provincial legislature in question an opportunity to bring the impugned legislation or legislative provision into line with its constitutional obligations will be warranted even where striking down has been deemed the most appropriate option on the basis of one of the above criteria if:

A. striking down the legislation without enacting something in its place would pose a danger to the public;

B. striking down the legislation without enacting something in its place would threaten the rule of law; or,

C. the legislation was deemed unconstitutional because of underinclusiveness rather than overbreadth, and therefore striking down the legislation would result in the deprivation of benefits from deserving persons without thereby benefiting the individual whose rights have been violated.

I should emphasize before I move on that the above propositions are intended as guidelines to assist courts in determining what action under s. 52 is most appropriate in a given case, not as hard and fast rules to be applied regardless of factual context.

III. *Section 24(1)*A. *Section 24(1) Alone*

Where s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is not engaged, a remedy under s. 24(1) of the *Charter* may nonetheless be available. This will be the case where the statute or provision in question is not in and of itself unconstitutional, but some action taken under it infringes a person's *Charter* rights. Section 24(1) would there provide for an individ-

## (iii) Suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité

Un tribunal sera justifié de suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité afin de donner au législateur fédéral ou provincial concerné l'occasion d'harmoniser la loi ou la disposition législative avec ses obligations constitutionnelles même lorsque l'annulation a été jugée l'option la plus appropriée par rapport à l'un des critères cités précédemment. Cette suspension sera ordonnée dans l'un ou l'autre des cas suivants:

A. l'annulation de la loi sans l'adoption d'un texte de remplacement poserait un danger pour le public;

B. l'annulation de la loi sans l'adoption d'un texte de remplacement menacerait la primauté du droit;

C. la loi a été jugée inconstitutionnelle parce qu'elle est limitative et non parce qu'elle a une portée trop large et son annulation priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés.

Je tiens à préciser que ces propositions ne sont que des lignes directrices destinées à aider les tribunaux à déterminer quelle sera la solution la plus appropriée en vertu de l'art. 52; elles ne se veulent pas des règles rigides qui doivent être appliquées indépendamment des faits.

III. *Le paragraphe 24(1)*A. *Le paragraphe 24(1) seul*

Même lorsque l'application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est pas déclenchée, il peut y avoir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cela peut se produire quand la loi ou la disposition législative n'est pas inconstitutionnelle en soi, mais qu'elle a donné lieu à une mesure prise en contravention des droits garantis

ual remedy for the person whose rights have been so infringed.

This course of action has been described as “reading down as an interpretive technique”, but it is not reading down in any real sense and ought not to be confused with the practice of reading down as referred to above. It is, rather, founded upon a presumption of constitutionality. It comes into play when the text of the provision in question supports a constitutional interpretation and the violative action taken under it thereby falls outside the jurisdiction conferred by the provision. I held that this was the case in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, when I determined that a provision which provided a labour adjudicator with discretion to make a range of orders could not have been intended to provide him with the discretion to make unconstitutional orders. The legislation itself was not unconstitutional and s. 52 was not engaged, but the aggrieved party was clearly entitled to an individual remedy under s. 24(1).

B. Section 24(1) in Conjunction with Section 52

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available. It follows that where the declaration of invalidity is temporarily suspended, a s. 24 remedy will not often be available either. To allow for s. 24 remedies during the period of suspension would be tantamount to giving the declaration of invalidity retroactive effect. Finally, if a court takes the course of reading down or in, a s. 24 remedy would probably only duplicate the relief flowing from the action that court has already taken.

par la *Charte*. Le paragraphe 24(1) offre une réparation à la personne dont les droits ont été violés.

Cette mesure a été décrite comme une sorte de technique d’interprétation atténuée; à ne pas confondre avec la véritable interprétation atténuée mentionnée ci-dessus. La réparation accordée se fonde plutôt sur une présomption de constitutionnalité. Elle entre en jeu si le texte de la disposition en question est jugé constitutionnel et que la mesure attentatoire à laquelle il a donné lieu n’est donc pas autorisée par la disposition. J’ai statué en ce sens dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, lorsque j’ai affirmé que le législateur, en conférant à un arbitre le pouvoir discrétionnaire de rendre une gamme d’ordonnances, ne pouvait avoir eu l’intention de lui conférer le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances inconstitutionnelles. Le texte législatif n’était pas inconstitutionnel en soi et il n’y avait pas lieu d’appliquer l’art. 52, mais la partie lésée avait clairement droit à une réparation en vertu du par. 24(1).

B. Le paragraphe 24(1) de concert avec l’article 52

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu’une mesure prise en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l’art. 52, l’affaire est close. Il n’y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l’art. 24. Par conséquent, si l’effet de la déclaration d’invalidité est temporairement suspendu, il n’y aura pas non plus souvent lieu à une réparation en vertu de l’art. 24. Permettre une réparation fondée sur l’art. 24 pendant la période de suspension équivaudrait à donner un effet rétroactif à la déclaration d’invalidité. Enfin, si un tribunal décide de donner une interprétation atténuée ou une interprétation large, une réparation fondée sur l’art. 24 ne ferait probablement qu’accorder le même redressement que celui découlant de la mesure déjà prise par les tribunaux.

## IV. Remedial Options Appropriate to this Case

A. The Nature of the Right Involved

The right which was determined to be violated here is a positive right: the right to equal benefit of the law. Positive rights by their very nature tend to carry with them special considerations in the remedial context. It will be a rare occasion when a benefit conferring scheme is found to have an unconstitutional purpose. Cases involving positive rights are more likely to fall into the remedial classifications of reading down/reading in or striking down and suspending the operation of the declaration of invalidity than to mandate an immediate striking down. Indeed, if the benefit which is being conferred is itself constitutionally guaranteed (for example, the right to vote), reading in may be mandatory. For a court to deprive persons of a constitutionally guaranteed right by striking down underinclusive legislation would be absurd. Certainly the intrusion into the legislative sphere of extending a constitutionally guaranteed benefit is warranted when the benefit was itself guaranteed by the legislature through constitutional amendment.

Other rights will be more in the nature of "negative" rights, which merely restrict the government. However, even in those cases, the rights may have certain positive aspects. For instance, the right to life, liberty and security of the person is in one sense a negative right, but the requirement that the government respect the "fundamental principles of justice" may provide a basis for characterizing s. 7 as a positive right in some circumstances. Similarly, the equality right is a hybrid of sorts since it is neither purely positive nor purely negative. In some contexts it will be proper to characterize s. 15 as providing positive rights.

The benefit with which we are concerned here is a monetary benefit for parents under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, not one which Parliament is constitutionally obliged to provide to the included group or the excluded group. What Par-

## IV. Les mesures correctives appropriées en l'espèce

A. La nature du droit en cause

En l'espèce, le droit violé est un droit positif: le droit au même bénéfice de la loi. De par leur nature, les droits positifs sont habituellement assortis de considérations spéciales dans le contexte des mesures correctives. On considérera rarement que l'objectif d'un régime de bénéfices est inconstitutionnel. La violation de droits positifs donnera plus probablement lieu aux mesures correctives de l'interprétation atténuée ou large, ou de l'annulation et de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité plutôt qu'à une annulation immédiate du texte législatif. En fait, si le bénéfice en question est garanti par la Constitution (par exemple, le droit de vote), il sera impératif de donner une interprétation large au texte en question. Il serait absurde pour un tribunal de priver une personne d'un droit que lui garantit la Constitution par l'annulation d'une loi qui est trop limitative. Certes, un tribunal est justifié d'empiéter sur le domaine législatif de l'élargissement d'un bénéfice garanti par la Constitution dans le cas où ce bénéfice a été lui-même garanti par le législateur par suite d'une modification constitutionnelle.

D'autres droits seront davantage de la nature de droits «négatifs», visant simplement à restreindre l'action gouvernementale. Toutefois, même dans ces cas, les droits peuvent avoir certains aspects positifs. Par exemple, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne constitue en un sens un droit négatif, mais l'exigence voulant que le gouvernement respecte «les principes de justice fondamentale» peut permettre de qualifier l'art. 7 de droit positif dans certaines circonstances. De même, le droit à l'égalité est une sorte de droit hybride, n'étant ni tout à fait positif ni tout à fait négatif. Dans certains contextes, il conviendra de dire que l'art. 15 confère des droits positifs.

En l'espèce, le bénéfice est une somme d'argent versée aux parents en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et il ne s'agit pas d'un bénéfice que la Constitution oblige le Parlement à verser au groupe inclus ou au groupe exclu. À la suite

liament is obliged to do, by virtue of the conceded s. 15 violation, is equalize the provision of that benefit. The benefit itself is not constitutionally prohibited; it is simply underinclusive. Thus striking down the provision immediately would be inappropriate as such a course of action would deprive eligible persons of a benefit without providing any relief to the respondent. Such a situation demands, at the very least, that the operation of any declaration of invalidity be suspended to allow Parliament time to bring the provision into line with constitutional requirements. All of the intervening provincial Attorneys General agreed with this proposition, although, for the most part, they intervened on behalf of the appellants. The question which remains is whether this is a case in which it is appropriate to go further and read the excluded group into the legislation. This question must be answered with reference to the specific legislation under consideration.

B. The Context of the *Unemployment Insurance Act, 1971*

It is not difficult to discern the legislative objective of this scheme as a whole. The following overall objective emerges from Justice La Forest's judgment concerning the same legislative scheme in *Tétreault-Gadoury*, *supra*, at p. 41:

... 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.

It is, however, not as simple to discern the objective of the particular provision. It is not clear on the text of the provision alone that the purpose of it is to extend benefits to parents of newborns caring for them at home, a purpose which reading in the excluded group would further. Indeed, on the express language of the provision, one could quickly conclude that the benefits were only intended to be conferred on adoptive parents and that natural parents were deliberately excluded. One could postulate that the provision was specifically aimed at responding to circumstances peculiar to adoptive parents. Certainly this possibility

de la violation concédée de l'art. 15, le Parlement est tenu d'égaliser la prestation de ce bénéficiaire. Le bénéficiaire en soi n'est pas interdit par la Constitution; la disposition pertinente est simplement trop limitative. En conséquence, il serait inapproprié de procéder à l'annulation immédiate de la disposition car on priverait ainsi des personnes admissibles d'un bénéficiaire, sans offrir une réparation à l'intéressé. Dans un tel cas, il faut tout au moins que l'effet de la déclaration d'invalidité soit suspendu pour permettre au Parlement d'harmoniser la disposition avec les exigences constitutionnelles. Tous les procureurs généraux intervenants sont d'accord avec cette proposition même si la plupart d'entre eux sont intervenus en faveur des appelantes. Il reste maintenant à déterminer s'il s'agit d'un cas où il faut donner à la disposition une interprétation large afin d'y inclure le groupe exclu. Pour répondre à cette question, on doit examiner le texte législatif en question.

B. Le contexte de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*

Il n'est pas difficile d'établir l'objectif législatif de ce régime. Cet objectif global se dégage du jugement du juge La Forest dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, à la p. 41:

... 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.

Toutefois, il n'est pas aussi simple de dégager l'objectif de la disposition attaquée. Le libellé de la disposition n'indique pas clairement que l'objectif est d'étendre les prestations aux parents de nouveau-nés qui demeurent à la maison pour s'en occuper; donner à cette disposition une interprétation large de manière à englober le groupe exclu favoriserait l'atteinte de cet objectif. En fait, à partir du libellé de la disposition, on pourrait rapidement conclure que l'on avait seulement l'intention d'accorder des prestations aux parents adoptifs et que l'on a délibérément exclu les parents naturels. On pourrait supposer que la disposition vise

cannot be ruled out on the basis of the text of the provision alone, and we have not been provided with the further assistance of a s. 1 argument here or in the courts below.

Without a mandate based on a clear legislative objective, it would be imprudent for me to take the course of reading the excluded group into the legislation. A consideration of the budgetary implications of such a course of action further underlines this conclusion. This is not a situation comparable to that in *Tétreault-Gadoury*, *supra*. There, the budgetary implications of severing the provision in question were not extensive. The group of people not previously entitled to benefit by the scheme who would become eligible was a small, discrete group. Here, the excluded group sought to be included likely vastly outnumbers the group to whom the benefits were already extended.

Given the nature of the benefit and the size of the group to whom it is sought to be extended, to read in natural parents would in these circumstances constitute a substantial intrusion into the legislative domain. This intrusion would be substantial enough to change potentially the nature of the scheme as a whole. If this Court were to dictate that the same benefits conferred on adoptive parents under s. 32 be extended to natural parents, the ensuing financial shake-up could mean that other benefits to other disadvantaged groups would have to be done away with to pay for the extension. Parliament and the provincial legislatures are much better equipped to assess the whole picture in formulating solutions in cases such as these. Clearly, the appropriate action for the Court to take is to declare the provision invalid but to suspend that declaration to allow the legislative body in ques-

expressément à répondre à la situation particulière des parents adoptifs. Cette hypothèse ne peut certainement pas être écartée sur le seul fondement du libellé de la disposition; en outre, ni notre Cour ni les tribunaux d'instance inférieure n'ont eu l'avantage additionnel d'examiner des éléments de preuve à l'appui d'une analyse fondée sur l'article premier.

En l'absence d'un mandat fondé sur un objectif législatif clair, il serait imprudent pour moi de donner à la disposition une interprétation large de manière à inclure le groupe exclu. Un examen des répercussions financières qui s'ensuivraient vient aussi appuyer cette conclusion. Il ne s'agit pas d'une situation comparable à celle observée dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité. Dans cette affaire, les répercussions financières du retranchement de la disposition n'étaient pas importantes. En effet, les personnes inadmissibles qui devenaient admissibles constituaient un groupe restreint. En l'espèce, le groupe exclu dont on cherche l'inclusion est vraisemblablement beaucoup plus important que celui à qui sont déjà versées les prestations.

Compte tenu de la nature de la prestation et de la taille du groupe visé par la réparation, introduire par interprétation large les parents naturels dans la disposition constituerait dans les circonstances un empiètement important sur le domaine législatif. Cet empiètement serait peut-être suffisamment important pour modifier la nature de l'ensemble du régime. Si notre Cour devait imposer le versement aux parents naturels des mêmes prestations que celles accordées aux parents adoptifs en vertu de l'art. 32, la grande restructuration financière requise à cette fin entraînerait peut-être l'élimination du paiement d'autres prestations à d'autres groupes défavorisés. Les législateurs fédéral et provinciaux sont en bien meilleure position pour évaluer l'ensemble de la situation lorsqu'ils doivent élaborer des solutions dans des cas comme celui-ci. De toute évidence, notre Cour doit déclarer la disposition inopérante et suspendre l'effet de cette déclaration jusqu'à ce que le législateur concerné ait soupesé tous les facteurs pertinents dans

tion to weigh all the relevant factors in amending the legislation to meet constitutional requirements.

I think it significant and worthy of mention that in this case Parliament did amend the impugned provision following the launching of this action, and that that amendment was not the one that reading in would have imposed. Parliament equalized the benefits given to adoptive parents and natural parents but not on the same terms as they were originally conferred by s. 32. The two groups now receive equal benefits for ten weeks rather than the original fifteen. This situation provides a valuable illustration of the dangers associated with reading in when legislative intention with respect to budgetary issues is not clear. In this case, reading in would not necessarily further the legislative objective and it would definitely interfere with budgetary decisions in that it would mandate the expenditure of a greater sum of money than Parliament is willing or able to allocate to the program in question.

### The Constitutional Questions

Following from the above analysis, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is the Federal Court Trial Division, having found that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (subsequently s. 20 of the *Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1*) creates unequal benefit contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, by making a distinction between the benefits available to natural and adoptive parents, required by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* to declare that s. 32 is of no force and effect?

The answer to question one is, in the present circumstances, yes, leaving open the option of suspending the declaration of invalidity for a period of time to allow Parliament to amend the legislation in a way which meets its constitutional obligations. This is not to say that s. 52 does not provide the flexibility to stop short of striking out an unconstitutional provision in its entirety. Given the

le cadre de la modification de la loi en vue de répondre aux exigences constitutionnelles.

À mon avis, il vaut la peine de signaler qu'en l'espèce le Parlement a modifié la disposition attaquée par suite de la présente action et que cette modification n'est pas celle qu'aurait imposée une interprétation large. Le Parlement a accordé les mêmes prestations aux parents adoptifs et aux parents naturels, mais pas aux mêmes conditions que celles que prévoyait initialement l'art. 32. Les deux groupes reçoivent maintenant les mêmes prestations pendant dix semaines au lieu de quinze. Cette situation constitue une illustration utile des risques de l'interprétation large dans les cas où l'intention législative n'est pas claire relativement aux questions financières. En l'espèce, donner une interprétation large à la disposition ne favoriserait pas nécessairement l'atteinte de l'objectif législatif et empiéterait manifestement sur les décisions financières puisqu'on forcerait ainsi le Parlement à affecter au programme plus de fonds qu'il ne le souhaite ou qu'il est en mesure d'affecter.

### Les questions constitutionnelles

Compte tenu de l'analyse qui précède, je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Puisqu'elle a conclu que l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* (par la suite l'art. 20 de la *Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1*) crée un bénéfice inégal contrairement au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il établit une distinction entre les prestations que peuvent toucher les parents naturels et les parents adoptifs, la Section de première instance de la Cour fédérale est-elle tenue par le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* de déclarer que l'art. 32 est inopérant?

La réponse à la première question est, dans les circonstances, affirmative, mais l'effet de cette déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. Cela ne signifie pas que l'art. 52 n'a pas la souplesse requise pour offrir une mesure corrective



appropriate circumstances, a court may choose the options of severance or reading in by which to bring the provision in line with the *Charter*. These options should be exercised only in the clearest of cases, keeping in mind the principles articulated above relating to the nature of the right and the specific context of the legislation.

2. Does s. 24(1) of the *Charter* confer on the Federal Court Trial Division the power to order that natural parents are entitled to benefits on the same terms as benefits are available to adoptive parents under s. 32 (subsequently s. 20) of that Act?

The answer to question two is no. Section 24(1) provides an individual remedy for actions taken under a law which violate an individual's *Charter* rights. Again, however, a limited power to extend legislation is available to courts in appropriate circumstances by way of the power to read in derived from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

### Disposition

In the result, the appeal is allowed and the judgment of the trial judge set aside. Normally, I would order that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (subsequently s. 20 of the *Unemployment Insurance Act, 1985*) be struck down pursuant to s. 52 and be declared to be of no force or effect, and I would further suspend the operation of this declaration to allow Parliament to amend the legislation to bring it into line with its constitutional obligations. There is, however, no need for a declaration of invalidity or a suspension thereof at this stage of this matter given the November 1990 repeal and replacement of the impugned provision.

Further, this is not a case in which extending a remedy, for example damages, under s. 24(1) to the respondent would be appropriate. The classic doctrine of damages is that the plaintiff is to be put in the position he or she would have occupied had there been no wrong. In the present case, there are two possible positions the plaintiff could have

autre que l'annulation d'une disposition inconstitutionnelle dans sa totalité. Dans les circonstances appropriées, un tribunal peut opter pour la dissociation ou une interprétation large de façon à harmoniser la disposition avec la *Charte*. On ne devrait exercer cette option que dans les cas les plus clairs, compte tenu des principes énoncés ci-dessus relativement à la nature du droit et au contexte spécifique de la loi.

2. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* donne-t-il à la Section de première instance de la Cour fédérale le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations, suivant les mêmes conditions, que celles que peuvent toucher les parents adoptifs en vertu de l'art. 32 (par la suite l'art. 20) de la Loi?

Il faut répondre à cette question par la négative. Le paragraphe 24(1) prévoit une réparation individuelle lorsque des mesures prises en vertu d'une loi violent les droits garantis à une personne par la *Charte*. Toutefois, dans les circonstances appropriées, les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application.

### Dispositif

En définitive, le pourvoi est accueilli et le jugement du juge de première instance est infirmé. Normalement, j'ordonnerais que l'art. 32 de la *Loi de 1971 de l'assurance-chômage* (par la suite l'art. 20 de la *Loi sur l'assurance-chômage*) soit annulé conformément à l'art. 52 et soit déclaré inopérant et je suspendrais aussi l'effet de cette déclaration d'invalidité jusqu'à ce que le Parlement ait modifié la loi pour l'harmoniser avec ses obligations constitutionnelles. Toutefois, je n'ai pas à le faire en l'espèce puisque la disposition attaquée a été abrogée et remplacée en novembre 1990.

Par ailleurs, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où il serait approprié d'accorder une réparation à l'intimé, par exemple des dommages-intérêts, en vertu du par. 24(1). La doctrine classique en matière de dommages-intérêts est que le plaignant doit être mis dans la situation où il aurait été s'il n'y avait pas eu faute. En l'espèce, le plaignant

been in had there been no wrong. The plaintiff could have received the benefit equally with the original beneficiaries, or there could have been no benefit at all, for the plaintiff or the original beneficiaries. The remedial choice under s. 24 thus rests on an assumption about which position the plaintiff would have been in. However, I have already determined which assumption should be made in the analysis under s. 52, and have determined that it cannot be assumed that the legislature would have enacted the benefit to include the plaintiff. Therefore, the plaintiff is in no worse position now than had there been no wrong.

Despite the fact that the respondent has lost in this Court, I do not feel it appropriate that he should bear the costs. He did win with respect to the s. 15 issue at trial and the subsequent litigation has, upon the concession of the appellants, centred only on choice of remedy. According to this concession, the respondent by his claim brought a deficiency to the attention of Parliament which has since been remedied by the repeal and replacement of the impugned provision. He should not be penalized now because of a dispute solely with respect to remedy. I therefore award the respondent his solicitor-client costs.

The reasons of *La Forest* and *L'Heureux-Dubé JJ.* were delivered by

LA FOREST J.—I have had the benefit of reading the reasons of the Chief Justice and I agree with his proposed disposition and answers to the constitutional questions. I take this approach on the simple basis that the legislation concerned concededly violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that it does not fall within the very narrow type of cases where only a portion of the legislation may be read down or corrected by reading in material as being obviously intended by the legislature in any event. As the Chief Justice points out, there is a long tradition of reading down legisla-

aurait pu se trouver dans deux situations différentes: il aurait pu recevoir les prestations au même titre que les bénéficiaires initiaux ou encore ne pas en recevoir du tout, si les prestations n'avaient été offertes ni au plaignant ni aux bénéficiaires initiaux. Le choix de la réparation en vertu de l'art. 24 repose en conséquence sur une hypothèse quant à la situation dans laquelle se serait trouvé le plaignant. Toutefois, j'ai déjà déterminé quelle est l'hypothèse qui doit être faite dans le cadre d'une analyse en vertu de l'art. 52 et j'ai établi que l'on ne peut supposer que le législateur aurait adopté le bénéfice de façon à inclure le plaignant. En conséquence, le plaignant ne se trouve pas maintenant dans une situation pire que celle dans laquelle il se serait trouvé s'il n'y avait pas eu faute.

Bien que l'intimé n'ait pas eu gain de cause devant notre Cour, je n'estime pas approprié de le condamner aux dépens. Il a eu gain de cause relativement à la question fondée sur l'art. 15 en première instance; l'autre poursuite a porté seulement sur le choix de la réparation, à la suite de la concession faite par les appelantes. Compte tenu de cette concession, l'intimé a attiré l'attention du Parlement sur une lacune de la loi à laquelle il a été remédié par l'abrogation et le remplacement de la disposition attaquée. Il ne devrait pas être pénalisé parce que le différend a porté seulement sur la question de la réparation. En conséquence, l'intimé a droit à ses dépens comme entre procureur et client.

Version française des motifs des juges *La Forest* et *L'Heureux-Dubé* rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et je suis d'accord avec le dispositif qu'il propose et avec ses réponses aux questions constitutionnelles. Ma position repose sur le simple fait que l'on a concédé que la loi en cause viole la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle ne fait pas partie du genre très limité de causes où seule une partie de la loi peut faire l'objet d'une interprétation atténuée ou d'une correction qui introduit, par interprétation large, des éléments reflétant de toute façon l'intention évidente du législateur. Comme le souligne le Juge

tion, and I see no reason, where it substantially amounts to the same thing, why reading in should not also be done. I note that the Chief Justice states, and I agree, that these devices should only be employed in the clearest of cases. The courts are not in the business of rewriting legislation. I also agree that there is little point in light of Parliament's subsequent action to declare the impugned legislation invalid and then suspend that declaration.

That is sufficient to dispose of the case, and I find it unnecessary to elaborate further. In limiting my reasons in this way, however, I would not wish it to be thought that I fundamentally disagree with what the Chief Justice has to say regarding the means for assessing when the techniques of reading down or reading in should be adopted. Indeed, I find his reasons very helpful in this regard. Rather I take this narrow approach because the unsatisfactory manner in which this case has been presented to us makes it necessary to respond to the issues in the abstract, which leads to the risk of misleading or insufficiently qualified pronouncements.

To begin with, I am by no means sure there was a violation of the *Charter* in this case. At first sight (and the Chief Justice alludes to this) it does not seem wholly unreasonable that Parliament might have good reason to encourage adoptive parents as a group, and the effect of the judicial intervention has been to divert from that group some of the monies intended to meet the problem Parliament may have had in contemplation. This Court has repeatedly stated that Parliament may constitutionally attack one problem, or part of a problem, at a time. But the manner in which the case was presented requires us to assume constitutional invalidity in the absence of any evidence as to context, which I would have thought was essential to a consideration of the extent of inconsistency with the *Charter*.

en chef, l'interprétation atténuée des lois est riche d'une longue tradition et, à mon avis, l'interprétation large devrait également être appliquée lorsque cela revient essentiellement au même. Je remarque que le Juge en chef mentionne, et je partage son opinion, qu'on ne devrait utiliser ces techniques que dans les cas les plus clairs. Il n'appartient pas aux tribunaux de récrire la loi. Je conviens également qu'il n'est guère opportun, compte tenu de la mesure prise subséquemment par le Parlement, de déclarer inopérante la disposition attaquée et de suspendre l'effet de cette déclaration.

Il n'en faut pas plus pour résoudre l'affaire, et il est inutile de commenter davantage. Il ne faudrait toutefois pas croire que, en limitant ainsi mes motifs, je suis fondamentalement en désaccord avec l'opinion exprimée par le Juge en chef sur les moyens permettant de déterminer les cas où il convient d'appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large. En fait, ses motifs me sont d'une aide précieuse à cet égard. J'adopte plutôt cette démarche restrictive parce que la manière peu satisfaisante dont nous avons été saisis de cette affaire nous oblige à répondre aux questions dans l'abstrait, ce qui entraîne le risque de rendre des décisions trompeuses ou insuffisamment assorties de réserves.

Tout d'abord, je ne suis pas du tout certain qu'en l'espèce la *Charte* ait été violée. À première vue (et le Juge en chef y fait allusion), il ne semble pas tout à fait déraisonnable de croire que le Parlement ait pu avoir d'excellentes raisons d'encourager les parents adoptifs en tant que groupe; l'intervention judiciaire a eu pour effet de priver ce groupe d'une partie des fonds destinés à répondre au problème que le Parlement avait probablement en vue. Notre Cour a, à maintes reprises, mentionné que le Parlement peut, à un moment, s'attaquer par voie constitutionnelle à un problème ou à une partie de celui-ci. Mais la façon dont l'affaire nous a été soumise nous oblige à présumer du caractère inconstitutionnel en l'absence d'éléments de preuve sur le contexte qui, à mon avis, sont essentiels à l'étude de l'étendue de l'incompatibilité avec la *Charte*.

Ordinarily, a case is dealt with in light of facts that define the scope of the Court's pronouncement. Here we are forced to deal with the tests for reading down or reading in in a manner that may give the impression that they are of universal application. But it must be underlined that the case is one involving a scheme of social assistance which may dictate a quite different approach from that which one would follow in other areas. Thus this Court has repeatedly stated in cases like *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, for example, that it was not the business of the courts to invent schemes that had the effect of increasing police powers (at pp. 56-57). The rationale for this was not so much the complexity of possible schemes (as the Chief Justice appears to suggest at one stage), but rather that this could distract the courts from their fundamental duty under the *Charter* to protect the rights guaranteed to the individual.

The simple fact is, as I noted before, that it is for Parliament and the legislatures to make laws. It is the duty of the courts to see that those laws conform to constitutional norms and declare them invalid if they do not. This imposes pressure on legislative bodies to stay within the confines of their constitutional powers from the outset. Reliance should not be placed on the courts to repair invalid laws. In social assistance schemes, there is perhaps more room (and certainly more temptation) for judicial intervention, in cases like *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, for example, where the remedy is obvious and Parliament would clearly enact it rather than have the whole scheme fail. But when one is dealing with laws that impinge on the liberty of the subject, the judicial stance should be one that does not encourage the legislature to overreach, and the courts should be slow indeed to provide a corrective.

Normalement, on étudie une affaire en tenant compte des faits qui délimitent la portée d'une décision de la Cour. En l'espèce, nous sommes contraints d'aborder les critères relatifs à l'interprétation atténuée ou à l'interprétation large d'une façon qui risque de donner l'impression qu'ils sont d'application universelle. Il faut toutefois souligner que l'affaire met en cause un régime d'aide sociale qui peut prescrire une méthode très différente de celle qu'on adopterait dans d'autres domaines. Ainsi, notre Cour a maintes fois énoncé dans ses arrêts, par exemple dans *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'inventer des régimes ayant pour effet d'augmenter les pouvoirs de la police (aux pp. 56 et 57). Cette opinion s'explique non pas tant par la complexité des régimes possibles (comme le Juge en chef semble le laisser entendre à un certain moment), mais par le risque de détourner les tribunaux de leur devoir fondamental, aux termes de la *Charte*, de protéger les droits garantis aux particuliers.

Comme je l'ai remarqué précédemment, le fait est que le pouvoir législatif appartient au Parlement et aux législatures. Les tribunaux ont le devoir de veiller à ce que les lois répondent aux normes constitutionnelles et de les déclarer inopérantes dans le cas contraire. Ils exercent ainsi une pression sur les corps législatifs qui doivent, dès le départ, s'en tenir aux limites de leurs pouvoirs constitutionnels. On ne devrait pas s'en remettre aux tribunaux pour corriger des lois invalides. Les régimes d'aide sociale ouvrent peut-être plus grande la porte à l'intervention judiciaire (et la rendent certainement plus tentante). Dans l'affaire *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, par exemple, le Parlement adopterait sûrement la réparation, qui est évidente, plutôt que de voir disparaître le régime entier. Mais lorsqu'il s'agit de lois qui empiètent sur la liberté de la personne, les tribunaux devraient adopter une position dissuadant les législateurs d'adopter des dispositions ayant une portée trop large et devraient se montrer peu empressés à apporter une mesure corrective.

I have added these comments to underline that there are further dimensions (and I have mentioned only a few) to the issue of reading in and reading down that will require qualifications to the propositions set down by the Chief Justice. I note that he has wisely indicated that these propositions are intended as guidelines to assist the courts and not as hard and fast rules to be applied regardless of factual context.

Where I am most doubtful about the Chief Justice's reasons is in closely tying the process of reading down or reading in with the checklist set forth in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Though this may be useful at times, it may, I fear, encourage a mechanistic approach to the process, rather than encourage examination of more fundamental issues, such as those to which I have referred above, issues that go well beyond the factual context.

*Appeal allowed, with costs to the respondent. The first constitutional question should be answered in the affirmative, leaving open the option of suspending the declaration of invalidity for a period of time to allow Parliament to amend the legislation in a way which meets its constitutional obligations. The second constitutional question should be answered in the negative. Section 24(1) of the Charter provides an individual remedy for actions taken under a law which violate an individual's Charter rights. A limited power to extend legislation is available to courts in appropriate circumstances by way of the power to read in derived from s. 52 of the Constitution Act, 1982.*

*Solicitor for the appellants: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent Shalom Schachter: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

J'ai ajouté ces commentaires afin de souligner que la question de l'interprétation large et de l'interprétation atténuée comporte d'autres dimensions (je n'en ai mentionné que quelques-unes) en raison desquelles il faudra apporter des réserves aux propositions énoncées par le Juge en chef. Je remarque qu'il a sagement indiqué que ces propositions ne sont que des lignes directrices destinées à aider les tribunaux et qu'elles ne se veulent pas des règles rigides qui doivent être appliquées indépendamment des faits.

J'éprouve le plus de doutes relativement aux motifs du Juge en chef lorsqu'il lie étroitement l'application de l'interprétation atténuée ou de l'interprétation large à la liste établie dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Bien que cette méthode puisse être utile à l'occasion, je crains qu'elle ne favorise une attitude mécaniste face au processus, plutôt que l'étude de questions plus fondamentales, comme celles que j'ai mentionnées précédemment, et qui se situent bien au-delà des faits.

*Pourvoi accueilli avec dépens à l'intimé. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, mais l'effet de cette déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. La seconde question constitutionnelle reçoit une réponse négative. Le paragraphe 24(1) de la Charte prévoit une réparation individuelle lorsque des mesures prises en vertu d'une loi violent les droits garantis à une personne par la Charte. Dans les circonstances appropriées, les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application.*

*Procureur des appelantes: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé Shalom Schachter: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Women's Legal Education and Action Fund: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.*

*Solicitors for the intervener Minority Advocacy Rights Council: Cogan & Cogan, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil de revendication des droits des minorités: Cogan & Cogan, Ottawa.*

**Ernst Zundel** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Civil Liberties Association, the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada and the Canadian Jewish Congress** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. ZUNDEL

File No.: 21811.

1991: December 10: 1992: August 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Spreading false news — Criminal Code prohibiting wilful publication of false statement or news that person knows is false and that is likely to cause injury or mischief to a public interest (s. 181) — Whether s. 181 of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 181 justifiable under s. 1 of Charter — Vagueness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 181.*

*Criminal law — Spreading false news — Freedom of expression — Criminal Code prohibiting wilful publication of false statement or news that person knows is false and that is likely to cause injury or mischief to a public interest (s. 181) — Whether s. 181 of Code infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 181 upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 181.*

**Ernst Zundel** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba, l'Association canadienne des libertés civiles, la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada et le Congrès juif canadien** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. ZUNDEL

<sup>d</sup> N° du greffe: 21811.

1991: 10 décembre: 1992: 27 août.

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

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Drôit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publication de fausses nouvelles — Le Code criminel interdit la publication volontaire de fausses déclarations ou nouvelles que l'auteur sait fausses et qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public (art. 181) — L'article 181 du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'art. 181 peut-il être justifié en vertu de l'article premier de la Charte? — Imprécision — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 181.*

*Code criminel — Publication de fausses nouvelles — Liberté d'expression — Le Code criminel interdit la publication volontaire de fausses déclarations ou nouvelles que l'auteur sait fausses et qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public (art. 181) — L'article 181 du Code viole-t-il la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite que l'art. 181 impose à l'art. 2b) peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 181.*

The accused was charged with spreading false news contrary to s. 181 of the *Criminal Code*, which provides that "[e]very one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment . . .". The charge arose out of the accused's publication of a pamphlet entitled *Did Six Million Really Die?* The accused had added a preface and afterword to an original document, which had previously been published by others in the United States and England. The pamphlet, part of a genre of literature known as "revisionist history", suggests, *inter alia*, that it has not been established that six million Jews were killed before and during World War II and that the Holocaust was a myth perpetrated by a worldwide Jewish conspiracy. The accused was convicted after a lengthy trial. On appeal, his conviction was upheld on constitutional grounds but struck down for errors in admitting evidence and in the charge to the jury. The matter was sent back for a new trial. The accused was again convicted and his conviction was affirmed by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether s. 181 of the *Code* infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether s. 181 is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

*Held* (Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be allowed. Section 181 of the *Criminal Code* is unconstitutional.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.: Section 181 of the *Code* infringes the guarantee of freedom of expression. Section 2(b) of the *Charter* protects the right of a minority to express its view, however unpopular it may be. All communications which convey or attempt to convey meaning are protected by s. 2(b), unless the physical form by which the communication is made (for example, a violent act) excludes protection. The content of the communication is irrelevant. The purpose of the guarantee is to permit free expression to the end of promoting truth, political or social participation, and self-fulfilment. That purpose extends to the protection of minority beliefs which the majority regards as wrong or false. Section 181, which may subject a person to criminal conviction and potential imprisonment because of words he published, has undeniably the effect of restricting freedom of expression and, therefore, imposes a limit on s. 2(b).

L'accusé a été inculpé d'avoir publié des fausses nouvelles en contravention de l'art. 181 du *Code criminel*, qui dispose qu'«[e]st coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement [. . .] quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public». L'accusation découle de la publication par l'accusé d'une brochure intitulée *Did Six Million Really Die?* L'accusé avait ajouté une préface et une postface à un document original qui avait déjà été publié par d'autres aux États-Unis et en Angleterre. La brochure, qui fait partie de la littérature appelée «histoire révisionniste», laisse entendre notamment qu'il n'a pas été prouvé que six millions de juifs ont été tués avant et durant la Seconde Guerre mondiale et que l'Holocauste est un mythe résultant d'un complot juif mondial. L'accusé a été reconnu coupable après un long procès. La Cour d'appel a confirmé le verdict de culpabilité en ce qui concerne les motifs d'ordre constitutionnel mais l'a annulé en raison d'erreurs qui s'étaient glissées dans l'admission de la preuve et dans les directives données aux jurés. L'affaire a été renvoyée à un nouveau procès. L'accusé a, encore une fois, été déclaré coupable et la Cour d'appel a confirmé sa déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si l'art. 181 du *Code* viole la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si l'art. 181 peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

*Arrêt* (les juges Gonthier, Cory et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est accueilli. L'article 181 du *Code criminel* est inconstitutionnel.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin: L'article 181 du *Code* viole la liberté d'expression. L'alinéa 2b) de la *Charte* protège le droit de la minorité d'exprimer son opinion, quelque impopulaire qu'elle puisse être. Toutes les communications qui transmettent ou tentent de transmettre un message sont protégées par l'al. 2b), à moins que la forme physique sous laquelle se fait la communication (par exemple, un acte de violence) n'exclue la protection. La teneur de la communication n'a pas d'importance. La garantie vise à permettre la liberté d'expression dans le but de promouvoir la vérité, la participation politique ou sociale et l'accomplissement de soi. Cet objet s'étend à la protection des croyances minoritaires que la majorité des gens considèrent comme erronées ou fausses. L'article 181, qui peut exposer une personne à une condamnation criminelle et à l'emprisonnement à cause de mots qu'elle a publiés, a indéniablement pour effet de restreindre la liberté d'expression et impose par conséquent une limite à l'al. 2b).



Given the broad, purposive interpretation of the freedom of expression guaranteed by s. 2(b), those who deliberately publish falsehoods are not, for that reason alone, precluded from claiming the benefit of the constitutional guarantees of free speech. Before a person is denied the protection of s. 2(b), it must be certain that there can be no justification for offering protection. The criterion of falsity falls short of this certainty, given that false statements can sometimes have value and given the difficulty of conclusively determining total falsity.

Section 181 of the *Code*, unlike s. 319 at issue in *Keegstra*, is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. In determining the objective of a legislative measure for the purposes of s. 1, the Court must look at the intention of Parliament when the section was enacted or amended. It cannot assign objectives, nor invent new ones according to the perceived current utility of the impugned provision. Although the application and interpretation of objectives may vary over time, new and altogether different purposes should not be devised. Here, while s. 181 may be capable of serving legitimate purposes, Parliament has identified no social problem, much less one of pressing concern, justifying it. The provision originally focused on the prevention of deliberate slanderous statements against the nobles of the realm to preserve political harmony in the state. To suggest now that its objective is to combat hate propaganda or racism is to go beyond its history and its wording and to adopt the "shifting purpose" analysis this Court has rejected. Such an objective, moreover, hardly seems capable of being described as a "nuisance", the rubric under which Parliament has placed s. 181, nor as the offence's target of mere "mischief" to a public interest. Furthermore, if the simple identification of the (content-free) goal of protecting the public from harm could constitute a "pressing and substantial" objective, virtually any law would meet the first part of the onus imposed upon the Crown under s. 1. Justification under s. 1 requires more than the general goal of protection from harm common to all criminal legislation; it requires a specific purpose so pressing and substantial as to be capable of overriding the *Charter's* guarantees. The lack of any ostensible purpose justifying s. 181 led the Law Reform Commission of Canada to recommend repeal of the section, labelling it as "anachronistic". It is also significant that the Crown could point to no other free and democratic country with criminal legislation of this type. The fact that s. 181 has been rarely used despite its long history supports the view that it is hardly essential to the maintenance of a free and democratic society. The retention

Vu l'interprétation large et fondée sur l'objet de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b), ceux qui publient délibérément des faussetés ne peuvent pas être empêchés, pour cette seule raison, de se prévaloir des garanties constitutionnelles relatives à la liberté de parole. Avant qu'on puisse nier à une personne la protection de l'al. 2b), il faut être sûr que rien ne justifie qu'on lui offre une protection. Le critère de la fausseté ne permet pas d'atteindre cette certitude, vu qu'une fausse déclaration peut parfois avoir une certaine valeur et vu la difficulté de déterminer de façon concluante sa fausseté totale.

Contrairement à l'art. 319 en cause dans l'arrêt *Keegstra*, l'art. 181 du *Code* ne peut pas être justifié en vertu de l'article premier. Pour déterminer l'objectif d'une mesure législative aux fins de l'article premier, la Cour doit examiner quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption ou de la modification de l'article. Elle ne peut pas attribuer d'objectifs ni en inventer de nouveaux selon l'utilité, telle qu'elle est perçue actuellement, de la disposition contestée. Bien que l'application et l'interprétation des objets puissent varier avec le temps, on ne devrait pas inventer d'objets nouveaux et entièrement différents. En l'espèce, l'art. 181 peut servir des fins légitimes, mais le législateur n'a fait part d'aucun problème social, bien moins encore d'une préoccupation urgente, pour le justifier. La disposition était initialement axée sur la prévention des déclarations diffamatoires délibérées contre la noblesse du royaume pour préserver l'harmonie politique dans le pays. Si l'on prétend maintenant que son objet est de lutter contre la propagande haineuse ou le racisme, on va au-delà de son historique et de son libellé et on adopte l'analyse fondée sur l'«objet changeant», que notre Cour a rejetée. Il semble en outre que l'on puisse difficilement décrire un tel objectif comme une «nuisance», rubrique sous laquelle le législateur a placé l'art. 181, ni comme un simple «tort» à quelque intérêt public prévu par l'infraction. De plus, si la simple détermination du but (sans teneur) de protéger le public contre toute atteinte pouvait constituer un objet «urgent et réel», presque toute loi satisferait au premier volet de l'obligation imposée au ministère public en vertu de l'article premier. La justification en vertu de l'article premier exige plus que l'objectif général de la protection contre les préjudices commun à toutes les dispositions législatives de nature pénale; elle exige un but précis urgent et réel au point de pouvoir passer outre aux garanties offertes par la *Charte*. L'absence de tout objet manifeste en ce qui concerne l'art. 181 a amené la Commission de réforme du droit du Canada à recommander l'abrogation de l'article, en le qualifiant d'«anachronique». Il est également

of s. 181 is not necessary to fulfil any international obligation undertaken by Parliament. In the absence of an objective of sufficient importance to justify overriding the right of free expression, s. 181 cannot be upheld under s. 1 of the *Charter*. Other provisions, such as s. 319(2) of the *Code*, deal with hate propaganda more fairly and more effectively. Still other provisions seem to deal adequately with matters of sedition and state security.

Even if the Court were to attribute to s. 181 the objective of promoting racial and social tolerance and to conclude that such objective was so pressing and substantial as to be capable of overriding a fundamental freedom, s. 181 would still fail to meet the proportionality test which prevailed in *Keegstra*. First, assuming a rational link between s. 181 and the objective of social harmony, the section is too broad and more invasive than necessary to achieve that aim. The phrase "statement, tale or news", while it may not extend to the realm of true opinion, obviously encompasses a broad range of historical and social speech, going well beyond what is patent or provable to the senses as a matter of "pure fact". What is an assertion of fact, as opposed to an expression of opinion, is a question of great difficulty and the question of falsity of a statement is often a matter of debate. But the greatest danger of s. 181 lies in the undefined phrase "injury or mischief to a public interest", which is capable of almost infinite extension. To equate the words "public interest" with the protection and preservation of certain *Charter* rights or values, such as those in ss. 15 and 27, is to engage in an impermissible reading in of content foreign to the enactment. The range of expression potentially caught by the vague and broad wording of s. 181 extends to virtually all controversial statements of apparent fact which might be argued to be false and likely to do some mischief to some public interest, regardless of whether they promote the values underlying s. 2(b). Not only is s. 181 broad in contextual reach; it is particularly invasive because it chooses the most draconian of sanctions to effect its ends. There is thus a danger that s. 181 may have a chilling effect on minority groups or individuals, restraining them from saying what they would like for fear that they might be prosecuted. Second, when the objective of s. 181 is balanced against its potential invasive reach, the limitation of

révéléateur que le ministère public n'ait pu mentionner aucun autre pays libre et démocratique qui ait une disposition pénale de ce genre. Le fait que l'art. 181 ait rarement été utilisé malgré sa longue existence vient étayer l'opinion selon laquelle il n'est guère essentiel au maintien d'une société libre et démocratique. Le maintien de l'art. 181 n'est pas nécessaire pour que soit respectée toute obligation internationale assumée par le Parlement. Faute d'un objectif suffisamment important pour justifier une atteinte à la liberté d'expression, l'art. 181 ne peut être maintenu en vertu de l'article premier de la *Charte*. D'autres dispositions, telles que le par. 319(2) du *Code*, traitent plus équitablement et efficacement de la propagande haineuse. D'autres encore semblent traiter adéquatement des questions de sédition et de sécurité de l'État.

Même si la Cour devait attribuer à l'art. 181 l'objectif de promouvoir la tolérance sociale et raciale et conclure que l'objectif était urgent et réel au point de permettre de porter atteinte à une liberté fondamentale, encore là il ne respecterait pas le critère de proportionnalité qui a prévalu dans l'arrêt *Keegstra*. En premier lieu, en supposant qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif de promouvoir l'harmonie sociale et l'art. 181, celui-ci est trop vaste et plus envahissant que nécessaire pour atteindre cet objectif. L'expression «une déclaration, une histoire ou une nouvelle», bien qu'elle puisse ne pas s'étendre au domaine de l'opinion véritable, inclut manifestement un large éventail d'événements historiques et sociaux et va bien au-delà de ce qui est évident ou prouvable pour la raison en tant que «fait réel». Ce qui est une affirmation de fait, par opposition à une expression d'opinion, est une question très difficile, et la question de la fausseté d'une déclaration est souvent un sujet de controverse. Mais, le plus grand danger que présente l'art. 181 vient de la portée indéterminée de l'expression «une atteinte ou du tort à quelque intérêt public», qui peut s'étendre presque à l'infini. Faire correspondre l'expression «intérêt public» à la protection et à la préservation de certains droits ou certaines valeurs de la *Charte*, comme ceux qui sont reconnus aux art. 15 et 27, résulte d'une interprétation large inadmissible de sa teneur qui ne tient pas compte de l'ensemble de la mesure législative. L'éventail des moyens d'expression que peut englober le libellé large et imprécis de l'art. 181 s'étend à pratiquement toutes les déclarations controversées de faits apparents qu'on pourrait considérer être fausses et de nature à causer du tort à quelque intérêt public, indépendamment du fait de savoir si elles favorisent les valeurs qui sous-tendent l'al. 2b). Non seulement l'art. 181 a une portée étendue, mais il est tout particulièrement envahissant, car il opte pour les

freedom of expression is disproportionate to the objective envisaged. The value of liberty of speech, one of the most fundamental freedoms protected by the *Charter*, needs no elaboration. By contrast, the objective of s. 181, in so far as an objective can be ascribed, falls short of constituting a countervailing interest of the most compelling nature. Further, s. 181 could support criminalization of expression only on the basis that the sanction was closely confined to situations of serious concern.

*Per Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. (dissenting):* The deliberate publication of statements known to be false, which convey meaning in a non-violent form, falls within the scope of s. 2(b) of the *Charter*. The sphere of expression protected by the section has been very broadly defined to encompass all content of expression irrespective of the particular meaning sought to be conveyed unless the expression is communicated in a physically violent form. Freedom of expression is so important to democracy in Canada that even those statements on the extreme periphery of the protected right must be brought within the protective ambit of s. 2(b). In enacting s. 181 of the *Code*, Parliament sought to restrict, not all lies, but only those that are wilfully published and that are likely to injure the public interest. Although the targeted expression is extremely limited, the provision does have as its purpose the restriction of free expression. Section 181, therefore, constitutes an infringement of s. 2(b).

Section 181 of the *Code* is sufficiently precise to constitute a limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*. The citizen knows that to be at risk under this section, he must wilfully publish a false statement knowing it to be false. Further, the publication of those statements must injure or be likely to injure the public interest. The fact that the term "public interest" is not defined by the legislation is of little significance. The courts play a significant role in the definition of words and phrases used in the *Code* and other enactments. The term "public interest", which is widely used in federal as well as provincial statutes, must be interpreted in light of the legislative history of the particular provision in which it appears and the legislative and social context in which it is used. In the context of s. 181, the term "public interest" should be confined to those rights rec-

sanctions les plus draconiennes pour réaliser ses fins. Il y a donc un danger que l'art. 181 puisse avoir un effet paralysant sur des groupes minoritaires ou des particuliers qui peuvent être empêchés de dire ce qu'ils veulent, de peur d'être poursuivis. En second lieu, lorsqu'on compare l'objet de l'art. 181 à sa portée potentiellement envahissante, la restriction de la liberté d'expression n'est pas proportionnée à l'objet envisagé. Nul n'est besoin de commenter plus à fond la valeur de la liberté de parole, l'une des libertés fondamentales protégées par la *Charte*. Par contre, l'objet de l'art. 181, dans la mesure où on peut lui en attribuer un, est loin de constituer un intérêt compensatoire de la nature la plus contraignante. De plus, on ne pourrait justifier la criminalisation de l'expression en vertu de l'art. 181 que si la sanction se limitait strictement à des situations graves.

*Les juges Gonthier, Cory et Iacobucci (dissidents):* La publication délibérée de déclarations que l'auteur sait être fausses et qui transmettent une signification sous une forme non violente relève de l'al. 2b) de la *Charte*. Le domaine de l'expression protégée par l'article a été très largement défini de façon à comprendre tout contenu d'expression sans tenir compte de la signification particulière que l'on cherche à transmettre, à moins que l'expression soit communiquée sous une forme physiquement violente. La liberté d'expression est si importante pour la démocratie au Canada qu'on doit faire entrer dans le champ d'application de l'al. 2b) même les déclarations à la limite extrême du droit protégé. Par l'adoption de l'art. 181 du *Code*, le législateur a visé à restreindre non pas tous les mensonges mais seulement ceux qui sont publiés volontairement et qui sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt public. Bien que l'expression cible soit extrêmement limitée, la disposition a effectivement pour objet de restreindre la liberté d'expression. L'article 181 viole donc l'al. 2b).

L'article 181 du *Code* est suffisamment précis pour constituer une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. Le citoyen sait que, pour s'exposer à un risque sous le régime de cet article, il doit publier volontairement une fausse déclaration qu'il sait être fausse. En outre, la publication de ces déclarations doit causer ou être de nature à causer une atteinte à l'intérêt public. Le fait que l'expression «intérêt public» ne soit pas définie par la loi importe peu. Les tribunaux jouent un rôle important dans la définition des mots et des expressions utilisés dans le *Code* et dans d'autres textes législatifs. L'expression «intérêt public» est souvent employée dans des lois tant fédérales que provinciales et on doit l'interpréter en tenant compte de l'évolution législative de la disposition particulière dans laquelle elle figure et des contextes législatif et social

ognized in the *Charter* as being fundamental to Canadian democracy. It need not be extended beyond that. As an example, the rights enacted in ss. 7, 15 and 27 of the *Charter* should be considered in defining a public interest. A "public interest" likely to be harmed as a result of contravention of s. 181 is the public interest in a free and democratic society that is subject to the rule of law. A free society is one built upon reasoned debate in which all its members are entitled to participate. As a fundamental document setting out essential features of our vision of democracy, the *Charter* provides us with indications as to which values go to the very core of our political structure. A democratic society capable of giving effect to the *Charter's* guarantees is one which strives toward creating a community committed to equality, liberty and human dignity. It is thus only if the deliberate false statements are likely to seriously injure the rights and freedoms set out in the *Charter* that s. 181 is infringed. This section, therefore, provides sufficient guidance as to the legal consequence of a given course of conduct and cannot be said to be too vague.

Section 181 of the *Code* is justifiable under s. 1 of the *Charter*. Parliament's objective of preventing the harm caused by the wilful publication of injurious lies is sufficiently pressing and substantial to justify a limited restriction on freedom of expression. The objective of s. 181 is evident from the clear wording of the provision which prohibits the publication of a statement that the accused knows is false and "that causes or is likely to cause injury". This specific objective in turn promotes the public interest in furthering racial, religious and social tolerance. There is a pressing and substantial need to protect groups identifiable under s. 15 of the *Charter*, and therefore society as a whole, from the serious harm that can result from such "expression". The work of numerous study groups has shown that racism is a current and present evil in our country. It is a cancerous growth that is still alive. Section 181, which provides protection, by criminal sanction, to all vulnerable minority groups and individuals against the harms caused by deliberate and injurious lies, still plays a useful and important role in encouraging racial and social tolerance, which is so essential to the successful functioning of a democratic and multicultural society. The focus of s. 181 is on manipulative and injurious false statements of fact disguised as authentic research. The international instruments against national, racial or

dans lesquels elle est utilisée. Dans le cadre de l'art. 181, l'expression «intérêt public» devrait se limiter aux droits que la *Charte* reconnaît comme fondamentaux pour la démocratie canadienne. Elle n'a pas à s'étendre au-delà. À titre d'exemple, pour définir un intérêt public, il faudrait prendre en considération les droits prévus aux art. 7, 15 et 27 de la *Charte*. Un «intérêt public» auquel une violation de l'art. 181 est susceptible de nuire est l'intérêt public d'une société libre et démocratique soumise à la primauté du droit. Une société libre est une société fondée sur des débats raisonnés auxquels tous les membres ont le droit de participer. En tant que document fondamental qui énonce des caractéristiques essentielles de notre vision de la démocratie, la *Charte* nous fournit des indications sur les valeurs qui vont au cœur même de notre structure politique. Une société démocratique capable de donner effet aux garanties accordées par la *Charte* s'efforce également de créer une collectivité qui s'engage à poursuivre l'égalité, la liberté et la dignité humaine. C'est donc seulement lorsque les déclarations fausses et délibérées sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits et libertés mentionnés dans la *Charte* qu'il y a violation de l'art. 181. Cet article constitue donc un guide suffisant quant aux conséquences juridiques d'un comportement donné et on ne peut donc pas dire qu'il est trop vague.

L'article 181 du *Code* peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objectif visé par le législateur, soit celui d'empêcher le préjudice qui résulte de la publication volontaire de mensonges blessants, est suffisamment urgent et réel pour justifier une restriction limitée de la liberté d'expression. L'objet de l'art. 181 ressort clairement de son texte, qui interdit la publication d'une déclaration que l'accusé sait fausse et «qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte». Cet objectif précis permet aussi de promouvoir l'intérêt public visant à favoriser la tolérance raciale, religieuse et sociale. Il existe un besoin urgent et réel de protéger les groupes identifiables selon l'art. 15 de la *Charte*, et donc la société dans son ensemble, du préjudice grave qui peut résulter d'une telle «expression». Les travaux de nombreux groupes d'étude révèlent que le racisme est un mal actuel dans notre pays. C'est un cancer bien vivant. L'article 181, qui accorde, au moyen d'une sanction pénale, une protection à tous les groupes minoritaires et à tous les particuliers vulnérables contre les préjudices causés par des mensonges délibérés et blessants, joue encore un rôle important et utile en favorisant la tolérance raciale et sociale qui est si essentielle au bon fonctionnement d'une société démocratique et multiculturelle. L'article 181 vise principalement les fausses déclarations de fait manipulatrices et blessantes dégui-

religious hatred signed by Canada, the various provisions similar to s. 181 found in other free and democratic countries, the tragedy of the Holocaust and Canada's commitment to the values of equality and multiculturalism in ss. 15 and 27 of the *Charter* emphasize the importance of s. 181's aim.

The purpose attributed to s. 181 is not new. The predecessors of s. 181 were always aimed at preventing the harm caused by false speech and thereby protecting the safety and security of the community. While initially the protection of the public interest from harm focused on the prevention of deliberate slanderous statements against the great nobles of the realm to preserve the security of the state, the purpose has evolved over the years to extend the protections from harm caused by false speech to vulnerable social groups and therefore to safeguard the public interest against social intolerance and public alarm. Thus, rather than creating a new and different purpose, the aim of the section has been maintained. The wording of s. 181, however, includes a permissible shift in emphasis with its test which is based on injury to the public interest. Looking back to the inclusion of the offence in the *Code*, and the last amendment to the section, one can reasonably conclude that there has been a shift in the values that inform the public interest. Since this shift has been incorporated into the language of the section itself, it is therefore permissible. The test of defining "injury . . . to a public interest" takes into account the changing values of Canadian society. Those values encompass multiculturalism and equality, precepts specifically included in the *Charter*.

Section 181 of the *Code* is an acceptably proportional response to Parliament's objective. First, there is a rational connection between the suppression of the publication of deliberate and injurious lies and Parliament's objective of protecting society from the harms caused by calculated falsehoods and thereby promoting the security and safety of the community. Where racial and social intolerance is fomented through the deliberate manipulation of people of good faith by unscrupulous fabrications, a limitation on the expression of such speech is rationally connected to its eradication.

sées en recherche authentique. Les textes internationaux, dont le Canada est signataire, proscrivant la haine fondée sur la nationalité, la race ou la religion, les différentes dispositions analogues à l'art. 181 que l'on retrouve dans d'autres pays libres et démocratiques, la tragédie de l'Holocauste et l'engagement du Canada envers les valeurs de l'égalité et du multiculturalisme énoncées aux art. 15 et 27 de la *Charte* sont autant d'éléments qui soulignent l'importance du but de l'art. 181.

L'objet prêté à l'art. 181 n'est pas nouveau. Les dispositions qui l'ont précédé ont toujours visé la prévention du préjudice causé par les faux discours et, partant, la protection de la sûreté et de la sécurité de la collectivité. Bien qu'à l'origine la protection contre les préjudices causés à l'intérêt public était axée sur la prévention des déclarations diffamatoires délibérées contre la haute noblesse du royaume afin de préserver la sécurité de l'État, au cours des ans le but a évolué de manière à étendre les protections contre un préjudice causé par les faux discours visant des groupes sociaux vulnérables et, par conséquent, à protéger l'intérêt public contre l'intolérance sociale et l'inquiétude publique. Ainsi, au lieu de créer un objet nouveau et différent, on a maintenu l'objet de l'article. Le libellé de l'art. 181 comprend toutefois un changement acceptable de l'accent mis dans la disposition avec son critère qui est fondé sur l'atteinte causée à l'intérêt public. Si l'on revient à l'inclusion de l'infraction dans le *Code* et à la dernière modification apportée à l'article, on peut raisonnablement conclure qu'il y a eu un changement dans les valeurs qui sous-tendent l'intérêt public en question. Comme ce changement a été incorporé dans le libellé de l'article même, il est donc acceptable. Le critère en vue de définir l'«atteinte [...] à quelque intérêt public» tient compte des valeurs changeantes de la société canadienne. Ces valeurs englobent le multiculturalisme et l'égalité, préceptes expressément prévus dans la *Charte*.

L'article 181 du *Code* est une mesure qui présente un degré acceptable de proportionnalité avec l'objectif du législateur. En premier lieu, la suppression de la publication de mensonges délibérés et blessants a un lien rationnel avec l'objet, visé par le législateur, qui est de protéger la société contre les préjudices découlant de faussetés préméditées et, partant, de promouvoir la sûreté et la sécurité de la collectivité. Lorsque l'intolérance raciale et sociale est fomentée par la manipulation délibérée de personnes de bonne foi au moyen d'inventions sans scrupule, la restriction de l'expression de pareils propos a un lien rationnel avec son élimination.

Second, s. 181 does not unduly infringe the right of freedom of expression. Under s. 181, the accused is not judged on the unpopularity of his beliefs. It is only where the deliberate publication of false facts is likely to seriously injure a public interest that the impugned section is invoked. Any uncertainty as to the nature of the speech inures to the benefit of the accused. The infrequent use of s. 181 can be attributed to the extremely onerous burden on the Crown to prove each element of the offence. The fact that the section is seldom used, however, should not militate against its usefulness. Further, s. 181 is not overly broad. An application of the appropriate criteria makes it possible to draw a coherent distinction between statements of opinion and assertions of fact. When applied to the pamphlet at issue in this case, these criteria indicate that statements couched as "revisionist history" may be taken to be allegations of fact rather than submissions of opinion. The jury, as instructed by the trial judge, was clearly capable of drawing that distinction. While it is true that no theory of history can be proved or disproved, the accused has not been convicted for misinterpreting factual material but for entirely and deliberately misrepresenting its contents, manipulating and fabricating basic facts in order to support his theories. Courts deal with the question of truth and falsity of statements on a daily basis. With reference to reliable historical documents, "historical facts" can also be shown to be true or false in the context of s. 181 — a section well suited to respond to the harm caused by vilification campaigns disguised as pseudo-science. Finally, the fact that Parliament has enacted hate propaganda legislation does not invalidate s. 181. The government may legitimately employ a variety of measures in order to achieve its objective. Human rights legislation may, in certain circumstances, be sufficient to deal with a particular problem in this area, but the strength of the criminal law is needed and reserved for the extreme cases, such as the case at hand, to send a clear message and to discourage and punish those who knowingly publish falsehoods that are likely to injure a public interest.

Third, the prohibition of the wilful publication of what are known to be deliberate lies is proportional to the importance of protecting the public interest in preventing the harms caused by false speech and

En deuxième lieu, l'art. 181 ne porte pas indûment atteinte au droit à la liberté d'expression. Sous le régime de l'art. 181, l'accusé n'est pas jugé sur le caractère impopulaire de ses croyances. Ce n'est que lorsque la publication délibérée de faits erronés est susceptible de porter gravement atteinte à un intérêt public que l'article contesté est invoqué. Toute incertitude quant à la nature du discours profite à l'accusé. On peut attribuer l'utilisation peu fréquente de l'art. 181 au fardeau extrêmement onéreux qui incombe au ministère public de démontrer chaque élément de l'infraction. Toutefois, le fait qu'il soit rarement utilisé ne devrait pas être invoqué à l'encontre de son utilité. En outre, la portée de l'art. 181 n'est pas trop large. L'application des critères appropriés permet d'établir une distinction cohérente entre les déclarations d'opinion et les affirmations de fait. Appliqués à la brochure en cause en l'espèce, ces critères indiquent que les déclarations qualifiées d'«histoire révisionniste» peuvent être interprétées comme des allégations de fait plutôt que comme l'expression d'une opinion. Compte tenu des directives que lui a données le juge du procès, le jury était manifestement apte à faire cette distinction. Il est certes vrai qu'aucune théorie historique ne peut être démontrée ou réfutée, mais l'accusé n'a pas été déclaré coupable parce qu'il a mal interprété des documents relatifs à des faits mais parce qu'il a entièrement et délibérément faussé leur contenu, manipulant et inventant des faits établis afin d'appuyer ses théories. Les tribunaux traitent tous les jours de la question de la véracité et de la fausseté de déclarations. Si l'on se réfère à des documents historiques fiables, la véracité ou la fausseté de «faits historiques» peut également être démontrée dans le contexte de l'art. 181, article bien adapté pour répondre au préjudice causé par des campagnes de diffamation déguisées en pseudo-science. Enfin, le fait que le législateur ait adopté des dispositions contre la propagande haineuse ne rend pas l'art. 181 invalide. Le gouvernement peut légitimement utiliser diverses mesures pour atteindre son objectif. Les dispositions législatives en matière de droits de la personne peuvent, dans certaines circonstances, être suffisantes pour traiter d'un problème particulier dans ce domaine, mais la force du droit pénal est nécessaire pour les cas extrêmes, comme l'espèce, et y est réservée, le tout dans le but d'envoyer un message clair et de décourager et punir ceux qui publient sciemment des faussetés susceptibles de porter atteinte à un intérêt public.

En troisième lieu, l'interdiction de la publication volontaire de ce que l'auteur sait être des mensonges délibérés est proportionnelle à l'importance de la protection de l'intérêt qu'a le public dans la prévention des

thereby promoting racial and social tolerance in a multicultural democracy. Section 181, at best, limits only that expression which is peripheral to the core values protected by s. 2(b) of the *Charter*. The falsehoods of the type caught by s. 181 serve only to hinder and detract from democratic debate. The section is narrowly defined in order to minimally impair s. 2(b). It also provides maximum protection for the accused.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Distinguished:** *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; **applied:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929); *R. v. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75; *R. v. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286.

By Cory and Iacobucci JJ. (dissenting)

*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osborne* (1732), 2 Swans. 532, 36 E.R. 717; *R. v. De Berenger* (1814), 3 M. & S. 67, 105 E.R. 536; *Gathercole's Case* (1838), 2 Lewin 237, 168 E.R. 1140; *Scott's Case* (1778), 5 New Newgate Calendar 284; *R. v. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226; *R. v. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75; *R. v. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Springer* (1975), 24 C.C.C. (2d) 56; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v.*

préjudices causés par les faux discours et, partant, dans la promotion de la tolérance raciale et sociale dans une démocratie multiculturelle. Tout au plus, l'art. 181 ne restreint que l'expression qui se trouve à la limite des valeurs fondamentales protégées par l'al. 2b) de la *Charte*. Le genre de faussetés visées par l'art. 181 ne sert qu'à faire obstacle et à porter atteinte au débat démocratique. Cet article est libellé de façon restreinte de manière à porter atteinte le moins possible à l'al. 2b). De plus, il assure une protection maximale à l'accusé.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; **arrêts appliqués:** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés:** *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *United States c. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929); *R. c. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75; *R. c. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286.

g Citée par les juges Cory et Iacobucci (dissidents)

*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osborne* (1732), 2 Swans. 532, 36 E.R. 717; *R. c. De Berenger* (1814), 3 M. & S. 67, 105 E.R. 536; *Gathercole's Case* (1838), 2 Lewin 237, 168 E.R. 1140; *Scott's Case* (1778), 5 New Newgate Calendar 284; *R. c. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226; *R. c. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75; *R. c. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Springer* (1975), 24 C.C.C. (2d) 56; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c.*

*Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ollman v. Evans*, 750 F.2d 970 (1984), *certiorari* denied, 471 U.S. 1127 (1985); *Johnson v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 160; *Kane v. Church of Jesus Christ Christian — Aryan Nations*, [1992] A.W.L.D. No. 302; *R. v. Zundel*, Ont. Prov. Ct., September 18, 1987; *R. v. Leese*, *London Times*, September 22, 1936, p. 11.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 7, 15, 27.  
*Criminal Code* (Denmark), ss. 140, 266(b).  
*Criminal Code* (Italy), art. 656.  
*Criminal Code* (West Germany), arts. 130, 131, 185, 194(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 136.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 177, 613(1)(b)(iii).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 140, 181, 319, 361 to 363, 400, 686(1)(b)(iii).  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 166.  
*Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 126.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 172, Arts. 20(2), 27.  
*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 660 U.N.T.S. 212, preamble, Art. 4.  
*Public Order Act*, 1936 (U.K.), 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6, c. 6.  
*Statute Law Revision Act*, 1887 (U.K.), 50 & 51 Vict., c. 59.

### Authors Cited

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1987.  
 Burbridge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1890.  
 Canada. House of Commons. Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society. *Equality Now!* Ottawa: Supplies and Services, 1984.  
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 50. *Hate Propaganda*. Ottawa: The Commission, 1986.

*Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422; *Garrison c. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ollman c. Evans*, 750 F.2d 970 (1984), *certiorari* refusé, 471 U.S. 1127 (1985); *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160; *Kane c. Church of Jesus Christ Christian — Aryan Nations*, [1992] A.W.L.D. No. 302; *R. c. Zundel*, C. prov. Ont., 18 septembre 1987; *R. c. Leese*, *London Times*, 22 septembre 1936, p. 11.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 7, 15, 27.  
*Code criminel* (Allemagne de l'Ouest), art. 130, 131, 185, 194(1).  
*Code criminel* (Danemark), art. 140, 266b).  
*Code criminel* (Italie), art. 656.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 140, 181, 319, 361 à 363, 400, 686(1)(b)(iii).  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 166.  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 136.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 177, 613(1)(b)(iii).  
*Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 126.  
*Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 660 R.T.N.U. 213, préambule, Art. 4.  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 187, Art. 20(2), 27.  
*Public Order Act*, 1936 (R.-U.), 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6, ch. 6.  
*Statute Law Revision Act*, 1887 (R.-U.), 50 & 51 Vict., c. 59.

h

### Doctrine citée

Association du Barreau canadien. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. Par Ken Norman, John D. McAlpine et Hymie Weinstein, 1984.  
 Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1987.  
 Burbridge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1890.  
 Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société cana-



- Canada. Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Book IV, *The Cultural Contribution of the Other Ethnic Groups*. Ottawa: Information Canada, 1970.
- Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
- Canadian Bar Association. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. By Ken Norman, John D. McAlpine and Hymie Weinstein, 1984.
- Carr, Edward Hallett. *What is History?* London: MacMillan & Co., 1961.
- Dawidowicz, Lucy S. "Lies About the Holocaust" (1980), 70:6 *Commentary* 31.
- Holdsworth, William, Sir. *A History of English Law*, vol. III, 5th ed. London: Methuen & Co., 1942.
- Kallen, Evelyn. "Multiculturalism, Minorities, and Motherhood: A Social Scientific Critique of Section 27". In *Multiculturalism and the Charter: A Legal Perspective*. Toronto: Carswell, 1987, 123.
- Lasson, Kenneth. "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11.
- Matsuda, Mari J. "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320.
- Pace, Alessandro. "Constitutional Protection of Freedom of Expression in Italy" (1990), 2 *European Review of Public Law* 71.
- Partlett, David. "From Red Lion Square to Skokie to the Fatal Shore: Racial Defamation and Freedom of Speech" (1989), 22 *Vand. J. Transnat'l L.* 431.
- Scott, F. R. "Publishing False News" (1952), 30 *Can. Bar Rev.* 37.
- Seidel, Gill. *The Holocaust Denial: Antisemitism, Racism & the New Right*. Leeds, England: Beyond the Pale Collective, 1986.
- Spencer, J. R. "Criminal Libel—A Skeleton in the Cupboard", [1977] *Crim. L.R.* 383.
- Starkie's *Treatise on the Law of Slander and Libel*, 3rd ed. By Henry Coleman Folkard. London: Butterworths, 1869.
- Stein, Eric. "History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz"—and other—"Lies"" (1986), 85 *Mich. L. Rev.* 277.
- Stephen, James Fitzjames, Sir. *Digest of the Criminal Law*. St. Louis: Thomas, 1878.
- United Kingdom. Law Commission. Working Paper No. 84. *Criminal Libel*. London: H.M.S.O., 1982.
- Veeder, Van Vechten. "The History and Theory of the Law of Defamation I" (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546.
- dienne. *L'égalité ça presse!* Ottawa: Approvisionnements et Services, 1984.
- Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada. *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 50. *La propagande haineuse*. Ottawa: La Commission, 1986.
- Canada. Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Livre IV, *L'apport culturel des autres groupes ethniques*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1970.
- Carr, Edward Hallett. *What is History?* London: MacMillan & Co., 1961.
- Dawidowicz, Lucy S. «Lies About the Holocaust» (1980), 70:6 *Commentary* 31.
- Holdsworth, William, Sir. *A History of English Law*, vol. III, 5th ed. London: Methuen & Co., 1942.
- Kallen, Evelyn. «Multiculturalism, Minorities, and Motherhood: A Social Scientific Critique of Section 27». In *Multiculturalism and the Charter: A Legal Perspective*. Toronto: Carswell, 1987, 123.
- Lasson, Kenneth. «Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment» (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11.
- Matsuda, Mari J. «Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story» (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320.
- Pace, Alessandro. «Constitutional Protection of Freedom of Expression in Italy» (1990), 2 *Revue européenne de droit public* 71.
- Partlett, David. «From Red Lion Square to Skokie to the Fatal Shore: Racial Defamation and Freedom of Speech» (1989), 22 *Vand. J. Transnat'l L.* 431.
- Royaume-Uni. Law Commission. Working Paper No. 84. *Criminal Libel*. London: H.M.S.O., 1982.
- Scott, F. R. «Publishing False News» (1952), 30 *R. du B. can.* 37.
- Seidel, Gill. *The Holocaust Denial: Antisemitism, Racism & the New Right*. Leeds, England: Beyond the Pale Collective, 1986.
- Spencer, J. R. «Criminal Libel—A Skeleton in the Cupboard», [1977] *Crim. L.R.* 383.
- Starkie's *Treatise on the Law of Slander and Libel*, 3rd ed. By Henry Coleman Folkard. London: Butterworths, 1869.
- Stein, Eric. «History Against Free Speech: The New German Law Against the «Auschwitz»—and other—"Lies"» (1986), 85 *Mich. L. Rev.* 277.
- Stephen, James Fitzjames, Sir. *Digest of the Criminal Law*. St. Louis: Thomas, 1878.

Veeder, Van Vechten. «The History and Theory of the Law of Defamation II» (1904), 4 *Colum. L. Rev.* 33.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 53 C.C.C. (3d) 161, 37 O.A.C. 354, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of wilfully and knowingly publishing a false statement contrary to s. 181 of the *Criminal Code*. Appeal allowed, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. dissenting.

*Douglas H. Christie*, for the appellant.

*W. J. Blacklock* and *Jamie C. Klukach*, for the respondent.

*Graham R. Garton* and *James Hendry*, for the interveners the Attorney General of Canada.

*Aaron L. Berg*, for the interveners the Attorney General of Manitoba.

*Marc Rosenberg* and *Shayne Kert*, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

*Mark J. Sandler* and *Marvin Kurz*, for the interveners the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

*Neil Finkelstein*, for the interveners the Canadian Jewish Congress.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin was delivered by

MCLACHLIN J.—Four constitutional questions were stated by Lamer C.J. on this appeal; the questions ask whether s. 181, the “false news” provision of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 177), violates s. 2(b) or s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if it does, whether such violation is a reasonable limit upon these *Charter* rights within the meaning of s. 1. Section 181 reads:

Veeder, Van Vechten. «The History and Theory of the Law of Defamation I» (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546.  
Veeder, Van Vechten. «The History and Theory of the Law of Defamation II» (1904), 4 *Colum. L. Rev.* 33.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 53 C.C.C. (3d) 161, 37 O.A.C. 354, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'avoir volontairement et sciemment publié une fausse déclaration, en contravention de l'art. 181 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges Gonthier, Cory et Iacobucci sont dissidents.

*Douglas H. Christie*, pour l'appellant.

*W. J. Blacklock* et *Jamie C. Klukach*, pour l'intimée.

*Graham R. Garton* et *James Hendry*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Aaron L. Berg*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Marc Rosenberg* et *Shayne Kert*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Mark J. Sandler* et *Marvin Kurz*, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada.

*Neil Finkelstein*, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

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

LE JUGE MCLACHLIN—Quatre questions constitutionnelles ont été formulées par le juge en chef Lamer en ce qui a trait au présent pourvoi; il s'agit de savoir si l'art. 181, la disposition du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant l'art. 177), relative aux «fausses nouvelles», viole l'al. 2b) ou l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette violation constitue une limite raisonnable à ces droits garantis par la *Charte* au sens de l'article premier. Voici le libellé de l'art. 181:

181. Every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

Neither the admittedly offensive beliefs of the appellant, Mr. Zundel, nor the specific publication with regard to which he was charged under s. 181 are directly engaged by these constitutional questions. This appeal is not about the dissemination of hate, which was the focus of this Court's decision in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, and the reasons of my colleagues Cory and Iacobucci J.J. here. In *Keegstra*, this Court ruled that the provisions of the *Criminal Code* which prohibit the dissemination of hate violated the guarantee of freedom of expression but were saved under s. 1 of the *Charter*. This case presents the Court with the question of whether a much broader and vaguer class of speech—false statements deemed likely to injure or cause mischief to any public interest—can be saved under s. 1 of the *Charter*. In my view, the answer to this question must be in the negative. To permit the imprisonment of people, or even the threat of imprisonment, on the ground that they have made a statement which 12 of their co-citizens deem to be false and mischievous to some undefined public interest, is to stifle a whole range of speech, some of which has long been regarded as legitimate and even beneficial to our society. I do not assert that Parliament cannot criminalize the dissemination of racial slurs and hate propaganda. I do assert, however, that such provisions must be drafted with sufficient particularity to offer assurance that they cannot be abused so as to stifle a broad range of legitimate and valuable speech.

### The Background

The charge arises out of the publication by the appellant of a 32-page booklet seemingly entitled *Did Six Million Really Die?* which had previously been published by others in the United States and

181. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

Ces questions constitutionnelles ne concernent pas directement les croyances reconnues offensantes de l'appelant, M. Zundel, ni la publication précise relativement à laquelle il a été accusé en vertu de l'art. 181. Le présent pourvoi ne porte pas sur la diffusion de propos haineux, qui est au centre de l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, rendu par notre Cour ainsi que des motifs de mes collègues les juges Cory et Iacobucci en l'espèce. Dans l'arrêt *Keegstra*, notre Cour a statué que les dispositions du *Code criminel* qui interdisent la diffusion de propos haineux violent la liberté d'expression mais sont sauvegardées par l'article premier de la *Charte*. En l'espèce, la Cour se trouve devant la question de savoir si une sorte de discours beaucoup plus générale et imprécise—des fausses déclarations jugées de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public—peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. Permettre l'emprisonnement de personnes, ou même le risque d'emprisonnement, pour le motif qu'elles ont fait une déclaration que 12 de leurs concitoyens considèrent être fausse et nuisible à quelque intérêt public non défini, c'est réprimer toute une gamme de discours, dont certains sont considérés depuis longtemps comme légitimes voire bénéfiques à notre société. Je ne dis pas que le législateur ne peut pas ériger en crime la diffusion d'insinuations racistes et de propagande haineuse. Toutefois, je dis effectivement que de telles dispositions doivent être rédigées de façon suffisamment détaillée pour garantir qu'elles ne seront pas utilisées abusivement pour réprimer une large gamme de discours légitimes et valables.

### L'historique de l'affaire

L'accusation découle de la publication par l'appelant d'une brochure de 32 pages apparemment intitulée *Did Six Million Really Die?*, qui avait déjà été publiée par d'autres aux États-Unis et en

England. The bulk of the booklet, excepting the foreword and postscript authored by the appellant, purports to review certain publications in a critical fashion. On the basis of this review, it suggests, *inter alia*, that it has not been established that six million Jewish people were killed before and during World War II and that the Holocaust is a myth perpetrated by a worldwide Jewish conspiracy.

The case comes to this Court after two trials, each of which resulted in a conviction. Although the first conviction was overturned, the Ontario Court of Appeal rejected the appellant's submission that s. 181 violated the *Charter* and sent the matter back for a new trial. This appeal is brought from the conviction on the second trial. Leave to appeal to this Court was granted on the general *Charter* issue only—the constitutionality of s. 181 of the *Criminal Code*.

### The Issues

As stated, the issue is whether s. 181 of the *Criminal Code* violates the *Charter*. It is argued that it violates ss. 2(b) and 7, and that these infringements are not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

In the event the conviction is upheld, a subsidiary issue arises of whether the terms of the appellant's bail are too broad.

### Analysis

#### 1. Section 181: Its History, Purpose and Ambit

Section 181 dates from the Statute of Westminster in 1275, which introduced the offence *De Scandalis Magnatum* or *Scandalum Magnatum*. It provided "[t]hat from henceforth none be so hardy to tell or publish any false News or Tales, whereby discord, or occasion of discord or slander may grow between the King and his People, or the Great Men of the Realm". The criminal offence

Angleterre. La plus grande partie de la brochure, à l'exception de l'avant-propos et de la postface rédigés par l'appelant, se veut un examen critique de certaines publications. À partir de cet examen, on y laisse entendre notamment qu'il n'a pas été prouvé que six millions de juifs ont été tués avant et durant la Seconde Guerre mondiale et que l'Holocauste est un mythe résultant d'un complot juif mondial.

Notre Cour a été saisie de l'affaire après la tenue de deux procès, qui ont chacun abouti à une déclaration de culpabilité. Bien que la première déclaration de culpabilité ait été infirmée, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la prétention de l'appelant que l'art. 181 viole la *Charte* et a renvoyé l'affaire en vue de la tenue d'un nouveau procès. Le présent pourvoi est formé contre la déclaration de culpabilité prononcée au second procès. Notre Cour a autorisé le pourvoi seulement en ce qui concerne la question générale relative à la *Charte*, soit la constitutionnalité de l'art. 181 du *Code criminel*.

### Les questions en litige

Ainsi qu'il a été mentionné, il s'agit de déterminer si l'art. 181 du *Code criminel* viole la *Charte*. On soutient qu'il viole l'al. 2b) et l'art. 7 et que ces atteintes ne sont pas justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Advenant que la déclaration de culpabilité soit maintenue, se pose alors la question subsidiaire de savoir si les conditions de la mise en liberté sous caution de l'appelant sont trop générales.

### Analyse

#### 1. L'article 181: son historique, son objet et sa portée

L'article 181 remonte au Statut de Westminster de 1275, qui a créé l'infraction *De Scandalis Magnatum* ou *Scandalum Magnatum*. Il prévoyait [TRADUCTION] «que désormais personne ne sera intrépide au point de diffuser ou de publier toute fausse nouvelle ou tout récit pouvant faire naître la discorde ou des possibilités de discorde ou de difamation entre le roi et son peuple ou les grands du

was enforced by the King's Council, and later by the Court of Star Chamber, until the 17th century when its enforcement was taken over by the common law courts. It had as its primary aim the prevention of "false statements which, in a society dominated by extremely powerful landowners, could threaten the security of the state": see *R. v. Keegstra, supra*, at p. 722, per Dickson C.J.; and F. R. Scott, "Publishing False News" (1952), 30 *Can. Bar Rev.* 37, at pp. 38-39. As Holdsworth recounts, "[t]his was no vain fear at a time when the offended great one was only too ready to resort to arms to redress a fancied injury": *A History of English Law* (5th ed. 1942), vol. III, at p. 409. Nonetheless, *De Scandalis Magnatum* is not thought to have been a very effective instrument. Holdsworth refers to a "thin stream of . . . cases" from the 16th century onwards; by the time of its repeal in 1887 (*Statute Law Revision Act, 1887* (U.K.), 50 & 51 Vict., c. 59) it had long been obsolete.

Although the offence of spreading false news was abolished in England in 1887, and does not survive in the United States, it was enacted in Canada as part of the 1892 *Criminal Code*. The reason for the offence's retention in Canada is unknown. Scott suggests that it may have been no more than oversight, with no one in Canada being aware that the English provision had been repealed four years previously: see Scott, *supra*, at p. 40. Certainly Burbridge, the drafter of the 1892 *Code*, was no enthusiast of the offence, commenting in his 1890 *Digest of the Criminal Law in Canada* that its "definition is very vague and the doctrine exceedingly doubtful": see Scott, *supra*, at p. 39. Be that as it may, the offence was retained, originally under the rubric of "Seditious Offences" (*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 126; R.S.C. 1927, c. 36, s. 136) and more latterly as a species of "Nuisance" (S.C. 1953-54, c. 51,

royaume». L'infraction criminelle a été appliquée par le Conseil du roi, et ensuite par la Chambre Étoilée, jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle, au moment où les tribunaux de common law en ont assumé l'application. L'article visait principalement à empêcher «les déclarations fausses qui, dans une société dominée par des propriétaires terriens extrêmement puissants, risquaient de menacer la sécurité de l'État»: voir *R. c. Keegstra*, précité, à la p. 722, le juge en chef Dickson; voir également F. R. Scott, «Publishing False News» (1952), 30 *R. du B. can.* 37, aux pp. 38 et 39. Comme le raconte Holdsworth, [TRADUCTION] «[c]e n'était pas une crainte futile à une époque où le notable offensé n'était que trop enclin à recourir aux armes pour redresser un tort imaginaire»: *A History of English Law* (5<sup>e</sup> éd. 1942), vol. III, à la p. 409. Néanmoins, l'infraction *De Scandalis Magnatum* n'est pas considérée comme ayant été un instrument très efficace. Holdsworth fait mention d'un [TRADUCTION] «tout petit nombre de[.] cas» à partir du XVI<sup>e</sup> siècle; au moment de son abolition en 1887 (*Statute Law Revision Act, 1887* (R.-U.), 50 & 51 Vict., ch. 59), elle était tombée en désuétude depuis longtemps.

Bien que l'infraction consistant à diffuser de fausses nouvelles ait été abolie en Angleterre en 1887 et qu'elle ne subsiste pas aux États-Unis, elle a été adoptée au Canada dans le *Code criminel, 1892*. On ne connaît pas la raison pour laquelle l'infraction a été conservée au Canada. Scott laisse entendre que ce ne fut peut-être rien de plus qu'un oubli, personne au Canada n'étant au courant que la disposition anglaise avait été abolie quatre ans auparavant: voir Scott, *loc. cit.*, à la p. 40. Chose certaine, Burbridge, le rédacteur du *Code* de 1892, n'était pas enthousiasmé par l'infraction et faisait remarquer dans son *Digest of the Criminal Law in Canada* de 1890 que sa [TRADUCTION] «définition est très imprécise et la doctrine extrêmement douteuse»: voir Scott, *loc. cit.*, à la p. 39. Quoi qu'il en soit, l'infraction a été conservée à l'origine sous la rubrique «Des séditions» (*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 126; S.R.C. 1927, ch. 36, art. 136) et, plus récemment, parmi les «Nuisances» (S.C. 1953-54, ch. 51, art. 166). Jusqu'à sa

s. 166). Until its revision in 1955, the *Criminal Code* provision read:

136. Every one is guilty of an indictable offence and liable to one year's imprisonment who wilfully and knowingly publishes any false news or tale whereby injury or mischief is or is likely to be occasioned to any public interest.

The substantive elements of the offence remained the same after Parliament's 1955 transfer of the provision to the "nuisance" section of the *Code*, but the potential sentence was increased to two years. Neither documentary nor *viva voce* evidence has been proffered to explain why the section was retained in Canada when it had been dropped elsewhere or why it was moved from the offences dealing with "Sedition" to those dealing with "Nuisance". What is now s. 181 has been judicially considered only three times in Canada, excluding this case; the jurisprudence on it is virtually non-existent.

After considering the rather sparse history of the provision, Cory and Iacobucci JJ. conclude at p. 801 that:

... a review of the historical development of the law's response to false news reflects its role in prohibiting the dissemination of false information which strikes at important interests of society as a whole. Section 181 perpetuates one of the central functions of *De Scandalis* in prohibiting public alarm and internecine hostilities between and among social groups.

With the greatest respect, I find no support in the history of the provision for such a conclusion. The only lesson to be gleaned from the history of s. 181 is that the offence was aimed at protecting the rule of law and the security of the state, in the guise of the head of power whether that be the monarchy or later the government: see Drouin J. in *R. v. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75 (Que. K.B. (Criminal Side)). The fact that provocative racial statements have been, on the odd occasion in the past two hundred years, prosecuted as other criminal offences such as "public mischief" and "crimi-

refonte en 1955, la disposition du *Code criminel* était rédigée ainsi:

136. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un an d'emprisonnement, celui qui publie, de propos délibéré et sciemment, des nouvelles ou histoires fausses qui font ou sont propres à faire quelque tort ou dommages à des intérêts publics.

Les éléments de fond de l'infraction sont restés les mêmes après que le Parlement eut transféré la disposition en 1955 à l'article du *Code* relatif aux «nuisances», mais la peine a été augmentée à deux ans. On n'a présenté aucune preuve documentaire ni aucun témoignage de vive voix pour expliquer pourquoi l'article a été conservé au Canada alors qu'il a été abandonné ailleurs ou pourquoi l'infraction est passée des infractions relatives à la «sédition» à celles qui se rapportent à la «nuisance». Ce qui constitue maintenant l'art. 181 a fait l'objet d'un examen par les tribunaux canadiens à trois reprises seulement, à part la présente affaire; la jurisprudence à ce sujet est pratiquement inexistante.

Après avoir étudié l'historique plutôt dépouillé de la disposition, les juges Cory et Iacobucci ont conclu, à la p. 801:

... l'étude de l'historique de la loi en ce qui concerne le traitement des fausses nouvelles reflète bien le rôle qu'elle a joué pour interdire la diffusion de faux renseignements qui portent atteinte à des intérêts importants de la société dans son ensemble. L'article 181 perpétue l'une des fonctions principales de l'infraction *De Scandalis* en interdisant de susciter la peur générale et les hostilités réciproquement destructives entre les groupes sociaux.

Malgré tout le respect que je leur dois, je ne trouve rien dans l'historique de la disposition qui vienne étayer une telle conclusion. La seule leçon que l'on puisse tirer de l'historique de l'art. 181 est que l'infraction visait à protéger la primauté du droit et la sécurité de l'État, représenté par le détenteur du pouvoir, que ce soit le roi ou, par la suite, le gouvernement: voir le juge Drouin dans l'arrêt *R. c. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75 (B.R. (juridiction criminelle)). Le fait que des déclarations racistes provocantes aient donné lieu de temps à autre au cours des deux cents dernières

nal libel” sheds no light on the objective behind the enactment of the “false news” provision. Moreover, as discussed below, the very cases referred to by Cory and Iacobucci JJ. to support their conclusions actually reveal the overinclusiveness of the provision.

I turn from history to the wording of s. 181 and the ambit of the section upon whose constitutionality this Court is asked to pronounce. The construction of s. 181 is not at issue in these proceedings, leave to appeal on those issues having been denied. The analysis of the constitutionality of s. 181 must therefore be based on the section as it was interpreted by the courts below.

As interpreted by the trial judge and the Court of Appeal below, the *actus reus* of the offence is the publication of “a statement, tale or news” that is false and that “causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest . . .”. The *mens rea* lies in the knowledge that the statement is false. Thus the Crown, to succeed, must establish beyond a reasonable doubt the following propositions:

1. That the accused published a false statement, tale or news;
2. That the accused knew the statement was false; and
3. That the statement causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest.

Each of the three elements of the offence created by s. 181 is capable of giving rise to considerable difficulty of application in the context of a trial. The question of falsity of a statement is often a matter of debate, particularly where historical facts are at issue. (Historians have written extensively on the difficulty of ascertaining what actually occurred in the past, given the difficulty of verifi-

années à des poursuites, tout comme d'autres infractions criminelles comme le «méfait public» et la «diffamation criminelle», ne jette pas de lumière sur l'objectif visé par l'adoption de la disposition relative aux «fausses nouvelles». En outre, et j'en parle un peu plus loin, les arrêts dont font mention les juges Cory et Iacobucci pour étayer leurs conclusions révèlent en fait la portée excessive de la disposition.

Je passe maintenant de l'historique au libellé et à la portée de l'art. 181, sur la constitutionnalité duquel notre Cour doit se prononcer. L'interprétation de l'art. 181 n'est pas en cause dans la présente affaire, l'autorisation de pourvoi ayant été refusée relativement à ces questions. L'analyse de la constitutionnalité de l'art. 181 doit donc se fonder sur l'interprétation que les juridictions inférieures en ont donnée.

Selon l'interprétation du juge du procès et de la Cour d'appel, l'*actus reus* de l'infraction consiste dans la publication d'«une déclaration, une histoire ou une nouvelle» qui est fausse et qui «cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public». La *mens rea* consiste dans le fait de savoir que la déclaration est fausse. Ainsi, pour avoir gain de cause, le ministère public doit prouver les propositions suivantes hors de tout doute raisonnable:

1. L'accusé a publié une déclaration, une histoire ou une nouvelle fausse;
2. L'accusé savait que la déclaration était fausse;
3. La déclaration cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

Chacun des trois éléments de l'infraction créée par l'art. 181 peut soulever des difficultés considérables d'application dans le cadre d'un procès. La question de la fausseté d'une déclaration est souvent un sujet de controverse, notamment lorsqu'il y a des faits historiques en cause. (Les historiens ont beaucoup écrit sur la difficulté de s'assurer de ce qui s'est vraiment produit dans le passé, vu la

cation and the selective and sometimes revisionist versions different witnesses and historians may accord to the same events; see, for example, the now famous treatise of E. H. Carr, *What is History?* (1961)). The element of the accused's knowledge of falsity compounds the problem, adding the need to draw a conclusion about the accused's subjective belief as to the truth or falsity of the statements. Finally, the issue of whether a statement causes or is likely to cause injury or mischief to the public interest requires the identification of a public interest and a determination of whether it has been or is likely to be injured. In the case of each of the three elements of the offence, the not inconsiderable epistemological and factual problems are left for resolution by the jury under the rubric of "fact". Thus, both in its breadth and in the nature of the criteria it posits, s. 181 poses difficulties not usually associated with criminal prohibitions, which traditionally demand no more of a jury than common sense inferences from concrete findings on matters patent to the senses.

At pages 782-90, Cory and Iacobucci JJ. summarize and interpret in detail the s. 181 trial process in the case at bar, the goal being to show that s. 181 did not theoretically or practically preclude the accused Zundel from raising a reasonable doubt on each element of the offence—a basic requirement of fundamental justice. The argument, as I understand it, would appear to be that if s. 181 occasioned no unfairness in this case, it never will. One doubts the validity of such an inference, given the acknowledgement that this was a clear, simple case on the facts. But that aside, I do not share my colleagues' view that as a practical matter the Court can be certain, even in this instance, that the defendant was accorded procedural justice. On the contrary, it is my view that the difficulties encountered in this case underline the inherent vices of s. 181.

difficulté de vérifier et les versions sélectives et parfois révisionnistes que différents témoins et différents historiens peuvent donner des mêmes événements; voir, par exemple, le traité maintenant célèbre de E. H. Carr intitulé *What is History?* (1961)). L'élément de la connaissance, par l'accusé, de la fausseté de la déclaration aggrave le problème en ajoutant l'obligation de tirer une conclusion au sujet de la croyance subjective de l'accusé quant à la véracité ou à la fausseté de la déclaration. Enfin, pour établir si une déclaration cause ou est de nature à causer une atteinte ou du tort à l'intérêt public, il faut cerner un intérêt public et déterminer si une atteinte lui a été causée ou est susceptible de lui être causée. Dans le cas de chacun des trois éléments de l'infraction, les nombreux problèmes relatifs à l'épistémologie et aux faits sont laissés à la décision du jury sous la rubrique «fait». Ainsi, en raison tant de sa portée que de la nature des critères qu'il énonce, l'art. 181 pose des difficultés qui ne sont normalement pas liées à des interdictions pénales au sujet desquelles le jury n'a habituellement qu'à faire des déductions fondées sur le bon sens à partir de conclusions concrètes sur des questions évidentes.

Aux pages 782 à 790, les juges Cory et Iacobucci résumant et interprètent en détail la procédure suivie en première instance pour ce qui concerne l'art. 181 en l'espèce, le but étant de montrer qu'il n'empêchait pas, ni en théorie ni en pratique, l'accusé Zundel de soulever un doute raisonnable relativement à chacun des éléments de l'infraction—une exigence essentielle de la justice fondamentale. L'argument, selon ce que je comprends, serait que, si l'art. 181 n'a engendré aucune injustice dans la présente affaire, il ne le fera jamais. On doute de la validité d'une telle déduction, étant donné la constatation qu'il s'agissait d'une affaire claire et simple selon les faits. Mais cela mis à part, je ne partage pas l'opinion de mes collègues selon laquelle, d'un point de vue pratique, la Cour peut être sûre, même dans le présent cas, que le défendeur a obtenu justice sur le plan de la procédure. Au contraire, j'estime que les difficultés éprouvées en l'espèce soulignent les défauts intrinsèques de l'art. 181.



Difficulties were encountered at trial with respect to all three elements of the offence—with respect to what constitutes a “statement, tale or news”, interpreted as constituting an assertion of fact as opposed to opinion; what constitutes injury or mischief to a public interest; and what constitutes proof of knowledge of falsity of the statement. The courts below resolved the difficult issue of the distinction between a statement and an opinion by treating it as a question of fact for the jury to resolve. While this is true in a technical legal sense, in a practical sense the jury was told that the publication at issue was a false statement. By applying the doctrine of judicial notice and telling the jury that “[t]he mass murder and extermination of Jews in Europe by the Nazi regime” was an (historical) fact no “reasonable person” could dispute, the judge effectively settled the issue for them. Moreover, I am unable to agree with my colleagues (see p. 784) that the trial judge instructed the jury that the “onus of differentiating fact from opinion” lay with the Crown. Judge Thomas’s direction that the Crown must prove “that the pamphlet, in essence, is a false statement of fact” does not impose upon the Crown the more difficult burden of first explaining to and then convincing a jury of the distinction between historical fact and historical opinion regarding events almost fifty years old. This might be forgiven, given the elusiveness of distinguishing historical fact from historical opinion. But it shows the danger in criminalizing “false statements”. The contention is that expressions of opinion are not caught by s. 181. The reality is that when the matter is one on which the majority of the public has settled views, opinions may, for all practical purposes, be treated as an expression of a “false fact”.

The question of knowledge of falsity was similarly left as a question of fact for the jury to decide. But this too was not a question of fact in the usual sense. The jury was instructed that it was entitled

Au procès, les trois éléments de l’infraction ont suscité des difficultés, quant à ce qui constitue soit «une déclaration, une histoire ou une nouvelle», interprétée comme constituant l’affirmation d’un fait par opposition à une opinion, soit une atteinte ou du tort à quelque intérêt public, soit encore une preuve de la connaissance de la fausseté de la déclaration. Les juridictions inférieures ont tranché la difficile question de la distinction entre une déclaration et une opinion, en la traitant comme une question de fait que le jury devait trancher. Bien que cela soit vrai dans un sens juridique et technique, dans un sens pratique on a dit au jury que la publication en cause était une fausse déclaration. En appliquant la doctrine de la connaissance d’office et en disant aux jurés que [TRADUCTION] «[l]e massacre et l’extermination des juifs en Europe par le régime nazi» constituait un fait (historique) qu’aucune [TRADUCTION] «personne raisonnable» ne pouvait contester, le juge a effectivement réglé la question à leur place. De plus, je ne puis souscrire à l’opinion de mes collègues (voir à la p. 784) selon laquelle le juge du procès a informé les jurés qu’«il incombe au ministère public de faire la distinction entre un fait et une opinion». La directive du juge Thomas selon laquelle le ministère public doit prouver [TRADUCTION] «que, fondamentalement, la brochure est une fausse déclaration de fait» n’impose pas au ministère public l’obligation plus difficile d’expliquer d’abord aux jurés la distinction entre un fait historique et une opinion historique concernant des événements survenus il y a presque cinquante ans et ensuite de les en convaincre. Cela serait excusable, étant donné le caractère évasif de la distinction entre un fait historique et une opinion historique. Mais cela montre le danger d’ériger en crime des «fausses déclarations». On prétend que le fait d’exprimer une opinion n’est pas visé par l’art. 181. En réalité, lorsqu’il s’agit d’une question sur laquelle la majorité du public a des vues bien arrêtées, les opinions peuvent, à toutes fins pratiques, être considérées comme l’expression d’un «fait erroné».

La connaissance de la fausseté a, de la même façon, été considérée comme une question de fait que le jury devait décider. Mais cela non plus n’était pas une question de fait au sens ordinaire.

to infer from the judge's instruction that because the Holocaust must be regarded as proven, the accused must have known it to be proven and must be taken to have published his pamphlet deliberately for personal motives, knowing the falsity of his assertion to the contrary. Judge Thomas added, albeit as only one factor in this assessment, the principle that the "more unreasonable the belief, the easier it is to draw the inference that the belief is not honestly held". In the context of a sexual assault trial such an instruction would be unlikely to mislead the jury, both because questions of consent and perceptions of consent are far more common place than questions of the sincerity of an accused's belief in esoteric or outlandish historical "facts", and because the jury is likely to have the assistance of the *viva voce* evidence of both the complainant and accused in determining whether the inference that the accused's unreasonable belief in the complainant's consent was not an honest one ought to be drawn. But in the context of a prosecution under s. 181 a jury is, in the face of such instructions, unlikely to be able to evaluate or accept the accused's assertion that he believed the truth of his publications. The logic is ineluctable: everyone knows this is false; therefore the defendant must have known it was false.

On the final question of injury or mischief to a public interest, the trial judge told the jury that it was sufficient if there is a likelihood of injury or mischief to a particular public interest and directed the jury on the "cancerous effect of racial and religious defamation upon society's interest in the maintenance of racial and religious harmony in Canada." Judge Thomas further instructed the jury that "[t]here can be no doubt . . . that the maintenance of racial and religious tolerance is certainly a matter of public interest in Canada". Once again, the jury's conclusion may have flowed inevitably from the trial judge's instruction.

On a dit aux jurés qu'ils pouvaient déduire des directives du juge que, puisque l'Holocauste doit être considéré comme prouvé, l'accusé devait savoir que la preuve en était faite, et ils pouvaient conclure qu'il a publié sa brochure délibérément pour des motifs personnels tout en sachant que son affirmation était fausse. Le juge Thomas a ajouté, bien que ce soit seulement un facteur dans cette évaluation, le principe selon lequel [TRADUCTION] «plus la croyance est déraisonnable, plus il est facile de tirer la conclusion qu'il ne s'agit pas d'une croyance honnête». Dans le contexte d'un procès en matière d'agression sexuelle une directive de ce genre ne serait pas susceptible d'induire le jury en erreur parce que les questions du consentement et de la perception du consentement sont beaucoup plus fréquentes que les questions de la sincérité de la croyance qu'a un accusé dans des «faits» historiques ésotériques ou bizarres et parce que le jury est susceptible d'être aidé par les témoignages de vive voix du plaignant et de l'accusé pour déterminer s'il y a lieu de déduire que la croyance déraisonnable de l'accusé dans le consentement du plaignant n'était pas honnête. Toutefois, dans le contexte d'une poursuite aux termes de l'art. 181, il est peu probable qu'un jury, à la suite de directives de ce genre, soit en mesure d'évaluer ou d'admettre l'affirmation de l'accusé selon laquelle il croyait en la véracité de ses publications. La logique est inéluctable: tous savent que c'est faux; donc le défendeur devait savoir que c'était faux.

Quant à la dernière question de l'atteinte ou du tort causé à quelque intérêt public, le juge du procès a dit au jury qu'il suffisait qu'il y ait une probabilité d'atteinte ou de tort à un intérêt public particulier et il l'a entretenu de l'[TRADUCTION]«effet cancéreux que la diffamation raciale et religieuse peut avoir sur l'intérêt qu'a la société à ce que l'harmonie raciale et religieuse règne au Canada». Le juge Thomas a également dit au jury qu'[TRADUCTION] «il ne fait pas de doute [. . .] que le maintien de la tolérance raciale et religieuse est certainement une question d'intérêt public au Canada». Encore une fois, la conclusion du jury a pu découler inévitablement des directives données par le juge du procès.

One is thus driven to conclude that this was not a criminal trial in the usual sense. The verdict flowed inevitably from the indisputable fact of the publication of the pamphlet, its contents' divergence from the accepted history of the Holocaust, and the public interest in maintaining racial and religious tolerance. There was little practical possibility of showing that the publication was an expression of opinion, nor of showing that the accused did not know it to be false, nor of showing that it would not cause injury or mischief to a public interest. The fault lies not with the trial judge or the jury, who doubtless did their best responsibly to inform the vague words of s. 181 with meaningful content. The fault lies rather in concepts as vague as fact versus opinion or truth versus falsity in the context of history, and the likelihood of "mischief" to the "public interest".

Against this background, I turn to the question of whether the conviction and imprisonment of persons such as the appellant under s. 181 violate the rights which the *Charter* guarantees. The first question is whether the *Charter's* guarantee of free speech protects the impugned publication. If the answer to this question is in the affirmative, the second question arises of whether prohibition of the publication by criminal sanction can nevertheless be maintained as a measure "demonstrably justified in a free and democratic society".

2. *Does the Charter's Guarantee of Freedom of Expression Protect Mr. Zundel's Right to Publish the Booklet Did Six Million Really Die?*

Section 2(b) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

The Court must first ask whether a publication such as that at issue is expression protected by

On est donc amené à conclure que ce n'était pas un procès criminel au sens ordinaire. Le verdict a inévitablement découlé du fait incontestable de la publication de la brochure, de la divergence de sa teneur avec l'histoire reconnue de l'Holocauste ainsi que de l'intérêt public dans le maintien de la tolérance raciale et religieuse. Il y avait peu de chance sur le plan pratique de prouver que la publication était une expression d'opinion, que l'accusé ne savait pas qu'elle était fausse, ni que cela ne causerait pas d'atteinte ou de tort à un intérêt public. La faute ne vient pas du juge du procès ou du jury, qui ont sans doute fait de leur mieux pour donner un contenu significatif aux termes imprécis de l'art. 181. Elle vient plutôt de notions aussi imprécises que la distinction entre un fait et une opinion ou entre la vérité et un mensonge dans le contexte de l'histoire, et de la probabilité d'un «tort» causé à l'«intérêt public».

J'aborderai maintenant la question de savoir si la condamnation et l'emprisonnement de personnes telles que l'appelant en vertu de l'art. 181 violent les droits que lui garantit la *Charte*. Il s'agit en premier lieu de savoir si la garantie offerte par la *Charte* relativement à la liberté de parole protège la publication contestée. Si l'on répond à cette question par l'affirmative, il faut ensuite se demander si l'interdiction de publier sanctionnée par le droit pénal peut néanmoins être maintenue comme étant une mesure «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

2. *La garantie offerte par la Charte relativement à la liberté d'expression protège-t-elle le droit de M. Zundel de publier la brochure intitulée Did Six Million Really Die?*

L'alinéa 2b) de la *Charte* prévoit:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

La Cour doit d'abord se demander si une publication comme celle qui est en cause est un moyen

s. 2(b) of the *Charter*. If so, the Court must ask the further question of whether the purpose or effect of s. 181 is to restrict such expression. If so, it will be found to violate s. 2(b) of the *Charter*: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

This Court has held that s. 2(b) is to be given a broad, purposive interpretation: *Irwin Toy, supra*. Even prior to the *Charter*, this Court recognized the fundamental importance of freedom of expression to the Canadian democracy; see *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285. I can do no better than to quote the words of my colleague Cory J., writing in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336:

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized. No doubt that was the reason why the framers of the *Charter* set forth s. 2(b) in absolute terms which distinguishes it, for example, from s. 8 of the *Charter* which guarantees the qualified right to be secure from unreasonable search. It seems that the rights enshrined in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

The purpose of the guarantee is to permit free expression to the end of promoting truth, political or social participation, and self-fulfilment. That purpose extends to the protection of minority beliefs which the majority regard as wrong or false: *Irwin Toy, supra*, at p. 968. Tests of free expression frequently involve a contest between the majoritarian view of what is true or right and an unpopular minority view. As Holmes J. stated over sixty years ago, the fact that the particular content of a person's speech might "excite popular prejudice" is no reason to deny it protection for "if there is any principle of the Constitution that more

d'expression protégé par l'al. 2b) de la *Charte*. Si oui, la Cour doit se poser l'autre question, qui est de savoir si l'art. 181 a pour objet ou pour effet de restreindre un tel moyen d'expression. Si oui, il sera considéré comme violant l'al. 2b) de la *Charte*: voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Notre Cour a statué qu'il faut donner à l'al. 2b) une interprétation large et fondée sur son objet: *Irwin Toy*, précité. Même avant la *Charte*, notre Cour a reconnu l'importance fondamentale de la liberté d'expression pour la démocratie canadienne; voir *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, et *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285. Je ne puis faire mieux que de citer les paroles de mon collègue le juge Cory dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336:

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion. C'est sans aucun doute la raison pour laquelle les auteurs de la *Charte* ont rédigé l'al. 2b) en termes absolus, ce qui le distingue, par exemple, de l'art. 8 de la *Charte* qui garantit le droit plus relatif à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. Il semblerait alors que les libertés consacrées par l'al. 2b) de la *Charte* ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs.

La garantie vise à permettre la liberté d'expression dans le but de promouvoir la vérité, la participation politique ou sociale et l'accomplissement de soi. Cet objet s'étend à la protection des croyances minoritaires que la majorité des gens considèrent comme erronées ou fausses: *Irwin Toy*, précité, à la p. 968. Les critères de la liberté d'expression mettent souvent en jeu une opposition entre l'opinion majoritaire au sujet de ce qui est vrai ou correct et une opinion minoritaire impopulaire. Comme l'a dit le juge Holmes, il y a plus de soixante ans, le fait que la teneur particulière du message d'une personne puisse [TRADUCTION] «inciter à l'intolé-

imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought—not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate”: *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), at pp. 654-55. Thus the guarantee of freedom of expression serves to protect the right of the minority to express its view, however unpopular it may be; adapted to this context, it serves to preclude the majority’s perception of ‘truth’ or ‘public interest’ from smothering the minority’s perception. The view of the majority has no need of constitutional protection; it is tolerated in any event. Viewed thus, a law which forbids expression of a minority or “false” view on pain of criminal prosecution and imprisonment, on its face, offends the purpose of the guarantee of free expression.

The jurisprudence supports this conclusion. This Court in *Keegstra* held that the hate propaganda there at issue was protected by s. 2(b) of the *Charter*. There is no ground for refusing the same protection to the communications at issue in this case. This Court has repeatedly affirmed that all communications which convey or attempt to convey meaning are protected by s. 2(b), unless the physical form by which the communication is made (for example, by a violent act) excludes protection: *Irwin Toy*, *supra*, at p. 970, *per* Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. In determining whether a communication falls under s. 2(b), this Court has consistently refused to take into account the content of the communication, adhering to the precept that it is often the unpopular statement which is most in need of protection under the guarantee of free speech: see, e.g., *Keegstra*, *supra*, at p. 828, *per* McLachlin J.; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 488, *per* Sopinka J.

The respondent argues that the falsity of the publication at issue takes it outside of the purview

rance» n’est pas une raison pour lui refuser la protection car [TRADUCTION] «s’il existe un principe de la Constitution qui exige de façon plus impérative le respect que tout autre c’est le principe de la liberté de pensée — pas la liberté de pensée pour ceux qui sont d’accord avec nous mais la liberté pour les pensées que nous haïssons»: *United States c. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), aux pp. 654 et 655. La liberté d’expression est donc une garantie qui sert à protéger le droit de la minorité d’exprimer son opinion, quelque impopulaire qu’elle puisse être; adaptée à ce contexte, elle sert à éviter que la perception de la «vérité» ou de l’«intérêt public» de la majorité réprime celle de la minorité. L’opinion de la majorité n’a pas besoin d’une protection constitutionnelle; elle est tolérée de toute façon. Vue ainsi, une loi qui interdit l’expression d’une opinion minoritaire ou d’une opinion «fausse» sous peine de poursuites pénales et d’emprisonnement contrevient, à première vue, à l’objet visé par la garantie de la liberté d’expression.

La jurisprudence vient étayer cette conclusion. Dans l’arrêt *Keegstra*, notre Cour a jugé que la propagande haineuse en question était protégée par l’al. 2b) de la *Charte*. Il n’y a aucune raison de refuser la même protection aux communications en cause dans la présente affaire. Notre Cour a affirmé à plusieurs reprises que toutes les communications qui transmettent ou tentent de transmettre un message sont protégées par l’al. 2b), à moins que la forme physique sous laquelle se fait la communication (par exemple, un acte de violence) n’exclue la protection: *Irwin Toy*, précité, à la p. 970, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Pour déterminer si une communication est visée par l’al. 2b), notre Cour a régulièrement refusé de prendre en considération le contenu de la communication, adoptant le précepte selon lequel c’est souvent la déclaration impopulaire qui a le plus besoin d’être protégée en vertu de la garantie de la liberté d’expression: voir, par exemple, *Keegstra*, précité, à la p. 828, le juge McLachlin; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 488, le juge Sopinka.

L’intimée soutient que la fausseté de la publication en cause la fait échapper au champ d’applica-

of s. 2(b) of the *Charter*. It is difficult to see how this distinguishes the case on appeal from *Keegstra*, where the statements at issue were for the most part statements of fact which almost all people would consider false. That aside, I proceed to the arguments advanced under the head of falsity.

Two arguments are advanced. The first is that a deliberate lie constitutes an illegitimate "form" of expression, which, like a violent act, is not protected. A similar argument was advanced and rejected with respect to hate literature in *Keegstra* on the ground that "form" in *Irwin Toy* refers to the physical form in which the message is communicated and does not extend to its content. The same point is determinative of the argument in this case.

The second argument advanced is that the appellant's publication is not protected because it serves none of the values underlying s. 2(b). A deliberate lie, it is said, does not promote truth, political or social participation, or self-fulfilment. Therefore, it is not deserving of protection.

Apart from the fact that acceptance of this argument would require this Court to depart from its view that the content of a statement should not determine whether it falls within s. 2(b), the submission presents two difficulties which are, in my view, insurmountable. The first stems from the difficulty of concluding categorically that all deliberate lies are entirely unrelated to the values underlying s. 2(b) of the *Charter*. The second lies in the difficulty of determining the meaning of a statement and whether it is false.

The first difficulty results from the premise that deliberate lies can never have value. Exaggeration—even clear falsification—may arguably serve useful social purposes linked to the values underlying freedom of expression. A person fighting cruelty against animals may knowingly cite false statistics in pursuit of his or her beliefs and with the purpose of communicating a more fundamental message, e.g., 'cruelty to animals is increasing and

tion de l'al. 2b) de la *Charte*. Il est difficile de concevoir comment cela distingue le présent pourvoi de l'affaire *Keegstra*, dans laquelle les déclarations en cause étaient en grande partie des exposés de faits que la plupart des gens considéreraient comme faux. Cela mis à part, je passe aux arguments avancés sous la rubrique de la fausseté.

Deux arguments ont été avancés. Selon le premier, un mensonge délibéré constitue une «forme» illégitime d'expression, qui, comme dans le cas d'un acte de violence, n'est pas protégée. Un argument similaire a été avancé et rejeté en ce qui concerne la littérature haineuse dans l'affaire *Keegstra*, pour le motif que la «forme» mentionnée dans l'arrêt *Irwin Toy* se rapporte à la forme physique sous laquelle le message est communiqué et ne s'étend pas à son contenu. Le même point est déterminant pour l'argument utilisé en l'espèce.

D'après le second argument, la publication de l'appelant n'est pas protégée parce qu'elle ne sert aucune des valeurs qui sous-tendent l'al. 2b). Un mensonge délibéré, dit-on, ne favorise pas la vérité, la participation politique ou sociale ou l'accomplissement de soi. Il ne mérite donc pas d'être protégé.

Outre que le fait d'admettre cet argument obligerait notre Cour à renoncer à son opinion que la teneur d'une déclaration ne devrait pas déterminer si elle est visée par l'al. 2b), la thèse présente deux problèmes qui, à mon avis, sont insurmontables. Le premier provient de la difficulté de conclure de façon catégorique que tous les mensonges délibérés ne se rapportent nullement aux valeurs qui sous-tendent l'al. 2b) de la *Charte*. Le second résulte de la difficulté de déterminer quel est le sens d'une déclaration et si elle est fausse.

Le premier problème vient de la prémisse selon laquelle les mensonges délibérés ne peuvent jamais avoir de valeur. On peut soutenir qu'une exagération—même une falsification évidente—peut répondre à des fins sociales utiles liées aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. Une personne qui combat la cruauté envers les animaux peut citer sciemment des statistiques fausses à l'appui de ses croyances, dans le but de communi-

must be stopped'. A doctor, in order to persuade people to be inoculated against a burgeoning epidemic, may exaggerate the number or geographical location of persons potentially infected with the virus. An artist, for artistic purposes, may make a statement that a particular society considers both an assertion of fact and a manifestly deliberate lie; consider the case of Salman Rushdie's *Satanic Verses*, viewed by many Muslim societies as perpetrating deliberate lies against the Prophet.

All of this expression arguably has intrinsic value in fostering political participation and individual self-fulfilment. To accept the proposition that deliberate lies can never fall under s. 2(b) would be to exclude statements such as the examples above from the possibility of constitutional protection. I cannot accept that such was the intention of the framers of the Constitution.

Indeed, the very cases relied upon by Cory and Iacobucci JJ. to support their position reveal the potential of s. 181 for suppressing valuable political criticism or satire. In *R. v. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226 (N.W.T.S.C.), cited at p. 799 of their judgment, the "false" publication asserted "Americans not wanted in Canada". The injury to public interest was, in the words of Harvey J., that "if [Americans] investigate they will find conditions such as to prevent them investing and taking up homesteads" (*Hoaglin, supra*, at p. 228). Even if one accepts the finding that the statement was undoubtedly "false", it arguably represented a valuable contribution to political debate on Canadian immigration policy. Yet the accused was convicted for publication of such statements contrary to s. 136 (now s. 181). Similarly, in *R. v. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286 (Que. C.A.), a case involving prosecution for publication of political satire in the *Montreal Gazette* (cited at p. 800 of their judgment), Hyde J.A. accepted that the publication fell within the satirical tradition of Chaucer, Swift and Addison. In reversing the trial judge's

quer un message plus fondamental, par exemple «la cruauté envers les animaux augmente et on doit y mettre fin». Un médecin, dans le but de persuader les gens de se faire vacciner contre une épidémie naissante, peut exagérer le nombre ou la position géographique des personnes qui peuvent être infectées par le virus. Un artiste peut, à des fins artistiques, faire une déclaration qu'une société particulière considère à la fois comme une affirmation de fait et un mensonge manifestement délibéré; prenez le cas des *Versets sataniques* de Salman Rushdie, qui sont considérés par beaucoup de sociétés musulmanes comme proférant des mensonges délibérés contre le Prophète.

On pourrait dire que tous ces modes d'expression ont une valeur intrinsèque, car ils favorisent la participation politique et l'accomplissement de soi. Accepter la proposition que les mensonges délibérés ne peuvent jamais être visés par l'al. 2b), ce serait faire en sorte que des déclarations comme les exemples susmentionnés ne puissent être protégées par la Constitution. Je ne puis admettre que telle était l'intention des rédacteurs de la Constitution.

En fait, les arrêts mêmes sur lesquels se fondent les juges Cory et Iacobucci pour étayer leur position révèlent que l'art. 181 risque de supprimer des critiques ou des satires politiques de valeur. Dans l'arrêt *R. c. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226 (C.S.T.N.-O.), cité à la p. 799 de leur jugement, la publication «fausse» affirmait: [TRADUCTION] «Les Américains ne sont pas les bienvenus au Canada». Selon le juge Harvey, l'atteinte à l'intérêt public était que [TRADUCTION] «si [les Américains] se renseignent, ils trouveront des conditions qui les empêcheront d'investir et de s'établir» (*Hoaglin, précité*, à la p. 228). Même si l'on accepte la conclusion que la déclaration était sans aucun doute «fausse», on peut faire valoir qu'elle représentait une contribution de valeur au débat politique sur la politique canadienne en matière d'immigration. Pourtant, l'accusé a été déclaré coupable d'avoir publié de telles déclarations en contravention de l'art. 136 (maintenant l'art. 181). Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *R. c. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286 (C.A. Qué.), une affaire de poursuite découlant de la publication d'une satire poli-

conviction, he observed that the section may capture “pranks” and that the “prank” in question was “very close to the border” (p. 290).

The second difficulty lies in the assumption that we can identify the essence of the communication and determine that it is false with sufficient accuracy to make falsity a fair criterion for denial of constitutional protection. In approaching this question, we must bear in mind that tests which involve interpretation and balancing of conflicting values and interests, while useful under s. 1 of the *Charter*, can be unfair if used to deny *prima facie* protection.

One problem lies in determining the meaning which is to be judged to be true or false. A given expression may offer many meanings, some which seem false, others, of a metaphorical or allegorical nature, which may possess some validity. Moreover, meaning is not a datum so much as an interactive process, depending on the listener as well as the speaker. Different people may draw from the same statement different meanings at different times. The guarantee of freedom of expression seeks to protect not only the meaning intended to be communicated by the publisher but also the meaning or meanings understood by the reader: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767, and *Irwin Toy, supra*, at p. 976. The result is that a statement that is true on one level or for one person may be false on another level for a different person.

Even a publication as crude as that at issue in this case illustrates the difficulty of determining its meaning. On the respondent’s view, the assertion that there was no Nazi Policy of the extermination of Jews in World War II communicates only one meaning—that there was no policy, a meaning

tique dans la Gazette de Montréal (citée à la p. 800 de leur jugement), le juge Hyde a admis que la publication relevait de la tradition en matière de satire de Chaucer, Swift et Addison. En infirmant la déclaration de culpabilité prononcée par le juge du procès, il a fait remarquer que l’article peut viser les [TRADUCTION] «mauvais tours» et que le «mauvais tour» en question se situait [TRADUCTION] «très près de la limite permise» (p. 290).

Le second problème résulte de la proposition selon laquelle nous pouvons définir la nature de la communication et déterminer qu’elle est fautive avec suffisamment d’exactitude pour faire de la fausseté un critère équitable pour le refus de la protection constitutionnelle. Dans l’étude de cette question, nous devons nous rappeler que les critères qui mettent en jeu l’interprétation et la pondération de valeurs et d’intérêts opposés, bien qu’utiles dans le contexte de l’article premier de la *Charte*, peuvent être injustes s’ils servent à refuser une protection à première vue.

Une des difficultés consiste à déterminer la signification que l’on doit juger vraie ou fautive. Une expression donnée peut offrir de nombreuses significations, dont certaines semblent fausses et d’autres, métaphoriques ou allégoriques, peuvent avoir une certaine validité. En outre, la signification n’est pas une donnée autant qu’un processus interactif, qui dépend de l’auditeur autant que de celui qui parle. Diverses personnes peuvent attribuer à la même déclaration des sens différents à des moments différents. La garantie de la liberté d’expression vise à protéger non seulement le sens que l’éditeur voulait communiquer, mais également le ou les sens compris par le lecteur: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 767, et *Irwin Toy*, précité, à la p. 976. Il en résulte qu’une déclaration qui est vraie à un niveau donné ou pour une personne donnée peut être fautive à un autre niveau pour une autre personne.

Même une publication aussi sommaire que celle qui est en cause en l’espèce montre bien la difficulté d’en déterminer la signification. D’après l’intimée, l’affirmation selon laquelle il n’y avait pas de politique nazie d’extermination des juifs durant la Seconde Guerre mondiale transmet un seul et



which, as my colleagues rightly point out, may be extremely hurtful to those who suffered or lost loved ones under it. Yet, other meanings may be derived from the expressive activity, e.g., that the public should not be quick to adopt 'accepted' versions of history, truth, etc., or that one should rigorously analyze common characterizations of past events. Even more esoterically, what is being communicated by the very fact that persons such as the appellant Mr. Zundel are able to publish and distribute materials, regardless of their deception, is that there is value inherent in the unimpeded communication or assertion of "facts" or "opinions".

A second problem arises in determining whether the particular meaning assigned to the statement is true or false. This may be easy in many cases; it may even be easy in this case. But in others, particularly where complex social and historical facts are involved, it may prove exceedingly difficult.

While there are *Criminal Code* offences under which a person may be prosecuted for libel—defamatory, blasphemous and seditious (all of which appear to be rarely if ever used and the constitutionality of which may be open to question)—it is the civil action for defamation which constitutes the only other significant branch of the law in which a jury is asked to determine the truth or falsity of a statement. But the difficulties posed by this demand are arguably much less daunting in defamation than under s. 181 of the *Criminal Code*. At issue in defamation is a statement made about a specific living individual. Direct evidence is usually available as to its truth or falsity. Complex social and historical facts are not at stake. And most importantly the consequences of failure

unique message—c'est-à-dire qu'il n'y avait aucune politique de ce genre, un message qui, comme l'ont souligné à juste titre mes collègues, peut être extrêmement blessant pour ceux qui ont souffert ou qui ont perdu des êtres chers en raison de cette politique. Cependant, d'autres significations peuvent découler de l'activité expressive, par exemple que le public ne devrait pas adopter trop rapidement des versions «admises» de l'histoire, de la vérité, etc., ou que l'on devrait analyser rigoureusement les représentations courantes des événements passés. De façon encore plus ésotérique, ce que communique le fait même que des personnes comme l'appelant, M. Zundel, peuvent publier et distribuer des documents sans se soucier de leur caractère erroné, est qu'il y a une valeur inhérente à la communication ou affirmation libre de «faits» ou d'«opinions».

Une autre difficulté consiste à déterminer si la signification particulière attribuée à la déclaration est vraie ou fausse, ce qui peut être facile dans beaucoup de cas et même en l'espèce. Mais dans d'autres, notamment lorsque des faits sociaux et historiques complexes entrent en compte, cela peut s'avérer extrêmement difficile.

Il existe dans le *Code criminel* des infractions en vertu desquelles il est possible de poursuivre une personne pour libelle—diffamatoire, blasphématoire et séditieux (qui semblent toutes avoir rarement été utilisées, pour ne pas dire jamais, et dont la constitutionnalité peut être contestée)—, mais c'est l'action civile en diffamation qui est le seul autre domaine important du droit où l'on demande à un jury de déterminer si une déclaration est vraie ou fausse. Mais on pourrait soutenir que les difficultés suscitées par cette exigence sont beaucoup moins insurmontables dans le cas de la diffamation que relativement à l'art. 181 du *Code criminel*. La diffamation met en cause une déclaration faite au sujet d'une personne donnée. On peut habituellement recourir à la preuve directe en ce qui concerne sa véracité ou sa fausseté. Aucun fait social ou historique complexe n'entre en jeu. Et, ce qui est encore plus important, l'incapacité de prouver la vérité entraîne des dommages-intérêts civils, et

to prove truth are civil damages, not the rigorous sanction of criminal conviction and imprisonment.

Before we put a person beyond the pale of the Constitution, before we deny a person the protection which the most fundamental law of this land on its face accords to the person, we should, in my belief, be entirely certain that there can be no justification for offering protection. The criterion of falsity falls short of this certainty, given that false statements can sometimes have value and given the difficulty of conclusively determining total falsity. Applying the broad, purposive interpretation of the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) hitherto adhered to by this Court, I cannot accede to the argument that those who deliberately publish falsehoods are for that reason alone precluded from claiming the benefit of the constitutional guarantees of free speech. I would rather hold that such speech is protected by s. 2(b), leaving arguments relating to its value in relation to its prejudicial effect to be dealt with under s. 1.

Such an approach is supported by the language of the *Charter* and the relationship it establishes between s. 1 and the enumerated rights. We start from the proposition that legislation limiting the enumerated rights may be unconstitutional. (There is no presumption of constitutionality: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 122, *per* Beetz J.) If a limitation on rights is established, the onus shifts to the Crown to show that the legislation is justified under s. 1, where the benefits and prejudice associated with the measure are weighed. The respondent's s. 2(b) arguments would require evaluation of the worth of the expression which is limited at the first stage. This is an approach which this Court has hitherto rejected and one which I would not embrace.

In concluding that the publication here in issue is protected by s. 2(b) of the *Charter*, I rely in the final analysis upon the words of Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at pp. 765-66:

non pas une sanction sévère comme une condamnation criminelle et l'emprisonnement.

Avant de mettre une personne au ban de la Constitution, avant de lui refuser la protection que la loi la plus fondamentale du pays accorde à première vue, il faudrait, à mon avis, être tout à fait sûr que rien ne justifie qu'on lui offre une protection. Le critère de la fausseté ne permet pas d'atteindre cette certitude, vu qu'une fausse déclaration peut parfois avoir une certaine valeur et vu la difficulté de déterminer de façon concluante sa fausseté totale. Appliquant à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) l'interprétation large et fondée sur l'objet admise jusqu'ici par notre Cour, je ne peux pas accepter l'argument que ceux qui publient délibérément des faussetés ne peuvent pas, pour cette seule raison, se prévaloir des garanties constitutionnelles relatives à la liberté de parole. J'affirmerais plutôt que ce mode d'expression est protégé par l'al. 2b) mais, pour ce qui est des arguments concernant sa valeur par rapport à son effet préjudiciable, il faudrait les examiner en vertu de l'article premier.

Le libellé de la *Charte* et le rapport qu'elle établit entre l'article premier et les droits énumérés viennent appuyer une démarche de ce genre. Nous partons de la proposition qu'une loi qui limite les droits énumérés peut être inconstitutionnelle. (Il n'y a pas de présomption de constitutionnalité: *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, à la p. 122, le juge Beetz.) Si l'on détermine qu'il y a une limitation des droits, il incombe alors au ministère public de prouver que la loi se justifie en vertu de l'article premier lorsque l'on pondère les avantages et le préjudice associés à la mesure législative. Les arguments de l'intimée fondés sur l'al. 2b) nécessiteraient une évaluation au premier stade de l'expression qui est limitée. C'est une approche que notre Cour a rejetée jusqu'ici et que je n'adopterais pas.

Pour conclure que la publication dont il est question en l'espèce est protégée par l'al. 2b) de la *Charte*, je me fie en dernière analyse à ce qu'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 765 et 766:

... it must be emphasized that the protection of extreme statements, even where they attack those principles underlying the freedom of expression, is not completely divorced from the aims of s. 2(b) of the *Charter*. . . . [I]t is partly through clash with extreme and erroneous views that truth and the democratic vision remain vigorous and alive. . . . [C]ondoning a democracy's collective decision to protect itself from certain types of expression may lead to a slippery slope on which encroachments on expression central to s. 2(b) values are permitted. To guard against such a result, the protection of communications virulently unresponsive of free expression values may be necessary in order to ensure that expression more compatible with these values is never unjustifiably limited.

Having concluded that the publication here at issue is protected by s. 2(b) of the *Charter*, I come to the question of whether the purpose or effect of s. 181 of the *Criminal Code* is to restrict this sort of expression.

The respondent correctly concedes that the Government's purpose in and the effect of s. 181 is to restrict expressive activity. The argument of the interveners, the Canadian Jewish Congress, that the purpose and effect of s. 181 are not to restrict expression but rather to prevent the harmful consequences of publications such as the one at issue, misses the point. First, this Court has never focused upon a particular consequence of a proscribed act in assessing the legislation's purpose; the Court examines what might be called the 'facial' purpose of the legislative technique adopted by Parliament to achieve its ends: see, for example, *Irwin Toy, supra*, at pp. 973-76. Second, a legislative provision may have many effects. One demonstrated effect of s. 181 in the case at bar is to subject Mr. Zundel to criminal conviction and potential imprisonment because of words he published. In the face of this reality, it is undeniable that s. 181, whatever its purpose, has the effect of restricting freedom of expression.

Il faut souligner [. . .] que la protection de déclarations extrêmes, même lorsqu'elles attaquent les principes qui sous-tendent la liberté d'expression, n'est pas tout à fait étrangère aux objets de l'al. 2b) de la *Charte*. [. . .] [C]'est en partie grâce à leur confrontation avec les vues extrêmes et erronées que la vérité et la vision démocratiques conservent toute leur vigueur et tout leur dynamisme [. . .]. [A]pprouver la décision collective d'une démocratie de se protéger contre certains types d'expression peut entraîner sur une pente dangereuse qui conduit à l'autorisation d'atteintes à une expression essentielle aux valeurs sous-jacentes à l'al. 2b). Pour parer à cette éventualité, la protection de communications qui s'opposent avec virulence aux valeurs de la libre expression peut être nécessaire pour protéger contre des restrictions injustifiables une expression plus compatible avec ces valeurs.

Après avoir conclu que la publication en cause en l'espèce est protégée par l'al. 2b) de la *Charte*, j'en viens à la question de savoir si l'art. 181 du *Code criminel* a pour objet ou pour effet de restreindre ce genre d'expression.

L'intimée reconnaît avec justesse que le gouvernement avait pour objet en ce qui a trait à l'art. 181, et que cet article a pour effet, de restreindre une activité expressive. L'argument de l'intervenant, le Congrès juif du Canada, selon lequel l'art. 181 n'a pas pour objet ni pour effet de restreindre l'expression mais plutôt d'empêcher les conséquences préjudiciables de publications comme celle qui est en cause passe à côté de la question. Premièrement, notre Cour n'a jamais insisté sur une conséquence particulière d'un acte interdit en évaluant l'objet de la loi; la Cour examine ce qu'on pourrait appeler l'objet «manifeste» de la technique législative adoptée par le législateur pour réaliser ses fins: voir, par exemple, *Irwin Toy*, précité, aux pp. 973 à 976. Deuxièmement, une disposition législative peut avoir de nombreux effets. L'un des effets démontrés de l'art. 181 en l'espèce est d'exposer M. Zundel à une condamnation criminelle et à l'emprisonnement à cause de mots qu'ils a publiés. Compte tenu de cette réalité, il est indéniable que l'art. 181, quel que soit son objet, a pour effet de restreindre la liberté d'expression.

I conclude that s. 181 violates s. 2(b) of the *Charter*.

3. *Is the Limitation Which Section 181 of the Criminal Code Imposes on the Right of Free Expression Justified Under Section 1 of the Charter?* <sup>a</sup>

Section 1 of the *Charter* provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* <sup>b</sup> guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The first question is whether s. 181 represents a "limit prescribed by law". It was argued that the difficulty of ascertaining what constitutes a "statement, tale or news" as opposed to an opinion, as well as the vagueness of the term "injury or mischief to a public interest", render s. 181 so vague that it cannot be considered a definable legal limit. Preferring as I do to deal with the matter on its merits, I assume without deciding that s. 181 <sup>c</sup> passes this threshold test.

Section 1 requires us to weigh the intrusion of rights represented by the impugned legislation against the state's interest in maintaining the legislation. In this case that translates to weighing the state's interest in proscribing expression which it deems 'likely to cause injury or mischief to a [matter of] public interest' on pain of criminal sanction against the individual's constitutional right to express his or her views. Where a law restricts an express constitutional right, as in this case, the *Charter* <sup>d</sup> permits the limitation to be maintained only if the Crown shows that the restriction is "demonstrably justified" in a "free and democratic society"—that is, a society based on the recognition of fundamental rights, including tolerance of expression which does not conform to the views of the majority. <sup>e</sup>

I turn first to the state's interest in prohibiting the expression here at issue—the question of <sup>f</sup>

Je conclus que l'art. 181 viole l'al. 2b) de la *Charte*.

3. *La limite que l'art. 181 du Code criminel impose à la liberté d'expression est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?*

L'article premier de la *Charte* prévoit:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* <sup>b</sup> garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. <sup>c</sup>

La première question est de savoir si l'art. 181 représente une restriction prévue «par une règle de droit». On a soutenu que la difficulté d'établir ce qui constitue «une déclaration, une histoire ou une nouvelle» par opposition à une opinion, et le caractère imprécis de l'expression «une atteinte ou du tort à quelque intérêt public» font que l'art. 181 est si vague qu'il ne peut pas être considéré comme une limite légale définissable. Comme je préfère examiner la question au fond, je suppose, sans toutefois trancher, que l'art. 181 satisfait aux exigences minimales de ce critère.

L'article premier exige que nous comparions l'atteinte aux droits représentée par la loi contestée et l'intérêt de l'État dans le maintien de la loi. En l'espèce, cela correspond à comparer l'intérêt de l'État à interdire l'expression qui semble «de nature à causer une atteinte ou du tort à [une question d]intérêt public» sous peine de sanction pénale et le droit que la Constitution accorde à l'individu d'exprimer ses opinions. Lorsqu'une loi restreint un droit constitutionnel précis, comme en l'espèce, la *Charte* <sup>d</sup> permet que la limite ne soit maintenue que si le ministère public prouve qu'il s'agit d'une restriction «dont la justification puisse se démontrer» dans le cadre d'une «société libre et démocratique»—c'est-à-dire une société fondée sur la reconnaissance de droits fondamentaux, notamment la tolérance de l'expression d'opinions qui ne sont pas conformes à celles de la majorité. <sup>e</sup>

Je vais traiter, en premier lieu, de l'intérêt de l'État à interdire l'expression en cause dans la pré-

whether the Crown has established an overriding public objective, to use the language of *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In determining the objective of a legislative measure for the purposes of s. 1, the Court must look at the intention of Parliament when the section was enacted or amended. It cannot assign objectives, nor invent new ones according to the perceived current utility of the impugned provision: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 334, in which this Court rejected the U.S. doctrine of shifting purposes. Although the application and interpretation of objectives may vary over time (see, e.g., *Butler*, *supra*, per Sopinka J., at pp. 494-96), new and altogether different purposes should not be invented. The case is quite different from the anti-obscenity legislation in *Butler* where the goal historically and to the present day is the same—combatting the “detrimental impact” of obscene materials on individuals and society—even though our understanding or conception of that detrimental impact (a “permissible shift in emphasis”) may have evolved, as Sopinka J. noted. My colleagues say that it is a permissible shift in emphasis that the false news provision was originally focused on the “prevention of deliberate slanderous statements against the great nobles of the realm” and is now said to be concerned with “attacks on religious, racial or ethnic minorities” (see p. 820). But this is no shift in emphasis with regard to the purpose of the legislation—this is an outright redefinition not only of the purpose of the prohibition but also of the nature of the activity prohibited. To convert s. 181 into a provision directed at encouraging racial harmony is to go beyond any permissible shift in emphasis and effectively rewrite the section.

It is argued that this interpretation represents a mere shift in emphasis because the thrust of s. 181 and its predecessors, like the obscenity provisions in *Butler*, disclosed a single goal: “[t]he protection

sente affaire—la question de savoir si le ministère public a prouvé l’existence d’un objectif public prépondérant, pour utiliser les termes employés dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Pour déterminer l’objectif d’une mesure législative aux fins de l’article premier, la Cour doit examiner quelle était l’intention du législateur au moment de l’adoption ou de la modification de l’article. Elle ne peut pas attribuer d’objectifs ni en inventer de nouveaux selon l’utilité, telle qu’elle est perçue actuellement, de la disposition contestée: voir l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 334, dans lequel notre Cour a rejeté la théorie américaine de l’objet changeant. Bien que l’application et l’interprétation des objets puissent varier avec le temps (voir, par exemple, *Butler*, précité, aux pp. 494 à 496, le juge Sopinka), on ne devrait pas inventer d’objets nouveaux et entièrement différents. La présente affaire est tout à fait différente de la loi contre l’obscénité évoquée dans l’arrêt *Butler* qui a, historiquement et jusqu’à aujourd’hui, tendu vers le même but—lutter contre l’«effet nocif» du matériel obscène sur les individus et la société—même si notre compréhension ou notre conception de cet effet nocif (un changement acceptable de l’accent) a peut-être évolué, comme l’a fait remarquer le juge Sopinka. Mes collègues sont d’avis que le fait que la disposition relative aux fausses nouvelles qui était initialement axée sur «la prévention des déclarations diffamatoires délibérées contre la haute noblesse du royaume» vise maintenant les «atteintes contre les minorités religieuses, raciales ou ethniques» constitue un changement acceptable de l’accent (voir à la p. 820). Toutefois, il ne s’agit pas d’un changement de l’accent en ce qui concerne l’objet de la mesure législative—il s’agit d’une redéfinition complète non seulement de l’objet de l’interdiction mais également de la nature de l’activité interdite. Transformer l’art. 181 en une disposition visant à favoriser l’harmonie raciale serait aller au-delà de tout changement acceptable de l’accent et effectivement récrire l’article.

On soutient que cette interprétation représente un simple changement de l’accent parce que l’art. 181 et les textes qui l’ont précédé, comme les dispositions relatives à l’obscénité évoquées dans

of the public interest from harm” or from that which would “threaten the integrity of the social fabric” (the reasons of Cory and Iacobucci JJ., at p. 820). Yet, all *Criminal Code* provisions—as well as much statutory regulation in the public and private law spheres—have as their basic purpose the protection of the public from harm and the maintenance of the integrity of the social fabric. Indeed, one might argue that such was the goal of the obscenity provisions under review in *Butler*, yet the Court did not adopt that as the legislation’s objective. Instead, it relied upon a specific objective concerning the effect of pornographic materials on individuals and the resultant impact on society. If the simple identification of the (content-free) goal of protecting the public from harm constitutes a “pressing and substantial” objective, virtually any law will meet the first part of the onus imposed upon the Crown under s. 1. I cannot believe that the framers of the *Charter* intended s. 1 to be applied in such a manner. Justification under s. 1 requires more than the general goal of protection from harm common to all criminal legislation; it requires a specific purpose so pressing and substantial as to be capable of overriding the *Charter*’s guarantees. To apply the language used by Sopinka J. in *Butler* (at p. 496); s. 181 cannot be said to be directed to avoidance of publications which “seriously offend the values fundamental to our society”, nor is it directed to a “substantial concern which justifies restricting the otherwise full exercise of the freedom of expression”.

It is impossible to say with any assurance what Parliament had in mind when it decided, contrary to what had happened in other democracies, to leave s. 181 as part of our criminal law. Five parties made written submissions on this issue; five different objectives were posited by them. Those supporting the legislation offer the following three theories as to the purpose of s. 181:

l’arrêt *Butler*, ne révélaiet qu’un seul et unique but: «[l]a protection contre les préjudices causés à l’intérêt public» ou contre ce qui est susceptible «de menacer l’intégrité du tissu social» (les motifs des juges Cory et Iacobucci, à la p. 820). Cependant, toutes les dispositions du *Code criminel*—ainsi que bien des règlements d’application des lois dans les domaines du droit public et du droit privé—ont pour but fondamental la protection contre les atteintes à l’intérêt public et le maintien de l’intégrité du tissu social. En fait, on pourrait faire valoir que c’était là l’objet des dispositions relatives à l’obscénité examinées dans l’arrêt *Butler*, mais ce n’est pas ce que la Cour a retenu comme conclusion. Elle s’est plutôt fondée sur un objet précis concernant l’effet du matériel pornographique sur les particuliers et les répercussions sur la société. Si la simple détermination du but (sans teneur) de protéger le public contre toute atteinte constitue un objet «urgent et réel», presque toute loi satisfera au premier volet de l’obligation imposée au ministère public en vertu de l’article premier. Je ne puis croire que les rédacteurs de la *Charte* aient voulu que l’article premier s’applique de cette façon. La justification en vertu de l’article premier exige plus que l’objectif général de la protection contre les préjudices commun à toutes les dispositions législatives de nature pénale; elle exige un but précis urgent et réel au point de pouvoir passer outre aux garanties offertes par la *Charte*. Pour appliquer les termes utilisés par le juge Sopinka dans l’arrêt *Butler* (à la p. 496), on ne peut pas dire que l’art. 181 vise à éviter les publications qui «[vont] sérieusement à l’encontre des valeurs fondamentales de notre société» ni qu’il vise une «préoccupation réelle qui justifie la restriction du plein exercice de la liberté d’expression».

Il est impossible de dire avec quelque assurance quel but poursuivait le législateur quand il a décidé, contrairement à ce qui s’est produit dans d’autres démocraties, de maintenir l’art. 181 dans notre droit pénal. Cinq parties ont présenté des mémoires sur cette question: elles ont avancé cinq objectifs différents. Ceux qui appuient la loi présentent les trois théories suivantes relativement à l’objet de l’art. 181:

1. to protect matters that rise to a level of public interest from being jeopardized by false speech (respondent);

2. to further racial and social tolerance (Canadian Jewish Congress); and

3. to ensure that meaningful public discussion is not tainted by the deleterious effects of the wilful publication of falsehoods which cause, or are likely to cause, damage to public interests, to the detriment of public order (Attorney General for Canada).

The difficulty in assigning an objective to s. 181 lies in two factors: the absence of any documentation explaining why s. 181 was enacted and retained and the absence of any specific purpose disclosed on the face of the provision. We know that its original purpose in the 13th century was to preserve political harmony in the state by preventing people from making false allegations against the monarch and others in power. This ostensibly remained the purpose through to the 19th century. However, in the 20th century, Parliament removed the offence from the political "Sedition" section of the *Code* and placed it in the "Nuisance" section, suggesting that Parliament no longer saw it as serving a political purpose. It is to be further noted that it does not appear in that part of the *Criminal Code* dedicated to "Offences Against the Person and Reputation", in which both the hate propaganda and defamatory libel provisions appear. Beyond this all is speculation. No Parliamentary committees commented on the matter; no debates considered it. Nor do the vague, general words employed in the text of s. 181 offer insight into what purpose Parliament might have had in mind in enacting and retaining it.

All this stands in sharp contrast to the hate propaganda provision of the *Criminal Code* at issue in *Keegstra*—s. 319(2). Both the text of that provision and its long and detailed Parliamentary history, involving Canada's international human rights obligations, the Cohen Committee Report (*Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada* (1966)) and the Report of the

1. empêcher que les affaires qui atteignent un certain niveau d'intérêt public ne soient compromises par des déclarations fausses (l'intimée);

2. favoriser la tolérance raciale et sociale (le Congrès juif du Canada);

3. veiller à ce que les débats utiles ne soient viciés par les effets nocifs de la publication de faussetés qui causent ou sont de nature à causer un préjudice à des intérêts publics au détriment de l'ordre public (le procureur général du Canada).

La difficulté d'attribuer un objet à l'art. 181 vient de deux facteurs: l'absence de toute documentation expliquant pourquoi l'art. 181 a été adopté et maintenu et l'absence de tout objet précis ressortant de la lecture de la disposition. Nous savons que son objet initial au XIII<sup>e</sup> siècle était de préserver l'harmonie politique dans le pays en empêchant les gens de faire de fausses insinuations contre le monarque et les autres personnes au pouvoir. Cet objet s'est manifestement perpétué jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle. Toutefois, au cours du XX<sup>e</sup> siècle, le législateur a rayé l'infraction de l'article du *Code* portant sur la «sédition», qui est politique, et l'a inséré dans l'article consacré à la «nuisance», ce qui laisse entendre qu'il ne le considérait plus comme servant à une fin politique. Il convient également de noter qu'elle ne se trouve pas dans la partie du *Code criminel* qui vise les «Infractions contre la personne et la réputation», dans laquelle se trouvent les dispositions relatives à la propagande haineuse et le libelle diffamatoire. Tout le reste n'est que supposition. Aucun comité parlementaire n'a fait de remarques sur la question et aucun débat n'a porté sur celle-ci. Le libellé général et imprécis de l'art. 181 ne donne pas non plus d'idées sur l'objet que le législateur aurait pu avoir en vue en l'adoptant et en le conservant.

Tout cela contraste beaucoup avec la disposition du *Code criminel* concernant la propagande haineuse en cause dans l'affaire *Keegstra*, c'est-à-dire le par. 319(2). Tant le libellé de cette disposition que sa longue histoire détaillée sur le plan législatif concernant les obligations internationales du Canada relativement aux droits de la personne, ainsi que le Rapport du Comité Cohen (*Rapport du*

Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society (*Equality Now!* (1984)), permitted ready identification of the objective Parliament had in mind. Section 319(2), under challenge in *Keegstra*, was part of the amendments to the *Criminal Code* “essentially along the lines suggested by the [Cohen] Committee . . .” (*per* Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at p. 725). The evil addressed was hate-mongering, particularly in the racial context. The provision at issue on this appeal is quite different. Parliament has identified no social problem, much less one of pressing concern, justifying s. 181 of the *Criminal Code*. To suggest that the objective of s. 181 is to combat hate propaganda or racism is to go beyond its history and its wording and to adopt the “shifting purpose” analysis this Court has rejected. Such an objective, moreover, hardly seems capable of being described as a “nuisance”, the rubric under which Parliament has placed s. 181, nor as the offence’s target of mere “mischief” to a public interest.

The lack of any ostensible purpose for s. 181 led the Law Reform Commission in 1986 (Working Paper 50: *Hate Propaganda*) to recommend repeal of the section, labelling it as “anachronistic”, a conclusion which flies in the face of the suggestion that s. 181 is directed to a pressing and substantial social concern. It is noteworthy that no suggestion has been made before this Court that Canada’s obligations under the international human rights conventions to which it is a signatory require the enactment of any provision(s) other than that section which was under review in *Keegstra*: s. 319. The retention of s. 181 is not therefore necessary to fulfil any international obligation undertaken by Parliament.

Can it be said in these circumstances that the Crown has discharged the burden upon it of establishing that the objective of the legislation is press-

*Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* (1966)) et le Rapport du Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne (*L'égalité ça presse!* (1984)), ont permis de déterminer promptement l’objet que le législateur avait en vue. Le paragraphe 319(2), qui était contesté dans l’affaire *Keegstra*, faisait partie des modifications apportées au *Code criminel* «pour l’essentiel selon les recommandations du Comité [Cohen] . . .» (*Keegstra*, précité, à la p. 725, le juge en chef Dickson). Le mal concerné était la fomentation de la haine, notamment dans le contexte racial. La disposition en cause dans le présent pourvoi est tout à fait différente. Le législateur n’a fait part d’aucun problème social, bien moins encore d’une préoccupation urgente, pour justifier l’art. 181 du *Code criminel*. Si l’on prétend que l’objet de l’art. 181 est de lutter contre la propagande haineuse ou le racisme, on va au-delà de son historique et de son libellé et on adopte l’analyse fondée sur l’«objet changeant», que notre Cour a rejetée. Il semble en outre que l’on puisse difficilement décrire un tel objectif comme une «nuisance», rubrique sous laquelle le législateur a placé l’art. 181, ni comme un simple «tort» à quelque intérêt public prévu par l’infraction.

L’absence de tout objet manifeste en ce qui concerne l’art. 181 a amené la Commission de réforme du droit à recommander en 1986 (Document de travail 50: *La propagande haineuse*) l’abrogation de l’article, en le qualifiant d’«anachronique», conclusion qui bat en brèche la proposition selon laquelle l’art. 181 concerne une préoccupation sociale urgente et réelle. Il convient de noter que personne n’a laissé entendre devant notre Cour que les obligations du Canada en vertu des conventions internationales sur les droits de la personne dont il est signataire exigent l’adoption d’une ou de plusieurs dispositions autres que l’article examiné dans l’arrêt *Keegstra*: l’art. 319. Le maintien de l’art. 181 n’est donc pas nécessaire pour que soit respectée toute obligation internationale assumée par le Parlement.

Peut-on dire dans ces circonstances que le ministère public s’est acquitté de l’obligation qui lui incombait de prouver que l’objectif de la loi est



ing and substantial, in short, of sufficient importance to justify overriding the constitutional guarantee of freedom of expression? I think not. It may be that s. 181 is capable of serving legitimate purposes. But no objective of pressing and substantial concern has been identified in support of its retention in our *Criminal Code*. Other provisions, such as s. 319(2) of the *Criminal Code*, deal with hate propaganda more fairly and more effectively. Still other provisions seem to deal adequately with matters of sedition and state security.

Parliament's enactment of s. 319 of the *Criminal Code*, a provision carefully tailored to combat the propagation of hate—the evil at which my colleagues believe s. 181 now also to be directed, should not be overlooked. The “further[ance of] racial, religious and social tolerance” and the “safeguard[ing of] the public interest against social intolerance and public alarm”, the goals ascribed to s. 181 by my colleagues, are the focus of the *Code*'s proscription of hate propaganda. Racial minorities, as “identifiable groups” within the meaning of s. 319, are not “stateless” persons like those referred to in the powerful remarks of Professor Mari Matsuda quoted in the reasons of Cory and Iacobucci JJ. Like my colleagues, I readily acknowledge the pernicious effects of the propagation of hate; such effects are indeed of relevance to a s. 1 analysis of s. 319, as was evident in this Court's decision in *Keegstra, supra*. I concur, as well, with the *dicta* in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, that the *Charter* should not be used “as a weapon to attack measures intended to protect the disadvantaged” (p. 233), but I find the principle's application in this context ironic. Section 2(b) of the *Charter* has as one of its fundamental purposes the protection of the freedom of expression of the minority or disadvantaged, a freedom essential to their full participation in a democracy and to the assurance that their basic rights are respected. The proscription of false news was originally intended to protect the mighty and the powerful from discord or slander; there is nothing to suggest any legislative intention to transform s. 181 from a mechanism for the

urgent et réel, en bref, suffisamment important pour justifier de passer outre à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression? Je ne le crois pas. Il se peut que l'art. 181 puisse répondre à des fins légitimes. Mais aucun objectif d'un caractère urgent et réel n'a été présenté à l'appui de son maintien dans notre *Code criminel*. D'autres dispositions, telles que le par. 319(2) du *Code criminel*, traitent plus équitablement et efficacement de la propagande haineuse. D'autres encore semblent traiter adéquatement des questions de sédition et de sécurité de l'État.

Il ne faudrait pas oublier que le législateur a adopté l'art. 319 du *Code criminel*, une disposition conçue précisément pour lutter contre la propagande haineuse — fléau que l'art. 181 vise également maintenant, selon mes collègues. La promotion de «la tolérance raciale, religieuse et sociale» et la préservation de «l'intérêt public contre l'intolérance sociale et l'inquiétude publique», buts attribués à l'art. 181 par mes collègues, sont au centre de la proscription, par le *Code*, de la propagande haineuse. Les minorités raciales, en tant que «groupe identifiable» au sens de l'art. 319, ne sont pas des «apatrides» comme les personnes mentionnées dans les remarques énergiques du professeur Mari Matsuda citées dans les motifs des juges Cory et Iacobucci. À l'instar de mes collègues, je reconnais volontiers les effets pernicioeux de la propagande haineuse; de tels effets sont vraiment pertinents dans le cas d'une analyse de l'art. 319 fondée sur l'article premier, comme l'a démontré l'arrêt *Keegstra*, précité, rendu par notre Cour. Je souscris également aux remarques incidentes figurant dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, selon lesquelles la *Charte* ne devrait pas être utilisée «pour contester des mesures destinées à protéger les membres les moins favorisés de la société» (p. 233), mais je trouve paradoxale l'application du principe dans le présent contexte. Un des buts fondamentaux de l'al. 2b) de la *Charte* est la protection de la liberté d'expression de la minorité ou des défavorisés, une liberté essentielle à leur pleine participation à une démocratie et à la garantie que leurs droits fondamentaux sont respectés. Initialement la proscrip-

maintenance of the status quo into a device for the protection of "vulnerable social groups".

In the rational connection portion of their analysis (pp. 829-30), Cory and Iacobucci JJ. rely upon the *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*, which impugned the "19th century belief" that man was a "rational creature" who could distinguish between truth and falsity. We are told that "[w]e cannot share this faith today in such a simple form"—thus, a limitation of this type of speech is rationally connected to the goal of furthering racial tolerance. This lesson of history is paid heed to, but no credence appears to be given to the similar lesson (or warning) of history regarding the potential use by the state (or the powerful) of provisions, such as s. 181, to crush speech which it considers detrimental to its interests, interests frequently identified as equivalent to the "public interest". History has taught us that much of the speech potentially smothered, or at least 'chilled', by state prosecution of the proscribed expression is likely to be the speech of minority or traditionally disadvantaged groups.

The fact that s. 181 has been so rarely used despite its long history supports the view that it is hardly essential to the maintenance of a free and democratic society. Moreover, it is significant that the Crown could point to no other free and democratic country which finds it necessary to have a law such as s. 181 on its criminal books. I would be remiss not to acknowledge here the provisions which my colleagues' research has discovered, under the heading *Legislative Responses in Other Jurisdictions* (pp. 812-14). A review of these examples reveals their minimal relevance to this appeal. The Italian provision, although not reproduced for our inspection, has clearly been limited in its scope to the preservation of the rule of law or the legal order by the Italian constitutional court

tion des fausses nouvelles visait la protection des puissants contre la discorde ou la calomnie; rien ne donne à entendre que le législateur avait l'intention de transformer l'art. 181 d'un mécanisme visant à conserver le statu quo en un dispositif visant à protéger les «groupes sociaux vulnérables».

Dans la partie de leur analyse traitant du lien rationnel (aux pp. 829 et 830), les juges Cory et Iacobucci se fondent sur le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*, qui contestait la «croyance du XIX<sup>e</sup> siècle» selon laquelle l'homme était une «créature raisonnable» pouvant faire la distinction entre la vérité et le mensonge. On nous dit que, «[d]e nos jours, nous ne saurions partager une opinion si simple»—ainsi, une restriction de ce genre de discours a un lien rationnel avec l'objectif de la promotion de la tolérance raciale. Il est tenu compte de cette leçon de l'histoire mais on ne semble pas ajouter foi à la leçon (ou à l'avertissement) similaire de l'histoire en ce qui a trait à l'utilisation possible par l'État (ou les puissants) de dispositions, telles que l'art. 181, pour réprimer le discours qu'il juge nocif pour ses intérêts, souvent considérés comme équivalant à l'«intérêt public». L'histoire nous a montré qu'il arrive fréquemment que le discours susceptible d'être réprimé, ou du moins «paralysé», par la poursuite par l'État de l'expression proscrite soit le discours de la minorité ou de groupes traditionnellement défavorisés.

Le fait que l'art. 181 ait été si rarement utilisé malgré sa longue existence vient étayer l'opinion selon laquelle il n'est guère essentiel au maintien d'une société libre et démocratique. De plus, il est révélateur que le ministère public n'ait pu mentionner aucun autre pays libre et démocratique qui estime nécessaire d'avoir une disposition législative comme l'art. 181 dans ses recueils de droit pénal. Il serait négligent de ma part de ne pas tenir compte ici des dispositions que mes collègues ont découvertes dans leurs recherches, sous la rubrique *Mesures législatives adoptées ailleurs* (aux pp. 812 à 814). Un examen de ces exemples révèle qu'ils ont peu de rapport avec le présent pourvoi. En ce qui concerne la disposition italienne, bien qu'elle ne soit pas reproduite, sa portée se limite claire-

referred to by my colleagues; there is no indication that the provision extends to the promotion of racial harmony. Even less relevant are the Danish *Criminal Code* provisions to which Cory and Iacobucci JJ. refer. On a plain reading, s. 140 of the Danish *Code* is directed not to false statements of fact, but to insulting remarks about the religious practices of others; s. 266(b), on the other hand, is equally clearly a proscription of hate propaganda similar to s. 319 of our *Criminal Code*, upheld in *Keegstra*. Of the German offences mentioned, only that dealing specifically with Holocaust denial would appear to be directed to false statements of fact, a much more finely tailored provision to which different considerations might well apply. As indicated above, the forerunner of our s. 181 was repealed in England over a century ago, leaving no apparent lacunae in the criminal law of a country that has seen its share of social and political upheavals over the ensuing period. It is apparently not to be found in the United States. How can it be said in the face of facts such as these and in the absence of any defined evil at which the section is directed that the retention of the false news offence in this country is a matter of pressing and substantial concern justifying the overriding of freedom of expression? In *Butler*, this Court, *per* Sopinka J., at p. 497, relied on the fact that legislation of the type there at issue, pornography legislation, may be found in most free and democratic societies in justifying the restrictions it imposes on freedom of expression. The opposite is the case with s. 181 of the *Criminal Code*.

In the absence of an objective of sufficient importance to justify overriding the right of free expression, the state's interest in suppressing expression which may potentially affect a public interest cannot outweigh the individual's constitutional right of freedom of expression and s. 181 cannot be upheld under s. 1 of the *Charter*. But

ment à la préservation de la primauté du droit ou de l'ordre juridique par la cour constitutionnelle italienne dont mes deux collègues font mention; rien n'indique que la disposition s'étende à la promotion de l'harmonie raciale. Encore moins pertinentes sont les dispositions du *Code criminel* danois auxquelles les juges Cory et Iacobucci se reportent. Une simple lecture illustre bien que l'art. 140 du *Code* danois ne vise pas les fausses déclarations de fait mais plutôt les remarques insultantes au sujet des pratiques religieuses d'autrui; par ailleurs, l'al. 266b) est aussi manifestement une proscription de la propagande haineuse analogue à l'art. 319 de notre *Code criminel*, confirmée dans l'arrêt *Keegstra*. Quant aux infractions allemandes mentionnées, seule celle qui traite expressément de la négation de l'Holocauste viserait les fausses déclarations de fait, c'est-à-dire une disposition beaucoup plus précise à laquelle des considérations différentes pourraient très bien s'appliquer. Comme je l'ai déjà mentionné, le texte qui a précédé notre art. 181 a été abrogé en Angleterre il y a plus d'un siècle et ne semble avoir laissé aucune lacune dans le droit pénal d'un pays qui a connu sa part de perturbations sociales et politiques depuis. On ne le retrouve apparemment pas aux États-Unis. Comment peut-on dire, devant de tels faits et en l'absence de tout mal précis visé par l'article, que le maintien de l'infraction relative aux fausses nouvelles dans notre pays est une question urgente et réelle qui justifie l'atteinte portée à la liberté d'expression? Dans l'arrêt *Butler*, notre Cour, par l'entremise du juge Sopinka à la p. 497, s'est fondée sur le fait que l'on trouve dans la plupart des sociétés libres et démocratiques une loi du genre de celle qui était en cause, une loi sur la pornographie, pour justifier les restrictions qu'elle impose à la liberté d'expression. C'est le contraire qui se produit avec l'art. 181 du *Code criminel*.

Faute d'un objectif suffisamment important pour justifier une atteinte à la liberté d'expression, l'intérêt de l'État à abolir l'expression qui peut avoir un effet sur un intérêt public ne peut pas l'emporter sur la liberté d'expression que la Constitution garantit, et l'art. 181 ne peut pas être maintenu en vertu de l'article premier de la *Charte*. Même si on

even if one were to attribute to s. 181 an objective of promoting social and racial tolerance in society and manage the further leap of concluding that objective was so pressing and substantial as to be capable of overriding entrenched rights, the Crown's case under s. 1 of the *Charter* would fail for want of proportionality between the potential reach of s. 181 on the one hand, and the "evil" to which it is said to be directed on the other.

Assuming a rational link between the objective of social harmony and s. 181 of the *Criminal Code*, the breadth of the section is such that it goes much further than necessary to achieve that aim. Accepting that the legislative solution need not be "perfect", it nevertheless must be "appropriately and carefully tailored in the context of the infringed right": *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1138. The effect of s. 181 is to inhibit the expression or publication of any statements which may be found by a jury to be factual, false and likely to cause injury or mischief to a public interest. The territory covered by this prohibition can only be described as vast, as revealed by a brief look at the key phrases on which guilt or innocence turns.

The phrase "statement, tale or news", while it may not extend to the realm of true opinion (wherever the line is to be drawn, itself a question of great difficulty), obviously encompasses a broad range of historical and social speech, going well beyond what is patent or provable to the senses as a matter of "pure fact". Indeed, one of the cases relied upon in support of the proposition that the section deals only with statements of fact and not with expressions of opinion, *R. v. Hoaglin, supra*, demonstrates just how slippery the distinction may be. If the expression in issue in that case, in which a disaffected American settler in Alberta had printed posters which stated "Americans not wanted in Canada; investigate before buying land or taking homesteads in this country" is an exam-

avait attribuer à l'art. 181 l'objectif de promouvoir la tolérance sociale et raciale dans la société et aller ensuite plus loin pour conclure que l'objectif était urgent et réel au point de permettre de porter atteinte aux droits insérés dans la Constitution, le ministère public n'aurait pas gain de cause au chapitre de l'article premier de la *Charte* en raison d'un manque de proportionnalité entre la portée possible de l'art. 181, d'une part, et le «mal» qu'il est censé viser, d'autre part.

En supposant qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif de promouvoir l'harmonie sociale et l'art. 181 du *Code criminel*, l'article a une si grande portée qu'il va beaucoup plus loin qu'il ne faut pour atteindre ce but. Si l'on admet que la solution législative n'a pas besoin d'être «parfait[e]», elle doit cependant être «adéquatement et soigneusement adapté[e] au contexte du droit qui est violé»: *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1138. L'article 181 a pour effet d'empêcher l'expression ou la publication de toutes déclarations qui peuvent être considérées par un jury comme étant factuelles, fausses et de nature à causer une atteinte ou du tort à un intérêt public. On ne peut qualifier autrement que comme étant vaste, le champ d'application de cette interdiction, ainsi que le démontre un bref regard aux expressions clés autour desquelles tournent la responsabilité ou l'innocence d'une personne.

L'expression «une déclaration, une histoire ou une nouvelle», bien qu'elle puisse ne pas s'étendre au domaine de l'opinion véritable (l'endroit où la limite doit être tracée étant en soi une question très difficile), inclut manifestement un large éventail d'événements historiques et sociaux et va bien au-delà de ce qui est évident ou prouvable pour la raison en tant que «fait réel». En fait, l'un des arrêts à l'appui de l'argument selon lequel l'article ne vise que les déclarations de fait et non l'expression d'opinions, *R. c. Hoaglin, supra*, montre comment la distinction peut être subtile. Si l'expression visée dans cette affaire, dans laquelle un Américain mécontent établi en Alberta avait imprimé des affiches dont le message était [TRADUCTION] «Les Américains ne sont pas les bienvenus au Canada;

ple of a “false statement of fact” falling within the prohibition, one shudders to consider what other comments might be so construed. Nor are the difficulties confined to determining what is a factual assertion as opposed to an expression of opinion. What is false may, as the case on appeal illustrates, be determined by reference to what is generally (or, as in *Hoaglin*, officially) accepted as true, with the result that the knowledge of falsity required for guilt may be inferred from the impugned expression’s divergence from prevailing or officially accepted beliefs. This makes possible conviction for virtually any statement which does not accord with currently accepted “truths”, and lends force to the argument that the section could be used (or abused) in a circular fashion essentially to permit the prosecution of unpopular ideas. Particularly with regard to the historical fact—historical opinion dichotomy, we cannot be mindful enough both of the evolving concept of history and of its manipulation in the past to promote and perpetuate certain messages. The danger is not confined to totalitarian states like the Nazi regime in Germany or certain communist regimes of the past which blatantly rewrote history. We in Canada need look no further than the ‘not so noble savage’ portrayal of Native Canadians in our children’s history text books in the early part of this century. Similarly, in the United States, one finds the ongoing revision of the historical representation of African Americans, whose contribution to aspects of the history of the United States, such as their contribution to the North’s victory in the Civil War, is only now being recognized.

But perhaps the greatest danger of s. 181 lies in the undefined and virtually unlimited reach of the phrase “injury or mischief to a public interest”. Neither the respondent nor its supporting interveners has proffered any case law in which this phrase

renseignez-vous avant d’acheter des terrains ou de vous établir dans ce pays», est un exemple d’une «fausse déclaration de fait» qui s’inscrit dans le cadre de l’interdiction, on peut frémir quand on considère les autres commentaires qui pourraient être considérés ainsi. Le problème n’est pas simplement non plus de déterminer ce que constitue une affirmation de fait par opposition à l’expression d’une opinion. Ce qui est faux peut, comme l’illustre l’espèce, être déterminé en se reportant à ce qui est habituellement (ou, comme dans l’arrêt *Hoaglin*, officiellement) admis comme vrai, ce qui a pour résultat que la connaissance de la fausseté exigée pour qu’il y ait culpabilité peut se déduire de la mesure selon laquelle l’expression contestée diverge des croyances dominantes ou officiellement admises. Cela rend possible une déclaration de culpabilité pour presque toute déclaration qui n’est pas conforme aux «vérités» couramment acceptées et renforce l’argument selon lequel l’article pourrait être utilisé (ou mal utilisé) à la façon d’un cercle vicieux essentiellement pour permettre la poursuite en justice pour des idées impopulaires. Tout particulièrement en ce concerne la dichotomie fait historique-opinion historique, nous ne pouvons pas être trop attentifs tant au concept changeant de l’histoire qu’à sa manipulation dans le passé afin de promouvoir et de perpétuer certains messages. Le danger ne se limite pas aux États totalitaires comme le régime nazi en Allemagne ou certains régimes communistes du passé qui, de manière flagrante, ont récrit l’histoire. Nous au Canada n’avons pas besoin de regarder plus loin que le portrait de «méchants Indiens» que l’on faisait des autochtones canadiens dans nos livres d’histoire pour les enfants au début du siècle. De la même manière, aux États-Unis, on trouve actuellement une révision de la représentation historique des Afro-Américains, dont la contribution à divers aspects de l’histoire des États-Unis, comme leur contribution à la victoire du Nord dans la guerre de Sécession, ne fait que commencer à être reconnue.

Le plus grand danger que présente l’art. 181 vient peut-être de la portée indéterminée et pratiquement illimitée de l’expression «une atteinte ou du tort à quelque intérêt public». Ni l’intimée ni les intervenants qui l’appuient n’ont présenté de

has been applied to a given factual circumstance in a clear and consistent manner. My colleagues refer to the “serious harm” and “serious injury” caused by deliberate falsehoods, but this begs the question of what sort or degree of harm is necessary in order to bring the section into play. Indeed, the limited jurisprudence on s. 181 evidences conflicting opinions on what constitutes a threatened or injured “public interest” justifying criminal sanction. It is difficult to see how a broad, undefined phrase such as “public interest” can on its face constitute a restrained, appropriately limited measure which impairs the right infringed to the minimum degree consistent with securing the legislation’s objectives. Any deliberate lie (potentially defined as that which does not accord with accepted truth), which causes or is likely to cause “injury” or “mischief” to any “public interest” is within the potential reach of the section. The interpretation given to “public interest” in this case may not have been objectionable. But that is not the issue in determining whether a legislative restriction of rights is overbroad. The issue is whether the provision permits the state to restrict constitutional rights in circumstances and ways that may not be justifiable. The vague and broad wording of s. 181 leaves open that possibility.

Cory and Iacobucci JJ. propose to overcome this difficulty by defining the phrase “public interest” in accordance with selected *Charter* values. Two observations are relied upon—that courts regularly define phrases in legislation, and that the courts have not, thus far, adequately defined “public interest”—as the justification to define anew “public interest” in the context of s. 181’s purported application to Mr. Zundel. Although the section’s “legislative history” and the “legislative and social context in which it is used” is said by my colleagues to govern the definitional process, their interpretation focuses upon a select range of *Charter* values, values which do not include freedom of expression. In support of this technique, reliance is placed upon the following authorities: *Hills v.*

jurisprudence dans laquelle cette expression a été appliquée à un fait donné d’une manière claire et consistante. Mes collègues mentionnent le «préjudice grave» causé par les faussetés délibérées, mais il en découle la question de savoir quel est le genre et le degré de préjudice nécessaire pour entraîner l’application de l’article. En fait, la jurisprudence restreinte présentée relativement à l’art. 181 montre des opinions opposées sur ce qui constitue un «intérêt public» menacé ou lésé de manière à justifier une sanction pénale. Il est difficile de concevoir comment une expression vaste et indéterminée comme «intérêt public» peut, à première vue, constituer une mesure dûment limitée qui porte atteinte au droit transgressé au degré minimal compatible avec la réalisation des objectifs de la disposition législative. Tout mensonge délibéré (que l’on pourrait définir comme celui qui n’est pas conforme à la vérité admise), qui cause ou est de nature à causer «une atteinte» ou «du tort» à quelque «intérêt public», peut être visé par l’article. L’interprétation donnée à l’expression «intérêt public» en l’espèce n’était peut-être pas inacceptable. Mais là n’est pas la question qui se pose pour déterminer si une restriction législative de certains droits a une portée trop large. La question est de savoir si la disposition permet à l’État de restreindre des droits constitutionnels dans des circonstances et par des moyens qui peuvent ne pas être justifiables. Le libellé large et imprécis de l’art. 181 rend cela possible.

Les juges Cory et Iacobucci proposent de surmonter cette difficulté en définissant l’expression «intérêt public» en conformité avec certaines valeurs de la *Charte*. Ils s’appuient sur deux observations—que les tribunaux définissent régulièrement des expressions figurant dans des lois et qu’ils n’ont pas jusqu’ici défini de façon satisfaisante l’expression «intérêt public»—pour justifier une nouvelle tentative de définir cette expression dans le contexte de l’application de l’art. 181 qu’il faudrait supposément faire à l’égard de M. Zundel. Bien que mes collègues disent que l’«évolution législative» de la disposition et des «contextes législatif et social dans lesquels elle est utilisée» régissent le processus de définition, leur interprétation met l’accent sur une gamme choisie de valeurs

*Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654. These authorities confirm the following basic propositions: that the common law should develop in accordance with the values of the *Charter* (*Salituro*, *supra*, at p. 675), and that where a legislative provision, on a reasonable interpretation of its history and on the plain reading of its text, is subject to two equally persuasive interpretations, the Court should adopt that interpretation which accords with the *Charter* and the values to which it gives expression (*Hills* and *Slaight*, *supra*). None of these decisions stands for the proposition that an age-old provision whose aim and scope was created pre-*Charter* can, as of 1982, be redefined by reference to a present-day perception of utility.

The result of my colleagues' redefinition is the equation of "public interest" with "the protection and preservation of those rights and freedoms set out in the *Charter* as fundamental to Canadian society" (p. 807). Thus, for example, whenever the Crown can establish that the publication of a false statement is likely seriously to injure the dignity and equality of those whom ss. 15 and 27 of the *Charter* are intended to protect, the offence is made out. In so doing my colleagues have arguably created a new offence, an offence hitherto unknown to the criminal law. The promotion of equality and multiculturalism is a laudable goal, but, with respect, I can see no basis in the history or language of s. 181 to suggest that it is the motivating goal behind its enactment or retention. To import it is to engage not in a valid process of statutory interpretation, but in impermissible reading in of content foreign to the enactment; *Salituro*, *Slaight* and *Hills* were never intended to be taken this far.

Section 181 can be used to inhibit statements which society considers should be inhibited, like

de la *Charte*, qui ne comprennent pas la liberté d'expression. À l'appui de cette technique, mes collègues se fondent sur les arrêts suivants: *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654. Ces arrêts confirment les propositions fondamentales suivantes: que la common law devrait évoluer en conformité avec les valeurs de la *Charte* (*Salituro*, précité, à la p. 675) et que, lorsqu'une disposition législative, selon une interprétation raisonnable de son historique et une simple lecture de son texte, est soumise à deux interprétations également convaincantes, la Cour devrait adopter l'interprétation qui concorde avec la *Charte* et les valeurs qui y figurent (*Hills* et *Slaight*, précités). Aucun de ces arrêts ne signifie qu'une vieille disposition dont l'objet et la portée remontent avant l'adoption de la *Charte* peut, depuis 1982, être réinterprétée selon une perception actuelle de son utilité.

La nouvelle interprétation de mes collègues fait correspondre l'«intérêt public» à «la protection et à la préservation des droits et libertés énoncés dans la *Charte* comme étant fondamentaux pour la société canadienne» (p. 807). Par conséquent, chaque fois que le ministère public peut établir que la publication d'une fausse déclaration est susceptible de porter gravement atteinte à la dignité et à l'égalité de ceux que les art. 15 et 27 de la *Charte* visent à protéger, l'infraction est établie. Ainsi, on pourrait soutenir que mes collègues ont créé une nouvelle infraction, jusqu'à présent inconnue en droit pénal. La promotion de l'égalité et du multiculturalisme est un but louable, mais en toute déférence, il ne ressort nullement de l'historique ou du libellé de l'art. 181 que c'est là l'objet qui a motivé son adoption ou son maintien. Une telle application résulterait non pas d'un processus valide d'interprétation législative mais d'une interprétation large inadmissible de sa teneur qui ne tient pas compte de l'ensemble de la mesure législative; la Cour n'a jamais voulu aller si loin en ce qui concerne les arrêts *Salituro*, *Slaight* et *Hills*.

L'article 181 peut servir à interdire des déclarations qui, selon la société, devraient être interdites,

those which denigrate vulnerable groups. Its danger, however, lies in the fact that by its broad reach it criminalizes a vast penumbra of other statements merely because they might be thought to constitute a mischief to some public interest, however successive prosecutors and courts may wish to define these terms. The danger is magnified because the prohibition affects not only those caught and prosecuted, but those who may refrain from saying what they would like to because of the fear that they will be caught. Thus worthy minority groups or individuals may be inhibited from saying what they desire to say for fear that they might be prosecuted. Should an activist be prevented from saying "the rainforest of British Columbia is being destroyed" because she fears criminal prosecution for spreading "false news" in the event that scientists conclude and a jury accepts that the statement is false and that it is likely to cause mischief to the British Columbia forest industry? Should a concerned citizen fear prosecution for stating in the course of political debate that a nuclear power plant in her neighbourhood "is destroying the health of the children living nearby" for fear that scientific studies will later show that the injury was minimal? Should a medical professional be precluded from describing an outbreak of meningitis as an epidemic for fear that a government or private organization will conclude and a jury accept that his statement is a deliberate assertion of a false fact? Should a member of an ethnic minority whose brethren are being persecuted abroad be prevented from stating that the government has systematically ignored his compatriots' plight? These examples suggest there is merit in the submission of the Canadian Civil Liberties Association that the overbreadth of s. 181 poses greater danger to minority interest groups worthy of popular support than it offers protection.

These examples illustrate s. 181's fatal flaw—its overbreadth. At pages 830-33, Cory and Iacobucci

comme celles qui dénigrent des groupes vulnérables. Son danger toutefois est que, en raison de sa portée étendue, il érige en crime un grand nombre d'autres déclarations pour la seule raison qu'elles pourraient être considérées comme causant du tort à un intérêt public, quelle que soit la façon dont les procureurs de la poursuite et les tribunaux successifs voudront peut-être définir ces termes. Le danger s'accroît du fait que l'interdiction concerne non seulement ceux qui sont pris et poursuivis mais également ceux qui s'abstiennent peut-être de dire ce qu'ils souhaiteraient dire de peur d'être poursuivis. Ainsi des groupes minoritaires ou des particuliers honorables peuvent être empêchés de dire ce qu'ils veulent, de peur d'être poursuivis. Devrait-on empêcher une militante de dire que «l'on est en train de détruire la forêt pluviale de la Colombie-Britannique», parce qu'elle craint des poursuites criminelles pour avoir répandu de «fausses nouvelles» si des scientifiques concluent et si un jury reconnaît que la déclaration est fausse et qu'elle est de nature à causer du tort à l'industrie forestière de la Colombie-Britannique? Une citoyenne inquiète devrait-elle craindre d'être poursuivie pour avoir déclaré, dans le cadre d'un débat politique, qu'une centrale nucléaire située dans son voisinage «est en train de détruire la santé des enfants qui vivent à proximité», de crainte que des études scientifiques montrent plus tard que le tort était minime? Devrait-on empêcher un professionnel de la santé de décrire les premiers cas de méningite comme étant une épidémie, de crainte qu'un gouvernement ou un organisme privé concluent et qu'un jury reconnaisse plus tard que sa déclaration est l'affirmation délibérée d'un fait erroné? Devrait-on interdire à un membre d'une minorité ethnique dont les frères sont persécutés à l'étranger de déclarer que le gouvernement a systématiquement méconnu la situation critique que vivent ses compatriotes? Il ressort de ces exemples que l'Association canadienne des libertés civiles est justifiée de soutenir que la portée trop large de l'art. 181 crée un danger plus grand pour les groupes minoritaires méritant un appui populaire que la protection qu'elle leur accorde.

Ces exemples illustrent le défaut fatal de l'art. 181—sa portée trop large. Aux pages 830 à



JJ. attempt to alleviate the fears associated with the problem of overbreadth by arguing that the Crown will always bear a heavy onus in proving all of the elements under s. 181. It is argued that any danger is limited by the phrase "public interest" because even those publishing known falsehoods will not be prosecuted where their lies have an "overall beneficial or neutral effect". In this way, Cory and Iacobucci JJ. claim that the examples proffered above raise no practical problem (see p. 839).

I, for one, find cold comfort in the assurance that a prosecutor's perception of "overall beneficial or neutral effect" affords adequate protection against undue impingement on the free expression of facts and opinions. The whole purpose of enshrining rights in the *Charter* is to afford the individual protection against even the well-intentioned majority. To justify an invasion of a constitutional right on the ground that public authorities can be trusted not to violate it unduly is to undermine the very premise upon which the *Charter* is predicated.

Cory and Iacobucci JJ. make no mention of the reality that the decision to prosecute must, by necessity, be made by state agents and that the issue must be adjudicated upon by a judge and jury in a particular locale with a particular conception of a benefit to the public. All it takes is one judge and twelve jurors who believe that certain 'falsehoods' compromise a particular "public" interest, and that such falsehoods 'must have been' known to the accused, in order to convict. A jury in Port Alberni, B.C., may have a very different view of the overall beneficial impact of false statements of fact impugning the lumber industry than a jury in Toronto. Finally, Cory and Iacobucci JJ. fail to address the argument that the danger raised by these examples, the 'chilling effect' of s. 181, outweighs its minimal benefit given the alternative

833, les juges Cory et Iacobucci essaient d'apaiser les craintes associées au problème de la portée trop large en soutenant que le ministère public devra toujours s'acquitter de la lourde charge de démontrer tous les éléments de l'infraction prévus à l'art. 181. Ils soutiennent que tout danger est limité par l'expression «intérêt public» puisque même ceux qui publient délibérément des faussetés ne seront pas poursuivis lorsque leurs mensonges ont un «effet général bénéfique ou neutre». De cette façon, les juges Cory et Iacobucci prétendent que les exemples présentés ci-dessus ne soulèvent aucun problème pratique (voir à la p. 839).

Pour ma part, je ne trouve pas tellement rassurante la garantie selon laquelle la perception qu'un représentant du ministère public a de l'«effet général bénéfique ou neutre» accorde une protection adéquate contre un empiètement induit sur la liberté d'exprimer des faits et des opinions. La consécration des droits dans la *Charte* a pour but général d'accorder une protection individuelle contre la majorité, même bien intentionnée. Justifier un empiètement sur un droit constitutionnel pour le motif que l'on peut croire que les autorités publiques ne le violeront pas indûment sape le fondement même sur lequel repose la *Charte*.

Les juges Cory et Iacobucci ne font pas mention du fait bien réel que la décision de poursuivre doit nécessairement être prise par des représentants de l'État et que l'affaire doit être tranchée par un juge et un jury dans une région donnée ayant une conception particulière d'un avantage pour le public. Tout ce qu'il faut pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, c'est un juge et douze jurés qui croient que certaines «faussetés» compromettent un intérêt «public» particulier et que l'accusé «devait» savoir qu'il s'agissait de faussetés. Un jury de Port Alberni (C.-B.) peut avoir une opinion très différente des répercussions générales bénéfiques de fausses déclarations de fait qui s'en prennent à l'industrie du bois de sciage que celle qu'aurait un jury de Toronto. Enfin, les juges Cory et Iacobucci n'abordent pas l'allégation selon laquelle le danger soulevé par ces exemples—l'«effet paralysant» de l'art. 181—l'emporte sur son avantage minimal étant donné les autres recours que l'art. 319 du

means of prosecution of speech detrimental to racial tolerance under s. 319 of the *Criminal Code*.

Not only is s. 181 broad in contextual reach; it is particularly invasive because it chooses the most draconian of sanctions to effect its ends—prosecution for an indictable offence under the criminal law. Our law is premised on the view that only serious misconduct deserves criminal sanction. Lesser wrongs are left to summary conviction and the civil law. Lies, for the most part, have historically been left to the civil law of libel and slander; it has been the law of tort or delict that has assumed the main task of preserving harmony and justice between individuals and groups where words are concerned. This is not to say that words cannot properly be constrained by the force of the criminal law. But the harm addressed must be clear and pressing and the crime sufficiently circumscribed so as not to inhibit unduly expression which does not require that the ultimate sanction of the criminal law be brought to bear: see Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at p. 772. The *Criminal Code* provisions against hate-mongering met that criterion, focusing as they did on statements intended to cause “hatred against any identifiable group”. The broad, undefined term “mischief to a public interest”, on the other hand, is capable of almost infinite extension.

It is argued that the expression here at issue is of little value and hence is less deserving of protection under s. 1 than expression which directly engages the “core” values associated with freedom of expression as identified in *Irwin Toy*. The short answer to this contention is that expression which a jury might find to be a deliberate lie likely to injure a public interest and which would therefore be inhibited by s. 181 may well relate to the “core” values protected by the guarantee, as the examples cited earlier in these reasons demonstrate. The provision at issue in *Keegstra*, s. 319(2) of the *Criminal Code*, was confined to hate propaganda, and hence restricted only speech of low or negative

*Code criminel* permet contre le discours préjudiciable à la tolérance raciale.

Non seulement l’art. 181 a une portée étendue, mais il est tout particulièrement envahissant, car il opte pour les sanctions les plus draconiennes pour réaliser ses fins—la poursuite pour un acte criminel en vertu du droit pénal. Notre droit part du principe que seule l’inconduite grave mérite une sanction pénale. Les torts moindres relèvent de la déclaration sommaire de culpabilité et du droit civil. Les mensonges, dans la plupart des cas, relèvent depuis longtemps du droit civil régissant la diffamation écrite et verbale; c’est le droit de la responsabilité délictuelle qui a assumé la tâche principale de préserver l’harmonie et la justice entre les individus et les groupes lorsqu’il s’agit de paroles ou de mots. Cela ne veut pas dire que le droit pénal ne peut pas imposer de contraintes en ce qui concerne les paroles ou les mots. Mais le préjudice doit être évident et urgent et le crime doit être suffisamment circonscrit de façon à ne pas interdire indûment l’expression d’idées qui n’exigent pas qu’on brandisse la sanction ultime du droit pénal; voir les motifs du juge en chef Dickson dans l’arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 772. Les dispositions du *Code criminel* contre la fomentation de la haine satisfont à ce critère, étant donné qu’elles portent principalement sur des déclarations susceptibles de causer de «la haine contre un groupe identifiable». Par contre, l’expression large et imprécise «du tort à quelque intérêt public» peut s’étendre presque à l’infini.

On prétend que le moyen d’expression dont il est question en l’espèce est de peu de valeur et, par conséquent, mérite moins d’être protégé en vertu de l’article premier que celui qui engage directement les valeurs «fondamentales» associées à la liberté d’expression ainsi qu’il est mentionné dans l’arrêt *Irwin Toy*. La réponse la plus simple à cette prétention est que le moyen d’expression qu’un jury pourrait considérer être un mensonge délibéré susceptible de porter atteinte à un intérêt public et qui serait donc interdit par l’art. 181 peut bien se rapporter aux valeurs «fondamentales» protégées par la garantie, comme le montrent les exemples cités ci-dessus dans les présents motifs. La disposi-

value. That cannot be said of s. 181, which may catch a broad spectrum of speech, much of which may be argued to have value. I add that what is at issue is the value of all speech potentially limited by the provision at issue. In assessing this, the Court must not be diverted by the offensive content of the particular speech giving rise to the *Charter* challenge of the legislative provision.

In summary, the broad range of expression caught by s. 181—extending to virtually all controversial statements of apparent fact which might be argued to be false and likely do some mischief to some public interest—, combined with the serious consequences of criminality and imprisonment, makes it impossible to say that s. 181 is appropriately measured and restrained having regard to the evil addressed—that it effects a “minimal impairment” to use the language of *Oakes*. Section 181 is materially different, in this regard, from s. 319(2)—the provision upheld under s. 1 by the majority of this Court in *Keegstra*.

The same considerations lead to the conclusion that the gravity of the restriction on the right of freedom of expression is not proportionate to s. 181’s putative objective. In *Keegstra* (at pp. 762-63) the majority of this Court, *per* Dickson C.J., held that given the important and documented objectives of s. 319(2) and the minimal contribution to the values underlying the freedom made by the narrow range of expression caught by that provision, the restriction was proportional to the furtherance of the democratic values upon which s. 319(2) is based. In the case on appeal, the same test leads to the contrary result. Any purpose which can validly be attached to s. 181 falls far short of the documented and important objective of s. 319(2). On the other side of the scale, the range of expression caught by s. 181 is much broader

tion contestée dans l’arrêt *Keegstra*, c’est-à-dire le par. 319(2) du *Code criminel*, se limite à la propagande haineuse et, par conséquent, restreint seulement le discours de peu de valeur ou négatif. On ne peut pas dire la même chose de l’art. 181, qui peut toucher un large éventail de moyens d’expression, dont on peut soutenir que beaucoup ont de la valeur. J’ajouterai que la question en litige en l’espèce porte sur la valeur de tout discours qui pourrait être limité par la disposition en cause. Pour l’évaluer, la Cour ne doit pas se laisser distraire par le contenu offensant du texte précis qui a donné naissance à la contestation de la disposition législative en vertu de la *Charte*.

En résumé, en raison du large éventail de moyens d’expression touchés par l’art. 181—qui s’étend à pratiquement toutes les déclarations controversées de faits apparents qu’on pourrait considérer être fausses et de nature à causer du tort à quelque intérêt public—, combiné aux conséquences graves du casier judiciaire et de l’emprisonnement, il est impossible de dire que l’art. 181 est adéquatement restreint si l’on tient compte du mal que l’on veut enrayer—qu’il porte une «atteinte minimale» pour utiliser les termes de l’arrêt *Oakes*. L’article 181 est réellement différent, à cet égard, du par. 319(2), la disposition que notre Cour, à la majorité, a maintenue dans l’arrêt *Keegstra* en vertu de l’article premier.

Les mêmes considérations mènent à la conclusion que la gravité de la restriction de la liberté d’expression n’est pas proportionnée à l’objet présumé de l’art. 181. Dans l’arrêt *Keegstra* (le juge en chef Dickson, aux pp. 762 et 763), notre Cour a statué, à la majorité, que, étant donné les objets importants et documentés du par. 319(2) et la contribution minimale aux valeurs sous-tendant la liberté qu’apporte la gamme étroite de moyens d’expression visés par cette disposition, la restriction était proportionnée à la promotion des valeurs démocratiques sur lesquelles est fondée la disposition. Dans le présent pourvoi, le même critère mène au résultat contraire. Tout objet qui peut valablement être lié à l’art. 181 est loin de valoir l’objet documenté et important du par. 319(2). À l’autre extrémité de l’échelle, l’éventail des

than the more specific proscription of s. 319(2). In short, s. 181 fails the proportionality test applied in *Keegstra*.

When one balances the importance of the objective of s. 181 against the potentially invasive reach of its provisions, one cannot but conclude that it "overshoots the mark". It fails the tests for minimal impairment and proportionality by which this Court upheld the criminalization of hate propaganda under s. 319(2) of the *Criminal Code*. The value of liberty of speech, one of the most fundamental freedoms protected by the *Charter*, needs no elaboration. By contrast, the objective of s. 181, in so far as an objective can be ascribed, falls short of constituting a countervailing interest of the most compelling nature. In *Oakes, supra*, Dickson C.J. made it clear that the less important the provision's objective, the less tolerable is an adverse effect upon the fundamental freedom. Section 181 could support criminalization of expression only on the basis that the sanction was closely confined to situations of serious concern. In fact, s. 181 extends the sanction of the criminal law to virtually any statement adjudged to be falsely made which might be seen as causing mischief or likely to cause mischief to virtually any public interest. I cannot conclude that it has been shown to be "demonstrably justified" in "a free and democratic society".

To summarize, the restriction on expression effected by s. 181 of the *Criminal Code*, unlike that imposed by the hate propaganda provision at issue in *Keegstra*, cannot be justified under s. 1 of the *Charter* as a "reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". At virtually every step of the *Oakes* test, one is struck with the substantial difference between s. 181 and the provision at issue in *Keegstra*, s: 319(2) of the *Code*. In contrast to the hate propaganda provision (*Keegstra*), the false news provision cannot be associated with any

moyens d'expression touchés par l'art. 181 est beaucoup plus large que la proscription plus précise du par. 319(2). Bref, l'art. 181 ne satisfait pas aux exigences du critère de proportionnalité appliqué dans l'arrêt *Keegstra*.

Lorsqu'on compare l'importance de l'objet de l'art. 181 à la portée potentiellement envahissante de ses dispositions, on est bien obligé de conclure qu'il «va beaucoup trop loin». Il ne satisfait pas aux exigences des critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité grâce auxquels notre Cour a maintenu le caractère criminel de la propagande haineuse visée au par. 319(2) du *Code criminel*. Nul n'est besoin de commenter plus à fond la valeur de la liberté de parole, l'une des libertés fondamentales protégées par la *Charte*. Par contre, l'objet de l'art. 181, dans la mesure où on peut lui en attribuer un, est loin de constituer un intérêt compensatoire de la nature la plus contraignante. Dans l'arrêt *Oakes*, précité, le juge en chef Dickson a précisé que moins l'objet d'une disposition est important, moins un effet défavorable sur la liberté fondamentale est tolérable. On pourrait justifier la criminalisation de l'expression en vertu de l'art. 181 que si la sanction se limitait strictement à des situations graves. En fait, l'art. 181 étend la sanction du droit pénal à pratiquement toute déclaration que l'on juge avoir été faite fausement et qui pourrait être considérée comme causant du tort ou étant de nature à causer du tort à pratiquement tout intérêt public. Je ne puis conclure qu'il s'agit d'un article «dont la justification puisse se démontrer» dans le cadre d'«une société libre et démocratique».

En résumé, la restriction de la liberté d'expression qui résulte de l'art. 181 du *Code criminel*, contrairement à celle imposée par la disposition sur la propagande haineuse contestée dans l'arrêt *Keegstra*, ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte* comme étant dans des «limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». À pratiquement chaque étape du critère de l'arrêt *Oakes*, on est frappé par la différence importante qui existe entre l'art. 181 et la disposition contestée dans l'arrêt

existing social problem or legislative objective, much less one of pressing concern. It is, as the Law Reform Commission concluded, "anachronistic". But even if the Court were to attribute to s. 181 the objective of promoting racial and social tolerance and conclude that such objective was so pressing and substantial as to be capable of overriding a fundamental freedom, s. 181 would still fail to meet the criteria of proportionality which prevailed in *Keegstra*. In *Keegstra*, the majority of this Court found the objective of the legislation to be compelling and its effect to be appropriately circumscribed. The opposite is the case with s. 181 of the *Criminal Code*. Section 181 catches not only deliberate falsehoods which promote hatred, but sanctions all false assertions which the prosecutor believes 'likely to cause injury or mischief to a public interest', regardless of whether they promote the values underlying s. 2(b). At the same time, s. 181's objective, in so far as an objective can be ascribed to the section, ranks much lower in importance than the legislative goal at stake in *Keegstra*. When the objective of s. 181 is balanced against its invasive reach, there can in my opinion be only one conclusion: the limitation of freedom of expression is disproportionate to the objective envisaged.

In their laudable effort to send a message condemning the 'hate-mongering' of persons such as the appellant by upholding s. 181 as a reasonable limit, it is my respectful opinion that my colleagues Cory and Iacobucci JJ. make three fundamental errors. First, they effectively rewrite s. 181 to supply its text with a particularity which finds no support in the provision's history or in its rare application in the Canadian context. Second, they underrate the expansive breadth of s. 181 and its potential not only for improper prosecution and conviction but for 'chilling' the speech of persons who may otherwise have exercised their freedom of expression. Finally, they go far beyond accepted

*Keegstra*, c'est-à-dire le par. 319(2) du *Code*. Contrairement à la disposition relative à la propagande haineuse (*Keegstra*), la disposition relative aux fausses nouvelles ne peut pas être associée à quelque problème social ou objet législatif existants, encore moins à une préoccupation urgente. C'est une disposition «anachronique», ainsi que l'a conclu la Commission de réforme du droit. Mais même si la Cour devait attribuer à l'art. 181 l'objectif de promouvoir la tolérance raciale et sociale, et conclure qu'un tel objectif est urgent et réel au point de permettre de passer outre à une liberté fondamentale, il ne satisferait toujours pas aux exigences du critère de proportionnalité qui a prévalu dans l'arrêt *Keegstra*. Dans cet arrêt, notre Cour a jugé, à la majorité, que l'objet de la loi était contraignant et que son effet était dûment circonscrit. C'est le contraire en ce qui concerne l'art. 181 du *Code criminel*. Non seulement cet article vise les mensonges délibérés qui encouragent la haine, mais il sanctionne toutes les fausses déclarations que le procureur de la poursuite croit «de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public», indépendamment du fait de savoir si elles favorisent les valeurs qui sous-tendent l'al. 2b). Par ailleurs, l'objet de l'art. 181, dans la mesure où on peut lui en attribuer un, est beaucoup moins important que le but législatif en jeu dans l'arrêt *Keegstra*. Quand on compare l'objet de l'art. 181 à sa portée envahissante, il ne peut, à mon avis, y avoir qu'une seule conclusion: la restriction de la liberté d'expression n'est pas proportionnée à l'objet envisagé.

En maintenant l'art. 181 comme limite raisonnable dans leur effort louable en vue de transmettre un message condamnant la fomentation de la haine par des personnes comme l'appelant, mes collègues les juges Cory et Iacobucci ont, à mon avis, commis trois erreurs fondamentales. Premièrement, ils récrivent en fait l'art. 181 de manière à y ajouter un détail qui ne trouve aucun fondement dans son historique ou dans son application peu fréquente dans le contexte canadien. Deuxièmement, ils sous-estiment la portée expansible de l'art. 181 et sa propension non seulement à engendrer des poursuites et des déclarations de culpabilité injustifiables mais à faire que des personnes

principles of statutory and *Charter* interpretation in their application of s. 1 of the *Charter*. While I share the concerns of my colleagues, I fear that such techniques, taken to their ultimate extreme, might render nugatory the free speech guarantee of the *Charter*.

### Disposition

I conclude that s. 181 of the *Criminal Code* infringes the right of free expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* and that the infringement is not saved by s. 1 of the *Charter*. I do not find it necessary to deal with the arguments under s. 7 of the *Charter*.

I would allow the appeal, enter an acquittal, and answer the first constitutional question in the affirmative and the second in the negative. In the result, I need not consider whether the terms of the appellant's bail infringed his rights under the *Charter*.

The reasons of Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. (dissenting)—This appeal raises the issue of the constitutionality of s. 181 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 177), which states:

181. Every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

The appellant, Ernst Zundel, alleges that the provision violates s. 7 and s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

This appeal concerns the wilful publication of deliberate, injurious lies and the legislation which

s'abstiennent de s'exprimer alors que normalement elles auraient pu exercer leur liberté d'expression. Enfin, ils vont beaucoup plus loin que les principes admis d'interprétation des lois et de la *Charte* dans leur application de l'article premier de la *Charte*. Bien que je partage les préoccupations de mes collègues, je crains que, à l'extrême, de telles techniques puissent rendre inopérante la liberté d'expression garantie par la *Charte*.

### Dispositif

Je conclus que l'art. 181 du *Code criminel* viole la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* et que cette violation n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Je n'estime pas nécessaire de traiter des arguments fondés sur l'art. 7 de la *Charte*.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'inscrire un acquittement et de répondre à la première question constitutionnelle par l'affirmative et à la deuxième par la négative. Par conséquent, je n'ai pas besoin d'examiner si les termes de la mise en liberté sous caution de l'appelant violaient ses droits en vertu de la *Charte*.

Version française des motifs des juges Gonthier, Cory et Iacobucci rendus par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI (dissidents)—Le présent pourvoi soulève la question de la constitutionnalité de l'art. 181 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant l'art. 177), qui est ainsi libellé:

181. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

L'appelant, Ernst Zundel, allègue que cette disposition viole l'art. 7 et l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut pas se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le présent pourvoi porte sur la publication volontaire de mensonges délibérés et blessants et

seeks to combat the serious harm to society as a whole caused by these calculated and deceitful falsehoods. Our colleague, McLachlin J., has stated that s. 181 violates s. 2(b) of the *Charter* and is not saved under section 1. We agree with her conclusion, though not with her reasoning, that s. 181 violates s. 2(b) of the *Charter*. However, with respect, we do not agree that the section cannot be justified under s. 1.

### I. Background: The Pamphlet in Question

In the 1970's and 1980's, the appellant published and distributed white supremacist literature, videos and paraphernalia through the auspices of his Toronto publishing house, Samisdat Publishers Ltd. He was charged with two counts of spreading false news in contravention of what is now s. 181 of the *Code* for publishing two pamphlets. He was acquitted at trial on the count relating to the publication of the pamphlet, *The West, War and Islam!*, but was convicted on the count relating to a pamphlet entitled, *Did Six Million Really Die?* It is this conviction which he appeals to this Court.

Because much of the reasoning in this case turns on whether the expression in question purports to be a statement of fact or of mere opinion, and because it is difficult to comprehend fully the significance of harmful speech in the abstract, the pamphlet warrants more than a general reference in order to make clear the precise nature of the publication at issue.

The pamphlet is part of the genre of anti-Semitic literature known euphemistically as "revisionist history". The pamphlet indicates the author is "Richard Harwood . . . a writer and specialist in political and diplomatic aspects of the Second World War. At present he is with the University of London". However, the piece appears to have actually been produced in England by Richard Verral,

sur la disposition législative qui vise à combattre le préjudice grave que causent à l'ensemble de la société ces faussetés préméditées. Notre collègue le juge McLachlin a déclaré que l'art. 181 viole l'al. 2b) de la *Charte* et que cette violation n'est pas sauvegardée par l'article premier. Nous sommes d'accord avec sa conclusion—sans l'être avec son raisonnement—selon laquelle l'art. 181 viole l'al. 2b) de la *Charte*. Toutefois, avec égards, nous ne sommes pas d'accord pour dire que l'article ne peut pas se justifier en vertu de l'article premier.

### I. Historique: la brochure en question

Dans les années 1970 et 1980, l'appelant a publié et distribué des brochures, des vidéos et des objets préconisant la suprématie de la race blanche sous les auspices de sa maison d'édition de Toronto, Samisdat Publishers Ltd. Il a été inculpé, sous deux chefs d'accusation, d'avoir répandu de fausses nouvelles en contravention de ce qui est maintenant l'art. 181 du *Code* pour avoir publié deux brochures. Au procès, il a été acquitté en ce qui concerne la publication de la brochure *The West, War and Islam!*, mais il a été reconnu coupable relativement au chef d'accusation portant sur une brochure intitulée *Did Six Million Really Die?* C'est contre cette déclaration de culpabilité qu'il interjette le présent pourvoi.

Comme le raisonnement suivi dans la présente affaire tourne en grande partie autour de la question de savoir si l'expression en cause se veut l'exposé d'un fait ou d'une simple opinion et comme il est difficile de comprendre très bien la signification du langage préjudiciable dans l'abstrait, il ne suffit pas de se référer à la brochure de façon générale pour établir la nature précise de la publication concernée.

La brochure fait partie du genre de littérature anti-sémite connue sous l'euphémisme d'«histoire révisionniste». On indique dans cette brochure que l'auteur en est [TRADUCTION] «Richard Harwood [. . .] écrivain et spécialiste des aspects politiques et diplomatiques de la Seconde Guerre mondiale. Il enseigne actuellement à l'Université de Londres». Toutefois, en réalité, le texte semble avoir été

editor of the neo-nazi British National Front newspaper in 1977. The appellant has added a preface and afterword to the original document, entitled *Historical Fact No. 1, Did Six Million Really Die? Truth at Last Exposed.*

The basic gist of the piece is that the Holocaust perpetrated by the German National Socialists against the Jews of Europe during the Second World War never occurred. According to the appellant, there was no concerted plan to exterminate European Jewry, along with assorted others of racial extraction, religious persuasion, national origin or sexual orientation of which the Nazis did not approve. By pointing to what he alleges to be new evidence, the appellant submits that some Jews died, as people will in war time, but that the “Final Solution to the Jewish Question” was never anything more than a plan to facilitate emigration to Madagascar. He states that the Holocaust is a myth fabricated by an immensely powerful Jewish-Zionist conspiracy to win lucrative war reparations from the Germans, to make them feel ashamed and a pariah in the eyes of other nations, and to win political and economic support for the State of Israel.

While the appellant argues that his purpose in preparing and disseminating the publication was to provide a novel analysis of historical documents, Richard Verral makes clear the true import of the “revisionist” project. In the aftermath of the Holocaust, the international community has cast a jaundiced eye on all forms of racism and has bonded together to reject and obliterate it. The author alleges that “the Anglo-Saxon world” is falling into decline because of the presence of non-Aryans and that the lessons of the horrors of the Holocaust prevent “rational” debate about this trend. Under the heading “The Race Problem Suppressed”, the pamphlet states:

Thus the accusation of the Six Million is not only used to undermine the principle of nationhood and national pride, but it threatens the survival of the Race itself. . . .

rédigé en Angleterre en 1977 par Richard Verral, directeur du journal néo-nazi British National Front. L'appelant a ajouté une préface et une post-face au document original, intitulé *Historical Fact No. 1, Did Six Million Really Die? Truth at Last Exposed.*

Le point principal du texte est que l'Holocauste perpétré par les nationaux-socialistes allemands contre les juifs d'Europe durant la Seconde Guerre mondiale n'a jamais eu lieu. D'après l'appelant, il n'y avait aucun plan concerté en vue d'exterminer la communauté juive européenne, en plus de toutes les autres personnes d'origine raciale, de croyance religieuse, d'origine nationale ou d'orientation sexuelle que les nazis n'approuvaient pas. En indiquant ce qu'il prétend être de nouveaux éléments de preuve, l'appelant soutient qu'un certain nombre de juifs sont morts, comme les gens meurent en temps de guerre, mais que la «Solution finale au problème juif» n'a jamais été plus qu'un plan en vue de faciliter l'émigration vers Madagascar. Il déclare que l'Holocauste est un mythe créé par une conspiration juive-sioniste extrêmement puissante afin d'obtenir de lucratives réparations de guerre de l'Allemagne, de rendre les Allemands honteux, de les faire passer pour des parias aux yeux des autres nations et d'obtenir un appui politique et économique pour l'État d'Israël.

Tandis que l'appelant avance que son intention en rédigeant et en distribuant la publication était de fournir une nouvelle analyse de documents historiques, Richard Verral, lui, précise la véritable importance du projet «révisionniste». Dans le contre-coup de l'Holocauste, la communauté internationale a vu d'un mauvais œil toutes les formes de racisme et s'est engagée à le rejeter et à le supprimer totalement. L'auteur allègue que le «monde anglo-saxon» est en déclin en raison de la présence de non-Aryens et que la leçon des horreurs de l'Holocauste empêche tout débat «rationnel» sur cette tendance. Sous la rubrique [TRADUCTION] «Le problème de la race supprimé», il est mentionné dans la brochure:

[TRADUCTION] Ainsi, non seulement l'accusation relative aux six millions de morts est utilisée pour saper le principe de la nationalité et de la fierté nationale, mais elle



Many countries of the Anglo-Saxon world, notably Britain and America, are today facing the gravest danger in their history, the danger posed by the alien races in their midst. Unless something is done in Britain to halt the immigration and assimilation of Africans and Asians into our country, we are faced in the near future, quite apart from the bloodshed of racial conflict, with the biological alteration and destruction of the British people as they have existed here since the coming of the Saxons. In short, we are threatened with the irrecoverable loss of our European culture and racial heritage. But what happens if a man dares to speak of the race problem, of its biological and political implications? He is branded as that most heinous of creatures, a "racialist". And what is racialism, of course, but the very hallmark of the Nazi! They (so everyone is told, anyway) murdered Six Million Jews because of racialism, so it must be a very evil thing indeed.

Presumably in order to quell the abhorrence with which people of good will respond to racism, the premise of the pamphlet was that the brutal realization in the Holocaust must be denied. To this end, the pamphlet makes numerous false allegations of fact. It will suffice to point to only a few.

The pamphlet alleges that:

– the Nazi concentration camps were only work camps; that gas chambers were built by the Russians after the War; that the millions who disappeared through the chimneys of the crematoria at Auschwitz, Sobibor, Maidanek and elsewhere actually moved to the United States and changed their names;

– *The Diary of Anne Frank* is a work of fiction;

– the emaciated living and dead found by liberation forces died of starvation and typhus;

– the films and photographs are clever forgeries;

menace la survivance de la race elle-même. [...] Nombre de pays du monde anglo-saxon, notamment la Grande-Bretagne et les États-Unis, font face aujourd'hui au plus grave danger de leur histoire, le danger que posent les races étrangères en leur sein. Si rien n'est fait en Grande-Bretagne pour mettre un frein à l'immigration et à l'assimilation des Africains et des Asiatiques dans notre pays, nous ferons face dans un avenir prochain, en plus des conflits raciaux sanglants, à la modification et à la destruction, sur le plan biologique, du peuple tel qu'il existe depuis l'arrivée des Saxons. En bref, nous sommes menacés de perdre irrévocablement notre culture européenne et notre héritage racial. Mais qu'arrive-t-il si un homme ose parler du problème racial, de ses répercussions sur les plans biologique et politique? On lui donne l'étiquette infamante de la plus odieuse des créatures, celle de «raciste». Et qu'est-ce que le racisme, naturellement, si ce n'est la marque même des nazis! Ils ont tué (du moins c'est ce qu'on dit) six millions de juifs à cause du racisme, ce doit donc être une très vilaine chose en effet.

Vraisemblablement afin de réprimer la répulsion avec laquelle les gens de bonne volonté réagissent au racisme, la brochure posait comme prémisse qu'il faut rejeter le déroulement brutal de l'Holocauste. À cette fin, la brochure contient de nombreuses allégations de fait qui sont fausses. Il suffit d'en mentionner quelques-unes.

On soutient dans la brochure:

– que les camps de concentration nazis étaient seulement des camps de travail, que les chambres à gaz ont été construites par les Russes après la guerre et que les millions de personnes qui ont disparu en fumée par les cheminées des fours crématoires d'Auschwitz, de Sobibor, de Maidanek et d'ailleurs ont de fait déménagé aux États-Unis et changé de nom;

– que *Le Journal d'Anne Frank* serait une œuvre de fiction;

– que les personnes émaciées que les armées de libération ont trouvées vivantes ou mortes seraient mortes de faim et du typhus;

– que les films et les photographies sont des faux bien réussis;

– there are no witnesses to or survivors of the slaughter and every perpetrator who later revealed his complicity was coerced.

The appellant was convicted after a lengthy trial of spreading false news contrary to s. 181. On appeal to the Ontario Court of Appeal, his conviction was upheld on constitutional grounds but struck down for errors in the admission of evidence and the charge to the jury. The matter was sent back for a new trial: (1987), 58 O.R. (2d) 128, 35 D.L.R. (4th) 338, 56 C.R. (3d) 1, 29 C.R.R. 349, 31 C.C.C. (3d) 97. The appellant was again convicted after a trial before Judge Thomas and a jury. His second appeal to the Ontario Court of Appeal was denied unanimously: (1990), 37 O.A.C. 354, 53 C.C.C. (3d) 161. He appeals to this court by leave on the constitutional issues alone, [1990] 2 S.C.R. xii.

## II. Judgments Below

### A. Trial

#### (1) Judicial Notice

At trial, Judge Thomas took judicial notice of the fact that Jews were murdered by the Nazis but did not take judicial notice of the facts alleged in the appellant's pamphlet:

The mass murder and extermination of Jews in Europe by the Nazi regime during the Second World War is so generally known and accepted that it could not reasonably be questioned by reasonable persons. I directed you then and I direct you now that you will accept that as a fact. The Crown was not required to prove it. It was in the light of that direction that you should examine the evidence in this case and the issues before you.

Accordingly, it was not open to the appellant to argue that no Jews died during the Second World War, and indeed, as noted above, this was not his thesis. In his final address to the jury, defence

– qu'il n'y a aucun témoin ni aucun survivant de la tuerie, et toute personne qui a reconnu plus tard sa complicité y a été contrainte.

À la suite d'un long procès, l'appelant a été reconnu coupable d'avoir répandu de fausses nouvelles en contravention de l'art. 181. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le verdict de culpabilité en ce qui concerne les motifs d'ordre constitutionnel mais l'a annulé à cause d'erreurs qui s'étaient glissées dans l'admission de la preuve et dans les directives données aux jurés. L'affaire a été renvoyée à un nouveau procès: (1987), 58 O.R. (2d) 128, 35 D.L.R. (4th) 338, 56 C.R. (3d) 1, 29 C.R.R. 349, 31 C.C.C. (3d) 97. L'appelant a, encore une fois, été déclaré coupable après la tenue d'un procès devant le juge Thomas et un jury. Le deuxième appel interjeté en Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté à l'unanimité: (1990), 37 O.A.C. 354, 53 C.C.C. (3d) 161. L'appelant se pourvoit devant nous sur autorisation en ce qui concerne les questions constitutionnelles seulement, [1990] 2 R.C.S. xii.

## II. Les juridictions inférieures

### A. Première instance

#### (1) Connaissance d'office

En première instance, le juge Thomas a pris connaissance d'office du fait que des juifs ont été tués par les nazis, mais il n'a pas pris connaissance d'office des faits allégués dans la brochure de l'appelant:

[TRADUCTION] Le massacre et l'extermination des juifs en Europe par le régime nazi durant la Seconde Guerre mondiale sont connus et admis de façon générale de sorte qu'ils ne peuvent pas raisonnablement être mis en doute par des personnes raisonnables. Je vous ai alors donné et vous donne maintenant comme directive d'accepter cela comme un fait. Le ministère public n'était pas tenu de le prouver. C'est en fonction de cette directive que vous devriez examiner la preuve en l'espèce et les questions dont vous êtes saisis.

Par conséquent, l'appelant ne pouvait pas soutenir qu'aucun juif n'est mort durant la Seconde Guerre mondiale, et en effet, ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus, il ne le prétendait pas. Dans son

counsel analyzed the relationship between the judicial notice and the appellant's work:

His Honour will tell you what he says is reasonable for reasonable men to contest. But it won't include the six million, it won't include the gas chambers and it won't include an official plan. That's basically what this book is all about.

That is not to dispute the Jewish tragedy of mass murder of some Jews by some Nazis during World War II which His Honour will tell you is a fact. The Judicial ruling goes no further than that. And if two Jews were killed by some Nazis, that wouldn't be a mass murder. It would certainly be a tragedy. It would be wrong. But it wouldn't necessarily be what is portrayed as the Holocaust. [Emphasis added.]

The appellant was fully able to defend the specific allegations out of which he built his argument as to the motive, intention, mechanisms, scope, and impact of the slaughter. He was fully able to put forth his argument that "the Holocaust", writ large as an historical icon, was a fabrication. The court explicitly did not take away from the jury the possibility of accepting evidence in support of Zundel's fundamental premise that there was no systematic plan of genocide and thus that racism was not as dangerous as supposed. The trial judge also made it clear in his instruction to the jury that they were to find that some Jews died but must be satisfied beyond a reasonable doubt that these deaths amounted to the historical cataclysm known as the Holocaust. In his charge to the jury, Judge Thomas summarized the position of the defence:

The publication considered in its essence puts forward the thesis six million Jews were not killed during the war, there was no official plan or policy by the National Socialist regime of Adolf Hitler to exterminate the Jews, and there were no homicidal gas chambers.

exposé final au jury, l'avocat de la défense a analysé le rapport entre la connaissance d'office et l'ouvrage de l'appelant:

[TRADUCTION] Monsieur le juge vous indiquera ce qui, selon lui, peut raisonnablement être contesté par des personnes raisonnables. Toutefois cela ne visera pas les six millions, ni les chambres à gaz, ni le plan officiel. C'est essentiellement ce sur quoi porte ce livre

Cela ne revient pas à contester la tragédie juive du massacre de certains juifs par certains nazis au cours de la Seconde Guerre mondiale que M. le juge vous indiquera comme étant un fait. La connaissance d'office ne va pas plus loin que cela. Ainsi si deux juifs ont été tués par certains nazis, ce ne serait pas un massacre. Ce serait certainement une tragédie. Ce serait mal. Mais ce ne serait pas nécessairement ce que l'on appelle l'Holocauste. [Nous soulignons.]

L'appelant avait toutes les possibilités de défendre les allégations précises à partir desquelles il a étayé son argumentation quant au motif, à l'intention, aux mécanismes, à la portée et aux répercussions du massacre. Il a pu pleinement avancer son argument selon lequel «l'Holocauste», généralement considéré comme une icône historique, était une invention. Le tribunal n'a pas retiré au jury la possibilité d'admettre des éléments de preuve à l'appui de la prémisse fondamentale de Zundel voulant qu'il n'y ait pas eu de plan systématique de génocide et, par conséquent, que le racisme n'est pas aussi dangereux qu'on le prétend. Le juge du procès a également précisé dans ses directives aux jurés qu'ils devaient conclure qu'un certain nombre de juifs sont décédés, mais qu'ils devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que ces morts équivalaient au cataclysme historique désigné sous le nom d'Holocauste. Dans ses directives au jury, le juge Thomas a résumé la position de la défense:

[TRADUCTION] La publication, dans son essence même, présente la thèse selon laquelle il n'y a pas eu six millions de juifs tués durant la guerre, le régime national-socialiste d'Adolf Hitler n'avait pas de politique ou de plan officiels visant à exterminer les Juifs et il n'y a pas eu de chambres à gaz meurtrières.

(2) Elements of the Offence

Judge Thomas defined the elements of the offence which the Crown had to prove as:

- (a) wilful publication
- (b) of a statement of fact rather than of opinion (the onus of differentiating fact from opinion lying with the Crown);
- (c) which the accused knew to be false when he published it; and
- (d) which falsehood is likely to cause mischief to the public interest (in this case, the interest in racial and social tolerance).

(i) *Wilful Publication*

While the appellant conceded publication, the Crown adduced the evidence of Sergeant Luby of the Metropolitan Toronto Police that, in the course of investigating the complaint against him, the appellant confirmed that he had written the preface and conclusion, had published the amended version of Richard Verral's work and had distributed it within and beyond Canadian borders. Indeed, the afterward of the pamphlet itself enumerates the appellant's distribution efforts in Canada. The jury was instructed that, if they accepted the evidence of the officer and admission by counsel for the appellant, they could find that he had wilfully published it. Judge Thomas noted that the date of publication was key in determining the most important issue of knowledge of falsity at publication date. The Crown had alleged that the publication occurred in 1981. The trial judge summarized the evidence on this point as suggesting that it was produced at some point between early 1979 and Sergeant Luby's attendance at the appellant's home on May 29, 1984.

(ii) *Statement of Fact Rather Than of Opinion*

The appellant argued that the pamphlet was only an expression of opinion and, in the alternative,

(2) Éléments de l'infraction

Le juge Thomas a défini ainsi les éléments de l'infraction que le ministère public devait prouver:

- a) la publication volontaire
- b) d'une déclaration de fait plutôt que d'opinion (il incombe au ministère public de faire la distinction entre un fait et une opinion);
- c) que l'accusé savait être fausse lorsqu'il l'a publiée; et
- d) dont la fausseté est de nature à causer du tort à l'intérêt public (en l'espèce, l'intérêt dans la tolérance raciale et sociale).

(i) *Publication volontaire*

Bien que l'appellant ait reconnu avoir publié la brochure, le ministère public a produit le témoignage du sergent Luby de la police de la communauté urbaine de Toronto selon lequel, au cours de l'enquête relative à la plainte portée contre lui, l'appellant a confirmé qu'il avait écrit la préface et la conclusion, qu'il avait publié la version modifiée de l'ouvrage de Richard Verral et qu'il en avait fait la distribution à l'intérieur et à l'extérieur des frontières canadiennes. En fait, l'appellant décrivait dans la postface les efforts qu'il a déployés pour distribuer la brochure au Canada. Le juge a donné comme directive aux jurés que, s'ils admettaient le témoignage de l'agent de police et l'aveu fait par l'avocat de l'appellant, ils pouvaient conclure que celui-ci avait publié la brochure volontairement. Le juge Thomas a fait remarquer que la date de publication était essentielle pour trancher la question très importante de la connaissance de la fausseté au moment de la publication. Le ministère public a soutenu que la publication avait eu lieu en 1981. Le juge du procès a résumé la preuve sur ce point comme donnant à entendre que la brochure a été produite entre le début de l'année 1979 et le moment où le sergent Luby s'est rendu à la résidence de l'appellant le 29 mai 1984.

(ii) *Déclaration de fait plutôt que d'opinion*

L'appellant a fait valoir que la brochure ne faisait qu'exprimer une opinion et, subsidiairement, que,

that if found to be an assertion of fact, it was verifiable as truth. Judge Thomas held that the issue of whether the pamphlet conveyed an assertion of fact or mere opinion was to be determined by the jury. He pointed to the defence expert, Dr. Fann, who asserted that a factual claim may be distinguished from an expression of opinion by virtue of its capacity to be tested and verified, while expressions of opinion are merely subjective and thus cannot be proved or disproved. The defence expert Dr. Botting had testified that the pamphlet was two thirds fact and one third opinion but that he would characterize it as an expression of opinion. The trial judge left it to the jury to determine whether to accept this submission or to accept the Crown's argument, paraphrased as:

Do you think his view was influenced by his contention that there is no such thing as a fact, that everything is opinion? The Crown asks, in the real world, don't we have to distinguish between fact and opinion on a daily basis?

The defence expert witness, Mr. Felderer, a publisher of Holocaust denial literature, also testified that the pamphlet was important because it contained allegations of fact. Judge Thomas instructed the jury:

Although there are individual items or passages in the pamphlet which, considered separately might be characterized as opinions, I direct you that it is open to you to find that the pamphlet, considered as a whole, asserted as a fact that Jews were not exterminated as a result of government policy during the Nazi regime, that the Holocaust did not occur and it is an invention or a hoax to enable Israel and Jews to collect huge reparation payments from Germany.

It was left to the jury to consider whether the Crown had satisfied them beyond a reasonable doubt of the verifiable falsity of the factual assertions contained in the pamphlet and whether the cumulative effect of these errors rendered the pamphlet as a whole a false statement or tale.

si l'on concluait qu'il s'agissait de l'affirmation d'un fait, elle était vérifiable en tant que vérité. Le juge Thomas a statué que le jury devait trancher la question de savoir si la brochure affirmait un fait ou présentait une simple opinion. Il a attiré l'attention sur l'expert de la défense, M. Fann, qui a déclaré qu'il est possible d'établir une distinction entre un fait prétendu et une opinion exprimée puisque le premier peut être contrôlé et vérifié, tandis que les opinions exprimées sont tout simplement subjectives et ne peuvent donc pas être prouvées ou réfutées. À titre d'expert de la défense, M. Botting a témoigné que la brochure consistait en deux tiers de faits et en un tiers d'opinions, mais qu'il la qualifierait d'expression d'une opinion. Le juge du procès a laissé aux jurés la tâche de déterminer s'il fallait admettre cette thèse ou l'argument du ministère public, en leur disant:

[TRADUCTION] Croyez-vous que son opinion a été influencée par sa prétention selon laquelle il n'y a rien qui ne soit un fait, que tout est opinion? Le ministère public demande si, dans la réalité, nous ne devons pas tous les jours établir une distinction entre le fait et l'opinion.

Le témoin expert de la défense, M. Felderer, qui publie des ouvrages niant l'Holocauste, a témoigné également que la brochure était importante car elle contenait des allégations de fait. Le juge Thomas a donné la directive suivante au jury:

[TRADUCTION] Bien qu'il y ait des points ou des passages particuliers de la brochure qui, pris séparément, pourraient être qualifiés d'opinions, je vous informe que vous pouvez conclure que la brochure, envisagée dans son ensemble, mentionnait comme un fait que les juifs n'ont pas été exterminés à la suite d'une politique gouvernementale durant le régime nazi, que l'Holocauste n'a pas eu lieu et que c'est une invention ou une mystification pour permettre à Israël et aux juifs d'obtenir des dommages-intérêts considérables de l'Allemagne.

Le juge a laissé au jury la tâche d'examiner si le ministère public l'avait convaincu hors de tout doute raisonnable de la fausseté vérifiable des affirmations de fait figurant dans la brochure et si l'effet cumulatif de ces erreurs faisait de la brochure dans son ensemble une déclaration ou une histoire fausse.

(iii) *Falsity of the Factual Allegations*

The appellant's allegations of fact in the pamphlet were divided into 85 extracts and rebutted one by one. The trial judge summarized this material at length for the jury but it will suffice here to point only to some of the more egregious examples. The pamphlet alleged that a memorandum from Joseph Goebbels revealed that the Final Solution was never more than a plan to evacuate Jews to Madagascar. It was shown that there was no such memorandum but that the reference was to Goebbels' diary entry of March 7, 1942. This diary extract was adduced and shown to state nothing of the kind. The Crown went on to point out that the entry for March 27, 1942 made clear that the Final Solution was, in fact, genocide:

Not much will remain of the Jews. On the whole, it can be said that about 60 per cent of them will have to be liquidated whereas only about 40 per cent can be used for forced labor. . . .

The pamphlet alleges that no documentary evidence exists of the Nazi plan to exterminate the Jews. The Crown adduced speeches by Heinrich Himmler, head of the SS, made on October 4, 1943 to his troops in Posen in which he refers to the program of extermination of the Jews. Himmler stated:

I also want to talk to you, quite frankly, on a very grave matter. Among ourselves it should be mentioned quite frankly, and yet we will never speak of it publicly. . . .

I mean the clearing out of the Jews, the extermination of the Jewish race. . . .

The appellant argued that the term "exterminate" used in this passage really meant "deport". It was left to the jury to consider whether they accepted that this was a possible interpretation.

The Crown also adduced the December 9, 1942 entry in the diary of Hans Frank, SS officer in charge of Poland, describing the annihilation of 3.5

(iii) *Fausseté des allégations de fait*

Les allégations de fait exprimées par l'appellant dans la brochure ont été divisées en 85 extraits et réfutées l'une après l'autre. Le juge du procès a résumé ces données longuement pour le jury, mais il suffira à cette étape-ci d'indiquer seulement quelques exemples des plus énormes. D'après la brochure une note de service émanant de Joseph Goebbels révélerait que la Solution finale n'a jamais été plus qu'un plan en vue de l'évacuation des juifs vers Madagascar. On a démontré que cette note n'a jamais existé, mais que l'on se référait à une inscription du journal de Goebbels en date du 7 mars 1942. Ce passage du journal a été produit, et il a été prouvé qu'il ne mentionnait rien de la sorte. Le ministère public a ensuite signalé que la Solution finale était, de fait, un génocide:

[TRADUCTION] Il ne restera plus grand chose des juifs. Dans l'ensemble, on peut dire qu'environ 60 p. 100 d'entre eux devront être liquidés, tandis qu'environ 40 p. 100 pourront être employés à des travaux forcés. . . .

La brochure indique qu'il n'existe aucune preuve documentaire du plan des nazis en vue de l'extermination des juifs. Le ministère public a produit des discours de Heinrich Himmler, chef des SS, prononcé le 4 octobre 1943 devant ses troupes à Posen et dans lesquels il parle du programme d'extermination des juifs. Himmler a déclaré:

[TRADUCTION] Je veux également vous parler, bien franchement, d'un sujet très grave. On devrait le mentionner bien franchement entre nous, mais toutefois nous n'en parlerons jamais en public. . . .

Je veux dire la liquidation des juifs, l'extermination de la race juive. . . .

L'appellant a soutenu que le mot «exterminer» utilisé dans ce passage voulait dire en réalité «déporter». Le juge a laissé au jury la tâche d'examiner si c'est là une interprétation possible.

Le ministère public a également produit l'inscription du 9 décembre 1942 du journal de Hans Frank, officier des SS en charge de la Pologne,

million Jews in the general government and numerous documents adduced at the Nuremberg trials, including the daily reports of the Einsatzgruppen (action groups) enumerating the death tolls of Jews in the USSR. In a report to Hitler of December 20, 1942, Himmler indicates that the Einsatzgruppen had executed 363,211 Jews between August and November, 1942.

The pamphlet alleged, purportedly relying on a Red Cross report, that all concentration camps were really humane work camps. Mr. Biedermann, a delegate of the International Committee of the Red Cross, testified that the Red Cross Report pertained exclusively to prisoner of war camps as the Red Cross personnel had not been inside any camps in which civilians were detained. The Crown adduced evidence from Professor Hilberg that while some camps had labour facilities annexed to them, Belzec, Treblinka, Sobibor and Chelmno were exclusively "killing factories" and that gas chambers were in operation at Auschwitz-Birkenau and Maidanek. The numbers of Jews slaughtered was verifiable from railway records showing the payments per person made by the Gestapo for transport to the camps. These numbers were compared with those having left the camps or who were found there after liberation.

On and on, the Crown showed that the appellant misrepresented the work of historians, misquoted witnesses, fabricated evidence, and cited non-existent authorities.

(iv) *Appellant's Knowledge of Falsity*

The trial judge made it clear that this was the most important element of the offence and that the onus lay on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the appellant knew that these assertions of fact were false when he published them. The Crown alleged publication in 1981. Evidence

décrivant l'annihilation de 3,5 millions de juifs dans le régime général, ainsi que de nombreux documents produits aux procès de Nuremberg, dont les rapports quotidiens des Einsatzgruppen (groupes d'action) qui énuméraient le nombre de juifs morts en URSS. Dans un rapport destiné à Hitler en date du 20 décembre 1942, Himmler indique que les Einsatzgruppen avaient exécuté 363 211 juifs entre août et novembre 1942.

On prétend dans la brochure, en se fondant prétendument sur un rapport de la Croix rouge, que tous les camps de concentration étaient en réalité des camps de travail où les gens étaient traités avec humanité. Un délégué du Comité international de la Croix rouge, M. Biedermann, a témoigné que le Rapport de la Croix rouge concernait exclusivement les camps de prisonniers de guerre, car les employés de la Croix rouge ne sont pas entrés dans les camps où étaient détenus des civils. Le ministre public a présenté un témoignage du professeur Hilberg selon lequel, alors qu'il y avait des installations de travail annexées à certains camps, Belzec, Treblinka, Sobibor et Chelmno étaient exclusivement des «usines de mort» et que des chambres à gaz étaient en pleine activité à Auschwitz-Birkenau et à Maidanek. Il était possible de vérifier le nombre de juifs tués à partir des dossiers des chemins de fer indiquant les montants que la Gestapo a versés pour chaque personne transportée dans les camps. Ce nombre a été comparé avec le nombre de personnes qui ont quitté les camps ou qui s'y trouvaient après la libération.

Sans discontinuer, le ministre public a prouvé que l'appelant a déformé les travaux des historiens, a mal cité les témoins, a inventé des éléments de preuve et a cité des ouvrages qui n'existaient pas.

(iv) *Connaissance par l'appelant de la fausseté des déclarations*

Le juge du procès a précisé que c'était l'élément le plus important de l'infraction et qu'il incombait au ministre public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'appelant savait que ces affirmations de fait étaient fausses quand il les a publiées. Le ministre public a soutenu que la publication

was heard from defence witnesses that the appellant was extremely familiar with the history of the Holocaust and that he was aware of the overwhelming evidence produced by orthodox Holocaust historians that the Holocaust did occur.

The Crown adduced evidence that the appellant was committed to white supremacist and anti-Semitic causes and was a fan of Adolf Hitler and of the Nazi regime. The Crown adduced a radio interview with the CBC and two pamphlets allegedly written and distributed by the appellant under his pen name, Christof Friedrich (his middle names), entitled *The Hitler We Loved & Why* and *UFO's: Nazi Secret Weapon*. It was open to the jury to find that evidence of motive drawn from these materials was relevant to knowledge of falsity. Judge Thomas stated:

It is true that the accused man is not on trial for his beliefs, and he is not on trial for publishing Exhibits 2 and 3. However, it is open to you to find that if the accused believed in National Socialism, it is open to you to conclude that he knowingly would publish falsehoods to foster and protect those beliefs. In other words, that is the limited use that you can make of Exhibits 2, 3 and 5 combined.

Sergeant Luby testified that the appellant stated to him that he had been writing "those things" for 25 years. Defence witnesses who shared the appellant's views testified that, as far back as 1969, the appellant had believed the Holocaust was a myth. Mr. Smith, a representative from the "revisionist history" group, the Institute for Historical Review, and Mr. Faurisson, a "revisionist historian" convicted on charges arising out of his Holocaust denial publications in France, testified that in 1979, the appellant attended a conference of the Institute in which participants undertook to launch a campaign against the Holocaust. Mr. Walendy, another participant at the Conference, testified that he discussed the pamphlet with the appellant at that time and made him aware of objections and criticisms levelled against the publication elsewhere. It was left to the jury to conclude whether the appellant had no knowledge of the falsity of

avait eu lieu en 1981. Il est ressorti des dépositions des témoins de la défense que l'appelant connaissait très bien l'histoire de l'Holocauste et qu'il était au courant des preuves accablantes présentées par des historiens orthodoxes de l'Holocauste selon lesquelles celui-ci a effectivement eu lieu.

Le ministère public a présenté en preuve que l'appelant appuyait les causes de la suprématie de la race blanche et de l'anti-sémitisme et était un admirateur d'Adolf Hitler et du régime nazi. Il a produit une interview radiophonique accordée à Radio-Canada et deux brochures qui auraient été écrites et distribuées par l'appelant sous le pseudonyme de Christof Friedrich (ses deuxième et troisième prénoms), intitulées *The Hitler We Love & Why* et *UFO's: Nazi Secret Weapon*. Le jury était libre de conclure que la preuve du motif tiré de ces documents était pertinente pour ce qui est de la connaissance de la fausseté. Le juge Thomas a déclaré:

[TRADUCTION] Il est vrai que l'accusé n'est pas poursuivi pour ses croyances ni pour avoir publié les pièces 2 et 3. Toutefois, vous êtes libres de conclure que, si l'accusé croyait dans le national-socialisme, il pouvait publier sciemment des faussetés pour entretenir et protéger ses croyances. En d'autres mots, c'est l'utilisation restreinte que vous pouvez faire des pièces 2, 3 et 5 combinées.

Le sergent Luby a témoigné que l'appelant lui a déclaré qu'il écrivait [TRADUCTION] «ce genre de choses» depuis 25 ans. Des témoins de la défense qui partageaient les opinions de l'appelant ont témoigné que, déjà en 1969, l'appelant croyait que l'Holocauste était un mythe. Un représentant du groupe d'«histoire révisionniste», l'Institute for Historical Review, M. Smith, et M. Faurisson, un «historien révisionniste» reconnu coupable à la suite d'accusations portées en France relativement à des publications niant l'Holocauste, ont témoigné que, en 1979, l'appelant a assisté à une conférence de l'institut au cours de laquelle les participants ont entrepris de lancer une campagne contre l'Holocauste. Un autre participant à la conférence, M. Walendy, a témoigné qu'il a discuté de la brochure avec l'appelant à cette époque et lui a fait part d'objections et de critiques soulevées ailleurs contre la publication. Le juge a laissé au jury la



the materials or whether, despite the fact that he knew they were false, he was prepared to publish falsehoods in order to win converts to his cause.

Judge Thomas instructed the jury that while the unreasonableness of the appellant's belief was a relevant factor in determining whether he truly held such a belief, it was by no means conclusive of the matter. Consistent with the jurisprudence of this Court on the role of unreasonableness of beliefs in, for example, the defence of mistake of fact, in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 156, Judge Thomas stated that:

If you find that the accused honestly believed that the pamphlet was true, or you are left with a reasonable doubt on this point, you must acquit. Now, it is not necessary for that belief, held honestly, to be reasonable. The unreasonable nature of the belief is only one factor to be considered. In other words, it is only one item of the evidence to support an inference that the belief is not honestly held.

(v) *Mischief to a Public Interest*

The public interest identified was racial and social tolerance. The Crown argued that an attack on one segment of society harmed all of society. The trial judge told the jury that they had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the publication of *Did Six Million Really Die?* was a threat to this interest. The Crown submitted that the pamphlet fostered hatred and contempt for Jews. It did so insidiously because it disguised itself as an academic work, relying upon appeals to authority. It did so in a particularly vicious manner because the objects of the fabrication are themselves characterized as diabolical liars such that their attempts to clarify and rebut the allegations would not be believed. Perhaps most importantly, the Crown alleged that the pamphlet makes tolerance for religious minorities "a dirty word" and the game of dupes.

tâche de conclure si l'appelant n'était pas au courant de la fausseté des ouvrages ou si, bien qu'il sût qu'ils étaient faux, il était disposé à publier des faussetés afin de convertir des gens à sa cause.

a

Dans ses directives, le juge Thomas a dit au jury que, même si le caractère déraisonnable de la croyance de l'appelant constituait un facteur pertinent pour déterminer s'il avait véritablement cette croyance, il n'était nullement concluant. Conformément à la jurisprudence de notre Cour sur le rôle du caractère déraisonnable des croyances, par exemple dans le moyen de défense de l'erreur de fait, dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, à la p. 156, le juge Thomas a dit:

b

[TRADUCTION] Si vous concluez que l'accusé croyait honnêtement que la brochure était vraie ou si vous avez un doute raisonnable sur ce point, vous devez l'acquitter. Maintenant, il n'est pas nécessaire que cette croyance honnête soit raisonnable. Le caractère déraisonnable de la croyance n'est qu'un facteur à prendre en considération. En d'autres mots, c'est seulement un élément de la preuve pour étayer une déduction selon laquelle il ne s'agit pas d'une croyance honnête.

c

d

(v) *Tort à quelque intérêt public*

L'intérêt public concerné était la tolérance raciale et sociale. Le ministère public a soutenu que celui qui s'attaque à une partie de la société cause un préjudice à son ensemble. Le juge du procès a dit au jury qu'il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que la publication de *Did Six Million Really Die?* constituait une menace à cet intérêt. Le ministère public a avancé que la brochure entretenait la haine et le mépris envers les juifs. Elle le faisait de façon insidieuse, car elle revêtait la forme d'un ouvrage universitaire faisant appel à des experts. Elle le faisait d'une façon particulièrement vicieuse parce que les sujets de l'invention étaient eux-mêmes qualifiés de menteurs diaboliques de sorte que leurs tentatives en vue de clarifier et de réfuter les allégations ne seraient pas crues. Fait peut-être le plus important, le ministère public a fait valoir que la brochure présente la tolérance envers les minorités religieuses comme [TRADUCTION] «un terme offensant» et un manège de dupes.

e

f

g

h

i

j

The appellant submitted that no harm had been proved to have resulted from the publication and that public debate of provocative views enhanced social and racial tolerance. He submitted that it was an insult to Canadians to suggest that they were not capable of discerning truth from falsity. The trial judge instructed the jury that deliberate lies were not protected by s. 2(b) of the *Charter* but left the final issue of harm to the jury as well. They returned with a verdict of guilty.

B. *Ontario Court of Appeal #1* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97

Although this is an appeal from the second trial, it is useful to note briefly the fate of the appellant on his first appearance before the Ontario Court of Appeal. In a decision rendered on behalf of the full court, the Ontario Court of Appeal affirmed the essential elements of the offence as they were described by the trial judge at the second trial and set out earlier.

The decision was rendered quite early in the development of *Charter* jurisprudence and the court noted that there was little precedent to guide them. They addressed themselves to the proper scope of the right under s. 2(b) and concluded that deliberate lies likely to produce racial and social intolerance did not fall within its embrace.

In doing this, they placed great reliance on the United States approach to defining a limit to freedom of expression which excludes obscene, libelous and knowingly false speech. After considering the various justifications provided in the American jurisprudence for limiting expression, they concluded (at pp. 123-24):

Spreading falsehoods knowingly is the antithesis of seeking truth through the free exchange of ideas. It would appear to have no social or moral value which would merit constitutional protection. Nor would it aid

L'appelant a prétendu que la preuve n'avait pas été faite que la publication avait causé un préjudice, et que le débat public sur des opinions suscitant la controverse augmentait la tolérance sociale et raciale. Il a soutenu qu'il est insultant envers les Canadiens de laisser entendre qu'ils ne sont pas capables de discerner le vrai du faux. Le juge du procès a informé le jury que les mensonges délibérés ne sont pas protégés par l'al. 2b) de la *Charte*, mais il lui a laissé la tâche de trancher la question finale du préjudice. Le jury a prononcé un verdict de culpabilité.

B. *Premier arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97

Bien qu'il s'agisse d'un pourvoi émanant du second procès, il est utile de noter brièvement quel a été le sort de l'appelant à l'occasion de sa première comparution devant la Cour d'appel de l'Ontario. Dans une décision rendue au nom de la Cour d'appel de l'Ontario au complet, celle-ci a confirmé les éléments essentiels de l'infraction tels que le juge du procès les a décrits lors du second procès et tels qu'ils ont été mentionnés précédemment.

La décision a été rendue dans les débuts de l'évolution de la jurisprudence relative à la *Charte* et la cour a fait remarquer qu'il existait peu de précédents qui puissent la guider. Les juges se sont tournés vers la portée réelle du droit reconnu à l'al. 2b) et ont conclu que les mensonges délibérés susceptibles d'engendrer de l'intolérance raciale et sociale n'entraient pas dans son champ d'application.

Ce faisant, les juges se sont fondés grandement sur la méthode utilisée aux États-Unis pour fixer une limite à la liberté d'expression qui puisse exclure les discours obscènes, diffamatoires et sciemment faux. Après avoir examiné les diverses justifications prévues dans la jurisprudence américaine pour limiter la liberté d'expression, ils ont conclu, aux pp. 123 et 124:

[TRADUCTION] La diffusion consciente de faussetés est l'antithèse de la recherche de la vérité au moyen du libre échange d'idées. Elle semblerait n'avoir aucune valeur sociale ou morale qui mérite d'être protégée par la

the working of parliamentary democracy or further self-fulfilment. In our opinion an offence falling within the ambit of s. 177 [now s. 181] lies within the permissibly regulated area which is not constitutionally protected. It does not come within the residue which comprises freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Charter.

After assuming for the sake of argument that they were wrong and the provision was a violation of s. 2(b), the Court of Appeal considered the presence in the *Criminal Code* of Canada and those of other commonwealth jurisdictions of the offence of defamatory libel in determining that the section was important and demonstrably justified in free and democratic societies. They thus found the provision to be justified under s. 1.

The court then considered the appellant's submission that the provision was unconstitutional because it violated s. 7 by being void for vagueness or overbreadth. The court considered that the only element of the offence in s. 177 (now s. 181) open to challenge was the category of "public interests" to which injury might accrue. They considered that criminal law is always aimed at preserving some public interest and found that the preservation of racial harmony was certainly such an interest. They therefore found no violation of s. 7.

However, the Court of Appeal went on to find that some of the appellant's objections to the conduct of the trial judge did have merit. They found these technical errors too numerous to justify the exercise of s. 613(1)(b)(iii) (now s. 686(1)(b)(iii)) and ordered the new trial which was referred to earlier.

C. *Ontario Court of Appeal #2* (1990), 53 C.C.C. (3d) 161

The appellant appealed this second conviction, raising 47 grounds of appeal, most of which were found to be utterly without merit and were not

Constitution. Elle n'aiderait pas non plus le fonctionnement de la démocratie parlementaire ni ne favoriserait l'accomplissement de soi. À notre avis, l'infraction qui entre dans le champ d'application de l'art. 177 [maintenant l'art. 181] relève du domaine pouvant être réglementé qui n'est pas protégé par la Constitution. Elle n'entre pas dans le reste qui comprend la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la Charte.

Après avoir supposé, pour les fins de la discussion, qu'ils avaient tort et que la disposition constituait une violation de l'al. 2b), les juges de la Cour d'appel ont tenu compte de la présence, dans le *Code criminel* du Canada et ceux d'autres États du Commonwealth, de l'infraction de libelle diffamatoire pour déterminer que l'article était important et que sa justification pouvait se démontrer dans les sociétés libres et démocratiques. Ils ont donc conclu que la disposition se justifiait en vertu de l'article premier.

La cour a ensuite examiné la thèse de l'appelant que la disposition était inconstitutionnelle car elle violait l'art. 7 du fait qu'elle était entachée de nullité pour imprécision ou portée trop large. Elle a jugé que le seul élément de l'infraction prévue à l'art. 177 (maintenant l'art. 181) qui puisse être contesté était la catégorie des «intérêts publics» auxquels il pourrait être porté atteinte. Les juges ont considéré que le droit pénal vise toujours à préserver quelque intérêt public et ont conclu que la préservation de l'harmonie raciale constituait certainement un intérêt de ce genre. Ils ont donc décidé qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 7.

Toutefois, la Cour d'appel a ensuite statué que certaines des objections de l'appelant à l'égard de la conduite du juge du procès étaient fondées. Elle a estimé que ces erreurs d'ordre technique étaient trop nombreuses pour justifier l'exercice du sous-al. 613(1)(b)(iii) (maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iii)) et a ordonné la tenue du nouveau procès déjà mentionné.

C. *Second arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario* (1990), 53 C.C.C. (3d) 161

L'appelant a interjeté appel de sa seconde déclaration de culpabilité, soulevant 47 moyens d'appel, dont la plupart ont été considérés comme absolu-

dealt with. The Court did consider the issues of judicial notice, various elements of the charge to the jury, admissibility of evidence read into the record, questioning of the appellant about his belief in Nazi policies, and production of his other anti-Semitic publications. The Court of Appeal considered at length allegations of actual and apparent bias in the trial judge and rejected them. The only finding which has relevance to the constitutional issue in this appeal is the court's approval at p. 196 of the trial judge's characterization of the promotion of racism as a practice contrary to a public interest.

[I]t is not in the public interest to have one segment of the community racially or religiously intolerant against another segment of the community. An attack on one segment of the community is, in reality, an attack on the whole community. If one segment is not protected from criminal defamation and libel, accusations of criminal wrong-doing, criminal fraud, the whole community is vulnerable because the next segment is fair game, and then the next segment is fair game, until you have destroyed the entire community.

### III. Issues in this Appeal

By an order dated January 28, 1991, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Is s. 181 (formerly s. 177) of the *Criminal Code* of Canada contrary to fundamental freedom of thought, belief, opinion, and expression, including freedom of the press and other media of communication, set out in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is s. 181 (formerly s. 177) of the *Criminal Code* of Canada a reasonable limit prescribed by law demonstrably justifiable in a free and democratic society as required by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

In a subsequent order on June 14, 1991 the Chief Justice added two further constitutional questions:

ment non fondés et n'ont pas été examinés. La cour a effectivement examiné les questions suivantes: la reconnaissance d'office, divers éléments des directives données au jury, l'admissibilité de la preuve versée au dossier, l'interrogatoire de l'appelant au sujet de sa croyance dans les politiques nazies et la production de ses autres publications anti-sémites. La Cour d'appel a longuement étudié les allégations relatives aux préjugés réels et apparents du juge du procès et les a rejetées. La seule conclusion qui se rapporte à la question constitutionnelle dans le présent pourvoi est l'approbation par la cour, à la p. 196, de la qualification par le juge du procès de la promotion du racisme comme étant une pratique contraire à un intérêt public.

[TRADUCTION] [I] n'est pas dans l'intérêt public qu'une partie de la société soit intolérante sur le plan racial ou religieux envers une autre partie de la société. Les attaques portées contre une partie de la société constituent, de fait, des attaques contre son ensemble. Si une partie de la société n'est pas protégée contre la diffamation criminelle, les accusations d'actes préjudiciables criminels, la fraude criminelle, toute la société est vulnérable parce qu'une partie peut s'en prendre à une autre, et ainsi de suite, jusqu'à ce que la société dans son entier soit détruite.

### III. Questions faisant l'objet du présent pourvoi

Par ordonnance en date du 28 janvier 1991, le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 181 (auparavant l'art. 177) du *Code criminel* du Canada est-il contraire à la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication, garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, l'art. 181 (auparavant l'art. 177) du *Code criminel* du Canada est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, tel que requis par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Par ordonnance subséquente en date du 14 juin 1991, le Juge en chef a ajouté deux autres questions constitutionnelles:

3. Is s. 181 (formerly s. 177) of the *Criminal Code* contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as being a vague and uncertain restriction upon the fundamental freedom of expression? <sup>a</sup>
4. If so, is s. 181 (formerly s. 177) of the *Criminal Code* a reasonable limit prescribed by law demonstrably justifiable in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? <sup>b</sup>

3. L'article 181 (auparavant l'art. 177) du *Code criminel* contrevient-il à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu'il constitue une restriction vague et incertaine de la liberté fondamentale d'expression? <sup>a</sup>
4. Dans l'affirmative, l'art. 181 (auparavant l'art. 177) du *Code criminel* est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, tel que requis par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? <sup>b</sup>

#### IV. Analysis

##### A. History of Section 181

The section has its origin in the offence of *De Scandalis Magnatum* enacted in 1275, 3 Edw. 1, *Stat. Westm. prim.* c. 34. It read:

Forasmuch as there have been oftentimes found in the Country Devisors of Tales, whereby discord or occasion of discord, hath many times arisen between the King and his People, or Great Men of this Realm; for the Damage that hath and may thereof ensue; It is commanded, That from henceforth none be so hardy to tell or publish any false News or Tales, whereby discord, or occasion of discord or slander may grow between the King and his People, or the Great Men of the Realm; and he that doth so, shall be taken and kept in Prison, until he hath brought him into the Court, which was the first Author of the Tale. <sup>e</sup>

The provision of peaceful means of redress for attacks on reputation seems to have originated with organized society. Early Germanic laws such as the *Lex Salica* and the *Norman Customal* sought to prevent blood feuds which, by their persistent violence, tore societies apart. See V. V. Veeder, "The History and Theory of the Law of Defamation I" (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546, at p. 548, and "The History and Theory of the Law of Defamation II" (1904), 4 *Colum. L. Rev.* 33. <sup>f</sup>

Professor Veeder places *De Scandalis* in historical context. While it was indeed aimed at the protection of the powerful, it was part of a system of <sup>j</sup>

#### IV. Analyse

##### A. Historique de l'art. 181

L'article tire son origine de l'infraction *De Scandalis Magnatum* établie en 1275, 3 Edw. 1, *Stat. Westm. prim.*, ch. 34. Elle était libellée ainsi: <sup>d</sup>

[TRADUCTION] Attendu qu'il s'est souventefois trouvé dans le pays des auteurs d'histoires ayant, à maintes reprises, fait naître la discorde ou des possibilités de discorde entre le roi et son peuple ou les grands du royaume, en raison du préjudice qui en est résulté ou qui peut en résulter, ordre est donné que désormais personne ne sera intrépide au point de diffuser ou de publier toute fausse nouvelle ou tout récit pouvant faire naître la discorde ou des possibilités de discorde ou de diffamation entre le roi et son peuple ou les grands du royaume, et celui qui s'en rendra coupable sera gardé en prison jusqu'à ce qu'il ait fait comparaître devant la Cour celui qui était le premier auteur de l'histoire. <sup>e</sup>

L'adoption de moyens pacifiques prévoyant la réparation des atteintes faites à la réputation semble être apparue avec la société organisée. Les premières lois germaniques telles que la *Loi salique* ainsi que le *Coutumier de Normandie* visaient à empêcher les querelles sanglantes qui, par leur violence persistante, déchiraient les sociétés. Voir V. V. Veeder, «The History and Theory of the Law of Defamation I» (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546, à la p. 548, et «The History and Theory of the Law of Defamation II» (1904), 4 *Colum. L. Rev.* 33. <sup>g</sup>

Le professeur Veeder replace l'infraction *De Scandalis* dans son contexte historique. Elle visait en effet la protection des puissants, mais elle <sup>j</sup>

remedies for defamation available to all subjects. The existence of separate fora was ascribed, in part, to the fact that attacks on nobility were viewed as having a political aspect, as a specie of sedition, while those against ordinary citizens were not. The section was repealed in the United Kingdom by the *Statute Law Revision Act*, 1887 (U.K.), 50 & 51 Vict., c. 59, but remains in force in Canada as enacted in the *Criminal Code*.

Like most of our laws, the function of prohibitions against spreading false news has changed dramatically over the last 700 years. In 2 Ric. 2, st. I c. 5 of 1378, the provision was re-enacted to expand the class of those whose reputation interests implicated the integrity of the state. By virtue of amendments in 12 Ric. 2, c. 11 of 1388, the statute also provided for the punishment for disseminators as well as devisers of false news. See: Law Commission of the United Kingdom's Working Paper No. 84 on *Criminal Libel*, at p. 10.

In the Working Paper No. 84, the development of an ever more specialized panoply of remedies for false news is characterized as revealing a common theme of preventing a loss of confidence in government. When the Star Chamber took over prosecutions in 1488 soon after the development of the printing press and the corresponding capacity for wide publication to the masses, the Chamber's focus was on protecting the Christian monarchy. See Working Paper No. 84, *supra*, at pp. 12-13. The Star Chamber was also concerned with the protection of private rights:

... the Star Chamber was anxious to suppress duelling. To this end it would punish *defamatory* libels on private citizens who had suffered insult thereby, in the hope that this remedy would be more attractive to the person insulted than the issue of a challenge to fight. [Emphasis in original.]

faisait partie d'un système de recours dont tous les sujets pouvaient se prévaloir en matière de diffamation. L'existence de tribunaux distincts était imputée, en partie, au fait que les attaques dirigées contre les nobles étaient considérées comme ayant un aspect politique, comme une forme de sédition, tandis que celles dirigées contre les citoyens ordinaires n'étaient pas considérées de la même manière. L'article a été abrogé au Royaume-Uni par la *Statute Law Revision Act*, 1887 (R.-U.), 50 & 51 Vict., ch. 59, mais est resté en vigueur au Canada dans le *Code criminel*.

À l'instar de la plupart de nos lois, la fonction des dispositions interdisant de répandre de fausses nouvelles a changé considérablement au cours des 700 dernières années. Dans 2 Ric. 2, st. I ch. 5 de 1378, la disposition a été adoptée de nouveau afin d'étendre la catégorie de ceux dont les intérêts quant à la réputation touchaient l'intégrité de l'État. En vertu des modifications apportées dans 12 Ric. 2, ch. 11 de 1388, la loi prévoyait également que seraient punis ceux qui répandaient de fausses nouvelles ainsi que ceux qui les inventaient. Voir: Working Paper No. 84 intitulé *Criminal Libel* de la Law Commission du Royaume-Uni, à la p. 10.

Dans le Working Paper No. 84, on considère que l'élaboration d'une gamme toujours plus spécialisée de recours en ce qui concerne les fausses nouvelles révélait un objectif commun: empêcher les gens de perdre confiance dans le gouvernement. Lorsque la Chambre Étoilée a commencé de connaître des poursuites en 1488, peu après la mise au point de la presse à imprimer, qui permettait la publication de documents à l'intention des masses, elle insistait surtout sur la protection de la monarchie chrétienne. Voir Working Paper No. 84, *op. cit.*, aux pp. 12 et 13. La Chambre Étoilée s'est également préoccupée de la protection des droits privés:

[TRADUCTION] ... la Chambre Étoilée tenait beaucoup à abolir le duel. À cette fin, elle punissait les libelles *diffamatoires* contre des particuliers qui avaient subi un affront, dans l'espoir que ce recours serait plus intéressant pour la personne insultée que de lancer un défi en vue de se battre. [En italique dans l'original.]

(J. R. Spencer, "Criminal Libel—A Skeleton in the Cupboard", [1977] *Crim. L.R.* 383, at p. 383.)

After the abolition of the Star Chamber in 1641, its criminal jurisdiction passed to the Court of King's Bench. Since that time, the courts have alternately used the false news, criminal libel, and public mischief provisions in seeking to prohibit the dissemination of false news likely to harm a public interest. See F. R. Scott, "Publishing False News" (1952), 30 *Can. Bar Rev.* 37, at p. 40.

In 1732, a criminal charge was brought against one Osborne for printing a libel that members of the Portuguese Jewish community living in London had murdered a Jewish woman and her illegitimate child by a Christian lover. The court held that a libel conviction was not made out because the allegations were not aimed at an identifiable person, yet went on to convict the accused:

Admitting an information for a libel may be improper, yet the publication of this paper is deservedly punishable in an information for a misdemeanour, and that of the highest kind; such sort of advertisements necessarily tending to raise tumults and disorders among the people, and inflame them with an universal spirit of barbarity against a whole body of men, as if guilty of crimes scarce practicable, and totally incredible.

(*R. v. Osborne* (1732), 2 Swans. 532, 36 E.R. 717; and 2 Barn. K.B. 138 and 166, 94 E.R. 406 and 425; and W. Kel. 230, 25 E.R. 584.)

In *Gathercole's Case* (1838), 2 Lewin 237, 168 E.R. 1140, at p. 1145, a charge of defamatory libel was made out against an Anglican cleric who had disseminated false, scandalous and malicious anti-Catholic slurs.

In *Starkie's Treatise on the Law of Slander and Libel* (3rd ed. 1869), the author suggests at p. 578

(J. R. Spencer, «Criminal Libel—A Skeleton in the Cupboard», [1977] *Crim. L.R.* 383, à la p. 383.)

Après l'abolition de la Chambre Étoilée en 1641, sa compétence en matière pénale a été attribuée à la Cour du Banc du Roi. Depuis, les tribunaux ont utilisé tour à tour les dispositions relatives aux fausses nouvelles, à la diffamation criminelle et au méfait public pour essayer d'interdire la dissémination de fausses nouvelles susceptibles de nuire à un intérêt public. Voir F. R. Scott, «Publishing False News» (1952), 30 *R. du B. can.* 37, à la p. 40.

En 1732, une accusation criminelle a été portée contre un nommé Osborne pour la publication d'un libelle diffamatoire selon lequel des membres de la communauté juive portugaise vivant à Londres avaient tué une mère juive ainsi que l'enfant illégitime qu'elle avait eu d'un amant chrétien. Le tribunal a statué que la culpabilité pour diffamation n'avait pas été établie parce que les allégations ne visaient pas une personne identifiable, mais il a toutefois reconnu l'accusé coupable:

[TRADUCTION] En admettant qu'une plainte pour diffamation ne soit pas pertinente, la publication de ce document est toutefois punissable à juste titre dans une dénonciation pour une infraction mineure, et celle de la catégorie la plus élevée; ce genre d'annonces tendant nécessairement à créer des troubles et des désordres chez les gens et à les inciter à un esprit universel de barbarie envers tout un groupe d'hommes, comme s'ils étaient coupables de crimes à peine réalisables et tout à fait incroyables.

(*R. c. Osborne* (1732), 2 Swans. 532, 36 E.R. 717; et 2 Barn. K.B. 138 et 166, 94 E.R. 406 et 425; et W. Kel. 230, 25 E.R. 584.)

Dans l'affaire *Gathercole* (1838), 2 Lewin 237, 168 E.R. 1140, à la p. 1145, un pasteur anglican a été reconnu coupable de libelle diffamatoire pour avoir diffusé des insultes anticatholiques fausses, scandaleuses et malicieuses.

Dans *Starkie's Treatise on the Law of Slander and Libel* (3<sup>e</sup> éd. 1869), l'auteur laisse entendre, à

that criminal libel operated to punish not merely the blasphemous and seditious but:

... also, for those reflecting upon sects, classes, companies, or bodies of men, though not mentioning any person in particular; if such libels tend to excite the hatred of the king's subjects against the members thereof generally, or to provoke them to a breach of the peace.

In *Scott's Case* (1778), 5 New Newgate Calendar 284, the accused was convicted of spreading false news for making and displaying posters which made the following declarations:

'In pursuance of His Majesty's order in council to me directed, these are to give public notice that war with France will be proclaimed on Friday next, the 24th instant, at the palace royal, St. James', at one of the clock, of which all heralds and poursuivants at arms are to take notice, and give their attendance accordingly.

In *R. v. De Berenger* (1814), 3 M. & S. 67, 105 E.R. 536 (K.B.), the accused was found guilty of public mischief for spreading false rumours that the war with France was soon to end in order to drive up the value of government bonds and thereby profit from the public's misapprehension. Such conduct now gives rise to prosecutions under the false pretences sections at ss. 361-363 of the *Code* and the false prospectus section at s. 400, while the offence of public mischief in s. 140 only applies to false allegations of criminal conduct which impairs police efficacy.

Prosecution of false news as a subset of public mischief continued in the U.K. until the passage of the *Public Order Act*, 1936 (U.K.), 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6, c. 6. In 1936, Arnold Leese was convicted for publishing in his magazine, *The Fascist*, an article alleging that Jews were responsible for unsolved child murders. He was convicted of "publishing and printing divers scandalous and libellous statements regarding his Majesty's Jewish subjects with intent to create ill will between

la p. 578, que la diffamation criminelle était utilisée pour punir non seulement le blasphème et la sédition mais:

[TRADUCTION] ... de même, pour ceux qui font des remarques sur des sectes, des catégories, des compagnies ou des groupes de personnes, tout en ne mentionnant aucune personne en particulier; si de telles diffamations tendent d'une manière générale à fomenter la haine des sujets du Roi contre les membres de ces groupes ou à les inciter à violer la paix.

Dans l'affaire *Scott* (1778), 5 New Newgate Calendar 284, l'accusé a été déclaré coupable d'avoir répandu des fausses nouvelles par la confection et l'affichage de pancartes qui portaient les déclarations suivantes:

[TRADUCTION] Conformément au décret de Sa Majesté qui m'a été communiqué, les présentes visent à annoncer publiquement que la guerre contre la France sera déclarée le vendredi 24 prochain, au palais royal St. James à une heure, ce dont tous les hérauts et poursuivants d'armes doivent prendre note et agir en conséquence.

Dans l'arrêt *R. c. De Berenger* (1814), 3 M. & S. 67, 105 E.R. 536 (B.R.), l'accusé a été reconnu coupable de méfait public pour avoir répandu de fausses rumeurs selon lesquelles la guerre avec la France devait bientôt prendre fin, dans le but de faire monter la valeur des obligations du gouvernement et profiter ainsi de la méprise du public. Un tel comportement donne maintenant naissance à des poursuites en vertu des art. 361 à 363 du *Code* relatifs à l'escroquerie et de l'art. 400 relatif aux faux prospectus, tandis que l'infraction de méfait public prévue à l'art. 140 ne s'applique qu'aux fausses allégations de conduite criminelle entraînant le travail des policiers.

Les poursuites intentées pour fausses nouvelles en tant que sous-ensemble du méfait public ont continué au Royaume-Uni jusqu'à l'adoption de la *Public Order Act*, 1936 (R.-U.), 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6, ch. 6. En 1936, Arnold Leese a été reconnu coupable d'avoir publié dans son magazine, *The Fascist*, un article alléguant que des juifs étaient responsables de meurtres d'enfants non résolus. Il a été reconnu coupable [TRADUCTION] «d'avoir publié et imprimé diverses déclarations



his Majesty's subjects of the Jewish faith and those not of the Jewish faith so as to create a public mischief". In convicting the accused, the trial judge stated:

I am not in the least concerned with any controversy that might have arisen with regard to these matters. . . . I am satisfied that nothing can be more mischievous to the public weal than the circulation of statements of this [sic] kind. I can appreciate that behind what you have done there is possibly a belief amounting in its intensity almost to fanaticism with regard to the truth or otherwise of these statements. That the public well-being can be served by the publication of stuff of this kind—and I call it "stuff" advisably [sic]—I cannot imagine. Nothing can be more harmful to the public weal than that.

(*London Times*, September 22, 1936, at p. 11, col. 4.)

More generally, the close of the 19th century saw a specialization of function among the various sections. The spreading false news provision appears in art. 95 of Stephen's *Digest of the Criminal Law* (1878), at p. 62, as:

#### SPREADING FALSE NEWS

Every one commits a misdemeanor who cites or publishes any false news or tales whereby discord or occasion of discord or slander may grow between the Queen and her people, or the great men of the realm (or which may produce other mischiefs). [Emphasis added.]

Scott, *supra*, notes at p. 39 that it was upon this formulation of the offence that the Canadian *Criminal Code* provision was based. Enacted in 1892, s. 126 of the *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, declared:

126. Every one is guilty of an indictable offence and liable to one year's imprisonment who wilfully and knowingly publishes any false news or tale whereby injury or mischief is or is likely to be occasioned to any public interest. [Emphasis added.]

scandaleuses et diffamatoires concernant les sujets juifs de Sa Majesté avec l'intention de susciter de la mauvaise volonté entre les sujets de Sa Majesté de religion juive et les autres sujets de manière à provoquer un méfait public». Lorsqu'il a déclaré l'accusé coupable, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Je ne suis pas le moins préoccupé par toute controverse qui aurait pu avoir découlé de ces questions [ . . . ] Je suis convaincu que rien ne peut être plus malveillant pour le bien du public que la publication de déclarations de ce genre. Je puis me rendre compte que ce que vous avez fait peut avoir été motivé par une croyance qui dans son intensité, équivaut presque à du fanatisme relativement à la véracité ou à la fausseté de ces déclarations. Je ne peux imaginer que la publication de choses de ce genre—et je les qualifie délibérément de «choses»—puisse servir le bien-être du public. Rien ne peut être plus dommageable pour le bien public.

(*London Times*, le 22 septembre 1936, à la p. 11, col. 4.)

De façon plus générale, la fin du XIX<sup>e</sup> siècle a vu apparaître une spécialisation de la fonction des différents articles. La disposition relative à la diffusion de fausses nouvelles figure à l'art. 95 du *Digest of the Criminal Law* de Stephen (1878), à la p. 62:

#### [TRADUCTION] DIFFUSION DE FAUSSES NOUVELLES

Commet une infraction mineure quiconque cite ou publie de fausses nouvelles ou histoires pouvant faire naître la discorde ou des occasions de discorde ou la diffamation entre la reine et son peuple ou les grands du royaume (ou pouvant engendrer d'autres méfaits). [Nous soulignons.]

Scott, *loc. cit.*, fait remarquer, à la p. 39, que c'est sur cette formulation de l'infraction qu'était fondé l'article du *Code criminel* canadien. Adopté en 1892, l'art. 126 du *Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29, prévoyait:

126. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un an d'emprisonnement celui qui publie, de propos délibéré, des nouvelles ou histoires fausses qui font ou sont propres à faire quelque tort ou dommage à des intérêts public. [Nous soulignons.]

While *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, dealt with s. 319, Dickson C.J. had occasion to comment in passing on the broad history of criminal libel offences (at p. 724):

While the history of attempts to prosecute criminally the libel of groups is lengthy, the *Criminal Code* provisions discussed so far do not focus specifically upon expression propagated with the intent of causing hatred against racial, ethnic or religious groups.

However, a more thorough review of the history of the related provisions reveals a clear pattern of attention to attacks on vulnerable groups. Scott, *supra*, examined the relationship of s. 136 (now s. 181) to its historical antecedents (at pp. 40 and 42):

The king's reputation and title were amply protected from attack by various statutes, and the peers and other "magnates" gradually abandoned their remedies under the ancient doctrine of *scandalum magnatum* because the developed law of libel and slander, and of contempt of court for justices, took care of all their needs. Hence the penalties for spreading "false news and tales" might have been absorbed into various specialised branches of the law, and there might be today no trace of a general crime of spreading false news in our law, had it not had an independent root in the idea of public mischief.

This notion of mischief in the common law has relevance to section 136 of the Canadian Code because the word "mischief" appears in the section. The recent English cases show the doctrine is not obsolete. Canadian law, based on statute, is more clearly formulated and goes farther than the actual holding in any English decision. Its roots are nevertheless to be found in what is an operative principle of the common law. It is wrong for anyone knowingly to cause a public mischief by publishing or telling lies. Lying itself does not constitute the crime. Injuring the public interest does.

Allied in principle to these instances of public mischief are the case where by spreading false news a libel was occasioned to a group of persons. The rule here is

Même si l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, traitait de l'art. 319, le juge en chef Dickson a eu l'occasion de faire des observations en passant sur l'historique général des infractions relatives à la diffamation criminelle (à la p. 724):

Bien que l'histoire des tentatives de poursuivre au criminel la diffamation de groupes soit longue, les dispositions du *Code criminel* mentionnées jusqu'ici ne visent pas comme telle l'expression diffusée dans l'intention de susciter la haine contre des groupes raciaux, ethniques ou religieux.

Toutefois, il ressort d'une étude plus approfondie de l'historique des dispositions connexes une nette tendance à s'attarder aux attaques contre des groupes vulnérables. Scott, *loc. cit.*, a examiné le rapport entre l'art. 136 (maintenant l'art. 181) et ses antécédents historiques (aux pp. 40 et 42):

[TRADUCTION] La réputation et le titre du roi étaient largement protégés contre les attaques par diverses lois, et les pairs et autres «magnats» ont progressivement abandonné les recours que leur conférait l'ancienne théorie du *scandalum magnatum* parce que le droit formulé en matière de diffamation écrite et verbale ainsi que l'outrage au tribunal pour les juges répondaient à tous leurs besoins. Il en découle que les peines pour la diffusion de «nouvelles et d'histoires fausses» pourraient avoir été absorbées dans divers domaines spécialisés du droit, et aujourd'hui dans notre droit il pourrait n'avoir subsisté aucune trace d'un crime général de diffusion de fausses nouvelles s'il n'avait eu une origine indépendante dans la notion de méfait public.

Cette notion de tort ou de méfait en common law est pertinente en ce qui concerne l'art. 136 du Code canadien parce que le terme «tort» y est inscrit. Il ressort de la jurisprudence anglaise récente que la théorie n'est pas périmée. Le droit canadien fondé sur des textes législatifs est formulé de façon plus claire et va plus loin que toute décision anglaise. Néanmoins, ses racines se trouvent dans ce qui constitue un principe clé de la common law. Quiconque cause sciemment un tort au public par la publication ou la formulation de mensonges commet un crime. Le mensonge lui-même ne constitue pas le crime. C'est plutôt le fait de porter atteinte à l'intérêt public qui le constitue.

On associe en principe à ces cas de méfait public celui où une diffamation à l'égard d'un groupe de personnes a résulté de la diffusion de fausses nouvelles. La

close to the notion both of libel and of public mischief; or perhaps one might say it is another example of public mischief, of which libel upon individuals whether "magnates" or simple citizens, is one type.

The section has rarely been used in modern times. In *R. v. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226 (N.W.T.S.C.), the accused was an American immigrant who apparently had not fared well here. He placed a sign in his shop window to the effect that he was having a closing out sale and advising Americans to think twice before settling in Alberta because Americans were not welcome there. The trial judge convicted him on the basis that the Alberta government sought to foster American immigration. Harvey J. was careful to stress that the provision was aimed at false assertions of fact, not disagreeable expressions of opinion. He stated (at p. 228):

The words themselves under certain circumstances, would not amount to an offence. If a newspaper in discussing the public policy of the country stated that it did not think it was in the interest of Canada that citizens of the United States should come in here, I do not think that would be a matter which would be properly dealt with under this section of the Code.

In *R. v. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75 (Que. K.B. (Criminal Side)), the accused was acquitted on a charge arising out of the dissemination of a pamphlet protesting the treatment of Jehovah's Witnesses entitled "The Burning Hate of Quebec for God, Christ and for Liberty is a subject of shame for all Canada" on the grounds of *autrefois acquit* on a charge of seditious libel. In interpreting the "public interest" harmed by false news, Drouin J. looked to the history of the provision and found that it was aimed at controlling seditious speech which threatened to undermine lawful authority. He equated the public interest with sedition and concluded that speech which fomented discord among citizens but did not issue in other violent conduct was not contrary to the public interest.

règle en l'espèce se rapproche de la notion de diffamation et de méfait public; ou on pourrait peut-être dire qu'il s'agit d'un autre exemple de méfait public dont la diffamation contre des personnes, qu'ils s'agisse de «magnats» ou de simples citoyens, constitue un genre.

On a rarement utilisé cet article à l'époque moderne. Dans l'affaire *R. c. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226 (C.S.T.N.-O.), l'accusé était un immigrant américain qui n'avait apparemment pas bien réussi dans notre pays. Il a installé dans la vitrine de sa boutique une affiche indiquant qu'il faisait une vente avant fermeture et conseillant aux Américains d'y penser par deux fois avant de s'établir en Alberta parce que les Américains n'y étaient pas les bienvenus. Le juge du procès l'a reconnu coupable pour le motif que le gouvernement de l'Alberta essayait d'encourager l'immigration américaine. Le juge Harvey a pris soin de souligner que la disposition visait les fausses affirmations de fait et non pas les expressions d'opinions désagréables. Il a dit (à la p. 228):

[TRADUCTION] Les termes eux-mêmes dans certaines circonstances ne constitueraient pas une infraction. Si, dans le cadre d'une discussion sur la politique d'intérêt public du pays, un journal déclarait que les citoyens des États-Unis ne devraient pas venir ici, je ne suis pas d'avis que cette question relèverait à bon droit de cet article du Code.

Dans *R. c. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75 (B.R. (juridiction criminelle)), l'accusé a été acquitté d'avoir diffusé une brochure protestant contre le traitement réservé aux Témoins de Jéhovah et intitulée «La Haine Ardente du Québec, pour Dieu, pour Christ et pour la Liberté, est un Sujet de Honte pour tout le Canada», pour le motif qu'il avait déjà été acquitté relativement à une accusation de libelle séditieux découlant des mêmes faits. Pour interpréter l'«intérêt public» atteint par les fausses nouvelles, le juge Drouin a examiné l'évolution de la disposition et a conclu qu'elle visait à réprimer les discours séditieux qui menaçaient de miner l'autorité légitime. Il a établi un parallèle entre l'intérêt public et la sédition et a conclu que le discours qui fomenta la discorde parmi les citoyens mais qui ne débouche pas sur un autre comportement violent n'était pas contraire à l'intérêt public.

In 1955 (S.C. 1953-54, c. 51), the provision was removed from the "Sedition" section of the *Code* and re-enacted under the category of "Nuisance". In doing this, Parliament made it clear that while the import of s. 181 was not to punish sedition, it continued to have a role to play. Section 166 stated:

166. Every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years. [Emphasis added.]

The re-enacted section was dealt with in *R. v. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286 (Que. C.A.). The appellant was the publisher of an underground newspaper that had printed a facsimile of the front page from the *Montreal Gazette* on the back cover of an issue of his paper, carrying the headline "Mayor Shot By Dope-crazed Hippie". The accompanying story stated that Mayor Drapeau had been attacked by a needle-wielding drug fiend but was recovering nicely. The papers had been distributed with the page folded inside, but someone had played a prank on the pranksters and folded them so that the "Gazette" page was outermost. Several calls were made by concerned citizens to Drapeau's office and some 50 calls to the *Gazette's* night editor. In overturning the conviction, the court found that there had been no intention to pass the satire off as news, let alone as false news, and thus no intent to commit the offence. The court concluded (at p. 289):

I find it difficult to imagine that anyone could have been misled into believing that the story was genuine.

While I consider the page was stupid, pointless and in bad taste, I cannot agree that, *per se*, it was reasonably sure to cause trouble and insecurity. The inconvenience to which the night city editor of the *Gazette* was put

En 1955 (S.C. 1953-54, ch. 51), la disposition a été retirée de la section du *Code* relative à la «Sédition» et a été adoptée de nouveau dans la catégorie «Nuisances». Ce faisant, le législateur fédéral a précisé que, même si l'art. 181 ne visait pas à punir la sédition, il continuait d'avoir un rôle à jouer. L'article 166 prévoyait:

166. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque volontairement publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public. [Nous soulignons.]

La nouvelle disposition a été examinée dans l'arrêt *R. c. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286 (C.A. Qué.). L'appelant était propriétaire d'un journal underground qui avait publié un fac-similé de la une de la *Gazette* de Montréal dans la dernière page d'un numéro de son journal, qui portait le titre [TRADUCTION] «Le maire est blessé par un hippie rendu fou par la drogue». Dans l'histoire qui suivait, on mentionnait que le maire Drapeau avait été attaqué par un enragé qui brandissait une seringue, mais qu'il s'en remettait très bien. Pour les fins de la distribution, les journaux avaient été pliés de façon que la page concernée soit vers l'intérieur, mais quelqu'un avait joué un tour aux farceurs et avait plié les journaux de façon que la page de la «Gazette» soit bien à la vue. Le bureau du maire Drapeau a reçu plusieurs appels de la part de citoyens inquiets, et le rédacteur en chef de nuit de la *Gazette* a reçu quelque 50 appels. En annulant la déclaration de culpabilité, la cour a conclu qu'il n'y avait eu aucune intention de faire passer la satire pour une nouvelle, encore moins une fausse nouvelle, et qu'il n'y avait eu aucune intention de commettre l'infraction en question. La cour a conclu (à la p. 289):

[TRADUCTION] Je puis difficilement m'imaginer que quelqu'un aurait pu être amené à croire que l'histoire était vraie.

Bien que je considère que la page soit stupide, sans rime ni raison et de mauvais goût, je ne puis dire que, en soi, il était raisonnablement certain qu'elle causerait du trouble et de l'insécurité. Les inconvénients subis par le

does not in my view constitute "injury or mischief to a public interest" and the Mayor himself gave no indication of concern over the event. . . .

Thus, a review of the historical development of the law's response to false news reflects its role in prohibiting the dissemination of false information which strikes at important interests of society as a whole. Section 181 perpetuates one of the central functions of *De Scandalis* in prohibiting public alarm and internecine hostilities between and among social groups. The courts have quite properly determined that expressions aimed at dissenting political opinion are not caught by the section.

It remains to be determined whether s. 181 is invalid as a result of a contravention of s. 2(b) of the *Charter* which cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

#### B. Section 2(b) of the *Charter*

Section 2(b) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

The fundamental importance of freedom of expression to a free and democratic society is beyond question. At issue is whether s. 181 contravenes that right.

The first step in the *Charter* analysis is to ascertain whether the activity of the litigant who alleges a s. 2(b) violation falls within the ambit of protected expression. The sphere of expression protected by the section has been very broadly defined to encompass all content of expression irrespective of the particular meaning sought to be conveyed unless the expression is communicated in a physically violent form (*R. v. Keegstra, supra*). The activity of Zundel involved the deliberate and wilful publication of lies which were extremely damaging to members of the Jewish community, mis-

rédacteur en chef de nuit de la Gazette ne constituent pas, à mon sens, «une atteinte ou du tort à quelque intérêt public», et le maire lui-même n'a fait part d'aucune inquiétude relativement à l'événement . . .

Ainsi, l'étude de l'histoire de la loi en ce qui concerne le traitement des fausses nouvelles reflète bien le rôle qu'elle a joué pour interdire la diffusion de faux renseignements qui portent atteinte à des intérêts importants de la société dans son ensemble. L'article 181 perpétue l'une des fonctions principales de l'infraction *De Scandalis* en interdisant de susciter la peur générale et les hostilités réciproquement destructives entre les groupes sociaux. Les tribunaux ont jugé à juste titre que l'expression d'une opinion politique différente n'est pas visée par l'article.

Il reste à déterminer si l'art. 181 est valide ou non par suite d'une violation de l'al. 2b) de la *Charte* qui ne peut se justifier en vertu de l'article premier.

#### B. Alinéa 2b) de la *Charte*

L'alinéa 2b) de la *Charte* prévoit:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

L'importance fondamentale de la liberté d'expression pour une société libre et démocratique est incontestable. Il s'agit de savoir si l'art. 181 viole ce droit.

La première étape à franchir dans l'analyse fondée sur la *Charte* est de s'assurer que l'activité de la partie qui allègue une violation de l'al. 2b) entre dans le champ d'application de l'expression protégée. Le domaine de l'expression protégée par l'article a été très largement défini de façon à comprendre tout contenu d'expression sans tenir compte de la signification particulière que l'on cherche à transmettre, à moins que l'expression soit communiquée sous une forme physiquement violente (*R. c. Keegstra, précité*). L'activité de Zundel concernait la publication délibérée et

leading to all who read his words and antithetical to the core values of a multicultural democracy. The basis for determining whether this type of activity falls within the scope of protected expression was set out in *Keegstra, supra*. There <sup>a</sup> Dickson C.J. found that hate propaganda satisfied the first step of the s. 2(b) of the *Charter* inquiry. He wrote (at p. 730):

Because *Irwin Toy* stresses that the type of meaning conveyed is irrelevant to the question of whether s. 2(b) is infringed, that the expression covered by s. 319(2) is invidious and obnoxious is beside the point. It is enough that those who publicly and wilfully promote hatred convey or attempt to convey a meaning . . . .

Similarly, constitutional protection under s. 2(b) must therefore be extended to the deliberate publication of statements known to be false which convey meaning in a non-violent form. Freedom of expression is so important to democracy in Canada that even those statements on the extreme periphery of the protected right must be brought within the protective ambit of s. 2(b).

The second step of the test is to determine whether the purpose of the impugned legislation is to restrict freedom of expression. Here, the purpose of s. 181 is to restrict, not all lies, but only those that are wilfully published and that are likely to injure the public interest. Although the targeted expression is extremely limited, the provision does have as its purpose the restriction of free expression. Accordingly, it must be found that s. 181 constitutes an infringement of the freedom of expression guaranteed under s. 2(b) of the *Charter*.

Before turning to s. 1 of the *Charter*, it is important to recall what has been written concerning the weight to be attached to other *Charter* provisions

volontaire de mensonges qui étaient extrêmement préjudiciables pour les membres de la communauté juive, car elle induisait en erreur tous ceux qui lisaient son contenu et était contraire aux valeurs principales d'une démocratie multiculturelle. Le fondement servant à déterminer si ce genre d'«activité» est visée par l'expression protégée a été énoncé dans l'arrêt *Keegstra*, précité. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson a conclu que la propagande haineuse satisfaisait à la première étape de l'analyse fondée sur l'al. 2b) de la *Charte*. Il a écrit (à la p. 730):

Puisque l'arrêt *Irwin Toy* insiste sur le fait que le type de signification transmise n'a aucune pertinence pour la question de savoir s'il y a eu violation de l'al. 2b), il est dès lors sans intérêt que l'expression visée au par. 319(2) soit odieuse ou désobligeante. Il suffit que ceux qui fomentent publiquement et volontairement la haine transmettent ou tentent de transmettre une signification . . .

De la même manière, la protection constitutionnelle accordée par l'al. 2b) doit donc être étendue à la publication délibérée de déclarations que l'auteur sait être fausses et qui transmettent une signification sous une forme non violente. La liberté d'expression est si importante pour la démocratie au Canada qu'on doit faire entrer dans le champ d'application de l'al. 2b) même les déclarations à la limite extrême du droit protégé.

La deuxième étape du critère consiste à déterminer si la loi contestée a pour objet de restreindre la liberté d'expression. En l'espèce, l'art. 181 a pour objet de restreindre non pas tous les mensonges mais seulement ceux qui sont publiés volontairement et qui sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt public. Bien que l'expression cible soit extrêmement limitée, la disposition a effectivement pour objet de restreindre la liberté d'expression. Par conséquent, il faut conclure que l'art. 181 viole la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*.

Avant de passer à l'article premier de la *Charte*, il est important de rappeler ce qui a été écrit relativement au poids qu'il faut accorder à d'autres dis-

and the consideration of contextual factors. In *Keegstra, supra*, Dickson C.J., wrote at p. 734:

I believe, however, that s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing, and consider this Court's previous freedom of expression decisions to support this belief. It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(b) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1. [Emphasis in original.]

### C. Section 1 Analysis

In order to determine whether s. 181 can be justified under s. 1 of the *Charter* a careful balancing of a number of factors must be considered. In doing so we have followed the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

#### (1) Prescribed by Law

##### (i) *The General Rule*

There is a separate constitutional question posed which raises the issue of vagueness under s. 7 of the *Charter*. Indeed, if the vagueness of the impugned law is the sole issue raised, it is dealt with under s. 7. Nonetheless, the proper place to deal with this vagueness argument is under s. 1. See *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 631-32.

The concept that a section of an enactment would be declared void for vagueness is based upon the sound rule that a person should know with reasonable certainty what the law is and what actions are in danger of breaking the law. There can be no doubt that a section of the *Criminal Code* enacting an offence must provide sufficient guidance to predict the legal consequences of a given course of conduct but a statute or legal enactment can do no more than set boundaries which create an area of risk.

positions de la *Charte* et à l'examen des facteurs contextuels. Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a mentionné, à la p. 734:

Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs et j'estime que les arrêts antérieurs de notre Cour concernant la liberté d'expression étaient cette conclusion. Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier. [Souligné dans l'original.]

### C. Analyse fondée sur l'article premier

Afin de déterminer si l'art. 181 peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*, il faut procéder à une évaluation minutieuse d'un certain nombre de facteurs. Pour ce faire, nous nous sommes fondés sur le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

#### (1) Prescrite par une règle de droit

##### (i) *La règle générale*

L'une des questions constitutionnelles posées soulève le problème de l'imprécision au regard de l'art. 7 de la *Charte*. En fait, si l'imprécision de la loi contestée est la seule question soulevée, elle est visée à l'art. 7. Néanmoins, le moyen idéal pour examiner cette allégation d'imprécision est de se reporter à l'article premier. Voir *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, aux pp. 631 et 632.

L'idée qu'un article d'une loi serait déclaré inopérant en raison de son imprécision est fondée sur la règle valable selon laquelle une personne devrait savoir de façon raisonnablement certaine quelle est la loi et quels actes risquent d'y contrevenir. Il est indubitable qu'un article du *Code criminel* créant une infraction doit prévoir des balises suffisantes pour prédire les conséquences juridiques d'un comportement donné mais une loi ou un texte législatif ne peut faire plus que d'établir des lignes de démarcation qui délimitent une sphère de risque.

It is the guidance of conduct and not the absolute direction of conduct which is the appropriate objective of legislation. A provision will be too vague if it does not provide a basis for legal debate and discussion. If it does not sufficiently delineate an area of risk, it can provide neither notice to a person of conduct which is potentially criminal nor an appropriate limitation on the discretion of the authorities seeking to enforce the provision. Such a provision offers no basis for the judiciary to define limits of conduct. See *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra*, at pp. 639-40.

Section 181 cannot be said to be vague. It provides clear guidelines of conduct. The citizen knows that to be at risk under this section, he or she must wilfully publish a false statement knowing it to be false. Further, the publication of those statements must injure or be likely to injure the public interest.

(ii) *How Should the Term "Public Interest" Be Defined as it Is Used in Section 181?*

The appellant contends that the term, "public interest", is so vague that the section is invalid. It is submitted that the term could be used by an unscrupulous government to render criminal any conduct or opinion opposed by the government of the day.

The fact that the term is undefined by the legislation is of little significance. There are many phrases and words contained in the *Criminal Code* which have been interpreted by the courts. It is impossible for legislators to foresee and provide for every eventuality or to define every term that is used. Enactments must have some flexibility. Courts have in the past played a significant role in the definition of words and phrases used in the *Code* and other enactments. They should continue to do so in the future.

For our purposes, it is sufficient to refer to but a few of the judicial definitions of words and phrases found in the *Criminal Code*. In obscenity

C'est le balisage du comportement et non pas son orientation absolue qui est l'objectif approprié de la loi. Une disposition sera trop imprécise si elle ne constitue pas un fondement pour un débat judiciaire. Si elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque, elle ne peut pas fournir à une personne un avertissement au sujet d'un comportement qui peut être criminel ni une limite appropriée au pouvoir discrétionnaire des autorités cherchant à appliquer la disposition. Une telle disposition ne fournit au pouvoir judiciaire aucun fondement pour définir les limites du comportement. Voir *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, aux pp. 639 et 640.

Nous ne pouvons pas dire que l'art. 181 est imprécis. Il fournit des lignes de conduite claires. Le citoyen sait que, pour s'exposer à un risque sous le régime de cet article, il doit publier volontairement une fausse déclaration qu'il sait être fausse. En outre, la publication de ces déclarations doit causer ou être de nature à causer une atteinte à l'intérêt public.

(ii) *La définition de l'expression «intérêt public» utilisée à l'art. 181*

L'appellant soutient que l'expression «intérêt public» est si imprécise que l'article n'est pas valide. Il prétend qu'un gouvernement sans scrupules pourrait l'utiliser pour que soit considéré comme criminel un comportement ou une opinion qu'il ne partage pas.

Le fait que l'expression ne soit pas définie par la loi importe peu. Beaucoup d'expressions et de mots figurant dans le *Code criminel* ont été interprétés par les tribunaux. Le législateur ne peut pas prévoir toutes les éventualités ou définir chaque mot employé. Les textes législatifs doivent avoir une certaine souplesse. Les tribunaux ont, par le passé, joué un rôle important dans la définition des mots et des expressions utilisés dans le *Code* et dans d'autres textes législatifs. Ils devraient continuer de le faire à l'avenir.

Pour les fins qui nous occupent, il suffit de nous reporter à quelques définitions judiciaires seulement de mots et d'expressions figurant dans le



cases, courts have properly taken it as their role and duty to define such terms as “indecent”, “immoral” or “scurrilous” found in various sections of the *Code* (see, for example, *R. v. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412 (Ont. C.A.), and *R. v. Springer* (1975), 24 C.C.C. (2d) 56 (Sask. Dist. Ct.). In *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, Sopinka J. considered the meaning that should be attached to the words “undue exploitation of sex”, which also were not defined in the statute.

Similarly, courts have considered and interpreted, the words “deceit, falsehood or other fraudulent means”. In *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, “other fraudulent means” was found to include means which were not in the nature of a falsehood or deceit. Rather the words were held to encompass all means which can properly be designated as dishonest. That same case further concluded that although there was no definition of “defraud” contained in the *Criminal Code*, dishonesty and deprivation were essential elements that must be considered as integral components of the word.

It is clear then that the courts can and should define terms and words used in the *Criminal Code*. A review of the cases that have thus far considered false news provisions reveals that they have not yet adequately defined the term “public interest”. It is therefore necessary to consider further how the phrase “public interest” should be defined in the context of s. 181.

A survey of federal statutes alone reveals that the term “public interest” is mentioned 224 times in 84 federal statutes. The term appears in comparable numbers in provincial statutes. The term does not and cannot have a uniform meaning in each statute. It must be interpreted in light of the legislative history of the particular provision in which it

*Code criminel*. Dans les affaires d’obscénité, les tribunaux ont considéré avec raison qu’ils avaient pour rôle et devoir de définir des mots comme «indécent», «immoral» ou «injurieux», qui figurent dans divers articles du *Code* (voir, par exemple, *R. c. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412 (C.A. Ont.), et *R. c. Springer* (1975), 24 C.C.C. (2d) 56 (C. dist. Sask.). Dans l’arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, le juge Sopinka a examiné le sens que l’on devrait accordé aux mots «exploitation indue des choses sexuelles», qui n’étaient pas non plus définis dans la loi.

De la même façon, les tribunaux ont examiné et interprété les mots «supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif». Dans l’arrêt *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, notre Cour a conclu que l’expression «autre moyen dolosif» comprenait des moyens qui ne sont pas de la nature du mensonge ou de la supercherie. Elle a plutôt statué que ces mots englobent tous les moyens qui peuvent à juste titre être désignés comme étant malhonnêtes. Elle a en outre conclu dans le même arrêt que, bien qu’il n’y ait pas de définition du mot «frauder» dans le *Code criminel*, la malhonnêteté et la privation sont des éléments essentiels qui doivent être considérés comme faisant partie intégrante du mot.

Il est donc manifeste que les tribunaux peuvent et devraient définir les mots et expressions utilisés dans le *Code criminel*. Il ressort d’une étude des décisions qui ont examiné jusqu’ici les dispositions concernant les fausses nouvelles que les tribunaux n’ont pas encore défini de façon satisfaisante l’expression «intérêt public». Il y a donc lieu d’examiner plus à fond comment il faudrait définir l’expression «intérêt public» dans le contexte de l’art. 181.

Une étude des seules lois fédérales indique que l’expression «intérêt public» est mentionnée 224 fois dans 84 d’entre elles. L’expression apparaît de façon comparable dans des lois provinciales. L’expression n’a pas et ne peut pas avoir une signification uniforme dans chaque loi. On doit l’interpréter en tenant compte de l’évolution

appears and the legislative and social context in which it is used.

A “public interest” likely to be harmed as a result of contravention of s. 181 is the public interest in a free and democratic society that is subject to the rule of law. A free society is one built upon reasoned debate in which all its members are entitled to participate. Section 181, including its reference to “public interest”, should, as this Court has emphasized, be interpreted in light of *Charter* values. See *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654. As a fundamental document setting out essential features of our vision of democracy, the *Charter* provides us with indications as to which values go to the very core of our political structure. A democratic society capable of giving effect to the *Charter*’s guarantees is one which strives toward creating a community committed to equality, liberty and human dignity. The public interest is, therefore, in preserving and promoting these goals.

The term, as it appears in s. 181, should be confined to those rights recognized in the *Charter* as being fundamental to Canadian democracy. It need not be extended beyond that. As an example, the rights enacted in ss. 7, 15 and 27 of the *Charter* should be considered in defining a public interest.

Section 15 of the *Charter* provides that every individual is equal before and under the law and is to be free of discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. If the wilful publication of statements which are known to be false seriously injures a group identifiable under s. 15, such an act would tear at the very fabric of Canadian society. It follows that the wilful publication of such lies would be contrary to the public interest. If the Crown is able to establish beyond a reasonable doubt that those fundamental rights are likely to have been seriously damaged by the wil-

législative de la disposition particulière dans laquelle elle figure et des contextes législatif et social dans lesquels elle est utilisée.

Un «intérêt public» auquel une violation de l’art. 181 est susceptible de nuire est l’intérêt public d’une société libre et démocratique soumise à la primauté du droit. Une société libre est une société fondée sur des débats raisonnés auxquels tous les membres ont le droit de participer. L’article 181, y compris sa mention de l’«intérêt public», devrait être interprété, comme l’a souligné notre Cour, en fonction des valeurs garanties par la *Charte*. Voir *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654. En tant que document fondamental qui énonce des caractéristiques essentielles de notre vision de la démocratie, la *Charte* nous fournit quelques indications sur les valeurs qui vont au cœur même de notre structure politique. Une société démocratique capable de donner effet aux garanties accordées par la *Charte* s’efforce également de créer une collectivité qui s’engage à poursuivre l’égalité, la liberté et la dignité humaine. L’intérêt public consiste donc à préserver et à promouvoir ces objectifs.

L’expression, telle qu’elle figure à l’art. 181, devrait se limiter aux droits que la *Charte* reconnaît comme fondamentaux pour la démocratie canadienne. Elle n’a pas à s’étendre au-delà. À titre d’exemple, pour définir un intérêt public, il faudrait prendre en considération les droits prévus aux art. 7, 15 et 27 de la *Charte*.

L’article 15 de la *Charte* prévoit que la loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous et que personne ne doit être victime de discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques. Si la publication volontaire de déclarations que leur auteur sait être fausses cause une atteinte grave à un groupe identifiable selon l’art. 15, un tel acte saperait la structure même de la société canadienne. Il s’ensuit que la publication volontaire de tels mensonges serait contraire à l’intérêt public. Si le ministère public peut prouver hors de tout doute

ful publication of statements known to be false, it will have fulfilled this part of its obligations under the section.

Thus, the term "public interest" as it appears in s. 181 refers to the protection and preservation of those rights and freedoms set out in the *Charter* as fundamental to Canadian society. It is only if the deliberate false statements are likely to seriously injure the rights and freedoms contained in the *Charter* that s. 181 is infringed. This section, therefore, provides sufficient guidance as to the legal consequence of a given course of conduct. It follows that the section cannot be said to be so vague that it is void.

## (2) Objective

### (i) *A Pressing and Substantial Aim*

The aim of s. 181 is to prevent the harm caused by the wilful publication of injurious lies. This is evident from the clear wording of the provision itself which prohibits the publication of a statement that the accused knows is false and "that causes or is likely to cause injury". This specific objective in turn promotes the public interest in furthering racial, religious and social tolerance. There can be no doubt that there is a pressing and substantial need to protect groups identifiable under s. 15 of the *Charter*, and therefore society as a whole, from the serious harm that can result from such "expression". The decision of this Court in *Keegstra* clearly recognized the invidious and severely harmful effects of hate propaganda upon target group members and upon society as a whole (see pp. 746-49). It was found that members of such groups, not unexpectedly, respond to the humiliation and degradation of such "expression" by being fearful and withdrawing from full participation in society. Society as a whole suffers because such "expression" has the effect of undermining the core values of freedom and democracy.

raisonnable qu'il y a un risque que la publication volontaire de déclarations que l'auteur savait être fausses ait causé un préjudice grave à ces droits fondamentaux, il aura rempli cette partie des obligations que lui impose l'article.

Ainsi, l'expression «intérêt public» telle qu'elle figure à l'art. 181 se rapporte à la protection et à la préservation des droits et libertés énoncés dans la *Charte* comme étant fondamentaux pour la société canadienne. C'est seulement lorsque les déclarations fausses et délibérées sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits et libertés mentionnés dans la *Charte* qu'il y a violation de l'art. 181. Cet article constitue donc un guide suffisant quant aux conséquences juridiques d'un comportement donné. On ne peut donc pas dire que l'article manque de précision au point d'être nul.

## (2) Objet

### (i) *Un but urgent et réel*

L'article 181 a pour but d'empêcher le préjudice qui résulte de la publication volontaire de mensonges blessants. Cela ressort clairement du texte de la disposition elle-même qui interdit la publication d'une déclaration que l'accusé sait fausse et «qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte». Cet objectif précis permet aussi de promouvoir l'intérêt public visant à favoriser la tolérance raciale, religieuse et sociale. Il est incontestable qu'il existe un besoin urgent et réel de protéger les groupes identifiables selon l'art. 15 de la *Charte*, et donc la société dans son ensemble, de tout préjudice grave qui peut résulter d'une telle «expression». Dans l'arrêt *Keegstra*, notre Cour a reconnu clairement les effets odieux et grandement préjudiciables que la propagande haineuse a sur les membres des groupes cibles et sur la société dans son ensemble (voir les pp. 746 à 749). Elle a conclu que les membres de ces groupes, comme il fallait s'y attendre, réagissent à l'humiliation et à l'avilissement engendrés par cette «expression» en étant craintifs et en évitant de participer pleinement à la société. La société dans son ensemble en subit un préjudice parce que cette «expression» a pour effet de miner les valeurs fondamentales de liberté et de démocratie.

Professor Mari Matsuda has described the impact unchecked racist speech has on target group members in "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320, at pp. 2338 and 2379:

To be hated, despised, and alone is the ultimate fear of all human beings. However irrational racist speech may be, it hits right at the emotional place where we feel the most pain. The aloneness comes not only from the hate message itself, but also from the government response of tolerance. When . . . the courts refuse redress for racial insult, and when racist attacks are officially dismissed as pranks, the victim becomes a stateless person.

The government's denial of personhood by denying legal recourse may be even more painful than the initial act of hatred. One can dismiss the hate group as an organization of marginal people, but the state is the official embodiment of the society we live in.

Similarly, it would be impossible to deny the harm caused by the wilful publication of deliberate lies which are likely to injure the public interest. The evil is apparent in the deceptive nature of publications caught by s. 181. The focus of s. 181 is on manipulative and injurious false statements of fact disguised as authentic research. The publication of such lies makes the concept of multiculturalism in a true democracy impossible to attain. These materials do not merely operate to foment discord and hatred, but they do so in an extraordinarily duplicitous manner. By couching their propaganda as the banal product of disinterested research, the purveyors of these works seek to circumvent rather than appeal to the critical faculties of their audience. The harm wreaked by this genre of material can best be illustrated with reference to the sort of Holocaust denial literature at issue in this appeal.

Le professeur Mari Matsuda décrit les répercussions que le discours raciste non réprimé a sur les membres des groupes cibles dans «Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story» (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320, aux pp. 2338 et 2379:

[TRADUCTION] Être haï, méprisé et seul est la crainte ultime de tout être humain. Quelque irrationnel que soit le discours raciste, il frappe précisément au point sensible où cela fait le plus mal. La solitude vient non seulement du message haineux en soi, mais également de la réaction tolérante du gouvernement. Lorsque [. . .] les tribunaux refusent d'accorder un recours en cas d'insulte raciale et que les attaques racistes sont officiellement rejetées comme étant des farces, la victime devient un apatride.

Le refus du gouvernement de reconnaître la qualité d'être humain en refusant un recours juridique peut même être plus douloureux que l'acte haineux lui-même. On peut écarter le groupe haineux comme n'étant qu'une organisation de marginaux, mais l'État est l'organisme officiel de la société dans laquelle nous vivons.

De la même façon, il serait impossible de nier le préjudice causé par la publication volontaire de mensonges délibérés qui sont de nature à porter atteinte à l'intérêt public. L'intention de nuire est manifeste dans le caractère trompeur des publications visées par l'art. 181. L'article 181 vise principalement les fausses déclarations de fait manipulatoires et blessantes déguisées en recherche authentique. La publication de tels mensonges rend la notion de multiculturalisme dans une véritable démocratie impossible à réaliser. Ces documents ne font pas que fomentent la discorde et la haine, mais ils y parviennent d'une manière extrêmement fallacieuse. En formulant leur propagande comme le résultat banal d'une recherche désintéressée, les auteurs de ces ouvrages tentent d'endormir les facultés critiques de leur auditoire plutôt que de faire appel à ces dernières. C'est en se reportant à la sorte de littérature niant l'Holocauste en cause en l'espèce que l'on peut le mieux illustrer le préjudice qu'engendre ce genre de publications.

Holocaust denial has pernicious effects upon Canadians who suffered, fought and died as a result of the Nazi's campaign of racial bigotry and upon Canadian society as a whole. For Holocaust survivors, it is a deep and grievous denial of the significance of the harm done to them and thus belittles their enormous pain and loss. It deprives others of the opportunity to learn from the lessons of history. To deliberately lie about the indescribable suffering and death inflicted upon the Jews by Hitler is the foulest of falsehoods and the essence of cruelty. Throughout their tragic history, the circulation of malicious false reports about the Jewish people has resulted in attacks, killings, pogroms and expulsions. They have indeed suffered cruelly from the publication of falsehoods concerning their culture.

The Cohen committee demonstrated that racial intolerance was alive and functioning in Canada in the 1960's. In 1984, both the Special Committee Report on Participation of Visible Minorities in Canadian Society, *Equality Now!*, and the Canadian Bar Association's *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred* found that racism and words inciting hatred were growing problems in Canada and urged that prohibitions against them be maintained and strengthened. The facts in the recent case of *Kane v. Church of Jesus Christ Christian—Aryan Nations*, Alta. Bd. Inq., February 28, 1992, [1992] A.W.L.D. No. 302, reveal with dreadful clarity that racism is a current and present evil in our country. It is a cancerous growth that is still alive, growing and thriving on ignorance, suspicion, fear and jealousy.

Section 181 provides protection, by criminal sanction, not only to Jewish Canadians but to all vulnerable minority groups and individuals. The salutary nature of this section should be emphasized. It can play a useful and important role in encouraging racial and social tolerance which is so essential to the successful functioning of a democratic and multicultural society. It achieves this

La négation de l'Holocauste a des effets pernicieux sur les Canadiens qui ont souffert, se sont battus et sont morts à la suite de la campagne de bigoterie raciale des nazis ainsi que sur la société canadienne dans son ensemble. Pour les survivants de l'Holocauste, elle constitue une négation grave et odieuse de l'importance du préjudice qu'ils ont subi et elle rabaisse ainsi leur grande douleur et leurs pertes énormes. Elle prive d'autres personnes de la possibilité de tirer des leçons de l'histoire. Mentir délibérément au sujet de la mort et des souffrances indescriptibles infligées aux juifs par Hitler est la plus infâme des faussetés et l'essence même de la cruauté. La diffusion de rapports malveillants et faux sur les juifs a entraîné des attaques, des tueries, des pogromes et des expulsions au cours de toute leur tragique histoire. Ils ont en effet cruellement souffert de la publication de faussetés sur leur culture.

Le comité Cohen a montré que l'intolérance raciale existait bel et bien au Canada dans les années 1960. En 1984, le Rapport du Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne, *L'égalité ça presse!*, et le *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred* de l'Association du Barreau canadien ont tous deux conclu que le racisme et les termes incitant à la haine constituaient des problèmes croissants au Canada et demandé avec insistance que l'on maintienne et renforce les interdictions à leur égard. Les faits de l'affaire récente *Kane c. Church of Jesus Christ Christian—Aryan Nations*, Alta. Bd. Inq., le 28 février 1992, [1992] A.W.L.D. No. 302, indiquent de façon absolument claire que le racisme est un mal actuel dans notre pays. C'est un cancer bien vivant, qui se développe à cause de l'ignorance, de la suspicion, de la crainte et de la jalousie.

L'article 181 accorde, au moyen d'une sanction pénale, une protection non seulement aux juifs canadiens mais à tous les groupes minoritaires et particuliers vulnérables. Il faudrait souligner la caractère salubre de cet article. Il peut jouer un rôle important et utile en favorisant la tolérance raciale et sociale qui est si essentielle pour le bon fonctionnement d'une société démocratique et

goal by expressing the repugnance of Canadian society for the wilful publication of statements known to be false that are likely to cause serious injury or mischief to the public interest which is defined in terms of *Charter* values. Indeed, it would be unfortunate if the *Charter* was used to strike down a provision that protects vulnerable groups and individuals.

In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, it was said of this important principle (at p. 233):

This Court has on several occasions observed that the *Charter* is not an instrument to be used by the well positioned to roll back legislative protections enacted on behalf of the vulnerable.

The same principle has been repeated and emphasized in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993, and in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051. This principle recognizes that much government regulation is designed to protect the vulnerable. It would be unfortunate indeed if the *Charter* were used as a weapon to attack measures intended to protect the disadvantaged and comparatively powerless members of society.

The aim of s. 181 has the effect of protecting the vulnerable in society and, as such, is a pressing and substantial concern. It is of particular importance since, under our constitution, multiculturalism and equality are to be enhanced.

#### (ii) *International Instruments*

In seeking to deny the Holocaust in order to facilitate the promotion of racism, the appellant has aimed with deadly accuracy. The Nazi attempt to commit genocide against the Jews and other "non-aryan" subjects within their control is part of an all too long and frequently repeated history of persecutory atrocities committed by majorities against minorities. The Holocaust is undeniably a

multiculturelle. Il réalise cette fin en exprimant la répugnance de la société canadienne pour la publication volontaire de déclarations que leurs auteurs savent être fausses et qui sont de nature à causer une atteinte ou un tort graves à l'intérêt public qui est défini d'après les valeurs de la *Charte*. En fait, il serait malheureux que l'on utilise la *Charte* pour annuler une disposition qui protège les groupes et les individus vulnérables.

Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, on dit au sujet de cet important principe (à la p. 233):

Notre Cour a fait remarquer à diverses occasions que la *Charte* n'est pas un instrument dont peuvent se servir les personnes favorisées pour écarter les protections législatives adoptées afin de protéger ceux qui sont vulnérables.

Ce même principe a été repris et souligné dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 993, et *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1051. Ce principe reconnaît qu'une grande partie de la réglementation adoptée par le gouvernement vise à protéger les personnes vulnérables. En fait, il serait malheureux que la *Charte* puisse être utilisée pour contester des mesures destinées à protéger les membres les moins favorisés de la société qui sont comparativement dénués de pouvoirs.

L'article 181 a pour effet de protéger les membres vulnérables de la société et il constitue donc une préoccupation urgente et réelle. Il est tout particulièrement important vu que, en vertu de notre Constitution, l'égalité et le multiculturalisme doivent être mis en valeur.

#### (ii) *Textes internationaux*

En essayant de nier l'Holocauste dans le but de faciliter la promotion du racisme, l'appelant a visé avec une précision rigoureuse. La tentative des nazis de perpétrer un génocide contre les juifs et d'autres «non-aryens» qui étaient sous leur contrôle fait partie de l'histoire des persécutions atroces commises par des majorités contre des minorités, qui dure depuis trop longtemps et se

watershed marking the apogee of the brutal consequences which flow from unchecked racism. It was in response to the horrors of the Holocaust that Western nations undertook to seek to abolish racism. Dickson C.J. noted this trend in his dissenting reasons in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 348:

Since the close of the Second World War, the protection of the fundamental rights and freedoms for groups and individuals has become a matter of international concern. A body of treaties (or conventions) and customary norms now constitutes an international law of human rights under which the nations of the world have undertaken to adhere to the standards and principles necessary for ensuring freedom, dignity and social justice for their citizens. The *Charter* conforms to the spirit of this contemporary international human rights movement, and it incorporates many of the policies and prescriptions of the various international documents pertaining to human rights. The various sources of international human rights law—declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, customary norms—must, in my opinion, be relevant and persuasive sources for interpretation of the *Charter's* provisions.

Canada is a signatory to two relevant international instruments. The United Nations *International Covenant on Civil and Political Rights* (in force for Canada August 19, 1976), 999 U.N.T.S. 172, Article 20(2), and the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (in force for Canada November 13, 1970), 660 U.N.T.S. 212, preamble and Article 4. Both documents provide that advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law (see *Keegstra, supra*, at pp. 749 to 755). These instruments serve to emphasize the important objective of s. 181 in preventing the harm caused by calculated falsehoods which are likely to injure the public interest in racial and social tolerance.

répète trop souvent. L'Holocauste est indéniablement un moment critique de l'apogée des conséquences brutales du racisme non réprimé. C'est en réaction contre les horreurs de l'Holocauste que les nations occidentales ont entrepris d'abolir le racisme. Le juge en chef Dickson a noté cette tendance dans ses motifs dissidents dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la 348:

Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, la protection des droits et libertés fondamentaux collectifs et individuels est devenue une question d'intérêt international. Il existe maintenant un droit international des droits de la personne constitué d'un ensemble de traités (ou conventions) et de règles coutumières, en vertu duquel les nations du monde se sont engagées à adhérer aux normes et aux principes nécessaires pour assurer la liberté, la dignité et la justice sociale à leurs ressortissants. La *Charte* est conforme à l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne et elle comporte un bon nombre des principes généraux et prescriptions des divers instruments internationaux concernant les droits de la personne. Les diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières — doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la *Charte*.

Le Canada a signé deux instruments internationaux pertinents. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies (entré en vigueur au Canada le 19 août 1976), 999 R.T.N.U. 187, Article 20(2), et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (entrée en vigueur au Canada le 13 novembre 1970), 660 R.T.N.U. 213, préambule et Article 4. Les deux documents prévoient que la promotion de la haine fondée sur la nationalité, la race ou la religion qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence sera interdite par la loi (voir l'arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 749 à 755). Ces instruments servent à souligner le but important de l'art. 181 en empêchant le préjudice causé par des faussetés préméditées qui sont de nature à porter atteinte à l'intérêt public à l'égard de la tolérance raciale et sociale.

In this case the published statements which were known to be false referred to the Holocaust. As a result it has been necessary to refer to that most evil episode in history and to the Jewish people who were its victims. However, the reasoning equally applies to any identifiable minority group which has been seriously injured by the wilful publication of a statement known to be false.

(iii) *Legislative Responses in Other Jurisdictions*

Like Canada, many free and democratic societies have responded to their international obligations by enacting specific hate propaganda provisions equivalent to our s. 319 while retaining or adding sections addressed to specific related forms of malice. Some use spreading false news provisions. Article 656 of the Italian *Criminal Code* makes it an offence to publish and disseminate false, exaggerated or misleading news liable to disrupt the public order. The provision was upheld in the Constitutional Court in Decision No. 191/1962 on the basis that public order means "legal order on which social co-existence is based", i.e., that set of norms which ensures the effectiveness of the legal order. See Alessandro Pace, "Constitutional Protection of Freedom of Expression in Italy" (1990), 2 *European Review of Public Law* 71, at p. 84.

The Danish *Criminal Code* deals with attacks based on religion under s. 140, while prohibiting false speech against a variety of vulnerable social groups under s. 266(b). Section 140 of the Danish *Criminal Code* reads:

140. Any person who exposes to ridicule or insults the dogmas or worship of any lawfully existing religious community in this country shall be liable to simple detention, or in extenuating circumstances, to a fine.

Section 266(b) of the Danish *Criminal Code* makes it an offence for:

Dans la présente affaire, les déclarations publiées que l'auteur savait être fausses se rapportaient à l'Holocauste. Il s'est donc avéré nécessaire de mentionner cet épisode des plus funestes de l'histoire, et le peuple juif qui en a été la victime. Cependant, le raisonnement s'applique également à tout groupe minoritaire identifiable à qui a sérieusement porté atteinte la publication volontaire d'une déclaration que l'auteur savait être fausse.

(iii) *Mesures législatives adoptées ailleurs*

À l'instar du Canada, un grand nombre de sociétés libres et démocratiques se sont acquittées de leurs obligations internationales en adoptant des dispositions précises en matière de propagande haineuse équivalentes à notre art. 319, tout en conservant ou en ajoutant des articles qui visent certaines formes connexes de malveillance. Certaines utilisent des dispositions concernant la diffusion de fausses nouvelles. À l'art. 656, le *Code criminel* italien élève au rang d'infraction la publication et la diffusion de nouvelles fausses, exagérées ou trompeuses susceptibles de perturber l'ordre public. La Cour constitutionnelle a confirmé cette disposition dans sa décision n° 191/1962 pour le motif que l'ordre public désigne [TRADUCTION] «l'ordre juridique sur lequel est fondée la co-existence», c'est-à-dire cet ensemble de normes qui garantit l'efficacité de l'ordre juridique. Voir Alessandro Pace, «Constitutional Protection of Freedom of Expression in Italy» (1990), 2 *Revue européenne de droit public* 71, à la p. 84.

Le *Code criminel* danois traite des attaques fondées sur la religion à l'art. 140, tout en interdisant, à l'al. 266b), les discours faux contre un certain nombre de groupes sociaux vulnérables. Voici le texte de l'art. 140 du *Code criminel* danois:

[TRADUCTION] 140. Quiconque ridiculise ou insulte les dogmes ou le culte de toute communauté religieuse légitime dans ce pays sera passible d'une peine de détention simple ou, dans des circonstances atténuantes, d'une amende.

L'alinéa 266b) du *Code criminel* danois crée l'infraction suivante:



... any person who, by circulating false rumors or accusations persecutes or incites hatred against any group of the Danish population because of its creed, race, or nationality shall be liable to simple detention, or in aggravating circumstances, imprisonment for any term not exceeding one year.

(See, K. Lasson, "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11, at p. 51.)

As a result of the Federal Republic of Germany's direct experience with the horrors of unchecked racist speech, it has regulated it under three penal offences. Two of these cast a broad net which embraces all forms of hate speech while the third is specifically aimed at dealing with Holocaust denial as a specie of insult. Article 130 of the West German *Criminal Code* prohibits attacks on human dignity by incitement to hate. Article 131 prohibits race-hatred writings. Article 185 creates the offence of insult. Article 194(1) provides for initiation of prosecutions by victims of persecution during World War II. See Professor Eric Stein, "History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz"—and other—"Lies"" (1986), 85 *Mich. L. Rev.* 277. In the judgment at 75 BGHZ 160, 33 NJW 45 (1980), the court made it clear that the punishment of false allegations about the Holocaust was not about different interpretations of history but about disrespect:

The very historical fact that humans were segregated according to their origin under the so-called Nuremberg laws, and were robbed of their individuality with a view to their extermination, gives the Jews living in the Federal Republic a special personal relationship with their fellow citizens; in this relationship the past is present even today. They are entitled, as a component of their personal self-image, to be viewed as a part of a group, singled out by fate, to which all others owe a particular moral responsibility, and that is an aspect of their honor. The respect of this self-image constitutes for every one of them one of the guarantees against a repetition of discrimination and a basis for their life in the Federal Republic. Whoever attempts to deny these events

[TRANSLATION] ... quiconque, par la propagation de rumeurs ou accusations fausses, persécute un groupe de la population danoise ou incite à la haine contre celui-ci en raison de sa foi, de sa race ou de sa nationalité sera passible d'une peine de détention simple ou, dans le cas de circonstances aggravantes, d'une peine d'emprisonnement maximale d'un an.

(Voir K. Lasson, «Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment» (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11, à la p. 51).

Par suite de son expérience directe avec les horreurs découlant du discours raciste non réprimé, la République fédérale d'Allemagne l'a réglementé au moyen de trois infractions pénales. Deux de celles-ci sont générales et visent toutes les formes de discours haineux alors que la troisième vise expressément à traiter la négation de l'Holocauste comme une catégorie d'insulte. L'article 130 du *Code criminel* de l'Allemagne de l'Ouest interdit les atteintes à la dignité humaine par l'incitation à la haine. L'article 131 interdit les écrits haineux fondés sur la race. L'article 185 crée l'infraction d'insulte. Le paragraphe 194(1) prévoit l'engagement de poursuites par les victimes de persécution pendant la Seconde Guerre mondiale. Voir le professeur Eric Stein, «History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz"—and other—"Lies"» (1986), 85 *Mich. L. Rev.* 277. Dans son arrêt de 75 BGHZ 160, 33 NJW 45 (1980), la cour a établi clairement que la peine relative aux fausses allégations concernant l'Holocauste visait non pas les différentes interprétations de l'histoire mais le manque de respect:

[TRANSLATION] Le fait historique même que des humains ont été victimes de ségrégation fondée sur leur origine sous le régime de ce que l'on est convenu d'appeler les lois de Nuremberg, et ont été déchus de leur individualité en vue de leur extermination, confère aux juifs qui vivent dans la République fédérale un rapport personnel spécial avec leurs concitoyens; dans ce rapport le passé est encore présent même aujourd'hui. Ils ont le droit, en vertu de l'image qu'ils ont d'eux-mêmes, d'être considérés comme faisant partie d'un groupe, marqué par le destin, envers lequel tous les autres ont une responsabilité morale, et il s'agit d'un aspect de leur honneur. Le respect de cette image de soi constitue pour chacun d'eux l'une des garanties que la discrimination ne se

deprives each and every one of them of the personal worth to which they are entitled.

(Cited and translated in Stein, *supra*, at p. 303.)

While the presence of overlapping provisions in other jurisdictions is by no means conclusive of the constitutional validity of the provision at issue in this appeal, the fact that legislation of this type is found in other free and democratic countries is relevant in considering whether the objective is of sufficient importance to justify this very limited infringement on freedom of expression.

(iv) *Other Charter Provisions*

(a) General: Section 15 of the *Charter*

It must be remembered that the s. 1 analysis takes place in the context of whether the limit is justifiable in a "free and democratic society" and therefore, the analysis of the limited s. 2(b) infringement must be conducted in light of Canada's commitment to the values set out in other sections of the *Charter*. The wording of s. 181 itself, through its reference to the "public interest", invokes the values of the *Charter*. Thus, the legislature has signalled the importance of the objective because it has defined the harm against which the provision protects in terms of the values that are closest to the foundations of our multicultural and democratic society.

False statements aimed at perpetuating the unequal participation and treatment of groups already disadvantaged along s. 15 enumerated or analogous grounds do not foster full participation in society but prevent it. Democratic pluralism assumes that members of society will not simply organize around single interests of race, class or gender but will explore and discern their commonalities, coming together around certain issues and diverging on others in constantly changing configurations. Deliberate lies which deny these commonalities divide groups which might otherwise

répétera pas et un fondement de leur vie en République fédérale. Quiconque tente de nier ces événements prive chacun d'eux de la valeur personnelle à laquelle ils ont droit.

(Cité dans Stein, *loc. cit.*, à la p. 303.)

Bien que la présence de dispositions qui se chevauchent dans d'autres ressorts ne soit absolument pas concluante quant à la constitutionnalité de la disposition visée en l'espèce, le fait que des mesures législatives de ce genre existent dans d'autres pays libres et démocratiques est pertinent pour examiner si l'objectif est suffisamment important pour justifier cette atteinte très limitée à la liberté d'expression.

(iv) *Autres dispositions de la Charte*

a) Disposition d'ordre général: l'art. 15 de la *Charte*

Il faut se rappeler que l'analyse fondée sur l'article premier a lieu dans le contexte de la question de savoir si la limite se justifie dans le cadre d'une «société libre et démocratique» et que, par conséquent, il faut effectuer l'analyse de la violation limitée de l'al. 2b) en fonction de l'engagement pris par le Canada en ce qui concerne les valeurs énoncées dans d'autres articles de la *Charte*. Le libellé même de l'art. 181, par la mention de l'«intérêt public», invoque les valeurs de la *Charte*. Ainsi le législateur a-t-il signalé l'importance de l'objectif puisqu'il a précisé le préjudice contre lequel la disposition garantit une protection selon les valeurs qui se rapprochent le plus du fondement de notre société multiculturelle et démocratique.

Les déclarations fausses qui visent à perpétuer une participation et un traitement inégaux de groupes déjà désavantagés selon les motifs énumérés à l'art. 15 ou des motifs analogues ne favorisent pas une pleine participation à la société, elles l'empêchent plutôt. Le pluralisme démocratique tient pour acquis que les membres de la société ne s'organiseront pas simplement autour des seuls intérêts de race, de classe ou de sexe, mais exploieront et discernent leurs attributs communs, étant d'accord sur certaines questions et divergeant sur d'autres, les configurations changeant constam-

organize around mutual interests, and instead forge loyalties based on artificial and reified racial identifications that do not permit society to perceive and pursue its various goals. Those in the target group lose the capacity to participate with others and are reduced to some single aspect of their identities. Those in the majority lose the opportunity for meaningful participation in a fully open society when access to the perspectives of minorities is lost. This will occur whenever the majority so demeans a minority that these perspectives can no longer be accorded the dignity and authority which their cogency might merit. Speech which, through the deliberate dissemination of falsehoods, has the effect of promoting or perpetuating discrimination and exclusion of a group subjected to historical disadvantage will be prohibited. By prohibiting calculated falsehoods which undermine the equality of target group members, s. 181 enhances the goals of s. 15 of the *Charter*.

In this connection, it is also important to recognize the significance of s. 27 of the *Charter* in assessing the importance of s. 181's objective.

(b) Section 27 of the *Charter*

Section 27 provides:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

The importance of multiculturalism has also been recognized internationally. The model for s. 27 of the *Charter* was Article 27 of the 1966 *International Covenant on Civil and Political Rights*, ratified by Canada in 1976. That section provided:

*Article 27.* In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their

ment. Les mensonges délibérés qui nient ces attributs communs divisent les groupes qui pourraient normalement s'organiser autour d'intérêts mutuels et forgent plutôt des sentiments de loyauté fondés sur des identifications raciales artificielles et matérialisées qui ne permettent pas à la société de percevoir et de poursuivre ses divers objectifs. Ceux qui font partie du groupe cible perdent la capacité de participer et sont réduits à un seul aspect de leur identité. Ceux qui font partie de la majorité perdent la possibilité de participer de façon significative à une société vraiment ouverte si l'accès aux points de vue des minorités est fermé. Cela se produira chaque fois que la majorité avilit tellement une minorité que l'on ne peut plus accorder à ces points de vue la dignité et l'autorité qu'ils pourraient mériter. Le discours qui, au moyen de la diffusion délibérée de faussetés, a pour effet de promouvoir ou de perpétuer la discrimination et l'exclusion d'un groupe exposé à un désavantage historique sera interdit. En interdisant les faussetés préméditées qui sapent l'égalité des membres des groupes cibles, l'art. 181 met en valeur les buts visés par l'art. 15 de la *Charte*.

Dans cet ordre d'idées, il importe également de reconnaître la portée de l'art. 27 de la *Charte* dans l'évaluation de l'importance de l'objectif de l'art. 181.

b) L'article 27 de la *Charte*

L'article 27 prévoit:

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

L'importance du multiculturalisme a également été reconnue sur le plan international. L'article 27 de la *Charte* est inspiré de l'Article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966, ratifié par le Canada en 1976. Cet article se lit ainsi:

*Article 27.* Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de

own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

This Article, like s. 27 of the *Charter*, stresses the importance of tolerance and respect for the dignity of human beings. Recent events in Canada and throughout the world have demonstrated how quickly these ideals can be forgotten and how important it is to cherish them.

It is perhaps an indication of the genius of Canada and Canadians that the supreme law of the land would recognize the existence of multiculturalism in our country and encourage its enhancement. Our country has benefited from and has been enriched by the efforts and accomplishments of Canadians of many different races, religions and nationalities. The recognition of multiculturalism in the *Charter* is an attempt to achieve the epitome of democratic societies.

The recognition of this principle in the *Charter* was not something new. Multiculturalism in our country has been acknowledged for many years by way of government policy and parliamentary enactment. For example, it was specifically recognized and cited by the members of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, some of whose policies were later implemented by the government. See the Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Book IV, *The Cultural Contribution of the Other Ethnic Groups* (1970).

This Court has applied s. 27 in several cases beginning with *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, Dickson C.J. again referred to s. 27 in connection with the definition of freedom of religion. There he wrote (at p. 758):

... indirect coercion by the state is comprehended within the evils from which s. 2(a) may afford protection. . . . [A]ny more restrictive interpretation would, in my opinion, be inconsistent with the Court's obligation

leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

Cet article, tout comme l'art. 27 de la *Charte*, souligne l'importance de la tolérance et du respect de la dignité humaine. Des événements survenus récemment au Canada et à travers le monde ont montré comment ces idéaux peuvent être oubliés rapidement et comment il est important de les entretenir.

Que la loi suprême du pays reconnaisse l'existence du multiculturalisme dans notre pays et encourage sa valorisation est peut-être un indice du génie particulier du Canada et des Canadiens. Notre pays a bénéficié et s'est enrichi des efforts et des réalisations de Canadiens de races, de religions et de nationalités différentes. La reconnaissance du multiculturalisme dans la *Charte* est une tentative en vue de parvenir à la quintessence des sociétés démocratiques.

La reconnaissance de ce principe dans la *Charte* n'était pas quelque chose de nouveau. Dans notre pays, le multiculturalisme est reconnu depuis bon nombre d'années grâce à une politique gouvernementale et à l'adoption de textes législatifs. Par exemple, il a été expressément reconnu et cité par les membres de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, dont certaines politiques ont ensuite été appliquées par le gouvernement. Voir le Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Livre IV, *L'apport culturel des autres groupes ethniques* (1970).

Notre Cour a appliqué l'art. 27 dans plusieurs arrêts, en commençant par *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson s'est reporté de nouveau à l'art. 27 relativement à la définition de la liberté de religion. Il a écrit (à la p. 758):

... la coercition indirecte par l'État fait partie des maux contre lesquels l'al. 2a) peut accorder une protection. [ . . . ] [T]oute interprétation plus restrictive serait, à mon avis, incompatible avec l'obligation qui incombe à la

under s. 27 to preserve and enhance the multicultural heritage of Canadians.

In the same case, Wilson and La Forest JJ. used s. 27 to support their analysis under s. 1 of the *Charter* (see pp. 804-9).

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171, McIntyre J. applied s. 27 in the course of defining s. 15 equality rights. He referred to s. 27 to demonstrate that the goal of promoting equality is much greater than simply that of eliminating distinctions.

In *Keegstra, supra*, s. 27 was cited to support the reasonableness of the limits on freedom of expression provided by the hate literature sections of the *Code*. Dickson C.J. dealt with the meaning of s. 27 and wrote (at p. 757):

... I expressly adopt the principle of non-discrimination and the need to prevent attacks on the individual's connection with his or her culture, and hence upon the process of self-development (see Magnet "Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27", in Beaudoin and Ratushny, eds., *op. cit.*, at p. 739).

The section provides constitutional reinforcement of Canada's long-standing policy of recognizing multiculturalism. It recognizes that all ethnic groups are entitled to recognition and to equal protection. It supports the protection of the collective rights, the cultural integrity and the dignity of Canada's ethnic groups. In doing so it enhances the dignity and sense of self worth of every individual member of those groups and thereby enhances society as a whole.

Section 27 of the *Charter* is not merely the reflection of a fleetingly popular concept. Rather it is a magnificent recognition of the history of Canada and of an essential precept for the achievement of those elusive goals of justice and true equality. People must be able to take pride in their

Cour, en vertu de l'art. 27, de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Dans le même arrêt, les juges Wilson et La Forest ont utilisé l'art. 27 pour étayer leur analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* (voir les pp. 804 à 809).

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171, le juge McIntyre a appliqué l'art. 27 pour définir les droits à l'égalité prévus à l'art. 15. Il s'est reporté à l'art. 27 pour montrer que l'objectif de promouvoir l'égalité consiste beaucoup plus que dans la simple élimination de motifs de distinction.

Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, on a invoqué l'art. 27 pour appuyer le caractère raisonnable des limites à la liberté d'expression prévues par les articles du *Code* relatifs aux écrits haineux. Le juge en chef Dickson s'est penché sur le sens de l'art. 27 et a écrit (à la p. 757):

... j'adopte expressément le principe de la non-discrimination et la nécessité de prévenir les attaques contre les liens qu'un individu entretient avec sa culture et, par conséquent, contre le processus de l'épanouissement personnel (voir Magnet, «Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27», dans Beaudoin et Ratushny, éd., *op. cit.*, à la p. 817).

L'article prévoit le renforcement dans la Constitution de la politique de reconnaissance du multiculturalisme que le Canada pratique depuis longtemps. Il reconnaît que tous les groupes ethniques ont droit à la reconnaissance et à une protection égale. Il appuie la protection des droits collectifs, l'intégrité culturelle et la dignité des groupes ethniques du Canada. Ce faisant, il valorise la dignité et le sens de la valeur personnelle de chacun des membres de ces groupes et, partant, la société dans son ensemble.

L'article 27 de la *Charte* n'est pas seulement le reflet d'un concept populaire passager. C'est plutôt une reconnaissance éclatante de l'histoire du Canada et d'un précepte essentiel en vue de la réalisation de ces objectifs insaisissables de justice et d'égalité véritable. Les gens doivent pouvoir être

roots, their religion and their culture. It is only then that people of every race, colour, religion and nationality can feel secure in the knowledge that they are truly equal to all other Canadians. Thus secure in the recognition of their innate dignity, Canadians of every ethnic background can take pride in their original culture and a still greater pride in being Canadian. Section 27 strives to ensure that in this land there will be tolerance for all based on a realization of the need to respect the dignity of all.

Many authors have written of the importance of multiculturalism. Evelyn Kallen suggests that the cultural integrity and the collective dignity of ethnic communities are inextricably linked. Every ethnic group must be equally respected and afforded equal opportunity to freely practise and transmit over the generations its peoples' distinctive language, religion, and cultural design for living (see "Multiculturalism, Minorities, and Motherhood: A Social Scientific Critique of Section 27", in *Multiculturalism and the Charter: A Legal Perspective* (1987), 123, at p. 125).

Kallen argues compellingly that s. 27 should be interpreted in its broadest sense in order to protect the collective rights, cultural integrity and group dignity of Canada's many ethnic groups. She writes at p. 136:

Section 27 recognizes and protects the "multicultural heritage" of Canadians. What is important to consider here is that the cultural heritage of *minority* Canadians almost invariably includes a history of human rights violations through collective discrimination. And, not infrequently, collective ethnic discrimination takes the form of group defamation. Violations of minority rights through racial and cultural persecution, sometimes to the point of policies of genocide, become a critical feature of an ethnic group's history and cultural heritage. Collective experiences of defamation, persecution, incarceration, and the like become part and parcel of an ethnic group's distinctiveness as a people and as a culture. Ceremonies are developed to commemorate collectively such tragic and traumatic events. These become sacred

fiers de leurs racines, de leur religion et de leur culture. C'est seulement alors que les personnes de toute race, couleur, religion et nationalité pourront avoir la certitude qu'elles sont vraiment égales à tous les autres Canadiens. Ainsi, sans inquiétude quant à la reconnaissance de leur dignité foncière, les Canadiens de toute origine ethnique pourront être fiers de leur culture d'origine et plus fiers encore d'être Canadiens. L'article 27 s'efforce de garantir que, dans notre pays, il y aura à l'égard de tous une tolérance fondée sur une prise de conscience de la nécessité de respecter la dignité de chacun.

Nombre d'auteurs ont écrit sur l'importance du multiculturalisme. Selon Evelyn Kallen, l'intégrité culturelle et la dignité collective des communautés ethniques sont liées de façon inextricable. Chaque groupe ethnique doit être respecté de façon égale et jouir d'une possibilité égale de pratiquer et de transmettre librement d'une génération à l'autre sa propre langue, sa propre religion et sa propre conception culturelle de la vie (voir «Multiculturalism, Minorities, and Motherhood: A Social Scientific Critique of Section 27», dans *Multiculturalism and the Charter: A Legal Perspective* (1987), 123, à la p. 125).

Kallen soutient avec conviction que l'art. 27 devrait être interprété dans son sens le plus large afin de protéger les droits collectifs, l'intégrité culturelle et la dignité collective des nombreux groupes ethniques du Canada. Elle écrit à la p. 136:

[TRADUCTION] L'article 27 reconnaît et protège l'«héritage multiculturel» des Canadiens. Il importe de prendre en considération ici le fait que l'héritage culturel des Canadiens *faisant partie d'une minorité* englobe presque invariablement une histoire de violations des droits de la personne en raison d'une discrimination collective. Et, assez souvent, la discrimination ethnique collective prend la forme d'une diffamation envers le groupe. Les violations des droits d'une minorité sous forme de persécution raciale et culturelle, allant parfois jusqu'à des politiques de génocide, deviennent une caractéristique importante de l'histoire et de l'héritage culturel d'un groupe ethnique. Les expériences collectives de diffamation, de persécution, d'incarcération et autres méthodes du genre font partie du caractère distinctif

traditions, hallowed by time, which serve as indelible reminders to ethnic group members of the *collective price they have paid* for their commitment to the ethnic group and to its distinctive cultural design for living. [Emphasis in original.]

Viewed in light of Canada's history and the interrelationship of ss. 27 and 15 of the *Charter*, it can be seen that s. 181 has a very useful and important role to play in Canadian society. Section 181 encourages the goals of tolerance and equality for all, as set out in the *Charter*, by expressing the repugnance of Canadian society for the wilful publications of false statements which seriously injure the public interest.

(v) *A Permissible Shift in Emphasis*

It has been argued that s. 181 is anachronistic and that to attribute to it the purpose of protecting racial and social tolerance is to trigger the invalid shifting purpose doctrine. Those concerns should now be addressed.

It is true the false news provision dates back to 1275. It was submitted that there is really no need at this stage in our history to protect the "Great Men of the Realm", which was the basis for the section when it was first enacted in the 13th century, and that the provision serves no other purpose. That position cannot be accepted. This section was specifically retained by Parliament in 1955. It has today a very real and pertinent role to play in Canada's multicultural and democratic society.

Over the years the purpose of the predecessors to s. 181 has evolved to extend the protections from harm caused by false speech to vulnerable social groups and therefore to safeguard the public interest against social intolerance and public alarm. It is true that *De Scandalis Magnatum* was enacted in a feudal society. That society depended for its existence upon the obedience and allegiance

d'un groupe ethnique en tant que peuple et culture. Des cérémonies sont élaborées afin de commémorer collectivement ces événements tragiques et traumatisants. Elles deviennent des traditions sacrées, consacrées par le temps, qui servent à rappeler de façon indélébile aux membres des groupes ethniques le *prix collectif qu'ils ont dû payer* pour leur engagement envers le groupe ethnique et sa propre conception culturelle de la vie. [En italique dans l'original.]

À la lumière de l'histoire du Canada et de la corrélation entre les art. 27 et 15 de la *Charte*, on constate que l'art. 181 a un rôle très utile et très important à jouer dans la société canadienne. Il favorise les objectifs de tolérance et d'égalité pour tous, qui sont énoncés dans la *Charte*, en exprimant la répugnance que la société canadienne ressent à l'égard de la publication volontaire de déclarations fausses qui portent gravement atteinte à l'intérêt public.

(v) *Un changement acceptable de l'accent*

On a prétendu que l'art. 181 est anachronique et que, si on lui attribue l'objectif de protéger la tolérance raciale et sociale, on déclenche la doctrine non valable de l'objet changeant. Il nous faut maintenant aborder ces questions.

Il est vrai que la disposition relative aux fausses nouvelles remonte à l'an 1275. On a soutenu qu'il n'est vraiment pas nécessaire à ce stade-ci de notre histoire de protéger les «grands du royaume», ce qui constituait le fondement de l'article lorsqu'il a été adopté la première fois au XIII<sup>e</sup> siècle, et que cette disposition ne sert aucune autre fin. Nous ne pouvons pas admettre cette position. Le législateur fédéral a expressément retenu cet article en 1955. Il a aujourd'hui un rôle très réel et pertinent à jouer dans la société démocratique et multiculturelle du Canada.

Au cours des ans, le but des dispositions qui ont précédé l'art. 181 a évolué de manière à étendre les protections contre un préjudice causé par les faux discours visant des groupes sociaux vulnérables et, par conséquent, à protéger l'intérêt public contre l'intolérance sociale et l'inquiétude publique. Il est vrai que l'infraction *De Scandalis Magnatum* a été adoptée dans une société féodale qui dépendait,

of the peasant class to the Sovereign and nobility. The protection of the public interest from harm focused, therefore, on the prevention of deliberate slanderous statements against the great nobles of the realm. Such statements, it was thought, could lead to feuds among the nobility which would seriously threaten the security of the state and therefore harm the public interest. As the nature of the state changed, it was attacks on religious, racial or ethnic minorities that were seen to threaten the integrity of the social fabric. The centuries have passed and forms of government have changed but the enactment continues to have a salutary aim and effect.

The tragedy of the Holocaust and the enactment of the *Charter* have served to emphasize the laudable s. 181 aim of preventing the harmful effects of false speech and thereby promoting racial and social tolerance. In fact, it was in part the publication of the evil and invidious statements that were known to be false by those that made them regarding the Jewish people that lead the way to the inferno of the Holocaust. The realities of Canada's multicultural society emphasize the vital need to protect minorities and preserve Canada's mosaic of cultures.

Accordingly, there is a strong public interest in preventing the wilful publication of statements known to be false which seriously injure the basic dignity, and thus the security, and equality of others which ss. 7 and 15 of the *Charter* strive to provide. This interest is now subsumed within one of the original and continuing aims of s. 181 which is to prevent the harm caused by deliberate lies and to thereby promote racial and social tolerance. At the same time, there remains a public interest in the prevention of false statements of facts which are likely to jeopardize the security of the nation. Although it is not essential to these reasons, we should observe that s. 181 may, as well, apply to an individual who wilfully publishes statements known to be false which are not directed at a group, but do serious harm to the public interest

pour ce qui était de son existence, de l'obéissance et de l'allégeance de la classe paysanne au souverain et à la noblesse. La protection contre les préjudices causés à l'intérêt public était axée sur la prévention des déclarations diffamatoires délibérées contre la haute noblesse du royaume. De telles déclarations, pensait-on, pouvaient mener à des querelles au sein de la noblesse qui menaceraient grandement la sécurité de l'État et causeraient donc un préjudice à l'intérêt public. Avec le changement de la nature de l'État, ce sont les atteintes contre les minorités religieuses, raciales ou ethniques qui sont devenues susceptibles de menacer l'intégrité du tissu social. Les siècles ont passé et les formes de gouvernement ont changé, mais le texte législatif continue d'avoir un but et un effet salutaires.

La tragédie de l'Holocauste ainsi que l'adoption de la *Charte* ont servi à souligner l'objectif louable de l'art. 181 consistant à empêcher les effets néfastes des discours faux et ainsi à promouvoir la tolérance raciale et sociale. De fait, ce fut en partie la publication des déclarations néfastes et blessantes que leurs auteurs savaient fausses, au sujet du peuple juif, qui a mené à l'enfer de l'Holocauste. Les réalités de la société multiculturelle canadienne illustrent bien qu'il faut absolument protéger les minorités et préserver la mosaïque des cultures du Canada.

Par conséquent, le public a un intérêt marqué à ce qu'on empêche la publication volontaire de déclarations que leurs auteurs savent être fausses et qui portent gravement atteinte à la dignité fondamentale, et donc, à la sécurité et à l'égalité d'autrui que les art. 7 et 15 de la *Charte* s'efforcent de garantir. Cet intérêt est maintenant considéré comme compris dans l'un des objets initiaux et permanents de l'art. 181 qui consiste à prévenir le préjudice causé par les mensonges délibérés et ainsi à promouvoir la tolérance raciale et sociale. Par ailleurs, le public a également intérêt à ce qu'on empêche les fausses déclarations qui sont de nature à menacer la sécurité de la nation. Bien que ce ne soit pas essentiel aux présents motifs, nous devons faire observer que l'art. 181 peut, tout aussi bien, s'appliquer à un particulier qui publie volon-



with regard to society as a whole. For example, to broadcast news that intercontinental missiles with nuclear warheads will be launched on Canada within the hour when that is known to be false would come within the purview of s. 181.

It is now clear that, in a multicultural society, the sowing of dissension through the publication of known falsehoods which attack basic human dignity and thus the security of its individuals cannot be tolerated. These lies poison and destroy the fundamental foundations of a free and democratic society.

The characterization of the purpose in s. 181 is readily distinguishable from the shifting purpose analysis which was criticised in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*. First, the original purpose of the impugned legislation in *Big M* was undoubtedly religious and, therefore, in violation of s. 2(a) of the *Charter*. This Court observed that the aim of the impugned *Lord's Day Act*, in compelling sabbatical observance, had been long-established and consistently maintained by the courts of this country (at p. 331). By contrast, the original purpose of the predecessors of s. 181 clearly could not be considered unconstitutional. The provision was always aimed at preventing the harm caused by false speech and thereby protecting the safety and security of the community.

Second, the unsuccessful argument in *Big M* advocated a complete shift in purpose. Instead of the original aim of enforcing religious observance, it was argued that the new purpose was to implement a purely secular and universal day of rest from work. By comparison, the purpose in the present case has not shifted. Rather than creating a new and different purpose as in *Big M*, the aim of the section has been maintained. The Canadian commitment to stemming intolerance and the dedi-

tairement des déclarations qu'il sait être fausses mais qui ne sont pas dirigées contre un groupe, mais causent une atteinte grave à l'intérêt public en ce qui concerne la société dans son ensemble.

<sup>a</sup> Par exemple, la diffusion de nouvelles selon lesquelles des missiles intercontinentaux munis d'ogives nucléaires seront lancés sur le Canada dans moins d'une heure, lorsque son auteur sait que c'est faux, entrerait dans le champ d'application de l'art. 181.

Il est maintenant clair que, dans une société multiculturelle, on ne peut pas tolérer que la dissension soit semée par la publication de choses que l'auteur sait être fausses et qui attaquent la dignité humaine fondamentale et donc, la sécurité de chacun. Ces mensonges empoisonnent et détruisent les bases fondamentales d'une société libre et démocratique.

On peut facilement établir une distinction entre la qualification de l'objet de l'art. 181 et l'analyse fondée sur l'objet changeant qui a été critiquée dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité. Premièrement, le but initial de la loi contestée dans l'arrêt *Big M* était incontestablement religieux et, par conséquent, en contravention de l'al. 2a) de la *Charte*. Notre Cour a fait remarquer que l'objet de la *Loi sur le dimanche* contestée, rendant obligatoire l'observance du dimanche, était établi depuis longtemps et avait été constamment confirmé par les tribunaux de notre pays (à la p. 331). Par contre, le but initial des textes qui ont précédé celui de l'art. 181 ne pourrait manifestement pas être considéré comme inconstitutionnel. La disposition a toujours visé la prévention du préjudice causé par les discours faux et, partant, la protection de la sûreté et de la sécurité de la collectivité.

Deuxièmement, l'argument qui n'a pas été retenu dans l'arrêt *Big M* préconisait un changement complet d'objet. Au lieu de l'objectif initial de l'observance religieuse, on a soutenu que le nouveau but était de prévoir un jour de repos purement laïque et universel. Par comparaison, l'objet n'a pas changé dans la présente affaire. Au lieu de créer un objet nouveau et différent comme dans l'affaire *Big M*, on a maintenu l'objet de l'article. L'engagement du Canada à enrayer l'intolérance et

cation to multiculturalism and equality underline the importance and extent of the public interest in protecting against the harms of false speech and thereby maintaining racial and social tolerance.

Support for the proposition that a shift in emphasis is permissible also stems from the decision in *Butler, supra*. Centuries ago, obscenity laws were enacted to prevent the corruption of the morals of the King's subjects, and therefore to protect the peace of the King and government (see p. 473 of *Butler*). In *Butler*, however, Sopinka J. found that the objective of the obscenity laws is no longer moral disapprobation but rather the avoidance of harm to society. Sopinka J., at p. 495, quoted the words of Charron Dist. Ct. J. in *R. v. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422, at p. 443:

Even though one can still find an emphasis on the enforcement of moral standards of decency in relation to expression in sexual matters in the jurisprudence subsequent to the enactment of s-s. (8), it is clear that, by the very words it has chosen, Parliament in 1959 moved beyond such narrow concern and expanded the scope of the legislation to include further concerns with respect to sex combined with crime, horror, cruelty and violence.

It is the harm to society resulting from the undue exploitation of such matters which is aimed by the section. The "harm" conceived by Parliament in 1959 may not have been expressed in the same words as one would today. The court is not limited to a 1959 perspective in the determination of this matter. As noted in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, ([1989] 1 S.C.R. 927, at p. 984):

In showing that the legislation pursues a pressing and substantial objective, it is not open to the government to assert *post facto* a purpose which did not animate the legislation in the first place. . . However, in proving that the original objective remains pressing and substantial, the government surely can and should draw upon the best evidence currently available. The same is true as regards proof that the measure is proportional to its objective. . . It is equally possible that a purpose which was not demonstrably pressing and

sa volonté de promouvoir le multiculturalisme et l'égalité soulignent l'importance et la portée de l'intérêt que le public a dans la protection contre le préjudice causé par les discours faux et, partant, dans le maintien de la tolérance raciale et sociale.

L'appui à la proposition selon laquelle un changement de l'accent dans la disposition est acceptable provient de l'arrêt *Butler*, précité. Il y a des siècles, les lois relatives à l'obscénité ont été adoptées afin de prévenir la corruption des mœurs des sujets du roi et, par conséquent, de protéger la paix du roi et du gouvernement (voir *Butler*, à la p. 473). Dans cet arrêt, toutefois, le juge Sopinka a conclu que l'objet des lois relatives à l'obscénité n'est plus la désapprobation morale mais plutôt le désir d'éviter que la société ne subisse un préjudice. Le juge Sopinka cite, à la p. 495, les mots du juge Charron de la Cour de district dans la décision *R. c. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422, à la p. 443:

[TRADUCTION] Bien que l'on puisse encore trouver, dans la jurisprudence ultérieure à l'adoption du par. (8), un accent sur le respect des normes morales de décence relativement à l'expression en matière sexuelle, il est évident que le Parlement, de par le libellé qu'il a retenu, est, en 1959, allé au-delà de cette préoccupation étroite et a élargi la portée du texte législatif pour inclure d'autres préoccupations ayant trait aux choses sexuelles combinées au crime, à l'horreur, à la cruauté et à la violence.

C'est le préjudice causé à la société par l'exploitation indue que cet article vise. Le «préjudice» envisagé par le Parlement en 1959 ne serait peut-être pas exprimé de la même façon aujourd'hui. Le tribunal n'est pas limité, dans la détermination de cette question, à la perspective de 1959. Comme l'indique l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, ([1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 984):

Pour démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer a posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la loi à l'origine (. . .) Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse. Il en est de même en ce qui concerne la preuve que la mesure est proportionnelle à son objectif (. . .) Il est également possible d'établir qu'un objet, dont le

substantial at the time of the legislative enactment becomes demonstrably pressing and substantial with the passing of time and the changing of circumstances. [Emphasis added.]

Sopinka J. concluded by adding that a “permissible shift in emphasis was built into the legislation when, as interpreted by the courts, it adopted the community standards test” (p. 496). Similarly, in the present case, the wording of s. 181 includes a permissible shift in emphasis with its test which is based on injury to the public interest. Looking back to the inclusion of the offence in the *Criminal Code*, and the last amendment to the section in 1955, one can reasonably conclude that there has been a shift in the values that inform the public interest. As in *Butler*, this shift has been incorporated into the language of the section itself and is therefore permissible.

Just as the community standards test as applied to the obscenity law “must necessarily respond to changing mores” (*Butler, supra*, at p. 477), so too should the test to define “injury to a public interest” take into account the changing values of Canadian society. Those values encompass multiculturalism and equality, precepts specifically included in the provisions of the *Charter*.

Further support for the permissible shift in emphasis built into the legislation can be seen in the original wording of the provision in Burbridge’s *Digest of Criminal Law of Canada* in 1890. As Professor Scott, as previously noted, *supra*, argues, the inclusion of the clause “or which may produce other mischiefs” in the original formulation is a “bridge” connecting the historical and prospective uses of the provision (at p. 40):

The king’s reputation and title were amply protected from attack by various statutes, and the peers and other “magnates” gradually abandoned their remedies under the ancient doctrine of *scandalum magnatum* because the developed law of libel and slander, and of contempt of court for justices, took care of all their needs. Hence

caractère urgent et réel ne pouvait pas être établi à l’époque de l’adoption du texte législatif, a acquis ce caractère avec le temps et l’évolution des circonstances. [Nous soulignons.]

Le juge Sopinka a conclu en ajoutant que l’«accent mis dans la disposition a subi un changement acceptable lorsque les tribunaux, en l’interprétant, ont adopté le critère des normes sociales» (p. 496). De la même façon, en l’espèce, le libellé de l’art. 181 comprend un changement acceptable de l’accent mis dans la disposition avec son critère qui est fondé sur l’atteinte causée à l’intérêt public. Si l’on revient à l’inclusion de l’infraction dans le *Code criminel* et à la dernière modification apportée à l’article en 1955, on peut raisonnablement conclure qu’il y a eu un changement dans les valeurs qui sous-tendent l’intérêt public en question. Comme dans l’arrêt *Butler*, ce changement a été incorporé dans le libellé de l’article même et il est donc acceptable.

Tout comme le critère des normes sociales qui a été appliqué au droit relatif à l’obscénité «doit nécessairement tenir compte de l’évolution des mœurs» (*Butler*, précité, à la p. 477), le critère en vue de définir l’«atteinte [...] à quelque intérêt public» devrait tenir compte des valeurs changeantes de la société canadienne. Ces valeurs englobent le multiculturalisme et l’égalité, préceptes expressément prévus dans les dispositions de la *Charte*.

Un autre appui au changement acceptable de l’accent mis dans la disposition peut venir du libellé initial de la disposition dans *Digest of Criminal Law of Canada* de Burbridge en 1890. Comme nous l’avons déjà souligné, le professeur Scott, *loc. cit.*, soutient que l’inclusion du passage [TRADUCTION] «ou pouvant engendrer d’autres méfaits» dans le libellé initial est un «pont» reliant les emplois historique et prospectif de la disposition (à la p. 40):

[TRADUCTION] La réputation et le titre du roi étaient largement protégés contre les attaques par diverses lois, et les pairs et autres «magnats» ont progressivement abandonné le recours que leur conférait l’ancienne théorie du *scandalum magnatum* parce que le droit formulé en matière de diffamation écrite et verbale, ainsi que l’ou-

the penalties for spreading “false news and tales” might have been absorbed into various specialised branches of the law, and there might be today no trace of a general crime of spreading false news in our law, had it not had an independent root in the idea of public mischief.

Based on the foregoing, we conclude that the objective of s. 181 is sufficiently pressing and substantial to justify this limited restriction on freedom of expression. The first test is therefore met.

### (3) Proportionality

The next step in the s. 1 analysis is to determine whether the means chosen to further the objective are proportional to the ends.

#### (i) *Relation of the Expression at Stake to Free Expression Values*

It is at this stage that there must be an examination of the extent to which the expression at stake in a particular case promotes freedom of expression principles. Dickson C.J., in *Keegstra*, cautioned (at p. 760) that:

... it is equally destructive of free expression values, as well as the other values which underlie a free and democratic society, to treat all expression as equally crucial to those principles at the core of s. 2(b).

A careful examination of the philosophical underpinnings of our commitment to free speech reveals that prohibiting deliberate lies which foment racism is mandated by a principled commitment to fostering free speech values. Liberal theory proposes that the state does not exist to designate and impose a single vision of the good life but to provide a forum in which opposing interests can engage in peaceful and reasoned struggle to articulate social and individual projects. We enshrine freedom of speech because it is an essential feature of humanity to reason and to choose

vraie au tribunal pour les juges, répondaient à tous leurs besoins. Il en découle que les peines pour la diffusion de «nouvelles et d’histoires fausses» pourraient avoir été absorbées dans divers domaines spécialisés du droit, et aujourd’hui dans notre droit il pourrait n’avoir subsisté aucune trace d’un crime général de diffusion de fausses nouvelles, s’il n’avait eu une origine indépendante dans la notion de méfait public.

En nous fondant sur ce qui précède, nous concluons que l’objet de l’art. 181 est suffisamment urgent et réel pour justifier cette restriction limitée de la liberté d’expression. Le premier critère est donc respecté.

### (3) Proportionnalité

L’étape suivante dans l’analyse fondée sur l’article premier consiste à déterminer si les moyens choisis pour réaliser l’objectif sont proportionnés aux fins visées.

#### (i) *Rapport entre l’expression en cause et les valeurs inhérentes à la liberté d’expression*

C’est à ce stade-ci qu’il faut procéder à un examen de la mesure dans laquelle l’expression en cause dans un cas particulier favorise la liberté d’expression. Dans l’arrêt *Keegstra*, le juge en chef Dickson a fait la mise en garde suivante (à la p. 760):

... il est tout aussi néfaste pour les valeurs inhérentes à la liberté d’expression, et pour les autres valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique, de considérer que toutes les sortes d’expressions revêtent la même importance au regard des principes qui sont au cœur de l’al. 2b).

Il ressort d’un examen minutieux des fondements philosophiques de notre engagement vis-à-vis de la liberté de parole que l’interdiction des mensonges délibérés qui fomentent le racisme est rendue obligatoire par l’engagement, fondé sur des principes, de favoriser les valeurs inhérentes à la liberté de parole. Selon la théorie du libéralisme, l’État n’existe pas pour concevoir et imposer une vision unique de la belle vie mais pour fournir un endroit où des intérêts opposés puissent s’affronter dans un combat pacifique et raisonné afin d’élaborer des projets sociaux et individuels. Nous insé-

and in order to allow our knowledge and our vision of the good to evolve. The risk of losing a kernel of truth which might lie buried in even the most apparently worthless and venal theory is believed to justify absolute freedom of expression. However, where there is no possibility that speech may be true because even its source has knowledge of its falsity, the arguments against state intervention weaken. When such false speech can be positively demonstrated to undermine democratic values, these arguments fade into oblivion.

Our colleague argues that truth may sometimes be in the eye of the beholder. In so far as she uses this assertion as a basis for including even pernicious speech within the ambit of protection afforded by s. 2(b) of the *Charter*, we agree. However, when it comes time to balance competing interests under s. 1, we must keep in mind that the various members of Canadian society behold deliberately false speech such as that at issue in this appeal from dramatically different perspectives.

A disinterested third party may indeed take from the appellant's work a healthy scepticism towards the production of bodies of knowledge. She may also take from it support for feelings of contempt for Jews, Africans, Asians or for anyone who merely objects to "racialism".

Yet, there is another "beholder" of speech whose perspective is immensely relevant and yet does not figure in our colleague's account. We are warned quite properly that history has many lessons to teach. One is that the marketplace of ideas is an inadequate model; another is that minorities are vulnerable to censure as speakers. Indeed, by stressing the role s. 181 plays in permitting minorities to speak and to be heard, we recognize that grave caution must always be exercised to ensure

rons la liberté de parole dans la Constitution parce que c'est une caractéristique essentielle d'humanité que de raisonner et de choisir, et afin de permettre à notre connaissance et à notre vision du bien d'évoluer. On croit que le risque de perdre un grain de vérité qui pourrait se cacher dans une théorie même dans celle qui peut sembler la plus dénuée de valeur justifie la liberté absolue d'expression. Toutefois, lorsqu'il n'y a aucune possibilité que le discours soit vrai parce que même sa source est au courant de sa fausseté, les arguments contre l'intervention de l'État perdent de leur force. Quand il est possible de démontrer positivement qu'un tel discours mine les valeurs démocratiques, ces arguments tombent dans l'oubli.

Notre collègue soutient qu'il peut parfois ne pas y avoir qu'une seule vérité. Dans la mesure où elle se fonde sur cet argument pour inclure même des discours perniciose dans le cadre de la protection accordée par l'al. 2b) de la *Charte*, nous sommes d'accord. Toutefois, lorsque vient le moment de concilier des intérêts opposés, aux termes de l'article premier, il convient de se rappeler que la société canadienne considère les déclarations délibérément fausses comme celles qui sont visées en l'espèce à partir de points de vue foncièrement différents.

L'ouvrage de l'appelant peut en fait susciter chez un tiers désintéressé un sain scepticisme à l'égard des ouvrages savants. Celui-ci peut également y trouver une justification des sentiments de mépris envers les Juifs, les Africains, les Asiatiques ou envers quiconque s'oppose simplement au «racisme».

Pourtant, il existe un autre point de vue extrêmement pertinent concernant le discours, qui ne figure quand même pas dans le compte rendu de notre collègue. Nous sommes avertis, avec raison, qu'il y a de nombreuses leçons à tirer de l'histoire. L'une d'elles est que le marché des idées n'est pas un modèle adéquat; une autre est que les minorités sont vulnérables à la censure lorsqu'elles veulent s'exprimer. En fait, lorsque nous insistons sur le rôle que joue l'art. 181 pour permettre aux minorités de s'exprimer et d'être entendues, nous reconnaissons qu'il faut toujours bien prendre garde de

that a provision aimed at alleviating oppression never becomes one for initiating or perpetuating it.

But history also teaches us that minorities have more often been the objects of speech than its subjects. To protect only the abstract right of minorities to speak without addressing the majoritarian background noise which makes it impossible for them to be heard is to engage in a partial analysis. This position ignores inequality among speakers and the inclination of listeners to believe messages which are already part of the dominant culture. It reflects the position put forth by the dissent but rejected by the majority in *Keegstra* that the right to freedom of expression entails only the freedom to "loose one's ideas on the world" and not to be respected, "listened to or believed".

With respect, we feel bound to follow the majority in *Keegstra* which held that it may be appropriate to limit expression protected by s. 2(b) under s. 1 where such expression threatens the dignity of members of the target group and promotes discrimination which excludes them from full participation in society. Professor David Partlett explores this delicate balance in "From Red Lion Square to Skokie to the Fatal Shore: Racial Defamation and Freedom of Speech" (1989), 22 *Vand. J. Transnat'l L.* 431, at pp. 459 and 468-69:

Furthermore, to view the government as villain is to ignore the capacity of the government as a speaker to moral matters. Government actions carry the imprimatur of authority. Silence and action carry social messages. This sits at the base of much anti-discrimination legislation. For government to speak provides not only a greater power to rectify wrongs but carries a moral message that discriminatory behavior does not have a place in that society.

Because government is a powerful, sometimes overwhelming, voice, great care should be taken to cabin its exercise.

veiller à ce qu'une disposition qui vise à atténuer l'oppression n'en devienne jamais une qui la fait commencer ou se perpétuer.

" Toutefois, l'histoire nous enseigne également que les minorités ont plus souvent été la cible que les auteurs de discours. Protéger seulement le droit abstrait de s'exprimer des minorités sans traiter du bruit de fond de la majorité qui empêche de les entendre, c'est s'engager dans une analyse partielle. Cette position ne tient pas compte de l'inégalité qui existe entre ceux qui s'expriment ni du fait que ceux qui écoutent sont portés à croire les messages qui font déjà partie de la culture dominante. Elle reprend la position avancée en dissidence mais rejetée par la majorité dans l'arrêt *Keegstra* selon laquelle la liberté d'expression ne comporte que le droit «de diffuser ses idées» et non pas celui d'être respecté, «écouté ou cru».

Avec égards, nous nous estimons tenus de suivre l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Keegstra* selon laquelle il peut convenir de limiter l'expression que protège l'al. 2b) aux termes de l'article premier lorsqu'une telle expression menace la dignité des membres du groupe cible et favorise la discrimination qui les exclut d'une pleine participation dans la société. Le professeur David Partlett examine cet équilibre délicat dans «From Red Lion Square to Skokie to the Fatal Shore: Racial Defamation and Freedom of Speech» (1989), 22 *Vand. J. Transnat'l L.* 431, aux pp. 459, 468 et 469:

[TRADUCTION] De plus, considérer le gouvernement comme le méchant revient à faire abstraction de sa capacité de s'exprimer sur les questions morales. Les actions du gouvernement sont accomplies sous le sceau de l'autorité. Le silence et l'action comporte des messages sociaux. Cela représente souvent la source de bien des mesures législatives anti-discriminatoires. Lorsque le gouvernement s'exprime non seulement il a un plus grand pouvoir pour redresser les torts mais il transmet le message moral que le comportement discriminatoire n'a pas sa place dans cette société.

Parce que le gouvernement représente une voix puissante, parfois irrésistible, il y a lieu d'en restreindre l'exercice avec grand soin.

But it is not sufficient simply to leave the argument here. Government—in the defense of interests of tolerance, pluralism, and individual autonomy—has a duty to speak on moral matters on behalf of those in the society who are inarticulate. Government is then acting as a facilitator for the expression of ideas, and it is difficult to attack the action from a free speech standpoint. <sup>a</sup>

The type of “expression” targeted by s. 181 is only tenuously, if at all, connected to the values underlying freedom of expression. Dickson C.J., in *Keegstra*, referred to three rationales for protecting free expression (at p. 728):

(1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom meaning is conveyed. <sup>d</sup>

With respect to the search for the truth, the words of Dickson C.J. support the position that the publication of deliberate and injurious falsehoods does not contribute to the attainment of truth (at pp. 762-63): <sup>f</sup>

... the greater the degree of certainty that a statement is erroneous or mendacious, the less its value in the quest for truth. Indeed, expression can be used to the detriment of our search for truth; the state should not be the sole arbiter of truth, but neither should we overplay the view that rationality will overcome all falsehoods in the unregulated marketplace of ideas. There is very little chance that statements intended to promote hatred against an identifiable group are true, or that their vision of society will lead to a better world. To portray such statements as crucial to truth and the betterment of the political and social milieu is therefore misguided. <sup>h</sup>

The publication of deliberate lies is obviously the antithesis of the truth. This publication deceives and misleads in a cruel and calculating manner those that seek the truth. <sup>j</sup>

Toutefois, il faut pousser l'argument plus loin. Le gouvernement—dans la défense des intérêts de la tolérance, du pluralisme et de l'autonomie individuelle—est tenu de s'exprimer sur des questions d'ordre moral pour le compte de ceux, dans la société, qui ne peuvent le faire. Le gouvernement facilite alors l'expression d'idées et il est difficile de contester l'action du point de vue de la liberté d'expression.

Le genre d'«expression» visée par l'art. 181 n'est lié que de façon ténue, et encore, aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. Dans l'arrêt *Keegstra*, le juge en chef Dickson a fait allusion à trois raisonnements pour protéger la liberté d'expression (à la p. 728): <sup>c</sup>

(1) la recherche et la découverte de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante, tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné. <sup>e</sup>

En ce qui concerne la recherche de la vérité, le juge en chef Dickson appuie la position selon laquelle la publication de faussetés délibérées et blessantes ne contribue pas à atteindre la vérité (aux pp. 762 et 763):

... plus il est certain qu'une déclaration est fautive ou fallacieuse, moins sa valeur est grande dans la recherche de la vérité. En fait, l'expression peut être utilisée au détriment de la recherche de la vérité. L'État ne devrait pas être le seul juge de ce qui constitue la vérité; par contre, il ne faut pas accorder une importance exagérée à l'opinion selon laquelle la raison prévaudra toujours contre le mensonge sur le marché non réglementé des idées. Il est en fait très peu probable que des déclarations destinées à fomenter la haine contre un groupe identifiable soient vraies, ou que la vision de la société qu'elles traduisent conduira à un monde meilleur. C'est donc un leurre de les présenter comme cruciales pour la détermination de la vérité et pour l'amélioration du milieu politique et social.

La publication de mensonges délibérés est manifestement l'antithèse de la vérité. Une telle publication trompe d'une façon cruelle et calculée ceux qui cherchent la vérité.

The values of self-fulfilment and human flourishing are also key to the principles underlying s. 2(b). Self-fulfilment and human flourishing can never be achieved by the publication of statements known to be false. Rather the damaging false statements that are prohibited under s. 181 serve only to impede, in a most despicable and demeaning manner, the enjoyment of these values by members of society who are the subject of these lies.

The third rationale underlying free speech deals with participation in social and political decision-making. As Dickson C.J., in *Keegstra*, stated (at p. 764):

... expression can work to undermine our commitment to democracy where employed to propagate ideas anathemic to democratic values.

In our view, intentional and harmful falsehoods repudiate democratic values by denying respect and dignity to certain members of society, and therefore, to the public interest as a whole.

It is important to recognize that the American jurisprudence strongly supports the position that the state may restrict the publishing of deliberate and damaging lies. In *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964), Brennan J. stated (at p. 75):

Calculated falsehood falls into that class of utterances which "are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality ..." *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572. Hence the knowingly false statement and the false statement made with reckless disregard of the truth, do not enjoy constitutional protection.

In sum, this analysis suggests that s. 181, at best, limits only that expression which is peripheral to the core rights protected by s. 2(b). Accordingly,

Les valeurs d'enrichissement et d'épanouissement personnels sont également essentielles aux principes qui sous-tendent l'al. 2b). La publication de déclarations que leurs auteurs savent être fausses ne peut jamais permettre d'atteindre l'enrichissement et l'épanouissement personnels. Les fausses déclarations nuisibles interdites en vertu de l'art. 181 ne servent qu'à empêcher, d'une façon des plus méprisante et avilissante, les membres de la société qui sont l'objet de ces mensonges de jouir de ces valeurs.

Le troisième raisonnement qui sous-tend la liberté d'expression concerne la participation à la prise de décisions sociales et politiques. Comme le déclare le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra* (à la p. 764):

L'expression peut [...] avoir l'effet d'affaiblir notre engagement envers la démocratie lorsqu'elle sert à répandre des idées contraires aux valeurs démocratiques.

À notre avis, les faussetés intentionnelles et préjudiciables renient les valeurs démocratiques en refusant le respect et la dignité à certains membres de la société, et par conséquent, à l'intérêt public dans son ensemble.

Il est important de reconnaître que la jurisprudence américaine appuie fortement la position selon laquelle l'État peut restreindre la publication de mensonges délibérés et nuisibles. Dans l'arrêt *Garrison c. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964), le juge Brennan déclare (à la p. 75):

[TRADUCTION] Les faussetés préméditées entrent dans la catégorie des déclarations qui «ne constituent pas une partie essentielle d'un exposé de concepts et ont une valeur sociale si minime en tant qu'étape vers la vérité que tout avantage que l'on pourrait en retirer doit céder le pas à l'intérêt qu'a la société pour la moralité et l'ordre public...» *Chaplinsky c. New Hampshire*, 315 U.S. 568, à la p. 572. En conséquence, la déclaration fautive faite sciemment et la déclaration fautive faite avec un mépris insouciant envers la vérité ne jouissent pas de la protection de la Constitution.

En résumé, cette analyse laisse entendre que l'art. 181, tout au plus, ne restreint que l'expression qui se situe à la limite des droits fondamen-



deliberate and injurious falsehoods, like hate propaganda, "should not be accorded the greatest of weight in the s. 1 analysis" (Dickson C.J. in *Keegstra* at p. 765). It can therefore be concluded that restrictions on expression of this kind will be easier to justify than other infringements of s. 2(b).

(ii) *Rational Connection*

There can be no doubt that the suppression of the publication of deliberate and injurious lies is rationally connected to the aim of s. 181 in protecting society from the harms caused by calculated falsehoods and thereby promoting the safety and security of the community. The potentially destructive effects of speech were recognized in the 1966 *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada* (and adopted in *Keegstra*, *supra*, at p. 747) which reads in the opening paragraph of its preface and at p. 8:

This Report is a study in the power of words to maim, and what it is that a civilized society can do about it. Not every abuse of human communication can or should be controlled by law or custom. But every society from time to time draws lines at the point where the intolerable and the impermissible coincide. In a free society such as our own, where the privilege of speech can induce ideas that may change the very order itself, there is a bias weighted heavily in favour of the maximum of rhetoric whatever the cost and consequences. But that bias stops this side of injury to the community itself and to individual members or identifiable groups innocently caught in verbal cross-fire that goes beyond legitimate debate.

In the 18th and 19th centuries, there was a widespread belief that man was a rational creature, and that if his mind was trained and liberated from superstition by education, he would always distinguish truth from falsehood, good from evil. . . .

We cannot share this faith today in such a simple form. While holding that over the long run, the human mind is repelled by blatant falsehood and seeks the good, it is too often true, in the short run, that emotion displaces

taux protégés par l'al. 2b). Par conséquent, les faussetés délibérées et blessantes telles que la propagande haineuse «ne devrai[en]t pas peser très lourd dans l'analyse fondée sur l'article premier» (le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Keegstra*, à la p. 765). On peut donc conclure que les limites à cette sorte d'expression seraient plus faciles à justifier que d'autres violations de l'al. 2b).

(ii) *Lien rationnel*

Il est indubitable que la suppression de la publication de mensonges délibérés et blessants a un lien rationnel avec l'objet de l'art. 181 qui est de protéger la société contre les préjudices découlant de faussetés préméditées et, partant, de promouvoir la sûreté et la sécurité de la collectivité. La possibilité que le discours ait des effets destructeurs a été admise dans le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* de 1966 (et adoptée dans l'arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 747) qui se lit ainsi au premier paragraphe de son avant-propos et à la p. 8:

Le présent rapport est une étude de la puissance destructrice des mots et des mesures qu'une société civilisée peut prendre pour y obvier. La loi ou la coutume ne peut ni ne doit redresser tous les abus dans les rapports entre les humains. Mais toutes les sociétés, de temps à autre, fixent les limites de ce qui ne saurait être toléré et permis. Dans une société libre comme la nôtre, où la liberté de parole peut faire naître des idées propres à modifier jusqu'à l'ordre établi, on attache beaucoup de prix à la rhétorique sans se soucier des conséquences. Mais ce penchant pour l'éloquence ne doit pas aller jusqu'à tolérer les préjudices causés à la collectivité et aux personnes ou groupes identifiables, victimes innocentes du feu croisé de la discussion qui dépasse les limites permises.

Aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, on croyait généralement que l'homme était une créature raisonnable et que si son esprit était formé, et libéré de la superstition par le savoir, il finirait toujours par distinguer la vérité de l'erreur, le bien du mal.

De nos jours, nous ne saurions partager une opinion si simple. Même si à la longue, l'esprit humain est rebuté par le mensonge flagrant et aspire au bien, il est trop souvent vrai, dans l'immédiat, que les émotions affect-

reason and individuals perversely reject the demonstrations of truth put before them and forsake the good they know. The successes of modern advertising, the triumphs of impudent propaganda such as Hitler's, have qualified sharply our belief in the rationality of man. [Emphasis added.]

Racism tears asunder the bonds which hold a democracy together. Parliament strives to ensure that its commitment to social equality is not merely a slogan but a manifest reality. Where any vulnerable group in society is subject to threat because of their position as a group historically subjected to oppression we are all the poorer for it. A society is to be measured and judged by the protections it offers to the vulnerable in its midst. Where racial and social intolerance is fomented through the deliberate manipulation of people of good faith by unscrupulous fabrications, a limitation on the expression of such speech is rationally connected to its eradication.

(iii) *Minimal Impairment*

Even if rationally connected, the means must impair the freedom as little as possible. The appellant argues that s. 181 is too broad and could potentially capture expression that does not relate to Parliament's objective. It is argued that this provision could potentially limit works of fiction based on fact, "historical novels", some interpretive journalism and unpopular or unconventional academic writing. These are concerns with respect to a possible chilling effect on expression.

(a) Terms of Section 181

The most cursory perusal of s. 181 will reveal that the Crown will never have an easy task obtaining a conviction under the section. It must be established that the accused

(1) wilfully published a false statement of fact presented as truth

tent la raison des gens au point de leur faire rejeter perversement des vérités démontrées et repousser le bien qu'ils connaissent. Le succès de la réclame moderne, le triomphe de la propagande impudente comme celle d'Hitler ont émoussé sensiblement notre foi en la raison de l'homme. [Nous soulignons.]

Le racisme détruit les liens qui unissent une démocratie. Le législateur s'efforce de faire en sorte que son engagement envers l'égalité sociale ne soit pas simplement un slogan mais une réalité manifeste. Lorsqu'un groupe vulnérable dans la société fait l'objet de menaces à cause de sa position en tant que groupe historiquement opprimé, nous en sommes tous d'autant plus appauvris. On doit évaluer et juger une société selon les protections qu'elle offre aux membres ou groupes vulnérables qui la composent. Lorsque l'intolérance raciale et sociale est fomentée par la manipulation délibérée de personnes de bonne foi au moyen d'inventions sans scrupule, la restriction de l'expression de pareils propos a un lien rationnel avec son élimination.

(iii) *Atteinte minimale*

Même s'il existe un lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte à la liberté. L'appellant soutient que l'art. 181 est trop général et pourrait viser des moyens d'expression qui ne se rapportent pas à l'objectif du législateur. Il prétend que cette disposition pourrait restreindre les œuvres de fiction fondées sur des faits, les «romans historiques», un certain journalisme d'opinion et des ouvrages universitaires impopulaires ou non conformistes. Ce sont là des préoccupations relatives à un effet paralysant à l'égard de l'expression.

a) Texte de l'art. 181

Il ressort d'une simple lecture superficielle de l'art. 181 qu'il ne sera jamais facile pour le ministre public d'obtenir une déclaration de culpabilité aux termes de cet article. Il doit être démontré que l'accusé

(1) a volontairement publié une fausse déclaration de fait présentée comme étant la vérité

(2) that he knew was false, and

(3) that the false statement causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest.

It might be thought that it would be difficult enough for the Crown to establish that the impugned statement wilfully published by the accused was false and that the accused knew of the falsity of that statement. However the section goes on to require the Crown to establish that the statement is likely to cause injury to a public interest.

In this case the Crown presented clear, powerful and overwhelming evidence to establish every element of the offence. That evidence, set out earlier, certainly provided a sound basis upon which the jury could very properly conclude that Zundel was guilty. At this point, it is important to note that, as was done in this case, the trial judge must instruct the jury that the accused is not to be judged on the unpopularity of his or her beliefs.

To be acquitted under s. 181, there need only be a reasonable doubt with regard to the wilful publication of the statements presented as truth, or the falsity of the statements, or to the knowledge of the falsity or with regard to the likelihood of injury to the public interest. Any uncertainty as to the nature of the speech must inure to the benefit of the accused. Indeed, where the speech at issue lacks a factual base or is so vague that it makes no clear allegation capable of verification or falsification, it will not be caught by this section. These factors clearly weigh heavily in the favour of the accused. The Crown in its factum accurately summarized the aspects of s. 181 which ensure that free expression is minimally impaired:

The section does not purport to prohibit the expression of any idea or simple opinion, although they may pose a serious threat to a public interest. It only captures statements of fact which the Crown can prove to be false beyond a reasonable doubt. In cases in which the Crown cannot discharge this burden the public interest is left unprotected. It does not capture all false statements of fact but only those false to the knowledge of the

(2) qu'il savait fausse et

(3) qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

On pourrait croire qu'il serait suffisamment difficile pour le ministère public de démontrer que la déclaration contestée que l'accusé a volontairement publiée était fausse et qu'il savait qu'elle l'était. Toutefois, l'article exige également que le ministère public démontre que la déclaration est de nature à causer une atteinte à quelque intérêt public.

En l'espèce, le ministère public a présenté une preuve claire, forte et accablante pour établir chaque élément de l'infraction. Cette preuve, exposée précédemment, a certainement constitué un fondement solide en vertu duquel le jury pouvait, à bon droit, conclure à la culpabilité de Zundel. À ce stade, il est important de souligner que, comme ce fut le cas en l'espèce, le juge du procès doit, dans ses directives, expliquer au jury que l'accusé ne doit pas être jugé sur le caractère impopulaire de ses croyances.

Pour obtenir un acquittement aux termes de l'art. 181, il suffit qu'il y ait un doute raisonnable relativement à la publication volontaire des déclarations présentées comme étant la vérité, à la fausseté des déclarations, à la connaissance de la fausseté ou à la probabilité d'atteinte à l'intérêt public. Toute incertitude quant à la nature du discours doit profiter à l'accusé. En fait, lorsque le discours en cause n'est pas fondé sur des faits ou est tellement vague qu'il ne présente aucune affirmation claire susceptible d'être confirmée ou niée, il n'est pas visé par cet article. Ces facteurs militent clairement en faveur de l'accusé. Le ministère public, dans son mémoire, a résumé de façon précise les aspects de l'art. 181 qui font en sorte qu'il n'y aura qu'une atteinte minimale à la liberté d'expression:

[TRADUCTION] L'article n'a pas pour objet d'interdire l'expression d'idées ou de simples opinions, même si elles peuvent constituer une menace grave à un intérêt public. Il ne vise que les déclarations de fait dont le ministère public peut démontrer la fausseté hors de tout doute raisonnable. Dans les cas où le ministère public ne peut s'acquitter de cette charge, l'intérêt public est laissé sans protection. L'article ne vise pas toutes les fausses

accused. It does not capture all statements of fact false to the knowledge of the accused but only such statements as the accused deliberately chooses to make generally available to the public. It does not capture all statements of fact false to the knowledge of the accused which cause injury or pose a threat of injury. Injury even serious injury to an *individual* through falsehood is irrelevant under section 181. The possibility of some injury to even a *public* interest equally falls outside the scope of the section as the section requires the harm to such an interest to rise to the level of likelihood or to, in fact, occur. [Emphasis in original.]

It is clear that the Crown bears a very heavy onus in proving all the elements of the offence in order to convict an accused under s. 181.

Basically, the thrust of the appellant's argument is that s. 181 is an unjustifiable limit on freedom of expression. Such an argument, in this context, is more accurately characterized as an argument in support of the appellant's freedom to lie. Under s. 181, the appellant is free to tell all the lies that he wants to in private. He is free, under this section, to publish lies that have an overall beneficial or neutral effect. It is only where the deliberate publication of false facts is likely to seriously injure a public interest that the impugned section is invoked. This minimal intrusion on the freedom to lie fits into the broad category of *Criminal Code* offences which punish lying. These offences include, *inter alia*, the provisions dealing with fraud, forgery, false prospectuses, perjury and defamatory libel.

The possibility of illegal police harassment really has little or no bearing on the proportionality of legislation which prohibits deliberate and injurious lies to legitimate Parliamentary objectives. It follows that the argument based on hypothetical potential harassment can be rejected, as it was in *Keegstra*. Although the appellant and the Canadian Civil Liberties Association argue that s. 181 is too broad, it is important to note that there have only

déclarations de fait mais uniquement celles dont l'accusé est au courant de la fausseté. Il ne vise pas toutes les déclarations de fait dont l'accusé est au courant de la fausseté mais seulement celles que l'accusé a délibérément choisi de rendre publiques. Il ne vise pas toutes les déclarations de fait dont l'accusé est au courant de la fausseté qui causent ou sont de nature à causer une atteinte. Une atteinte, même grave, à un *particulier* en raison de la fausseté n'est pas pertinente aux termes de l'art. 181. La possibilité qu'il y ait une atteinte même à un intérêt *public* échappe également à l'application de l'article car celui-ci exige que l'atteinte à un tel intérêt soit vraisemblable ou en fait qu'elle se produise. [En italique dans l'original.]

Pour que l'accusé soit déclaré coupable aux termes de l'art. 181, il est évident que le ministère public doit s'acquitter d'une charge très lourde qui consiste à démontrer tous les éléments de l'infraction.

Fondamentalement, l'argumentation de l'appellant porte essentiellement sur le fait que l'art. 181 constitue une limite injustifiable à la liberté d'expression. Dans le présent contexte, un tel argument serait plus précisément qualifié d'argument à l'appui de la liberté de mentir de l'appellant. Aux termes de l'art. 181, l'appellant est libre de débiter tous des mensonges qu'il veut en privé. En vertu de cet article, il est libre de publier des mensonges qui ont un effet général bénéfique ou neutre. Ce n'est que lorsque la publication délibérée de faits erronés est susceptible de porter gravement atteinte à un intérêt public que l'article contesté est invoqué. Cette atteinte minimale à la liberté de mentir s'inscrit dans la catégorie générale des infractions du *Code criminel* qui punissent le mensonge. Ces infractions comprennent notamment les dispositions qui traitent de la fraude, des faux, des faux prospectus, du parjure et du libelle diffamatoire.

La possibilité de harcèlement illégal de la part de la police a peu ou pas d'importance à l'égard de l'effet proportionnel entre la disposition législative qui interdit les mensonges délibérés et blessants et les objectifs légitimes du législateur. Il en découle que l'argument fondé sur la possibilité hypothétique de harcèlement peut être rejeté, comme dans l'arrêt *Keegstra*. Bien que l'appellant et l'Association canadienne des libertés civiles soutiennent que

been three other prosecutions under this “broad” offence and only one of these (*Hoaglin, supra*) has been successful. The infrequent use of this section can undoubtedly be attributed to the extremely onerous burden on the Crown to prove the offence. <sup>a</sup> However, the fact that it is seldom used should hardly militate against its usefulness.

(b) Fact vs. Opinion

It has been argued that it is not possible to draw a coherent distinction between statements of opinion and assertions of fact and therefore, that s. 181 is overbroad. A statement, tale or news is an expression which, taken as a whole and understood in context, conveys an assertion of fact or facts and not merely the expression of opinion. As noted earlier, the trial judge suggested to the jury that the key element of the distinction is falsifiability. Expression which makes a statement susceptible to proof and disproof is an assertion of fact; expression which merely offers an interpretation of fact which may be embraced or rejected depending on its cogency or normative appeal, is opinion.

This analysis is supported by the distinctions employed in the Canadian and United States laws of defamation (see R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (1987), vol. 1, at p. 678, and *Ollman v. Evans*, 750 F.2d 970 (D.C. Cir. 1984) (en banc), *certiorari* denied, 471 U.S. 1127 (1985)). Four helpful criteria have been identified in order to distinguish fact from opinion: specificity of the terms used, verifiability, linguistic context and social context. All criteria are unified by the theme of exploring the response of a reasonable reader.

The statement must have a sufficiently definite meaning to convey facts. An allegation that X is corrupt is not an assertion of fact because it makes no specific allegation and uses language that lacks

l’art. 181 est trop général, il est important de souligner qu’il n’y a eu que trois autres poursuites en vertu de cet article «général» et seulement une (*Hoaglin, précité*) a eu gain de cause. On peut sans doute attribuer l’utilisation peu fréquente de cet article au fardeau extrêmement onéreux qui incombe au ministère public de démontrer l’infraction. Toutefois, le fait qu’il soit rarement utilisé ne devrait pas être invoqué à l’encontre de son utilité.

b) Les faits par rapport à l’opinion

On a soutenu qu’il n’était pas possible d’établir une distinction cohérente entre les déclarations d’opinion et les affirmations de fait et, par conséquent, que l’art. 181 a une portée excessive. Une déclaration, une histoire ou une nouvelle est une expression qui, prise dans son ensemble et interprétée selon le contexte, transmet une affirmation d’un fait ou de faits et non simplement l’expression d’une opinion. Comme nous l’avons mentionné précédemment, le juge du procès a exposé au jury que l’élément principal de la distinction est la possibilité de démontrer la fausseté. L’expression qui consiste en une déclaration susceptible d’être prouvée et d’être contredite est une affirmation de fait; l’expression qui offre simplement une interprétation de fait qui peut être adoptée ou rejetée selon sa force ou son intérêt normatif constitue une opinion.

Cette analyse est étayée par les distinctions utilisées dans les lois sur la diffamation au Canada et aux États-Unis (voir R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (1987), vol. 1, à la p. 678, et *Ollman c. Evans*, 750 F.2d 970 (D.C. Cir. 1984) (en banc), *certiorari* refusé, 471 U.S. 1127 (1985)). On a établi quatre critères utiles pour permettre de faire une distinction entre un fait et une opinion: le caractère précis des termes utilisés, la possibilité de vérifier, le contexte linguistique et le contexte social. Tous les critères ont un même thème: l’examen de la réaction d’un lecteur raisonnable.

La déclaration doit avoir une signification suffisamment précise pour transmettre des faits. L’allégation selon laquelle X est corrompu n’est pas une affirmation de fait parce qu’il n’y a aucune alléga-

a definite meaning. However, an allegation that X is corrupt because he embezzles from his employer bespeaks sufficiently certain facts to permit its characterization as a factual claim.

The statement must be verifiable through empirical proof or disproof. An allegation that X is a KGB agent is empirically verifiable and therefore factual; an allegation that her temperament would suit her for such work is not verifiable and therefore an expression of opinion. A statement that the hot dogs one makes are 100 percent beef is a verifiable factual claim; a statement that they are delicious is an expression of opinion.

The statement must be made in a linguistic context in which it will be understood as fact rather than opinion. Allegations appearing in the context of a satirical article are not likely to be taken to be facts even when expressed in factual form. Sometimes the context itself, such as the irreverent underground newspaper in *Kirby, supra*, will provide clues to the reader that they are not to accept the contents as literally true. However, allegations prefaced by cautions that they are only opinion may also be found to be factual claims if they are so "factually laden" that the caution is found to be a colourable attempt only to escape responsibility for allegations of fact.

Finally, the statement must be considered in its broader social context. Some forms of expression, such as academic periodicals, are accorded more authority and have traditions of authenticity that influence their interpretation, while others, such as political signs or lampoons, have traditions of hyperbolic rhetoric. Statements, such as the pamphlet at issue in this appeal, which are disguised as the reasoned product of scholarly investigation will

tion précise et parce qu'elle utilise des termes qui n'ont pas de signification précise. Toutefois, une allégation selon laquelle X est corrompu parce qu'il détourne des fonds de son employeur transmet des faits suffisamment sûrs pour qu'elle soit qualifiée de prétention de fait.

La déclaration doit être vérifiable par une preuve ou une réfutation empiriques. Une allégation selon laquelle X est un agent du KGB peut être vérifiée de façon empirique et, par conséquent, il s'agit d'une allégation de fait; une allégation selon laquelle le tempérament d'une personne la destinerait à un tel travail ne peut être vérifiée et, par conséquent, elle constitue l'expression d'une opinion. Une déclaration selon laquelle les hot-dogs produits par une personne sont faits de bœuf à cent pour cent est une prétention de fait vérifiable; une déclaration selon laquelle ils sont délicieux exprime une opinion.

La déclaration doit être faite dans un contexte linguistique dans lequel elle sera comprise comme étant un fait plutôt qu'une opinion. Les allégations qui paraissent dans le contexte d'un article satirique ne sont pas susceptibles d'être interprétées comme des faits même lorsqu'elles sont exprimées sous une forme factuelle. Quelquefois le contexte lui-même, comme dans le cas du journal underground irrévérencieux dans l'arrêt *Kirby*, précité, fournira au lecteur des indices selon lesquels il ne doit pas considérer le contenu comme étant véridique. Toutefois, les allégations qui sont précédées de mises en garde qu'il s'agit seulement d'opinions peuvent également constituer des prétentions de fait si elles comportent tellement de faits que la mise en garde est faite uniquement dans le but d'éviter la responsabilité relativement à des allégations de fait.

Enfin, la déclaration doit être examinée dans son contexte social plus général. Certaines formes d'expression, comme des périodiques universitaires, obtiennent plus de crédibilité et ont une tradition d'authenticité qui influence leur interprétation, alors que d'autres, comme des affiches politiques ou des pamphlets, ont une tradition de rhétorique hyperbolique. Le lecteur raisonnable accordera beaucoup plus de crédit à des déclara-

be accorded greater seriousness by the reasonable reader.

It was argued that s. 181 is overbroad because it does not require the trial judge to instruct the jury on the distinction between fact and opinion as a matter of law, but leaves it to be determined as a matter of fact. The appellant submits that had the rules in *Ollman* (i.e., the four criteria set out earlier) been applied to the material in the case at bar, it would never have gone to the jury. It is difficult to see how this case helps the appellant. On the contrary, it seems to make clear that statements couched as "revisionist history" may be taken to be allegations of fact rather than submissions of opinion, despite protestations to the contrary. *Did Six Million Really Die?* makes specific claims about discrete historical incidents and the contents of publicly accessible historical documents. These statements are susceptible of being verified through examination of these documents. The pamphlet purports to be a serious scholarly endeavour. The work of serious historians who allege that they have arrived at reasoned conclusions after thorough examination of primary sources is a form of expression accorded great authority. An application of the *Ollman* criteria confirms that the jury was clearly capable of drawing the distinction between fact and opinion as instructed by the trial judge.

The appellant argues that history is all interpretation. It is submitted that there is no objective historical truth because we do not understand facts in any unmediated fashion, but through the lens of a theoretical perspective. Thus, the appellant contends, to assert that we can come to some conclusions as to what really happened at some point in history is to make an impossible epistemological claim or to give unwarranted authority to a single theoretical perspective. It is indeed true that no theory of history can be proved or disproved, although it may be shown to be more or less com-

tions, comme dans la brochure visée en l'espèce, qui sont déguisées comme étant le résultat d'une recherche documentée.

<sup>a</sup> On a soutenu que l'art. 181 est trop général parce qu'il n'exige pas que le juge du procès expose au jury la distinction entre un fait et une opinion comme question de droit, mais qu'il la laisse plutôt à son appréciation comme question de fait. L'appelant soutient que si les règles formulées dans l'arrêt *Ollman* (c.-à-d. les quatre critères énoncés précédemment) avaient été appliquées aux documents visés en l'espèce, l'affaire n'aurait jamais été soumise à l'appréciation du jury. Il est difficile de voir de quelle façon cet argument peut aider l'appelant. Au contraire, il semble indiquer clairement que les déclarations qualifiées d'«histoire révisionniste» peuvent être interprétées comme des allégations de fait plutôt que comme l'expression d'une opinion, malgré les protestations au contraire. La brochure *Did Six Million Really Die?* formule des prétentions précises au sujet d'incidents historiques distincts et du contenu de documents historiques publics. Ces déclarations peuvent être vérifiées par l'examen de ces documents. La brochure se veut un ouvrage érudite sérieux. Le travail d'historiens sérieux qui prétendent être arrivés à des conclusions raisonnées après un examen approfondi des sources principales est une forme d'expression à laquelle on accorde beaucoup de crédit. Une application des critères de l'arrêt *Ollman* confirme que le jury était clairement apte à établir une distinction entre un fait et une opinion comme le juge du procès le demandait dans ses directives.

<sup>b</sup> L'appelant soutient que l'histoire n'est qu'une question d'interprétation. Il soutient qu'il n'existe pas de vérité historique objective parce que nous n'interprétons pas les faits d'une façon irréfléchie mais dans une perspective théorique. Par conséquent, l'appelant soutient qu'affirmer que nous pouvons arriver à certaines conclusions sur ce qui s'est réellement produit à un certain moment dans l'histoire c'est faire une prétention épistémologique impossible ou accorder un crédit injustifié à une perspective théorique unique. En fait, il est vrai qu'aucune théorie historique ne peut être

elling or comprehensive. However, the appellant seeks to draw complex epistemological theory to the defence of what is really only, at best, the shoddiest of "scholarship" and, at worst pure charlatanism. The appellant has not been convicted for misinterpreting factual material but for entirely and deliberately misrepresenting its contents. When he points to the Goebbels' diaries and says they say X when in fact they say Y, he is not offering an alternative interpretation of the material but a fabrication proven to be false by the very materials to which he has referred.

Courts deal with the question of truth and falsity of statements on a daily basis. In every case in which the charge is fraud or the making of a false prospectus the court must determine whether false statements have been made. So too can historical "facts" be shown to be true or false in the context of s. 181. Can it be said that France was not occupied by German forces in 1940; or that the Dunkirk evacuation never took place; that the Battle of Britain is nothing but wishful thinking; that London was never bombed; that German cities were never attacked by the allied air forces; that the Normandy landing in June of 1944 is no more than the stuff of dreams. The falsity of these statements can be proven beyond a reasonable doubt by reference to reliable historical documents, such as those in evidence at the appellant's trial. What can be proven as false statements, such as those published by Zundel which were known by him to be false, can and should come within the purview of s. 181.

In *The Holocaust Denial: Antisemitism, Racism & the New Right* (1986), at p. 105, Professor Gill Seidel points out the lacuna in the theoretical perspective of those who uncritically defend the type of "revisionist history" at issue here. She notes that those who would uncritically defend the free expression rights of purveyors of this form of

démontrée ou réfutée, bien qu'on puisse démontrer qu'elle est plus ou moins irréfutable ou complète. Toutefois, l'appelant cherche à établir une théorie épistémologique complexe pour défendre ce qui n'est, au mieux, qu'une «publication savante» des plus mesquine et, au pire, du pur charlatanisme. L'appelant n'a pas été déclaré coupable parce qu'il a mal interprété des documents relatifs à des faits mais parce qu'il a entièrement et délibérément faussé leur contenu. Lorsqu'il cite le journal de Goebbels et prétend qu'il dit telle chose quand, en fait, il dit telle autre chose, l'appelant ne donne pas une autre interprétation du document mais fabrique des faits dont la fausseté est démontrée par les documents mêmes auxquels il a fait référence.

Les tribunaux traitent tous les jours de la question de la véracité et de la fausseté de déclarations. Chaque fois qu'il s'agit d'une accusation de fraude ou de fabrication d'un faux prospectus, le tribunal doit déterminer s'il y a eu des fausses déclarations. On peut de même démontrer la véracité ou la fausseté de «faits» historiques dans le contexte de l'art. 181. Peut-on dire que la France n'a pas été occupée par les forces allemandes en 1940; ou que l'évacuation de Dunkerque n'a jamais eu lieu; que la bataille d'Angleterre n'est rien d'autre qu'une illusion; que Londres n'a jamais été bombardée; que les villes allemandes n'ont jamais été attaquées par les forces aériennes alliées; que le débarquement de Normandie de juin 1944 n'est rien de plus qu'un rêve? La fausseté de ces déclarations peut être démontrée hors de tout doute raisonnable si l'on se réfère à des documents historiques fiables comme ceux qui ont été présentés à titre d'éléments de preuve lors du procès de l'appelant. Ce qui peut être démontré comme des fausses déclarations, comme celles que Zundel a publiées tout en sachant qu'elles étaient fausses, peut et doit s'inscrire dans le cadre de l'art. 181.

Dans *The Holocaust Denial: Antisemitism, Racism & the New Right* (1986), à la p. 105, le professeur Gill Seidel souligne la lacune qui existe dans la perspective théorique de ceux qui défendent sans discernement le genre d'«histoire révisionniste» visée en l'espèce. Elle fait remarquer que ceux qui, sans esprit critique, défendent la



speech do not necessarily act out of bad faith. However, their analysis misses a crucial point:

[I]n encouraging a thousand versions of history to bloom, while refusing an acceptable label to any one, [Thion] replaces a state view of history (which he is surely right to reject) with a range of undifferentiated, equally weighted accounts. The difficulty is that such a range ignores power relations. It is a kind of free-market version of history.

[But this orientation] does not allow him to see, even less accept, that Faurisson and others are bent on replacing the present anti-Nazi climate with a Nazi consensus, and that, in order to do so, they are playing intellectual games using academic, anti-authoritarian language. [Emphasis added.]

As distinguished from works which seek to retell traditional stories from the perspective of minorities and other groups heretofore unheard, the appellant has not adopted a novel perspective, unearthed non-traditional sources or re-interpreted traditional materials. He has lied. The deep-rooted criticism of "revisionism" is not directed, against its views of history but against its manipulation and fabrication of basic facts. This criticism was expressed by 34 French historians in a letter to *Le Monde* (February 21, 1979) dealing with the controversy over the work of the French historian, Faurisson:

Everyone is free to interpret a phenomenon like the Hitlerite genocide according to his own philosophy. Everyone is free to compare it with other enterprises of murder committed earlier, at the same time, later. Everyone is free to offer such or such kind of explanation; everyone is free, to the limit, to imagine or to dream that these monstrous deeds did not take place. Unfortunately, they did take place and no one can deny their existence without committing an outrage on the truth.

liberté d'expression de ceux qui tiennent ce genre de discours n'agissent pas nécessairement de mauvaise foi. Toutefois, il manque un point essentiel à leur analyse:

[TRADUCTION] [E]n favorisant l'éclosion de milliers de versions de l'histoire tout en refusant d'en qualifier une d'acceptable, [Thion] remplace une vision officielle de l'histoire (qu'il a certainement raison de rejeter) par une gamme d'exposés non différenciés et également bien pesés. Le problème est qu'une telle gamme ne tient pas compte des rapports de force. C'est un genre de libre marché de l'histoire.

[Toutefois, cette orientation] ne lui permet pas de voir, encore moins d'accepter, que Faurisson et les autres visent à remplacer le climat anti-nazi actuel par un consensus en faveur du nazisme, et que, pour arriver à cette fin, ils jouent des jeux intellectuels en utilisant un langage théorique anti-autoritaire. [Nous soulignons.]

Contrairement à des ouvrages qui visent à récrire des histoires traditionnelles du point de vue des minorités et d'autres groupes qui ne se sont pas fait entendre jusqu'à présent, l'appelant n'a pas adopté une perspective nouvelle, n'a pas mis à jour des sources non traditionnelles et n'a pas donné une nouvelle interprétation à des documents traditionnels. Il a menti. La critique profondément enracinée du «révisionnisme» n'est pas dirigée contre ses opinions sur l'histoire, mais contre sa manipulation et son invention de faits fondamentaux. Cette critique a été exprimée par 34 historiens français dans une lettre adressée au journal *Le Monde* (le 21 février 1979), qui traite de la controverse entourant l'œuvre de l'historien français Faurisson:

Chacun est libre d'interpréter un phénomène comme le génocide hitlérien selon la philosophie qui est la sienne. Chacun est libre de le confronter ou de ne pas le confronter avec d'autres entreprises de meurtres, antérieures, contemporaines, postérieures. Chacun est libre de se référer à tel ou tel type d'explication; chacun est libre, à la limite, d'imaginer ou de rêver que ces faits monstrueux n'ont pas eu lieu. Ils ont malheureusement eu lieu et personne ne peut en nier existence sans outrager la vérité.

(Cited and translated in Professor Lucy S. Dawidowicz, "Lies About the Holocaust" (1980), 70:6 *Commentary* 31, at p. 37.)

The appellant submits that he is a modern-day Galileo being sacrificed on the altar of received opinion. Indeed, a Galileo could not be caught under s. 181. Galileo pointed to the apparent movement of the planets and argued, contrary to accepted dogma of church and state, that the earth was not the centre of the heavens but revolved around the sun. His argument was not a deliberate falsification of the facts. Rather, he argued that his theory for explaining the significance of the facts was clearer and more comprehensive.

In contrast, the appellant posits a spurious problem, which cannot be solved by reconciling conflicting interpretations of the same evidence precisely because it is not, in fact, based on the evidence but on misrepresentation or pure fabrication. The conflict between the assertions made by the appellant and those made by orthodox Holocaust historians cannot be resolved through reasoned debate. Orthodox historians point to sources which support their theories; the appellant and other "revisionist" historians point to documents which do not exist or which do not say what they claim they do. The pamphlet *Did Six Million Really Die?* does not fit with received views of reality because it is not part of reality. In the name of the integrity of knowledge, the appellant demands the right to throw a monkey-wrench into the mechanisms of knowledge.

We must re-iterate that the focus of s. 181 is not on the opinions of the appellant. While they might be caught under s. 319, the hate propaganda provision, his acquittal on one charge at trial relating to *The West, War and Islam!* and the withdrawal of a subsequent charge against him for expressing these same opinions (*R. v. Zundel*, Ont. Prov. Ct., September 18, 1987, Babe Prov. Ct. J., unreported) make it clear that this section is not and has not been used against those who express unpopular, counter-intuitive or socially undesirable points of view. What is being prohibited is an attempt to win converts to this point of view and to inflict harm

(Cité par le professeur Lucy S. Dawidowicz, «Lies About the Holocaust» (1980), 70:6 *Commentary* 31, à p. 37.)

L'appelant soutient qu'il est un Galilée des temps modernes sacrifié sur l'autel de l'opinion reçue. En fait, un Galilée ne pourrait être visé par l'art. 181. Galilée a souligné le mouvement apparent des planètes et a soutenu, contrairement au dogme accepté par l'Église et l'État, que la terre n'est pas le centre de l'univers mais qu'elle tourne autour du soleil. Son argument ne constituait pas une falsification délibérée des faits. Il a plutôt soutenu que sa théorie pour expliquer la signification des faits était plus claire et plus complète.

En revanche, l'appelant présente un faux problème qui ne peut être réglé par la conciliation des interprétations contraires de la même preuve précisément parce que, en fait, il n'est pas fondé sur la preuve mais sur une représentation trompeuse ou une pure invention. On ne peut régler par un débat raisonné le conflit entre les affirmations faites par l'appelant et celles des historiens orthodoxes de l'Holocauste. Les historiens orthodoxes mentionnent des sources qui appuient leurs théories; l'appelant et d'autres historiens «révisionnistes» présentent des documents qui n'existent pas ou qui ne disent pas ce qu'ils prétendent qu'ils disent. La brochure *Did Six Million Really Die?* ne s'inscrit pas dans le cadre des opinions reçues relativement à la réalité parce qu'elle ne fait pas partie de la réalité. Au nom de l'intégrité de la connaissance, l'appelant réclame le droit de semer la pagaille dans les mécanismes de la connaissance.

Nous devons souligner à nouveau que l'art. 181 ne porte pas sur les opinions de l'appelant. Même si elles pouvaient être visées par l'art. 319, la disposition relative à la propagande haineuse, il ressort clairement de l'acquiescement de l'appelant à l'égard d'une accusation au procès relativement à *The West, War and Islam!* et du retrait d'une accusation subséquente contre lui pour avoir exprimé ces mêmes opinions (*R. c. Zundel*, C. prov. Ont., le 18 septembre 1987, le juge Babe, inédit) que cet article n'est pas utilisé et ne l'a pas été contre ceux qui expriment des points de vue impopulaires, contraires à l'intuition ou socialement indésirables. Ce

against disadvantaged members of society by the most unscrupulous manipulation.

The section will not catch an anthropologist proposing controversial theories which point to arguably true facts but draw erroneous assumptions with racist implications. However objectionable the content, inference or motive, this material would not be caught under s. 181 in the absence of evidence beyond a reasonable doubt of the falsity, and of the accused's knowledge of the falsity, of the basic facts upon which such a theory was based. The theorist who argues, for example, that objective differences in cranial capacity translate into the intellectual superiority of men over women would be met on the field of reasoned debate by rival theorists who point to more credible interpretations which do not employ unspoken prejudice as their hidden premise. On the other hand, situations such as the case at bar in which the accused deliberately fabricates basic facts in order to support his theories render reasoned debate impossible.

Nor could s. 181 be invoked in the examples cited by our colleague. McLachlin J. referred to the doctor who exaggerates the number of persons infected with a virus in order to persuade people to be inoculated against a burgeoning epidemic and to the person who knowingly cites false statistics in order to prevent cruelty to animals. Both examples of expression not only fail to raise the possibility of injury to a public interest but, indeed, they would have an overall beneficial or neutral effect on society. In contrast, an accused would only be convicted under s. 181 if there were no reasonable doubt regarding a very serious injury to the public interest.

The appellant's arguments are not new. Deliberate lies which foment racism are an unsavoury relic of our collective history. However, racism with footnotes and chapter headings is still fundamentally racism and should be treated as such.

qui est interdit, c'est la tentative d'amener des personnes à adopter ce point de vue et de porter préjudice à des membres désavantagés de la société par la manipulation la plus éhontée.

<sup>a</sup> L'article ne visera pas un anthropologue qui propose des théories controversées soulignant des faits authentiques défendables mais qui émet des hypothèses erronées ayant des conséquences racistes. Aussi répréhensibles que puissent être le contenu, les déductions ou le motif, ces propos ne pourraient être visés par l'art. 181 en l'absence de preuve hors de tout doute raisonnable de la fausseté des faits établis sur lesquels la théorie est fondée et de la connaissance par l'accusé de cette fausseté. Par exemple, le théoricien qui soutient que des différences objectives dans la capacité crânienne se traduisent par la supériorité intellectuelle des hommes sur les femmes serait contesté dans un débat raisonné par des théoriciens rivaux qui soutiennent des interprétations plus crédibles qui ne sont pas fondées sur un préjugé inexprimé. Par ailleurs, des situations comme l'espèce, où l'accusé fabrique délibérément des faits établis pour appuyer ses théories, rendent impossible la tenue d'un débat rationnel.

<sup>f</sup> L'article 181 ne pourrait pas non plus être invoqué dans les exemples cités par notre collègue. Le juge McLachlin mentionne le cas du médecin qui exagère le nombre de personnes infectées par un virus afin de convaincre les gens de se faire vacciner pour prévenir une épidémie naissante et celui de la personne qui, sciemment, cite des statistiques erronées afin de prévenir la cruauté envers les animaux. Ces deux exemples d'expression non seulement ne soulèvent pas la possibilité d'atteinte à un intérêt public mais, en fait, auraient un effet général bénéfique ou neutre pour la société. Par contre, un accusé ne pourrait être déclaré coupable aux termes de l'art. 181 qu'en l'absence de tout doute raisonnable concernant une atteinte très grave à l'intérêt public.

Les arguments invoqués par l'appelant ne sont pas nouveaux. Les mensonges délibérés qui provoquent le racisme sont des vestiges répugnants de notre histoire collective. Toutefois, même avec des notes en bas de page et des titres de chapitre, le

Section 181 serves to prevent the harm caused by deliberate and injurious lies. It is therefore well-suited to respond to the harm caused by vilification campaigns disguised as pseudo-science.

(c) Alternative Modes of Furthering Parliament's Objectives

Finally, the presence of existing hate propaganda legislation should not weigh against either the need for or the validity of s. 181. It was argued that s. 181 was a mere duplication of the hate provisions of the *Criminal Code* and thus was invalid. Such an argument should not be accepted. There are numerous provisions of the *Criminal Code* which overlap to some extent but which are nonetheless valid. For example, *Johnson v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 160, dealt with a charge under then s. 163(2) of the *Code* prohibiting the taking part in an "immoral, indecent or obscene" performance. This Court found that it was irrelevant that Parliament had enacted a separate offence of being nude in a public place. Nudity, it was noted, was not the sole factor in determining whether the performance was immoral.

Similarly, the fact that Parliament has enacted hate propaganda legislation does not invalidate s. 181. The section seeks to discourage the public dissemination of injurious falsehoods. These statements of fact, it should be remembered, are known by the accused to be lies. There is a pervasive and pernicious air of evil that surrounds their conscious aim to manipulate people. The deceptive nature of the deliberate publication of false statements of fact may, in certain circumstances, be even more invidious than the publication of hateful opinions which at least expresses the beliefs of the publisher. Thus s. 181 still fulfils an important role in a multicultural and democratic society. It emphasizes the repugnance of Canadian society for the wilful publication of known falsehoods that cause injury to the public interest through their attacks

racisme demeure fondamentalement du racisme et devrait être traité comme tel. L'article 181 sert à empêcher le préjudice causé par des mensonges délibérés et blessants. Il est, par conséquent, bien adapté pour répondre au préjudice causé par des campagnes de diffamation déguisées en pseudo-science.

c) Autres moyens de réaliser les objectifs du législateur

Enfin, la présence de mesures législatives en vigueur contre la propagande haineuse ne devrait pas jouer contre la nécessité ou la validité de l'art. 181. On a soutenu que l'art. 181 était une simple répétition des dispositions contre la propagande haineuse du *Code criminel* et qu'il n'était donc pas valide. Un tel argument ne devrait pas être accepté. Il existe de nombreuses dispositions du *Code criminel* qui se chevauchent dans une certaine mesure mais qui sont néanmoins valides. Par exemple, l'arrêt *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160, traitait d'une accusation en vertu du par. 163(2) du *Code* qui interdisait de participer à une représentation «immorale, indécente ou obscène». Notre Cour a conclu qu'il n'était pas pertinent que le législateur fédéral ait adopté l'infraction distincte d'être nu dans un endroit public. On a fait remarquer que la nudité n'était pas le seul facteur qui permettait de déterminer si la représentation était immorale.

De même, le fait que le législateur ait adopté des dispositions contre la propagande haineuse ne rend pas l'art. 181 invalide. L'article vise à décourager la communication publique de faussetés blessantes. Il convient de rappeler que l'accusé sait que ces déclarations de fait sont des mensonges. Un air de malveillance, envahissant et nocif, entoure leur projet délibéré de manipuler les gens. La nature trompeuse de la publication délibérée de fausses déclarations de fait peut, dans certaines circonstances, être encore plus odieuse que la publication d'opinions haineuses qui au moins expriment les convictions de la personne qui les publie. Ainsi, l'art. 181 joue toujours un rôle important dans une société multiculturelle et démocratique. Il fait ressortir la répugnance de la société canadienne à l'égard de la publication volontaire de choses que

upon groups identifiable under s. 15 of the *Charter* and therefore on society as a whole.

As Dickson C.J. stressed in *Keegstra*, the government may legitimately employ a variety of measures in order to achieve its objective. On a general level, the promotion of racial and social tolerance and the prevention of harm caused by injurious and calculated falsehoods is best achieved through information and education. Human rights legislation may, in certain circumstances, be sufficient to deal with a particular problem in this area. Nevertheless, the strength of the criminal law must be reserved for the extreme cases, such as the case at hand. In a case such as this, with its potential to cause serious injury to the public interest, it is necessary to send a clear message by repudiating the harm caused by the appellant.

For example, it is true that driver education and the penalties provided by the *Highway Traffic Acts* may suffice to regulate most drivers. Nonetheless, the criminal law is used to demonstrate society's repugnance for the drunken driver who is likely to injure others. So too the criminal law has an important role to play in discouraging and punishing those who knowingly publish falsehoods that are likely to injure a public interest.

Overall, it would be hard to imagine a measure that would constitute a lesser impairment of a type of expression that is on the extreme periphery of the protected right. We therefore conclude that s. 181 does not unduly infringe the right to freedom of expression.

(iv) *Proportionality Between Effects and Objective*

At this stage in the s. 1 analysis, there must be an assessment of the importance of the state objective balanced against the effect of limits imposed

l'auteur sait être fausses et qui portent atteinte à l'intérêt public par leurs attaques contre des groupes identifiables aux termes de l'art. 15 de la *Charte* et, par conséquent, contre l'ensemble de la société.

Comme le juge en chef Dickson l'a souligné dans l'arrêt *Keegstra*, le gouvernement peut légitimement utiliser diverses mesures pour atteindre son objectif. De manière générale, il est plus facile, par l'information et l'éducation, de promouvoir la tolérance raciale et sociale et de prévenir le préjudice causé par des faussetés préméditées et blessantes. Les dispositions législatives en matière de droits de la personne peuvent, dans certaines circonstances, être suffisantes pour traiter d'un problème particulier dans ce domaine. Néanmoins, la force du droit pénal doit être réservée aux cas extrêmes, comme l'espèce. Dans un tel cas, où existe la possibilité qu'il y ait atteinte grave à l'intérêt public, il est nécessaire d'envoyer un message clair par la répudiation du préjudice causé par l'appelant.

Par exemple, il est vrai que la formation des conducteurs et les peines prévues par les Codes de la route peuvent suffire pour régler la plupart des conducteurs. Néanmoins, le droit pénal est utilisé pour démontrer la répugnance de la société à l'égard du conducteur en état d'ébriété qui est susceptible d'infliger des blessures à autrui. Le droit pénal a également un rôle important à jouer pour décourager et punir ceux qui publient sciemment des faussetés susceptibles de porter atteinte à un intérêt public.

Somme toute, il serait difficile d'imaginer une mesure qui constituerait une atteinte moindre à un genre d'expression qui se situe à la limite extrême du droit protégé. Par conséquent, nous concluons que l'art. 181 ne porte pas indûment atteinte au droit à la liberté d'expression.

(iv) *Proportionnalité entre les effets et l'objectif*

À ce stade de l'analyse fondée sur l'article premier, il convient d'évaluer l'importance de l'objectif de l'État par rapport à l'effet des limites impo-

upon the freedom. As previously noted, the "expression" at stake in the present case is inimical to the values underlying freedom of expression. The type of falsehoods caught by this section serves only to hinder and detract from democratic debate. The impugned provision, s. 181, is narrowly defined in order to minimally impair s. 2(b). In sum, the prohibition of the wilful publication of what are known to be deliberate lies is proportional to the importance of protecting the public interest in preventing the harms caused by false speech and thereby promoting racial and social tolerance in a multicultural democracy.

#### (4) Summary of the Section 1 Balancing and Conclusion

At the end of this detailed analysis it is worthwhile to step back and consider what it is that is being placed on the balance.

On one side is s. 181. It infringes to a minimal extent the s. 2(b) right to freedom of expression. In reality, it cannot be said that the prohibition of the wilful publication of false statements that are known to be false is an infringement of the core values of s. 2(b). Rather the infringement is on the extreme periphery of those values. In addition, the section can play an important role in fostering multiculturalism and racial and religious tolerance by demonstrating Canadian society's abhorrence of spreading what are known to be lies that injure and denigrate vulnerable minority groups and individuals.

On the other side, s. 181 provides maximum protection of the accused. It requires the Crown to establish beyond a reasonable doubt that the accused wilfully published false statements of fact presented as truth and that their publication caused or was likely to cause injury to the public interest. Any uncertainty as to the nature of the speech must inure to the benefit of the accused. If ever s. 1 balancing is to be used to demonstrate that a section

sées à la liberté. Comme nous l'avons souligné précédemment, l'«expression» visée en l'espèce est défavorable aux valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Le genre de faussetés visées par cet article ne sert qu'à faire obstacle et à porter atteinte au débat démocratique. La disposition contestée, l'art. 181, est libellée de façon restreinte de manière à porter atteinte le moins possible à l'al. 2b). Bref, l'interdiction de la publication volontaire de ce que l'auteur sait être des mensonges délibérés est proportionnelle à l'importance de la protection de l'intérêt qu'a le public dans la prévention des préjudices causés par les faux discours et, partant, dans la promotion de la tolérance raciale et sociale dans une démocratie multiculturelle.

#### (4) Résumé de l'évaluation fondée sur l'article premier et conclusion

À la fin de cette analyse détaillée, il vaut la peine de revenir en arrière et d'examiner ce qui est évalué.

D'une part, il y a l'art. 181, qui porte atteinte de façon minimale à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b). En réalité, on ne saurait dire que l'interdiction de la publication volontaire de fausses déclarations que l'auteur sait être fausses constitue une atteinte aux valeurs fondamentales de l'al. 2b). L'atteinte est plutôt à l'extrême limite de ces valeurs. De plus, l'article peut jouer un rôle important pour encourager le multiculturalisme et la tolérance raciale et religieuse en démontrant que la société canadienne a en horreur la diffusion de ce que l'auteur sait être des mensonges qui portent atteinte aux personnes et groupes minoritaires vulnérables et les dénigrent.

D'autre part, l'art. 181 assure une protection maximale à l'accusé. Il exige que le ministère public démontre hors de tout doute raisonnable que l'accusé a publié volontairement des fausses déclarations de fait présentées comme étant la vérité et que leur publication a porté atteinte ou était susceptible de porter atteinte à l'intérêt public. Toute incertitude quant à la nature du discours doit profiter à l'accusé. Si l'on doit utiliser le processus de

of the *Criminal Code* is justifiable in a free and democratic society, this is such a case.

Legislation such as this which is aimed at the protection of society from deceit and aggression, yet provides the widest protection for the accused, should be fostered. Applying the *Charter* to strike s. 181 would be in direct contradiction to the principles established by this Court. The section is justifiable in our free and democratic Canadian society.

#### V. Disposition

In the result the appeal is dismissed. We would answer the constitutional questions as follows:

1. Yes.
2. Yes.
3. It is not necessary to answer this question.
4. It is not necessary to answer this question.

*Appeal allowed, GONTHIER, CORY and IACOBUCCI JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: W. J. Blacklock, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.*

pondération en vertu de l'article premier pour démontrer qu'un article du *Code criminel* peut être justifié dans une société libre et démocratique, la présente espèce s'y prête tout particulièrement.

<sup>a</sup> Il y aurait lieu d'appuyer une disposition législative comme celle en cause qui vise la protection du public contre la tromperie et l'agression et qui assure en même temps la plus grande protection possible pour l'accusé. Il serait directement contraire aux principes énoncés par notre Cour d'appliquer la *Charte* pour annuler l'art. 181. L'article peut être justifié dans notre société canadienne libre et démocratique.

#### V. Dispositif

<sup>d</sup> En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Oui.
2. Oui.
3. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.
4. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

*Pourvoi accueilli, les juges GONTHIER, CORY et IACOBUCCI sont dissidents.*

<sup>e</sup> *Procureur de l'appelant: W. J. Blacklock, Toronto.*

<sup>h</sup> *Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

<sup>i</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

<sup>j</sup> *Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada: Cooper, Sandler, West & Skurka, Toronto; Dale, Streiman & Kurz, Brampton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada: Cooper, Sandler, West & Skurka, Toronto; Dale, Streiman & Kurz, Brampton.*

<sup>a</sup>

*Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*



**Alain Barbeau** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BARBEAU

File No.: 22341.

1992: April 30; 1992: August 27.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Stevenson\* JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Procedure — Indictment — Preliminary inquiry — Accused charged with offence which did not exist at relevant time and committed for trial following preliminary inquiry — Error detected at beginning of trial and new indictment presented — Whether Crown could only proceed by means of direct indictment requiring Attorney General's consent — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 577.*

In 1986 the accused was charged with six counts of sexual assault arising out of acts allegedly committed in July and September of 1982. The charges were made pursuant to s. 271 (formerly s. 246.1) of the *Criminal Code*, which was not proclaimed in force until January 4, 1983, a few months after the acts in question had occurred. The amending legislation specifically provided that the new provisions were not to apply retroactively. The accused elected to be tried by judge and jury and a preliminary inquiry was held. When it was completed the accused was committed to stand trial. At the beginning of the trial, the accused, having detected the error, moved to quash the indictment. The Crown conceded that he had been charged with a crime that did not exist, and then immediately presented the court with a new indictment charging the accused with six indecent assaults under the provisions of the former s. 149(1) of the *Criminal Code*. The trial judge quashed the first indictment and accepted the new one. The accused brought a motion seeking to quash the new indictment, contending that the Crown could only proceed by means of a direct indictment which would require the personal signature of the Attorney General. Section 577 of the *Code* provides that where a preliminary inquiry has not

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**Alain Barbeau** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. C. BARBEAU

<sup>b</sup> N° du greffe: 22341.

1992: 30 avril; 1992: 27 août.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Stevenson\*.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Procédure — Acte d'accusation — Enquête préliminaire — Accusé inculpé d'une infraction qui n'existait pas au moment visé et renvoyé à son procès après l'enquête préliminaire — Découverte de l'erreur au début du procès et présentation d'un nouvel acte d'accusation — Le ministère public ne pouvait-il recourir qu'à un acte d'accusation direct nécessitant le consentement du procureur général? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 577.*

En 1986, l'accusé a fait l'objet de six chefs d'accusation d'agression sexuelle pour des actes qu'il aurait commis en juillet et en septembre 1982. Les accusations ont été portées conformément à l'art. 271 (auparavant l'art. 246.1) du *Code criminel*, qui n'est entré en vigueur que le 4 janvier 1983, soit quelques mois après que les actes en question eurent été commis. La loi modificatrice prévoyait précisément que les nouvelles dispositions ne s'appliqueraient pas rétroactivement. L'accusé a choisi d'être jugé par un juge et un jury. À la fin de l'enquête préliminaire, l'accusé a été renvoyé à son procès. Au début du procès, l'accusé, qui avait découvert l'erreur, a présenté une requête en annulation de l'acte d'accusation. Le ministère public a reconnu que l'accusé avait été inculpé d'un crime qui n'existait pas et a alors immédiatement présenté à la cour un nouvel acte d'accusation l'inculpant de six chefs d'attentat à la pudeur conformément aux dispositions de l'ancien par. 149(1) du *Code criminel*. Le juge du procès a annulé le premier acte d'accusation et a admis le nouveau. L'accusé a présenté une requête en annulation du nouvel acte d'accusation, soutenant que le ministère public ne pouvait recourir qu'à un acte d'accusation direct nécessitant la signature du procureur général lui-

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

been held or where a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged, an indictment shall not be preferred without the consent of the Attorney General or Deputy Attorney General. This motion was rejected, the trial proceeded and the accused was convicted on four of the six counts. The Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed the appeal against conviction.

*Held:* The appeal should be dismissed.

While this Court's decision in *Chase* differentiates between charges of sexual assault under s. 271 of the *Code* and indecent assault under the former s. 149(1), in this case there was nonetheless full disclosure of the events which formed the basis of the Crown's case against the accused. The incidents upon which the charges were based were thoroughly explored at the preliminary inquiry. There is no doubt that evidence as to the events which occurred justified proceeding with the charges of sexual assault; equally, the same evidence clearly justified proceeding with the charges of indecent assault. No prejudice has been occasioned to the accused by the quashing of the original indictment and the preferring of the second indictment. The original indictment was valid in every respect except for the nomenclature used to identify the offence. The parties proceeded throughout the preliminary inquiry on the assumption it was valid. The evidence identified the actions which constituted the incidents of sexual assault or indecent assault, depending on the title used. The actions were the same, the evidence was the same. The testimony given at the preliminary inquiry constituted a *prima facie* case that the accused had committed an offence described as indecent assault prior to January 4, 1983 and sexual assault thereafter. In the circumstances the error in the "labelling" or title of the offence constituted a voidable error, and not one that was void. It follows that it was in order for the Crown to present a fresh indictment which conformed to the evidence adduced at a preliminary hearing whose validity had not been challenged.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *McKibbon v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131; *R. v. Copeland* (1986), 27 C.C.C. (3d) 186.

même. L'article 577 du *Code* prévoit que si une enquête préliminaire n'a pas été tenue ou si une enquête préliminaire a été tenue et que le prévenu a été libéré, un acte d'accusation ne peut être présenté sans le consentement du procureur général ou du sous-procureur général. La requête a été rejetée, le procès a été tenu et l'accusé a été déclaré coupable relativement à quatre des six chefs d'accusation. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Si l'arrêt *Chase* de notre Cour établit une différence entre l'accusation d'agression sexuelle prévue à l'art. 271 du *Code* et celle d'attentat à la pudeur prévue à l'ancien par. 149(1), on a néanmoins, en l'espèce, divulgué tous les événements qui constituaient le fondement de la preuve du ministère public contre l'accusé. Les incidents à l'origine des accusations ont été examinés à fond lors de l'enquête préliminaire. Il ne fait pas de doute que la preuve des événements qui se sont produits justifiait les accusations d'agression sexuelle; de même, elle justifiait nettement les accusations d'attentat à la pudeur. L'annulation de l'acte d'accusation initial et la présentation du deuxième acte d'accusation n'ont causé aucun préjudice à l'accusé. L'acte d'accusation initial était valide en tous points, à l'exception de la terminologie utilisée pour identifier l'infraction. Les parties ont participé à l'enquête préliminaire en tenant pour acquis qu'il était valide. La preuve a identifié les actes qui constituaient une agression sexuelle ou un attentat à la pudeur, selon l'expression utilisée. Les actes étaient les mêmes, la preuve également. Les témoignages à l'enquête préliminaire constituaient une preuve suffisante à première vue que l'accusé avait commis une infraction décrite comme un attentat à la pudeur avant le 4 janvier 1983 et comme une agression sexuelle depuis cette date. Dans les circonstances, l'erreur dans la désignation ou le nom de l'infraction en était une qui rendait l'acte d'accusation annulable et non pas nul. Par conséquent, il convenait que le ministère public présente un nouvel acte d'accusation conforme à la preuve produite lors de l'enquête préliminaire dont la validité n'avait pas été contestée.

#### i Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; *McKibbon c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131; *R. c. Copeland* (1986), 27 C.C.C. (3d) 186.

## Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, ss. 19, 33.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 149 [am. 1972, c. 13, s. 70], 246.1 [ad. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 507.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 271, 535, 548, 574 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 113], 577 [rep. & sub. *idem*, s. 115].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 741, 37 Q.A.C. 214, affirming the accused's conviction on four counts of indecent assault. Appeal dismissed.

*Gratien Duchesne*, for the appellant.

*Denis Dionne*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—In 1986 the appellant was charged with six counts of sexual assault alleging that he had fondled and touched a ten-year-old girl in July and September of 1982. The charges were made pursuant to s. 271 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 246.1), which provides:

271. (1) Every one who commits a sexual assault is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

This section was added to the *Criminal Code* by an amending Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19. It was not proclaimed in force until January 4, 1983, which was, of course, a few months subsequent to the occurrence of the acts which led to the charges brought against the accused. The *Criminal Code* amendment Act specifically provided in

## Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271, 535, 548, 574 [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 113], 577 [abr. & rempl. *idem*, art. 115].

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 149 [mod. 1972, ch. 13, art. 70], 246.1 [aj. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], 507.

*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19, 33.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 741, 37 C.A. 214, confirmant la déclaration de culpabilité de l'accusé relativement à quatre chefs d'accusation d'attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté.

*Gratien Duchesne*, pour l'appellant.

*Denis Dionne*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—En 1986, l'appellant a fait l'objet de six chefs d'accusation d'agression sexuelle lui reprochant de s'être livré, en juillet et en septembre 1982, à des caresses et à des attouchements sur une fillette de dix ans. Les accusations ont été portées conformément à l'art. 271 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant l'art. 246.1), dont voici le texte:

271. (1) Quiconque commet une agression sexuelle est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Cet article, ajouté au *Code criminel* par une loi modificatrice, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19, n'est entré en vigueur que le 4 janvier 1983, soit, de toute évidence, quelques mois après que les actes à l'origine des accusations portées contre l'accusé eurent été commis. L'article 33 de la loi modificatrice du *Code criminel*, qui prévoyait pré-

s. 33 that the new provisions were not to apply retroactively. That section reads:

33. An offence committed prior to the coming into force of this Act against any provision of law affected by this Act shall be dealt with in all respects as if this Act had not come into force.

For some considerable time, no one noticed the error in the indictment. In due course the appellant elected to be tried by judge and jury. A preliminary inquiry was held. When it was completed the appellant was committed to stand trial. He then re-elected trial by a provincial court judge.

The error was eventually detected at the beginning of the trial in May 1987. Before he had entered a plea the appellant moved to quash the indictment on the ground that the offences with which he was charged did not exist at the relevant time. The hearing of this motion was postponed until the following day. When the proceedings resumed, the Crown conceded, before the trial judge could rule on the motion, that the appellant had been charged with a crime that did not exist. The Crown then immediately presented the Court with a new indictment charging the appellant with six indecent assaults under the provisions of the former s. 149(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. That section reads:

149. (1) Every one who indecently assaults a female person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.

The trial judge quashed the first indictment alleging six sexual assaults and accepted the new indictment alleging six indecent assaults.

The appellant brought a number of pre-trial motions; only that seeking to quash the new indictment is pertinent to this appeal. It was contended that on the new indictment the Crown could only proceed by means of a direct indictment which would require the personal signature of the Attor-

cisément que les nouvelles dispositions ne s'appliqueraient pas rétroactivement, est ainsi rédigé:

33. La présente loi ne s'applique pas aux infractions commises avant son entrée en vigueur.

Pendant un long moment, personne n'a remarqué l'erreur contenue dans l'acte d'accusation. En temps utile, l'appellant a choisi d'être jugé par un juge et un jury. À la fin de l'enquête préliminaire, l'appellant a été renvoyé à son procès. Il a alors choisi d'être jugé par un juge de la cour provinciale.

L'erreur a finalement été découverte au début du procès en mai 1987. Avant d'inscrire un plaidoyer, l'appellant a présenté une requête en annulation de l'acte d'accusation pour le motif que les infractions dont il était accusé n'existaient pas au moment concerné. L'audition de cette requête a été reportée au lendemain. À la reprise de l'audience, le ministère public a reconnu, avant que le juge du procès ne puisse se prononcer sur la requête, que l'appellant avait été accusé d'un crime qui n'existait pas. Le ministère public a alors immédiatement présenté à la cour un nouvel acte d'accusation inculquant l'appellant de six chefs d'attentat à la pudeur conformément aux dispositions de l'ancien par. 149(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, dont voici le texte:

149. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque attente à la pudeur d'une personne du sexe féminin.

Après avoir annulé le premier acte d'accusation qui contenait six chefs d'agression sexuelle, le juge du procès a admis le nouvel acte d'accusation comportant six chefs d'attentat à la pudeur.

L'appellant a présenté un certain nombre de requêtes préliminaires; seule celle visant à annuler le nouvel acte d'accusation est pertinente en l'espèce. On a soutenu qu'en ce qui concernait le nouvel acte d'accusation, le ministère public ne pouvait recourir qu'à un acte d'accusation direct

ney General pursuant to s. 577 (formerly s. 507) of the *Criminal Code*. That section reads:

577. In any prosecution,

(a) where a preliminary inquiry has not been held, an indictment shall not be preferred, or

(b) where a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged, an indictment shall not be preferred or a new information shall not be laid

before any court without,

(c) where the prosecution is conducted by the Attorney General or the Attorney General intervenes in the prosecution, the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General, or

(d) where the prosecution is conducted by a prosecutor other than the Attorney General and the Attorney General does not intervene in the prosecution, the written order of a judge of that court.

This motion was rejected by the trial judge.

The trial then proceeded and the appellant was convicted on four of the six counts. He was sentenced to eight months' imprisonment plus a period of probation.

Both the conviction and the sentence were appealed and on February 21, 1991 the Quebec Court of Appeal dismissed the appeal against conviction with a dissent by Fish J.A. The sentence appeal was allowed and the period of imprisonment reduced to time served (7 days). The appeal is before this Court as of right in light of the dissent by Fish J.A.

#### Judgment of the Courts Below

*Quebec Court of Sessions of the Peace (Gagnon Prov. Ct. J.)*

The trial judge held that the new or the substituted indictment should not be quashed. In his view, s. 577 of the *Code* did not apply to this case. Pursuant to the section, the consent of the Attorney

nécessitant la signature du procureur général lui-même, conformément à l'art. 577 (auparavant l'art. 507) du *Code criminel*, dont voici le texte:

577. Lors d'une poursuite:

a) si une enquête préliminaire n'a pas été tenue, un acte d'accusation ne peut être présenté;

b) si une enquête préliminaire a été tenue et que le prévenu ait été libéré, un acte d'accusation ne peut être présenté et une nouvelle dénonciation ne peut être faite,

devant aucun tribunal sans:

c) le consentement écrit du procureur général ou du sous-procureur général si la poursuite en est une qui est menée par le procureur général ou si elle en est une où celui-ci intervient;

d) le consentement écrit d'un juge de ce tribunal si la poursuite n'est pas menée par le procureur général ou si la poursuite en est une où le procureur général n'intervient pas.

Le juge du procès a rejeté la requête.

Le procès a ensuite été tenu et l'appellant a été déclaré coupable relativement à quatre des six chefs d'accusation. Il a été condamné à huit mois d'emprisonnement suivis d'une période de probation.

La déclaration de culpabilité et la sentence prononcées ont fait l'objet d'un appel et, le 21 février 1991, la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité, avec une dissidence de la part du juge Fish. L'appel interjeté contre la sentence a été accueilli et la période d'emprisonnement a été réduite au temps purgé (7 jours). L'appellant se pourvoit de plein droit devant notre Cour, compte tenu de la dissidence du juge Fish.

#### Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

*La Cour des sessions de la paix du Québec (le juge Gagnon de la Cour provinciale)*

Le juge du procès a conclu que le nouvel acte d'accusation, celui substitué au premier, ne devrait pas être annulé. À son avis, l'art. 577 du *Code* ne s'appliquait pas à la présente affaire. Aux termes

General to prefer an indictment is only required when a preliminary inquiry has not been held or when the accused has been discharged after a preliminary inquiry. In his view a preliminary inquiry had indeed been held in this case. He held:

[TRANSLATION] There was a preliminary inquiry and [the appellant] was not discharged by that inquiry. He was committed for trial for sexual assault.

It is true that the committal for trial was for offences other than those now indicated on the indictment. Section 504(1)(b) of the *Criminal Code* provides that the prosecutor, here the Attorney General's prosecutor, may prefer an indictment against any person who has been ordered to stand trial in respect of "any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, in addition to or in substitution for any charge on which that person was ordered to stand trial, whether or not the charges were included in one information".

This court has accordingly referred to the evidence taken at the preliminary inquiry. After reviewing that evidence, the court concludes that the offences of indecent assault with which the accused is charged are disclosed by that evidence. [Emphasis in original.]

The trial judge thus determined that the indictment did not have to be signed by the Attorney General and could be preferred by his prosecutor.

*Quebec Court of Appeal*, [1991] R.J.Q. 741, 37 Q.A.C. 214

Malouf J.A. gave the reasons of the majority. Monet J.A. filed separate reasons concurring in the result while Fish J.A. dissented. Malouf J.A. observed that pursuant to s. 574 of the *Criminal Code* an indictment can be preferred in respect of any charge founded on the facts disclosed in evidence at the preliminary hearing. Section 574 provides:

de cet article, l'acte d'accusation ne doit être présenté avec le consentement du procureur général que si aucune enquête préliminaire n'a été tenue ou si l'accusé a été libéré à la suite d'une enquête préliminaire. D'après lui, une enquête préliminaire avait effectivement été tenue en l'espèce. Il a dit:

Il y eut enquête préliminaire et [l'appelant] n'a pas été libéré de cette enquête. Il fut cité à procès pour agressions sexuelles.

Il est vrai que la citation à procès était pour des offenses autres que celles qui apparaissent maintenant sur l'acte d'accusation. L'article 504(1)(b) du *Code criminel* édicte que le poursuivant, dans le cas présent le substitut du procureur général, peut présenter un acte d'accusation contre toute personne qui a été renvoyée pour subir son procès à l'égard de «n'importe quel chef d'accusation relié aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire, en plus ou en remplacement de toute infraction pour laquelle cette personne a été renvoyée pour subir son procès, que ces chefs d'accusation aient été ou non compris dans une dénonciation».

Le présent Tribunal s'est donc référé à la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire. Après étude de cette preuve, le Tribunal conclut que les infractions d'attentat à la pudeur reprochées à l'accusé sont révélées par cette preuve. [Souligné dans l'original.]

Le juge du procès a donc décidé qu'il n'était pas nécessaire que le procureur général signe l'acte d'accusation qui pouvait être présenté par son substitut.

*La Cour d'appel du Québec*, [1991] R.J.Q. 741, 37 C.A. 214

Le juge Malouf a prononcé les motifs de la majorité. Le juge Monet a déposé ses propres motifs concordants quant au résultat, tandis que le juge Fish était dissident. Le juge Malouf a fait remarquer que, conformément à l'art. 574 du *Code criminel*, un acte d'accusation peut être présenté à l'égard de n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire. L'article 574 se lit ainsi:

574. (1) Subject to subsection (3) and section 577, the prosecutor may prefer an indictment against any person who has been ordered to stand trial in respect of

(a) any charge on which that person was ordered to stand trial, or <sup>a</sup>

(b) any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, in addition to or in substitution for any charge on which that person was ordered to stand trial, <sup>b</sup>

whether or not the charges were included in one information.

Malouf J.A. found that all the requirements of s. 574 were met in this case. The preliminary hearing provided evidence which disclosed the offence of indecent assault. As a result, the new indictment charging the accused with indecent assault did not require the Attorney General's signature. When he read the reasons of his colleagues, Malouf J.A. added to his own reasons. He observed that the appellant in this case had every opportunity to make full answer and defence. At the time of the substituted indictment of indecent assault, the accused (appellant) had been completely informed as to the evidence pertaining to the offence with which he was charged and had received all the benefits that a preliminary inquiry can provide. In his view, no prejudice had been occasioned by the substitution of the new indictment. He noted as well that the procedural point upon which Fish J.A. based his dissent was not raised before the trial court or argued before the Court of Appeal. The parties had not been given an opportunity to review the issue and in his opinion the Court of Appeal should decline to decide that issue. <sup>c</sup>

Monet J.A. in concurring reasons agreed that the original indictment was flawed. Further he conceded that *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, established that the offences of indecent assault and sexual assault were not identical. However, he went on to observe that for the victim the terminology was unimportant. For society, the reprobation was <sup>d</sup>

574. (1) Sous réserve du paragraphe (3) et de l'article 577, le poursuivant peut présenter un acte d'accusation contre toute personne qui a été renvoyée pour subir son procès à l'égard de:

a) n'importe quel chef d'accusation pour lequel cette personne a été renvoyée pour subir son procès;

b) n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire, en plus ou en remplacement de toute infraction pour laquelle cette personne a été renvoyée pour subir son procès, <sup>e</sup>

que ces chefs d'accusation aient été ou non compris dans une dénonciation. <sup>f</sup>

Le juge Malouf a conclu que toutes les exigences de l'art. 574 étaient respectées en l'espèce. La preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire avait révélé l'existence d'un attentat à la pudeur. En conséquence, il n'était pas nécessaire que le nouvel acte d'accusation inculquant l'accusé d'attentat à la pudeur soit signé par le procureur général. Après avoir lu les motifs de ses collègues, le juge Malouf a ajouté des commentaires à ses propres motifs. Il a fait observer que l'appellant en l'espèce avait eu la possibilité de produire une défense pleine et entière. Au moment où l'acte d'accusation d'attentat à la pudeur a été substitué au premier acte d'accusation, l'accusé (appelant) était parfaitement au courant de la preuve relative à l'infraction dont il était accusé et il avait bénéficié de tous les avantages que peut procurer une enquête préliminaire. Selon lui, aucun préjudice n'avait résulté de la substitution du nouvel acte d'accusation. Il a également souligné que la question de procédure sur laquelle le juge Fish fondait sa dissidence n'avait pas été soulevée devant le tribunal de première instance ni débattue en Cour d'appel. Les parties n'avaient pas eu la possibilité d'examiner la question et, à son avis, la Cour d'appel devait refuser de la trancher. <sup>g</sup>

Le juge Monet, dans des motifs concordants, a reconnu que l'acte d'accusation initial était entaché d'un vice. En outre, il a reconnu que l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, a établi que les infractions d'attentat à la pudeur et d'agression sexuelle n'étaient pas identiques. Il a toutefois noté que, pour la victime, la terminologie n'avait <sup>h</sup>

precisely the same. For the accused in this case, the acts under investigation were identified and the circumstances surrounding those acts were fully investigated at the preliminary inquiry. The accused had been committed for trial and this committal had not been attacked by the accused. It followed that in his view the new indictment signed by the Attorney General's prosecutor was valid.

Fish J.A. found that the Crown was bound to prefer a direct indictment in the circumstances of this case. Although the appellant's focus was on s. 577(b), which pertains to indictments preferred when a preliminary inquiry has been held, Fish J.A. based his reasons on s. 577(a). He concluded the preliminary inquiry was a nullity and as a result it could not be said that there had been a *de facto* preliminary inquiry which led to a committal for trial.

In his view there could be no legal and valid trial on the first indictment because it disclosed no offence. It followed that there could be no legal and valid inquiry on an information framed in such a way that it did not disclose an offence. In his opinion there was no jurisdiction to hold the preliminary inquiry based on an information that was invalid. In the result the preliminary inquiry and committal to trial were void *ab initio*.

Fish J.A. conceded that there were strong arguments in favour of the validity of the indictment. He too observed that the essential elements of the charge which were investigated at the preliminary inquiry were, in fact, substantially if not legally identical to those for which the appellant was eventually tried. Thus the appellant was fully apprised of the Crown's case against him. Further, there was evidence adduced upon which the appellant could properly be committed to trial. Thus all the policy requirements were satisfied, although the legal requirements were not. In his view there had been no preliminary hearing and no committal

aucune importance. Pour la société, la réprobation était exactement la même. Pour l'accusé en l'espèce, les actes faisant l'objet d'un examen étaient identifiés, et les circonstances entourant ces actes avaient été examinées à fond lors de l'enquête préliminaire. L'accusé avait été renvoyé à son procès sans qu'il conteste ce renvoi à procès. Il s'ensuivait, selon le juge, que le nouvel acte d'accusation signé par le substitut du procureur général était valide.

Le juge Fish a conclu que, dans les circonstances de la présente affaire, le ministère public devait présenter un acte d'accusation direct. Bien que l'appelant ait insisté sur l'al. 577b), relatif aux actes d'accusation présentés lorsqu'une enquête préliminaire a été tenue, le juge Fish a fondé ses motifs sur l'al. 577a). Il a conclu que l'enquête préliminaire était nulle et qu'en raison de cette nullité on ne pouvait dire qu'il y avait eu une enquête préliminaire *de facto* entraînant un renvoi à procès.

À son avis, il ne pouvait y avoir de procès légal et valide relativement au premier acte d'accusation parce que celui-ci ne révélait aucune infraction. Il s'ensuivait qu'aucune enquête légale et valide ne pouvait être tenue suite à une dénonciation rédigée d'une façon qui ne révélait aucune infraction. À son avis, nul n'avait compétence pour tenir une enquête préliminaire fondée sur une dénonciation nulle. En définitive, l'enquête préliminaire et le renvoi à procès étaient nuls *ab initio*.

Le juge Fish a reconnu l'existence d'arguments solides en faveur de la validité de l'acte d'accusation. Il a lui aussi remarqué que les éléments essentiels de l'accusation examinés lors de l'enquête préliminaire étaient, en fait, sensiblement sinon juridiquement identiques à ceux pour lesquels l'appelant a finalement été jugé. Ainsi, ce dernier connaissait parfaitement l'importance de la preuve du ministère public qui pesait contre lui. En outre, certains éléments de preuve présentés justifiaient le renvoi de l'appelant à son procès. Ainsi, toutes les exigences de principe étaient respectées, même si les exigences juridiques ne l'étaient pas. À son avis, il n'y avait pas eu d'enquête préliminaire ni de renvoi à procès et aucun acte d'accusation ne



to trial and as a result there could be no indictment preferred under s. 574(1)(b).

### Issue

The sole point in issue raised by the dissent of Fish J.A. is this:

1. Was the indictment invalid because it did not conform to s. 577 of the *Criminal Code*?

### Analysis

At the outset it must be emphasized that the appellant is relying on a very technical argument. He does not allege that there has been any prejudice whatsoever. Nonetheless he relies on the defect in the original indictment to argue that he did not have a valid preliminary inquiry. In these circumstances it is appropriate to respond to a technical objection with a technical answer. In order to deal with the appellant's argument it is necessary to look once again at the object of the preliminary inquiry.

#### *Preliminary Inquiry*

Today the prime function of a preliminary inquiry is to determine whether there is sufficient evidence to commit the accused to trial. Section 535 of the *Criminal Code* requires the "justice" to "inquire into that charge and any other indictable offence, in respect of the same transaction, founded on the facts that are disclosed by the evidence. . .". The preliminary inquiry has a long history. Prior to the establishment of permanent police forces it was as much a process for the investigation of crime as it was for determining the probable guilt of the accused.

Pursuant to s. 548, when all the evidence is taken, if in the justice's opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged, or any other indictable offence in respect of the same transaction, the justice shall order the accused to stand trial. Pursuant to subs. 2 of the same section where the justice orders the accused to stand trial for an indictable offence other than or in addition to the one with which the accused was

pouvait donc être présenté en vertu de l'al. 574(1)b).

### La question en litige

L'unique question en litige soulevée par la dissidence du juge Fish de la Cour d'appel est la suivante:

1. L'acte d'accusation était-il nul parce qu'il n'était pas conforme à l'art. 577 du *Code criminel*?

### Analyse

Il faut souligner, au départ, que l'appellant invoque un argument très technique. Il n'allègue aucun préjudice. Il s'appuie néanmoins sur le vice contenu dans l'acte d'accusation initial pour prétendre qu'il n'a pas subi une enquête préliminaire valide. Dans ces circonstances, il convient de donner une réponse technique à une objection technique. Pour statuer sur l'argument de l'appellant, il est nécessaire d'examiner encore une fois l'objet de l'enquête préliminaire.

#### *L'enquête préliminaire*

Aujourd'hui, le rôle premier de l'enquête préliminaire consiste à déterminer si la preuve est suffisante pour renvoyer l'accusé à son procès. En vertu de l'art. 535 du *Code criminel*, le «juge de paix» doit «enquêter sur l'accusation ainsi que sur tout autre acte criminel qui découle de la même affaire fondé sur les faits révélés par la preuve . . .». L'enquête préliminaire ne date pas d'hier. Avant la création des corps de police permanents, elle servait autant à enquêter sur un crime qu'à déterminer la culpabilité probable de l'accusé.

Selon l'art. 548, lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit renvoyer la personne inculpée à son procès s'il estime que la preuve est suffisante pour la faire passer en jugement à l'égard de l'infraction reprochée ou de tout autre acte criminel relatif à la même opération. Aux termes du par. 2 du même article, lorsque le juge de paix ordonne que le prévenu passe en jugement à l'égard d'un acte criminel différent ou en

charged, the justice shall endorse on the information the charges on which the accused is ordered to stand trial.

It cannot be denied that the preliminary hearing permits the accused to discover the extent of the case against him. It is true that in *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786, this Court made it clear that the Crown has a discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case. Nonetheless the fact remains that the preliminary does permit an accused person to explore to some extent the Crown's case.

Once again I would emphasize that in this case there was no lack of discovery and no prejudice whatsoever to the accused. It is true that *Chase, supra*, differentiates between charges of sexual assault under s. 271 of the *Code* and indecent assault under the former s. 149(1). Nonetheless in this particular case there was full disclosure of the events which formed the basis of the Crown's case against the appellant. The incidents upon which the charges were based were thoroughly explored at the preliminary inquiry. There is no doubt that evidence as to the events which transpired justified proceeding with the charges of sexual assault. Equally, the same evidence clearly justified proceeding with the charges of indecent assault. The fact that there has been no possible prejudice occasioned to the appellant by the process adopted in this case is not without significance to the resolution of this appeal.

The appellant contends that despite the fact that there has been no practical prejudice there is a legal prejudice. That submission cannot be accepted. When the appellant discovered the error in the original charge, a motion was made to quash the indictment on the ground the offences with which he was charged did not exist at the time he was alleged to have committed them. In *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, Dickson J. (as he then was) held that once an indictment is preferred, it is no longer possible to attack by procedural means a committal to trial. He wrote (at p. 990):

sus de celui dont il a été accusé, il doit inscrire sur la dénonciation les accusations à l'égard desquelles le prévenu est astreint à passer en jugement.

<sup>a</sup> On ne peut nier que l'enquête préliminaire permet à l'accusé de découvrir l'étendue de la preuve qui pèse contre lui. Il est vrai que, dans l'arrêt *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786, notre Cour a dit clairement que le ministère public peut, à sa discrétion, ne présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue. Il n'en demeure pas moins que l'enquête préliminaire permet à la personne inculpée de sonder, dans une certaine mesure, la preuve du ministère public.

<sup>b</sup> Je soulignerais à nouveau qu'en l'espèce, il n'y a eu aucun défaut de communication de la preuve ni aucun préjudice à l'accusé. Il est vrai que l'arrêt *Chase*, précité, établit une différence entre l'accusation d'agression sexuelle prévue à l'art. 271 du *Code* et celle d'attentat à la pudeur prévue à l'ancien par. 149(1). Néanmoins, en l'espèce, on a divulgué tous les événements qui constituaient le fondement de la preuve du ministère public contre l'appelant. Les incidents à l'origine des accusations ont été examinés à fond lors de l'enquête préliminaire. Il ne fait pas de doute que la preuve des événements qui se sont produits justifiait les accusations d'agression sexuelle. De même, elle justifiait nettement les accusations d'attentat à la pudeur. Le fait que la démarche adoptée en l'espèce n'ait causé aucun préjudice à l'appelant n'est pas sans conséquence sur le règlement du présent pourvoi.

<sup>c</sup> L'appelant soutient que même si aucun préjudice pratique n'a été causé, il existe un préjudice juridique. Cet argument ne saurait être accepté. Après avoir découvert l'erreur dans l'accusation initiale, l'appelant a présenté une requête visant à annuler l'acte d'accusation pour le motif que les infractions dont il était accusé n'existaient pas au moment où il les aurait commises. Dans l'arrêt *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que dès qu'un acte d'accusation est présenté, il n'est plus possible d'attaquer un renvoi à procès par des moyens de procédure. Il a écrit (à la p. 990):

The Court of Appeal concluded, I think correctly, that at some point the indictment becomes the operative document in the criminal process. At that point, the indictment provides a "fresh starting point". The indictment in effect becomes the foundation upon which the further proceedings are built. After presentment of the indictment, the accused is free to move to quash the indictment by motion made in the trial court but he can no longer attack the regularity of the committal for trial by *certiorari*.

It is important to note that nothing in the motion to quash the first indictment indicates that the appellant questioned the validity of any of the earlier proceedings. It was only at this point that the appellant realized, necessarily for the first time, that the initial charges did not reveal crimes in existence at the time of the alleged offences. Yet the appellant attacked neither the preliminary inquiry, alleging a lack of jurisdiction, nor the committal to trial, alleging it to be a nullity. The trial judge was simply asked to quash an indictment based on a defect apparent on its face. At this stage, therefore, the preliminary hearing had not been attacked or criticized in any way. The appellant's subsequent motion to quash the new indictment was based upon a contention that a preliminary inquiry had been held and that the accused had been discharged. This combination of events, according to defence counsel, pursuant to s. 577(b) required that any subsequent indictment be preferred directly. I disagree.

The original indictment charging sexual assault rather than indecent assault was valid in every respect except for the nomenclature used to identify the offence. The parties proceeded throughout the preliminary inquiry on the assumption it was valid. The evidence identified the actions which constituted the incidents of sexual assault or indecent assault, depending on the title used to identify the touching or fondling. The actions were the same, the evidence was the same. The testimony given at the preliminary inquiry constituted a *prima facie* case that the accused had committed

La Cour d'appel a conclu, à bon droit à mon avis, qu'à un certain moment, l'acte d'accusation devient le document opérant dans la procédure criminelle. À ce moment, l'acte d'accusation offre un «nouveau point de départ». En effet, l'acte d'accusation devient la base sur laquelle s'édifient les procédures subséquentes. Après le dépôt de l'acte d'accusation, l'accusé peut, par requête présentée devant la cour de première instance, demander l'annulation de l'acte d'accusation, mais il ne peut plus contester par *certiorari* la régularité du renvoi à procès.

Il importe de remarquer que rien dans la requête en annulation du premier acte d'accusation n'indique que l'appelant contestait la validité d'une des procédures antérieures. C'est à ce moment seulement que l'appelant a réalisé, nécessairement pour la première fois, que les accusations initiales ne révélaient pas des crimes existant au moment des présumées infractions. Pourtant, l'appelant n'a attaqué ni l'enquête préliminaire pour absence de compétence, ni le renvoi à procès pour cause de nullité. On a simplement demandé au juge du procès d'annuler un acte d'accusation en raison d'un vice manifeste à première vue. Par conséquent, à ce stade, l'enquête préliminaire n'avait absolument pas été attaquée ni critiquée. L'appelant a par la suite présenté sa requête en annulation du nouvel acte d'accusation en soutenant que l'enquête préliminaire avait été tenue et qu'il avait été libéré. Selon l'avocat de la défense, ce concours de circonstances exigeait, conformément à l'al. 577b), que tout acte d'accusation subséquent soit présenté directement. Je ne suis pas d'accord.

L'acte d'accusation initial comportant des chefs d'agression sexuelle plutôt que d'attentat à la pudeur était valide en tous points, à l'exception de la terminologie utilisée pour identifier l'infraction. Les parties ont participé à l'enquête préliminaire en tenant pour acquis qu'il était valide. La preuve a identifié les actes qui constituaient une agression sexuelle ou un attentat à la pudeur, selon l'expression utilisée pour décrire les attouchements ou les caresses. Les actes étaient les mêmes, la preuve également. Les témoignages à l'enquête préliminaire constituaient une preuve suffisante à première vue que l'accusé avait commis une infraction décrite comme un attentat à la pudeur avant le

an offence described as indecent assault prior to January 4, 1983 and sexual assault thereafter.

In the circumstances the error in the "labelling" or title of the offence constituted a voidable error and not one that was void. The situation might be different if an entirely new offence had been instituted by the legislation of January 4, 1983. For example, if it was only after that date that "air piracy" was declared an offence, then an indictment alleging that the accused had committed air piracy prior to that date would be void as it would not disclose a crime known to the law at the relevant time. Similarly, in this case, if the evidence adduced at the preliminary hearing had established a *prima facie* case of sexual assault, but not of indecent assault, then the indictment would have been void as it would not have disclosed an offence known to the law at the relevant time. It follows that, in the circumstances of this case, it was in order for the Crown to present a fresh indictment which conformed to the evidence adduced at a preliminary hearing whose validity had not been challenged. The Crown, at that point, proceeded in accordance with s. 574(1) of the *Criminal Code*. See *McKibbon v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131; *R. v. Copeland* (1986), 27 C.C.C. (3d) 186 (B.C.C.A.).

There were many avenues open to the defence in the present case. Had defence counsel moved before or during the preliminary inquiry to challenge the jurisdiction of the magistrate, it undoubtedly would have resulted in the laying of a new information and the holding of a preliminary inquiry on the charges of indecent assault. Had defence counsel made a motion at any time after the preliminary inquiry and the subsequent committal but before an indictment was preferred in the *Chabot* sense of the term, again the result would likely have been successful. After the preferment of the indictment for sexual assault, defence counsel could have challenged both this indictment and the jurisdiction of the magistrate who had presided over the preliminary inquiry. This would have left nothing upon which to base Crown counsel's second indictment. These are but

4 janvier 1983 et comme une agression sexuelle depuis cette date.

Dans les circonstances, l'erreur dans la désignation ou le nom de l'infraction en était une qui rendait l'acte d'accusation annulable et non pas nul. La situation pourrait être différente si une infraction tout à fait nouvelle avait été créée par la loi du 4 janvier 1983. Par exemple, si on avait fait de la «piraterie de l'air» une infraction à compter de cette date seulement, alors un acte d'accusation alléguant que l'accusé a commis un acte de piraterie de l'air avant cette date serait nul puisqu'il ne révélerait pas un crime connu en droit à l'époque pertinente. De même, en l'espèce, si le témoignage à l'enquête préliminaire avait établi une preuve suffisante à première vue d'agression sexuelle et non d'attentat à la pudeur, l'acte d'accusation aurait alors été nul puisqu'il n'aurait pas révélé une infraction connue en droit au moment pertinent. Par conséquent, dans les circonstances de la présente affaire, il convenait que le ministère public présente un nouvel acte d'accusation conforme à la preuve produite lors de l'enquête préliminaire dont la validité n'avait pas été contestée. À ce moment-là, le ministère public a agi conformément au par. 574(1) du *Code criminel*. Voir les arrêts *McKibbon c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131; *R. c. Copeland* (1986), 27 C.C.C. (3d) 186 (C.A.C.-B.).

En l'espèce, plusieurs voies s'offraient à la défense. Si l'avocat de la défense avait présenté une requête avant ou pendant l'enquête préliminaire afin de contester la compétence du magistrat, il en aurait sûrement résulté une nouvelle dénonciation et une enquête préliminaire sur les accusations d'attentat à la pudeur. Si l'avocat de la défense avait présenté une requête à tout moment après l'enquête préliminaire et le renvoi à procès subséquent, mais avant la présentation d'un acte d'accusation dans le sens où on l'entendait dans l'arrêt *Chabot*, encore une fois, le résultat aurait probablement été positif. Après la présentation de l'acte d'accusation d'agression sexuelle, l'avocat de la défense aurait pu contester tant cet acte d'accusation que la compétence du magistrat ayant présidé à l'enquête préliminaire. Rien n'aurait alors pu justifier le deuxième acte d'accusation du sub-

examples of remedies that the defence might have utilized. None were explored.

In summary, the original indictment erred in the name or title the offences were given. The acts of the appellant amounted to indecent assault prior to January 4, 1983 and to sexual assault thereafter. The preliminary inquiry established that there was a *prima facie* case against the appellant. The incidents described in the testimony could be entitled as indecent assault prior to January 4, 1983. The same incidents could be described as sexual assault after January 4, 1983. No prejudice has been occasioned to the accused by the quashing of the original indictment and the preferring of the second indictment. Only the name of the offence was changed. In the particular circumstances of this case, it was appropriate, in light of the unchallenged preliminary inquiry, for the Crown to immediately prefer a new indictment pursuant to s. 574(1). This created a proper foundation for the ensuing trial and conviction.

In the result, I would dismiss the appeal and confirm the conviction of the appellant for indecent assault.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Gratien Duchesne, Alma, Quebec.*

*Solicitor for the respondent: Denis Dionne, Alma, Quebec.*

stitué du procureur général. Ce ne sont là que des exemples de recours que la défense aurait pu utiliser. Aucun n'a été examiné.

<sup>a</sup> En résumé, l'erreur contenue dans l'acte d'accusation initial portait sur le nom ou la désignation des infractions. Les actes de l'appellant constituaient un attentat à la pudeur avant le 4 janvier 1983, et une agression sexuelle après cette date.

<sup>b</sup> L'enquête préliminaire a révélé l'existence d'une preuve suffisante à première vue contre l'appellant. On pouvait donner aux incidents décrits dans le témoignage le nom d'attentat à la pudeur avant le 4 janvier 1983. Les mêmes incidents pouvaient être décrits comme une agression sexuelle après le 4 janvier 1983. L'annulation de l'acte d'accusation initial et la présentation du deuxième acte d'accusation n'ont causé aucun préjudice à l'accusé. Seul le nom de l'infraction a changé. Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce et de l'enquête préliminaire non contestée, il convenait que le ministère public présente immédiatement un nouvel acte d'accusation conformément au par. 574(1). Il existait ainsi un fondement approprié au procès et à la déclaration de culpabilité qui se sont ensuivis.

<sup>f</sup> En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité de l'appellant pour attentat à la pudeur.

*Pourvoi rejeté.*

<sup>g</sup> *Procureur de l'appellant: Gratien Duchesne, Alma, Québec.*

*Procureur de l'intimée: Denis Dionne, Alma, Québec.*

**Michael Gary Sims** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SIMS

File No.: 22443.

1992: June 15; 1992: August 27.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Jury — Deliberations — Jury deadlocked — Exhortation to reach verdict — Whether trial judge should give his opinion on matters of fact while exhorting deadlocked jury to reach a verdict — Whether jury prejudicially influenced by trial judge's opinion on strength of Crown's case.*

The accused was charged with the murder of an elderly woman. At trial, the Crown relied heavily on statements made to the police by the accused while in a detention centre on other charges. In particular, a police officer testified that, in response to his remark as to the loyalty of the accused's father, the accused replied: "All the grief I have been causing . . . , killing a 71-year-old woman, nice." In cross-examination, however, the officer appeared to have confirmed the accused's version of the statement that what he said was "now charged with killing a 71-year-old lady, nice." At the conclusion of the trial, the judge charged the jury. The jury deliberated for two days, twice interrupting their deliberations to ask that evidence be re-read to them, including the portions of the police officer's testimony as to the accused's statements. At 9:04 p.m. on the second day, the jury indicated to the court that they were deadlocked. The trial judge made a short address and, towards the end, told the jury that: "While matters of evidence are entirely up to you, . . . I suggest if you accept the evidence of [the police officer] the Crown has a very powerful case. If you have a reasonable doubt on the whole of the evidence then the accused should be found not guilty. The matter is entirely up to you." The jury continued to deliberate for another hour before retiring. They reconvened the next day at 9 a.m. and delivered a guilty verdict at 9:59 a.m. The majority of the Court of Appeal affirmed the conviction, holding

**Michael Gary Sims** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SIMS

N<sup>o</sup> du greffe: 22443.

<sup>b</sup> 1992: 15 juin; 1992: 27 août.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Jury — Délibérations — Jury dans l'impasse — Exhortation à rendre un verdict — Le juge du procès devrait-il faire part de son opinion sur des questions de fait lorsqu'il exhorte un jury dans l'impasse à rendre un verdict? — Le jury a-t-il été influencé d'une manière préjudiciable par l'opinion du juge du procès sur la force de la preuve du ministère public?*

<sup>e</sup> L'accusé a été inculpé du meurtre d'une dame âgée. Au procès, le ministère public s'est grandement appuyé sur les déclarations que l'accusé a faites à la police alors qu'il était détenu relativement à d'autres accusations. En particulier, un policier a témoigné qu'en réponse à une remarque sur la loyauté du père de l'accusé, ce dernier a déclaré: «Toute la peine que j'ai causée . . . , tuer une femme de 71 ans, c'est du joli.» Toutefois, lors de son contre-interrogatoire, le policier paraît avoir confirmé la version de l'accusé selon laquelle il a plutôt dit: «maintenant accusé d'avoir tué une femme de 71 ans, c'est du joli.» À la clôture du procès, le juge a donné des directives aux jurés. Ils ont délibéré pendant deux jours, interrompant leurs délibérations à deux reprises pour demander la relecture de témoignages, dont les parties du témoignage du policier portant sur les déclarations de l'accusé. À 21 h 4, le deuxième jour, le jury a fait savoir au tribunal qu'il était dans l'impasse. Le juge du procès a fait un bref exposé et, vers la fin, il a dit au jury: «Puisque les questions de preuve ne relèvent que de vous, . . . je suis d'avis que si vous acceptez le témoignage du [policier], le ministère public possède une très forte preuve. Si vous éprouvez un doute raisonnable sur l'ensemble de la preuve, l'accusé doit être alors acquitté. Il n'en tient qu'à vous.» Le jury a poursuivi ses délibérations pendant une heure avant de se retirer. À 9 h, le lendemain, il s'est réuni de nouveau et, à 9 h 59, il a prononcé un verdict de culpabilité. La Cour d'appel à la

that the jury was not prejudicially influenced by the trial judge's opinion on the strength of the Crown's case. This appeal is to determine whether a trial judge should give his opinion on matters of fact while exhorting a deadlocked jury to reach a verdict.

*Held:* The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The dangers associated with a trial judge's offering his opinion on issues of fact during an exhortation to a deadlocked jury are of such potential detriment to an accused's fair trial interest that judges, as a general rule, should refrain from offering such comments. An exception may arise in the case where the jury requests the judge's view or where it is apparent from the jury's questioning that the jury requires further clarification. Even then, the judge should be careful to offer the required opinion in a balanced and fair way which will not sway the decision-making process in which the jury is involved to one side or the other.

In this case, in exhorting the jury to reach a verdict, the trial judge offered his opinion that "if you accept the evidence of [the police officer] the Crown has a very powerful case." This statement of opinion on the inference to be drawn from the police officer's evidence may well have affected the course of deliberations, and hence the verdict, to the prejudice of the accused. None of the accused's alleged statements constituted a clear confession of guilt. The choice of inference to be drawn from these statements was the critical issue and the words "very powerful case" used by the trial judge had the potential of communicating to the jury that there was little doubt in the trial judge's mind what inference they should draw from the evidence. There is thus a possibility that what the trial judge said could have persuaded a juror to go along with the majority notwithstanding that he had not been persuaded that guilt had been proven beyond a reasonable doubt. The trial judge's reminder that matters of evidence were entirely up to the jury did not negate the possibility that the communication of the trial judge's opinion might have lead the jury to decide a question of evidence one way as opposed to the other. The fact that the jury deliberated almost two hours after

majorité a confirmé la déclaration de culpabilité, concluant que le jury n'avait pas été influencé d'une manière préjudiciable par l'opinion du juge du procès sur la force de la preuve du ministère public. Le présent pourvoi vise à déterminer si le juge du procès devrait faire part de son opinion sur des questions de fait lorsqu'il exhorte un jury dans l'impasse à rendre un verdict.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Les dangers liés à l'opinion sur des questions de fait qu'un juge du procès donne à un jury dans l'impasse, au cours d'une exhortation, peuvent être si préjudiciables au droit de l'accusé à un procès équitable que les juges, en règle générale, devraient se garder d'exprimer de tels commentaires. Il existe peut-être une exception si le jury demande l'opinion du juge ou s'il est apparent, compte tenu de ses questions, qu'il a besoin de plus de précisions. Même alors, le juge devrait prendre soin de donner l'opinion demandée d'une façon pondérée et juste qui ne fera pas osciller d'un côté ou de l'autre le processus décisionnel auquel le jury prend part.

En exhortant ici le jury à rendre un verdict, le juge du procès a exprimé son opinion selon laquelle «si vous acceptez le témoignage du [policier], le ministère public possède une très forte preuve». Cette déclaration d'opinion portant sur la conclusion à tirer du témoignage du policier a bien pu influencer sur le déroulement des délibérations et donc sur le verdict, au détriment de l'accusé. Aucune des déclarations que l'accusé aurait faites ne constituait un aveu manifeste de culpabilité. C'était le choix de la conclusion à tirer de ces déclarations qui constituait la question cruciale et l'emploi par le juge du procès de l'expression «très forte preuve» pouvait faire croire aux membres du jury qu'il y avait peu de doute dans son esprit quant à la conclusion qu'ils devraient tirer de la preuve. Il est donc possible que les propos du juge du procès aient persuadé un juré de se rallier à la majorité même s'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Le rappel par le juge du procès que les questions de preuve ne relevaient que du jury n'écarte pas la possibilité que la déclaration d'opinion du juge ait pu amener le jury à trancher une question de preuve dans un sens plutôt que dans l'autre. Il ne ressort pas du fait que le jury a déli-

the exhortation did not establish that they were not influenced by the trial judge's comment.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *Boulet v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 332; *R. v. Littlejohn and Tirabasso* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161.

#### Authors Cited

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1989.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 64 C.C.C. (3d) 403, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of murder. Appeal allowed and new trial ordered.

*David J. Martin and G. Delbigio*, for the appellant.

*Austin F. Cullen*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—This appeal raises the issue of whether a judge should give his or her opinion on matters of fact while exhorting a deadlocked jury to reach a verdict.

#### The Facts

This appeal arises from the trial of Sims for the murder of an elderly person, Flora Nelson, in the course of a break and enter into her home in Victoria. By January of 1987, the police investigation led the police to conclude that Sims and one Norman Johnson had been present in the deceased's apartment on the day of the murder, and that one or both of them might have murdered her. In February of 1987, Sergeants Oakley and Ross travelled to Toronto to interview the appellant, who was being detained on other charges in Ontario. In

béré pendant presque deux heures après l'exhortation qu'il n'a pas été influencé par le commentaire du juge.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *Boulet c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 332; *R. c. Littlejohn and Tirabasso* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161.

#### <sup>a</sup> Doctrine citée

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1989.

<sup>c</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 64 C.C.C. (3d) 403, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité prononcée relativement à une accusation de meurtre. <sup>d</sup> Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*David J. Martin et G. Delbigio*, pour l'appelant.

<sup>e</sup> *Austin F. Cullen*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>f</sup> LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit de déterminer, en l'espèce, si un juge devrait faire part de son opinion sur des questions de fait lorsqu'il exhorte un jury dans l'impasse à rendre un verdict. <sup>g</sup>

#### Les faits

Le présent pourvoi fait suite au procès de Sims pour le meurtre d'une personne âgée, Flora Nelson, commis au cours d'une introduction par effraction dans la résidence de cette dernière à Victoria. En janvier 1987, après avoir procédé à une enquête, la police a conclu que Sims et un certain Norman Johnson étaient présents dans l'appartement de la victime le jour du meurtre et qu'il se pouvait que l'un d'eux, ou les deux à la fois, l'aient assassinée. En février 1987, les sergents Oakley et Ross se sont rendus à Toronto pour interroger l'appelant, alors détenu relativement à d'autres accusations portées en Ontario. Au cours



the course of subsequent questioning, Sims made certain statements to the police.

Sims talked to the officers about the possibility of pleading guilty to the lesser charge of manslaughter. He stated that he was sick and needed help—that he “couldn’t keep on hurting old people”. He expressed a wish to be transferred to Victoria to “get Norm off”, asking out loud: “if Norm wasn’t actually involved in hitting it may affect his sentence?” The interviews led to a critical statement. In response to a remark as to the laudable loyalty of Sims’ father, Sergeant Ross testified that the appellant stated: “All the grief I have been causing . . . , all the shit I have been doing, killing a 71-year-old woman, nice.”

Sims was charged with murder. His statements to the police were found to be voluntary and were admitted into evidence. The appellant took the stand and denied committing the murder. He said what he had really said in the critical portion of his comments to Sergeant Ross was, “All the grief I have been causing . . . , all the shit I have been doing, now charged with killing a 71-year-old lady, nice.” (Emphasis added.) In his cross-examination, Sergeant Ross appears to have confirmed the appellant’s version of the statement.

At the conclusion of the trial on January 20, 1988, the trial judge charged the jury completely and correctly. He emphasized that all matters of fact were for them to decide, and them alone. The jury deliberated throughout the following day and into the next day. They clearly did not find the case easy. They twice interrupted their deliberations to ask that evidence be re-read to them, first the evidence of an inmate and later the portions of Sergeant Ross’s testimony as to the appellant’s statements to him in Toronto. At 9:04 p.m. on January 22, the jury indicated to the court that they were deadlocked. The trial judge recalled the jury and delivered an exhortation, which read, in part:

de l’interrogatoire qui a suivi, Sims a fait certaines déclarations à la police.

Il a discuté, avec les agents, de la possibilité de plaider coupable à l’infraction moindre d’homicide involontaire coupable. Il a déclaré être malade et avoir besoin d’aide, et [TRADUCTION] «ne pouvoir continuer à faire du mal aux personnes âgées». Après avoir exprimé le souhait d’être transféré à Victoria afin de [TRADUCTION] «blanchir Norm», il a demandé à haute voix: [TRADUCTION] «si Norm n’avait vraiment rien à voir avec les coups, sa peine pourrait être différente?» Les interrogatoires ont entraîné une déclaration cruciale. Le sergent Ross a témoigné qu’en réponse à une remarque sur la loyauté digne d’éloges du père de Sims, l’appellant a déclaré: [TRADUCTION] «Toute la peine que j’ai causée [. . .], toutes les bêtises que j’ai commises, tuer une femme de 71 ans, c’est du joli.»

Sims a été accusé de meurtre. Ses déclarations faites à la police, qu’on a jugées volontaires, ont été admises en preuve. À la barre, l’appellant a nié avoir commis le meurtre. Il a témoigné qu’en réalité, dans la partie cruciale de ses commentaires au sergent Ross, il avait dit: [TRADUCTION] «Toute la peine que j’ai causée [. . .], toutes les bêtises que j’ai commises, maintenant accusé d’avoir tué une femme de 71 ans, c’est du joli.» (Je souligne.) Lors de son contre-interrogatoire, le sergent Ross paraît avoir confirmé la version de l’appellant au sujet de la déclaration.

Le 20 janvier 1988, à la clôture du procès, le juge a donné aux jurés des directives complètes et justes. Il a souligné qu’il leur appartenait, à eux seuls, de trancher toutes les questions de fait. Ils ont délibéré pendant toute la journée le lendemain jusqu’au jour suivant. De toute évidence, l’affaire leur causait des difficultés. Ils ont interrompu leurs délibérations à deux reprises pour demander la relecture de témoignages, d’abord celui d’un détenu et ensuite les parties du témoignage du sergent Ross portant sur les déclarations que l’appellant lui avaient faites à Toronto. Le 22 janvier à 21 h 4, le jury a fait savoir au tribunal qu’il était dans l’impasse. Après avoir rappelé le jury, le juge du procès l’a exhorté notamment en ces termes:

I must also emphasize that the minority do not have to agree with the majority. All I want to remind you is of the fact that you as reasonable people might reconsider your position again and decide whether or not in good conscience you can change your mind so that a verdict may be given in this trial of guilty or not guilty.

On the other hand, if, consistent with your oath, you cannot honestly alter your view or views to conform with that of [the] majority, and you cannot bring the other jurors around to your own point of view, then it is your duty to differ and there will be no verdict.

Now, it seems to me the issue in this case is whether Michael Sims was in the apartment of Flora Nelson at the time and place mentioned in the indictment. While matters of evidence are entirely up to you, as I told you before, and I tell you now, I suggest if you accept the evidence of Sergeant Ross the Crown has a very powerful case. If you have a reasonable doubt on the whole of the evidence then the accused should be found not guilty.

The matter is entirely up to you. All that I can do is ask you to try once again and listen to the arguments of your fellow jurors. [Emphasis added.]

The jury continued to deliberate for another hour before retiring. They reconvened January 23 at 9 a.m. and delivered a verdict of guilty at 9:59 a.m.

#### The Judgments Below

The Court of Appeal (1991), 64 C.C.C. (3d) 403 was unanimous that the trial judge's charge to the jury was more than adequate; in the words of Gibbs J.A.: "[he] reviewed the evidence with scrupulous care and impartiality. He instructed on the law with precision and clarity . . ." (p. 418). The disagreement between the majority, *per* Gibbs J.A. and the dissent, *per* Lambert J.A., centered on the propriety and the potential effect of the trial judge's statement of opinion as to the strength of the Crown's case when exhorting the jury to reach a verdict.

[TRADUCTION] Je dois également souligner que la minorité n'a pas à se rallier à la majorité. Je tiens seulement à vous rappeler qu'en tant que personnes raisonnables, vous pouvez revoir votre position et décider si, en votre âme et conscience, vous pouvez vous raviser de sorte qu'un verdict de culpabilité ou d'acquittement puisse être rendu dans ce procès.

D'autre part, si, conformément à votre serment, vous ne pouvez honnêtement vous résoudre à rallier votre opinion à celle de la majorité, et si vous ne pouvez convertir les autres jurés à votre propre point de vue, il est alors de votre devoir de maintenir votre opinion, et aucun verdict ne sera rendu.

Maintenant, il me semble qu'en l'espèce il s'agit de déterminer si Michael Sims était présent dans l'appartement de Flora Nelson au moment et à l'endroit indiqués dans l'acte d'accusation. Puisque les questions de preuve ne relèvent que de vous, comme je vous l'ai dit précédemment, et je vous le répète, je suis d'avis que si vous acceptez le témoignage du sergent Ross, le ministère public possède une très forte preuve. Si vous éprouvez un doute raisonnable sur l'ensemble de la preuve, l'accusé doit être alors acquitté.

Il n'en tient qu'à vous. Je ne puis que vous demander d'essayer de nouveau et d'écouter les arguments de vos collègues. [Je souligne.]

Le jury a poursuivi ses délibérations pendant une heure avant de se retirer. Le 23 janvier, à 9 h, il s'est réuni de nouveau et, à 9 h 59, il a prononcé un verdict de culpabilité.

#### Les jugements de la Cour d'appel

La Cour d'appel (1991), 64 C.C.C. (3d) 403 a unanimement conclu que l'exposé du juge du procès au jury était plus que suffisant; pour reprendre les termes du juge Gibbs, [TRADUCTION] «[il] a examiné la preuve avec un soin minutieux et impartialité. Il a donné des directives claires et précises sur le droit . . .» (p. 418). Les motifs de la majorité, rendus par le juge Gibbs, et la dissidence formulée par le juge Lambert s'opposaient sur l'opportunité et l'effet possible de la déclaration d'opinion du juge du procès sur la force de la preuve du ministère public lorsqu'il a exhorté le jury à rendre un verdict.

The majority found that any decision as to the propriety or prejudicial effect of the impugned statement must be made in the context of the entire exhortation, the judge's charge to the jury and the evidence which was the focus of the impugned statement of opinion; "the matter does not stand to be judged on the extraction of 17 words from a charge and exhortation which took upwards of three hours in the total to deliver . . ." (p. 418). Gibbs J.A. found that the members of the jury "could never have been in any doubt, or under any misapprehension, about their duty or their critical role in the process" (p. 419). Gibbs J.A. also regarded the sequence of events following the exhortation as significant to the issue of whether the appellant had been prejudiced. Distinguishing *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (B.C.C.A.), where a verdict was returned 15 minutes after an impugned exhortation, he concluded that the hour of deliberation, followed by some overnight thinking time, then followed by another hour of deliberation, negated concern that the jury might have been prejudicially influenced by the trial judge's opinion on the strength of the Crown's case.

In dissent, Lambert J.A. took into account the context in which the impugned words were spoken, particularly the fact that the trial judge's opinion was stated to a jury which had been deliberating for two days, and found potential interference with the jury's role (at pp. 408-10):

In my opinion, the conclusion is absolutely inescapable that, at that point [when the jury indicated that it was deadlocked], one or more members of the jury thought that the evidence other than Sergeant Ross's testimony was not in itself sufficient to support a verdict of guilty against Sims, and that Sergeant Ross's evidence of what Sims had said was not sufficient, when added to the rest of the evidence, to establish that Sims was guilty beyond a reasonable doubt.

In short, the trial judge had effectively shifted the focus for the decision of the jury from the difficult ques-

La cour à la majorité a conclu que toute décision sur l'opportunité ou l'effet préjudiciable de la déclaration contestée doit être prise en fonction du contexte de l'ensemble de l'exhortation, de l'exposé du juge au jury et du témoignage sur lequel portait la déclaration d'opinion attaquée; [TRADUCTION] «on ne saurait trancher la question à partir de 17 mots extraits d'un exposé et d'une exhortation qui, au total, ont duré au-delà de trois heures . . .» (p. 418). Le juge Gibbs a conclu que les membres du jury [TRADUCTION] «n'auraient jamais pu avoir des doutes ni se méprendre sur la nature de leur devoir ou de leur rôle crucial dans ce processus» (p. 419). Le juge Gibbs a également jugé que les événements qui ont suivi l'exhortation étaient importants pour déterminer si l'appelant avait subi un préjudice. Établissant une distinction d'avec l'arrêt *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (C.A.C.-B.), où un verdict a été prononcé 15 minutes après une exhortation contestée, il a conclu que les délibérations tenues pendant une heure et la réflexion faite au cours de la nuit, suivie d'une autre heure de délibérations, dissipaient toute crainte que le jury ait été influencé d'une manière préjudiciable par l'opinion du juge du procès sur la force de la preuve du ministère public.

Dans sa dissidence, le juge Lambert a tenu compte du contexte dans lequel les mots attaqués ont été prononcés et, particulièrement, du fait que l'opinion du juge du procès a été exprimée à un jury qui délibérait depuis deux jours, et il y a vu une ingérence possible dans le rôle du jury (aux pp. 408 à 410):

[TRADUCTION] À mon avis, il faut absolument conclure qu'à ce moment [lorsque le jury a indiqué qu'il était dans une impasse], au moins un membre du jury croyait que la preuve autre que le témoignage du sergent Ross n'était pas suffisante en soi pour justifier un verdict de culpabilité contre Sims, et que le témoignage du sergent Ross sur ce qu'avait dit Sims, joint au reste de la preuve, n'était pas suffisant pour établir la culpabilité de Sims hors de tout doute raisonnable.

Bref, le juge du procès avait, en réalité, déplacé le nœud de la décision du jury de la question difficile de la

tion of the weight to be attached to Sergeant Ross's evidence of what Sims had said to the simple question of whether Sergeant Ross was a truthful witness.

valeur à attribuer au témoignage du sergent Ross sur ce qu'avait dit Sims, à la simple question de savoir si le sergent Ross disait la vérité.

My view is that the time lapse from when the trial judge made his observation that the Crown had a very powerful case until the delivery of the jury's verdict was just about the amount of time that would have been required for the members of the jury who were in favour of a guilty verdict to emphasize to the member or members of the jury who were in favour of a not guilty verdict that the trial judge had expressed his view and that view was that unless they were prepared to say that they disbelieved Sergeant Ross then Sims was guilty.

À mon avis, le délai écoulé entre le moment où le juge du procès a souligné la preuve très forte du ministère public et celui où le jury a rendu son verdict représentait à peu près le temps qui aurait été nécessaire aux membres du jury en faveur d'un verdict de culpabilité pour souligner aux tenants d'un verdict d'acquiescement que le juge du procès avait exprimé son opinion et que, selon cette opinion, ils devaient déclarer Sims coupable, à moins d'être disposés à dire qu'ils n'ajoutaient pas foi aux propos du sergent Ross.

### Issues

This appeal presents two basic issues:

- (1) What rule governs the statement of a trial judge's opinion on the facts to a deadlocked jury in the course of an exhortation?
- (2) Did the exhortation in this case violate that rule?

### Discussion

#### *(1) The Rule Governing Statements of Opinion on Matters of Fact to a Deadlocked Jury*

I have concluded that the appropriate rule is the following: a trial judge ought not to offer his or her opinion on the facts to a deadlocked jury, in the course of an exhortation, except to the extent that the jury has indicated the need for assistance on some particular point. My reasons for this conclusion are as follows.

It is not disputed that the trial judge can offer opinions on matters of fact to the jury in the course of his or her address: *Boulet v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 332, and R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5th ed. 1989), at pp. 291-92. This raises a threshold issue: is an exhortation to a deadlocked jury to be viewed as a continuation of the charge or do different considerations apply?

### Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions fondamentales:

- (1) Quelle règle régit l'opinion sur les faits qu'un juge du procès donne à un jury dans l'impasse, au cours d'une exhortation?
- (2) En l'espèce, l'exhortation a-t-elle enfreint cette règle?

### Analyse

#### *(1) La règle régissant les déclarations d'opinion sur des questions de fait à un jury dans l'impasse*

J'ai conclu que la règle applicable est la suivante: au cours d'une exhortation à un jury dans l'impasse, le juge du procès ne doit pas donner son opinion sur les faits, sauf dans la mesure où le jury a manifesté un besoin d'aide sur un point particulier. Je tire cette conclusion pour les motifs suivants.

Il est incontesté que le juge du procès peut exprimer son opinion sur des questions de fait au cours de son exposé au jury: *Boulet c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 332, et R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5<sup>e</sup> éd. 1989), aux pp. 291 et 292. Cela soulève une question préliminaire: l'exhortation à un jury dans l'impasse doit-elle être perçue comme une continuation de l'exposé ou des considérations différentes s'appliquent-elles?

In my view, an exhortation to a deadlocked jury is generically different from a charge to a jury. They are alike in that both are directed to assisting the jury in coming to a just verdict. But they differ in their more particular purpose. The purpose of an exhortation is to impress on the jury the need to listen to each other and consider each other's views in order to avoid disagreement based on fixed, inflexible perceptions of the evidence that one or other of them may have developed. The purpose of an exhortation is not to suggest to the jury that one view of the evidence may be preferable to another, or that this inference as opposed to that inference should be drawn from the evidence. To put it another way, the focus of the exhortation is the process of deliberation which is the genius of the jury system. An essential part of that process is listening to and considering the views of others. As a result of this process, individual views are modified, so that the verdict represents more than a mere vote; it represents the considered view of the jurors after having listened to and reflected upon each other's thoughts. It is on that process that the exhortation should focus. In this respect it differs from the charge, which is aimed primarily at offering guidance and assistance to the jury on the legal issues, and their relation to the facts over which the jury is the sole arbiter.

Not only is the purpose of the charge and the exhortation different; the time when each occurs gives a different dynamic to each. The charge comes before the jury begins its deliberations. It sets out the general parameters which the jury should have in mind in the deliberations to follow. Because such deliberations have not yet commenced, there is no danger of interfering with the course of the jury's deliberations. Things are quite different with an exhortation to a deadlocked jury. Discussions have been underway, usually for some time. Those discussions have produced different points of view. One may presume that those holding one point of view have sought to persuade those holding different views of the rightness of their point of view, and vice versa. The dynamic of deliberations requires that the jurors work their differences out among themselves. It is a delicate

À mon avis, l'exhortation à un jury dans l'impasse et l'exposé au jury sont génériquement différents. Ils sont semblables en ce qu'ils visent tous deux à permettre au jury de rendre un verdict juste. Mais ils diffèrent sur le plan de l'objet plus précis qu'ils poursuivent. L'exhortation vise à faire comprendre aux jurés qu'il est nécessaire d'écouter les opinions exprimées par chacun d'eux et d'en tenir compte afin d'éviter qu'un désaccord naisse de perceptions de la preuve inébranlables et rigides que l'un ou l'autre d'entre eux peut avoir formées. L'exhortation ne vise pas à laisser entendre au jury qu'une opinion de la preuve peut-être préférable à une autre, ni qu'il y a lieu de tirer une conclusion plutôt qu'une autre à partir de la preuve. En d'autres termes, l'exhortation est axée sur le processus de délibération qui caractérise le système du jury. Une partie essentielle de ce processus consiste à écouter les opinions d'autrui et à les prendre en considération. Il permet de changer des opinions personnelles de sorte que le verdict représente plus qu'un simple vote; il représente l'opinion réfléchie de jurés qui ont écouté les idées de chacun et les ont considérées. C'est sur ce processus que l'exhortation devrait se concentrer. À cet égard, elle diffère de l'exposé qui vise principalement à offrir conseils et assistance au jury sur les questions de droit et leur rapport avec les faits dont le jury est le seul juge.

Non seulement l'exposé et l'exhortation ont-ils un objet différent; mais encore le moment où ils surviennent confère à chacun une dynamique différente. L'exposé est prononcé avant les délibérations du jury. Il établit les paramètres généraux dont le jury devrait tenir compte dans ses délibérations ultérieures. Vu que ces délibérations ne sont pas encore commencées, le risque d'ingérence dans leur cours est nul. Il en est tout autrement de l'exhortation à un jury dans l'impasse. Des discussions ont eu lieu, généralement depuis un certain temps. De ces discussions ont émané divers points de vue. On peut présumer que les tenants d'une opinion ont cherché à convaincre les tenants de l'opinion contraire de la justesse de leur point de vue, et vice versa. La dynamique des délibérations exige que les jurés règlent leurs différends entre eux. C'est une dynamique délicate qui risque

dynamic, which can be upset by interjection of a judicial opinion on a matter of fact. A trial judge's interjection is rendered more problematic by reason of the fact that his or her reasons are not divulged to the jurors, and thus are not subject to examination and challenge. In short, the judge's opinion becomes part of the deliberative process, but in a way which runs counter to the assumption of examination and discussion which underlies the jury verdict.

It is not surprising, in view of the different purpose and dynamic underlying the charge and the exhortation to a deadlocked jury, to find that courts which have considered the matter view an interjection of judicial opinion at the stage of the exhortation very seriously. The fact that no prior case like this one was referred to the Court suggests that trial judges rarely if ever offer their opinions on the evidence to the jury in the course of an exhortation. Those judicial comments which are to be found on the proper bounds of an exhortation focus on whether the trial judge, coerces or interferes with the jury's right to deliberate in complete freedom, rather than whether the trial judge has improperly influenced the jury's view on a substantive matter one way or the other. Typically, an accused's fair trial interest has been found to have been prejudiced when the judge's remarks indicated to the jurors that they 'should be' or 'ought to be' unanimous or that minority members should conform to the opinion of the majority. Implicitly, however, the caselaw underlines the great danger of comment to a jury on an exhortation as opposed to a charge.

In *R. v. Littlejohn and Tirabasso* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161, at p. 168, Martin J.A., on behalf of the Ontario Court of Appeal, stated:

It is well established that in exhorting a jury to endeavour to reach agreement, the trial Judge must avoid language which is coercive, and which constitutes an interference with the right of the jury to deliberate in complete freedom uninfluenced by extraneous pressures: see *R. v. McKenna* (1960), 44 Cr. App. R. 63. The

d'être bouleversée par une déclaration d'opinion du juge sur une question de fait. L'intervention du juge du procès devient plus problématique en raison du fait que les motifs de ce dernier ne sont pas divulgués aux jurés et ne sont donc pas sujets à examen et à contestation. Bref, l'opinion du juge devient alors partie du processus de délibération, mais d'une façon qui va à l'encontre de la notion d'examen et de discussion qui sous-tend le verdict du jury.

Compte tenu de l'objet et de la dynamique différents qui sous-tendent l'exposé et l'exhortation à un jury dans l'impasse, il n'est pas étonnant de constater que les tribunaux qui ont étudié la question prennent très au sérieux l'expression par le juge d'une opinion à l'étape de l'exhortation. Le fait qu'aucune affaire semblable à l'espèce n'ait déjà été soumise à la Cour donne à entendre qu'au cours d'une exhortation, le juge du procès donne rarement, voire jamais, au jury son opinion sur la preuve. Ces commentaires du juge, qui doivent se situer dans les limites légitimes d'une exhortation, portent sur la question de savoir si le juge du procès réprime ou gêne le droit du jury de délibérer tout à fait librement, plutôt que sur celle de savoir si le juge du procès a, d'une manière quelconque influencé à tort l'opinion du jury sur une question de fond. On juge habituellement que le droit de l'accusé à un procès équitable est lésé lorsque les remarques d'un juge indiquaient aux jurés qu'ils «devraient être» unanimes ou que les membres de la minorité devraient se rallier à l'opinion de la majorité. Implicitement, toutefois, la jurisprudence souligne l'énorme danger que représente le commentaire fait à un jury lors d'une exhortation, comparativement à celui fait lors d'un exposé.

Dans l'arrêt *R. c. Littlejohn and Tirabasso* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161, à la p. 168, le juge Martin affirme, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario:

[TRADUCTION] Il est bien établi que lorsqu'il exhorte le jury à en venir à un accord, le juge du procès doit éviter d'utiliser un langage coercitif qui constitue un empiètement sur le droit du jury de délibérer tout à fait librement, sans subir des pressions extérieures: voir *R. c. McKenna* (1960), 44 Cr. App. R. 63. Le juge du procès

trial Judge equally must avoid the use of language which is likely to convey to a juror that, despite his own doubts, genuinely entertained, he is, none the less, entitled to give way and agree with the majority of his colleagues in the interest of achieving unanimity: see *R. v. Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11.

In deciding whether the line has been crossed between what is permissible as mere exhortation, and what is forbidden as coercive, the entire sequence of events leading up to the direction which is assailed, must be considered.

In *R. v. Palmer, supra*, at p. 412, Bull J.A. speaking for the British Columbia Court of Appeal stated the following:

It is obvious, from their very nature and purpose, that all exhortations of unanimity to a jury are of a very delicate nature and the greatest care must be taken by a trial Judge to ensure that no such criticism, always lurking at the edge, can arise. It must be in very few cases that a trial Judge would intentionally try to influence a jury one way or the other, and there certainly could not be the slightest suggestion that in this case the learned trial Judge was doing anything else than endeavouring fairly and impartially to have the jury come to grips with the problems they had been sworn to decide. But, nevertheless, such exhortations, no matter how benevolent in tone and purpose, must be examined with the greatest of care to ensure that no prejudice to the accused has resulted therefrom. This may be particularly so where, as in this case, an exhortation to strive to reach a verdict given after many hours of apparent disagreement is followed very shortly by a guilty verdict.

The jury system places a heavy responsibility in the hands of jury members. Individuals are asked to make grave decisions bearing upon the rights and liberties of their peers. It is a burden which may prey heavily on the minds of some. While deadlock may reflect dispassionate disagreement among jury members, on occasion it may also arise from an inability or unwillingness by the jury or its specific members to accept that the future of a fellow citizen lies in their hands. The trial judge's exhortation reminds the jury that their oath requires them to discharge the onerous responsibility which has been placed on them on behalf of society. If the judge expresses an opinion at this

doit également éviter d'utiliser un langage susceptible de faire comprendre à un juré qu'en dépit de ses propres doutes, qu'il éprouve sincèrement, il a néanmoins le droit de céder et de se rallier à la majorité de ses collègues dans le but de réaliser l'unanimité: voir *R. c. Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11.

Pour décider si la limite a été franchie entre ce qui est permis à titre de simple exhortation et ce qui est interdit parce que coercitif, il faut considérer toute la suite des événements qui ont abouti à la directive attaquée.

Dans l'arrêt *R. c. Palmer*, précité, à la p. 412, le juge Bull affirme ceci, au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] Il ressort clairement de la nature et de l'objet mêmes de toutes les exhortations à réaliser l'unanimité qui sont faites à un jury qu'elles sont très délicates et que le juge du procès doit prendre le plus grand soin d'éviter qu'une telle critique, toujours latente, ne survienne. Il est très rare que le juge du procès tente intentionnellement d'influencer un jury d'une manière quelconque, et on ne pourrait certainement pas laisser entendre le moins que qu'en l'espèce, le juge du procès ne s'est pas contenté d'essayer, de façon juste et impartiale, d'amener le jury à s'attaquer aux problèmes qu'il s'est engagé sous serment à résoudre. Toutefois, pareilles exhortations, peu importe leur ton et leur objet bienveillants, doivent être néanmoins étudiées avec le plus grand soin afin d'assurer qu'il n'en a résulté aucun préjudice pour l'accusé. Cela est peut-être particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, une exhortation à rendre un verdict, après plusieurs heures de désaccord manifeste, est suivie de très près d'un verdict de culpabilité.

Le système du jury impose une lourde responsabilité aux membres du jury. On demande à des personnes de prendre de graves décisions influant sur les droits et libertés de leurs pairs. C'est un fardeau qui peut tourmenter énormément certains. Même si une impasse peut traduire un désaccord impartial parmi les membres du jury, elle peut également parfois résulter de l'incapacité ou du refus du jury ou de certains de ses membres d'accepter que le sort d'un de leurs pairs soit entre leurs mains. L'exhortation du juge du procès vient rappeler aux jurés qu'ils sont tenus, de par leur serment, de s'acquitter de la lourde responsabilité qui leur a été imposée au nom de la société. Si le juge exprime

point, it may give troubled jury members an easy means of escape from their responsibilities. They may fasten onto the opinion of the trial judge and thereby reach a verdict without truly having deliberated and been convinced of the guilt of the accused. At this point, the trial judge must encourage such jurors to have faith in their own judgment.

I conclude that the dangers associated with a trial judge offering his or her opinion on issues of fact during an exhortation to a deadlocked jury are of such potential detriment to an accused's fair trial interest that judges as a general rule should refrain from offering such comments. An exception may arise in the case where the jury requests the judge's view or where it is apparent from the jury's questioning that the jury requires further clarification. Even then, the judge should be careful to offer the required opinion in a balanced and fair way which will not sway the process of decision-making in which the jury is involved to one side or the other.

## (2) *Application of the Rule to this Case*

In exhorting the jury to reach a verdict, the trial judge offered his opinion that "if you accept the evidence of Sergeant Ross the Crown has a very powerful case." This constitutes a statement of opinion on the evidence, and a strong one.

It is argued that the statement is conditional ("if you accept the evidence . . ."), and does not direct the jury to accept or reject the evidence. But this argument misses the point. The danger of the statement lies not in the effect it might have on the jury's acceptance or rejection of the evidence, but in the inference it invites the jury to draw from the evidence. The record discloses no serious issues of credibility; Sergeant Ross in cross-examination agreed with the accused's version of the statements he had made to the police. The problem lay, rather, in what inferences should be drawn from the statements. None of the statements alleged to have been made by the accused constituted a clear confession of guilt. For example, one could infer guilt from the statement about killing or being charged with

une opinion sur ce point, cela peut fournir à des jurés inquiets un moyen facile de se soustraire à leurs responsabilités. Ils peuvent s'accrocher à l'opinion du juge du procès et, de ce fait, en arriver à un verdict sans vraiment avoir délibéré et être convaincus de la culpabilité de l'accusé. À ce stade, le juge du procès doit encourager ces jurés à se fier à leur propre jugement.

Je conclus que les dangers liés à l'opinion sur des questions de fait qu'un juge du procès donne à un jury dans l'impasse, au cours d'une exhortation, peuvent être si préjudiciables au droit de l'accusé à un procès équitable que les juges, en règle générale, devraient se garder d'exprimer de tels commentaires. Il existe peut-être une exception si le jury demande l'opinion du juge ou s'il est apparent, compte tenu de ses questions, qu'il a besoin de plus de précisions. Même alors, le juge devrait prendre soin de donner l'opinion demandée d'une façon pondérée et juste qui ne fera pas osciller d'un côté ou de l'autre le processus décisionnel auquel le jury prend part.

## (2) *Application de la règle à la présente affaire*

En exhortant le jury à rendre un verdict, le juge du procès a exprimé son opinion selon laquelle [TRADUCTION] «si vous acceptez le témoignage du sergent Ross, le ministère public possède une très forte preuve.» Il s'agit là d'une déclaration d'opinion ferme sur la preuve.

On soutient que la déclaration est conditionnelle («si vous acceptez le témoignage . . .») et qu'elle n'enjoint pas au jury d'accepter ou de rejeter le témoignage. Mais cet argument n'est pas pertinent. Le danger de la déclaration réside non pas dans l'effet qu'elle pourrait avoir sur l'acceptation ou le rejet du témoignage par le jury, mais dans la conclusion qu'elle invite le jury à tirer du témoignage. Le dossier ne révèle aucune question sérieuse de crédibilité; dans son contre-interrogatoire, le sergent Ross s'est dit d'accord avec la version de l'accusé concernant les déclarations qu'il avait faites à la police. La difficulté se situe plutôt dans les conclusions qui devraient être tirées de ces déclarations. Aucune des déclarations que l'accusé aurait faites ne constituait un aveu manifeste de



killing a 71-year-old woman; or one could take it merely as an expression of concern over the charge. The choice of inference, not credibility, was the critical issue. In stating that if the jury accepted the evidence of the Sergeant, the Crown had a very powerful case, the trial judge was throwing his weight behind the inference of guilt. As Lambert J.A. put it, the trial judge was suggesting that unless the jury disbelieved Sergeant Ross, Sims was guilty.

It is argued that taken in its context, the appellant's statements to Sergeant Ross in Toronto clearly indicated guilt, so that the trial judge's comment was justified. For the reasons I have just given, I cannot agree.

It is argued that the trial judge's expression of opinion could not have created prejudice because of his repeated statements to the jury, including one connected to that very statement, that matters of evidence were entirely up to them. Such reminders do not negate the possibility that the communication of the judge's opinion might have lead the jury to decide a question of evidence one way as opposed to the other.

Finally, it is argued that the fact that the jury deliberated almost two hours after the exhortation establishes that they were not influenced by the trial judge's comment. I concur with Lambert J.A.'s finding on this point (at p. 410):

My view is that the time lapse from when the trial judge made his observation that the Crown had a very powerful case until the delivery of the jury's verdict was just about the amount of time that would have been required for the members of the jury who were in favour of a guilty verdict to emphasize to the member or members of the jury who were in favour of a not guilty verdict that the trial judge had expressed his view and that view was that unless they were prepared to say that they disbelieved Sergeant Ross then Sims was guilty.

culpabilité. Par exemple, on pourrait conclure de la déclaration concernant le meurtre ou l'accusation de meurtre d'une femme de 71 ans, qu'il y a culpabilité, ou on pourrait simplement considérer cela que comme l'expression d'une crainte au sujet de l'accusation. C'était le choix de la conclusion et non la crédibilité qui constituait la question cruciale. En mentionnant que si le jury acceptait le témoignage du sergent, le ministère public possédait une très forte preuve, le juge du procès apportait son soutien à un verdict de culpabilité. Comme l'a dit le juge Lambert de la Cour d'appel, le juge du procès laissait entendre qu'à moins que le jury n'ajoute pas foi aux propos du sergent Ross, Sims était coupable.

On soutient que, prises dans leur contexte, les déclarations que l'appelant avait faites au sergent Ross à Toronto démontraient clairement sa culpabilité, de sorte que le commentaire du juge du procès était justifié. Pour les motifs que je viens d'exposer, je ne saurais être d'accord.

On prétend qu'en exprimant son opinion, le juge du procès n'a pu causer un préjudice puisque dans ses déclarations répétées aux jurés, dont l'une reliée à cette déclaration même, il a mentionné que les questions de preuve ne relevaient que d'eux. De tels rappels n'écartent pas la possibilité que la déclaration d'opinion du juge ait pu amener le jury à trancher une question de preuve dans un sens plutôt que dans l'autre.

Enfin, on fait valoir qu'il ressort du fait que le jury a délibéré pendant presque deux heures après l'exhortation, qu'il n'a pas été influencé par le commentaire du juge. Je souscris à la conclusion du juge Lambert à cet égard (à la p. 410):

[TRADUCTION] À mon avis, le délai écoulé entre le moment où le juge du procès a souligné la preuve très forte du ministère public et celui où le jury a rendu son verdict représentait à peu près le temps qui aurait été nécessaire aux membres du jury en faveur d'un verdict de culpabilité pour souligner aux tenants d'un verdict d'acquiescement que le juge du procès avait exprimé son opinion et que, selon cette opinion, ils devaient déclarer Sims coupable, à moins d'être disposés à dire qu'ils n'ajoutaient pas foi aux propos du sergent Ross,

In short, I am satisfied that the statement of opinion on the inference to be drawn from Sergeant Ross's evidence may well have affected the course of deliberations, and hence the verdict, to the prejudice of the accused. This was all the more the case because the trial judge did not confine himself to neutral terms; the use of the phrase "very powerful case" had the potential of communicating to the jury that there was little doubt in the trial judge's mind what inference they should draw from the evidence. I agree with Lambert J.A. as to the appropriate standard in such a case and concur in his conclusion thereupon (at p. 410):

The question is whether there is a possibility that what the trial judge said could have persuaded a juror to go along with the majority notwithstanding that he or she had not been persuaded that guilt had been proven beyond a reasonable doubt.

I think that could have happened here.

#### Conclusion

I would allow the appeal and order a new trial.

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Solicitor for the appellant: David J. Martin, Vancouver.*

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

Bref, je suis convaincu que la déclaration d'opinion portant sur la conclusion à tirer du témoignage du sergent Ross a bien pu influencer sur le déroulement des délibérations et donc sur le verdict, au détriment de l'accusé. Cela est d'autant plus vrai que le juge du procès ne s'en est pas tenu à des termes neutres; l'emploi de l'expression «très forte preuve» pouvait faire croire aux membres du jury qu'il y avait peu de doute dans l'esprit du juge du procès quant à la conclusion qu'ils devraient tirer de la preuve. Je souscris à l'opinion du juge Lambert sur la norme applicable dans un cas semblable et à sa conclusion à cet égard (à la p. 410):

[TRADUCTION] Il s'agit de déterminer s'il est possible que les propos du juge du procès aient persuadé un juré de se rallier à la majorité même s'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé.

Je crois que cela a pu se produire ici.

#### Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Procureur de l'appelant: David J. Martin, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, New Westminster.*

MAIL  POSTE

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

K1A 0S9  
OTTAWA

*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 6, 1992 Vol. 2**

**6<sup>e</sup> cahier, 1992 Vol. 2**

**Cited as [1992] 2 S.C.R. 871-1064**

**Renvoi [1992] 2 R.C.S. 871-1064**

---

## NOTICE TO THE PROFESSION

Lawyers practising before the Supreme Court of Canada are asked to note the following amendments to the *Rules of the Supreme Court of Canada*, which came into force on December 2, 1992.

Rule 32 has been amended to enable the ministers of justice of the governments of the Yukon Territory and the Northwest Territories to intervene without leave in cases where a constitutional question has been stated. Consequential amendments have been made to Rule 18 and to Form C.

Please note that as a result of these amendments, counsel on an appeal where a constitutional question has been stated now must serve the question and the notice respecting intervention on the ministers of justice in the governments of the territories, in addition to serving the Attorney General of Canada and the attorneys general of the provinces.

Rule 32(6) now provides that the constitutional question shall be printed as an appendix to the factum.

As a result of amendments to Rule 38, a motion to extend or abridge time for serving and filing factums on appeals may be brought before the Registrar.

The above-mentioned amendments are registered as SOR/92-674.

## AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada sont priés de noter que les modifications suivantes apportées aux *Règles de la Cour suprême du Canada* sont entrées en vigueur le 2 décembre 1992.

L'article 32 des Règles permet maintenant aux ministres de la Justice des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest d'intervenir sans en faire préalablement la demande lorsqu'une question constitutionnelle a été formulée dans un appel. L'article 18 ainsi que la Formule C des Règles ont fait l'objet d'adaptations de circonstance.

Veillez donc noter que lorsqu'une question constitutionnelle a été formulée dans un appel, les avocats doivent dorénavant signifier la question et l'avis d'intervention aux ministres de la Justice des gouvernements des territoires et non aux seuls procureurs généraux du Canada et des provinces.

Le paragraphe 32(6) des Règles prévoit que la question constitutionnelle est reproduite en annexe au mémoire.

L'article 38 des Règles prévoit que le registraire peut proroger ou abrégé les délais de signification et de dépôt des mémoires.

Les modifications ci-haut mentionnées sont enregistrées à DORS/92-674.

ANNE ROLAND  
REGISTRAR      REGISTRAIRE

December, 1992

Décembre 1992

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

## CONTENTS

### Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud 970

Human rights — Adverse effect discrimination — Bona fide occupational requirement — Worker refusing to work shift for religious reasons — Employer's attempts to accommodate worker opposed by union — Worker dismissed when accommodation not found — Whether complainant's union under a duty to effect a reasonable accommodation — Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, ss. 8(1)(a), (b), (4), 9(a), (b), (c).

### Pax Management Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce..... 998

Guarantee — Discharge of surety — Creditor deceitful in obtaining guarantors' consent to appointment of receiver — Whether guarantors entitled to be discharged in absence of any prejudice to their interests.

Appeal — Role of court of appeal — Appellate court should not interfere with trial judge's findings of fact in absence of palpable and overriding error.

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

## SOMMAIRE

### Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud 970

Droits de la personne — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Exigence professionnelle normale — Refus par un travailleur de se présenter à un quart de travail en raison de ses croyances religieuses — Opposition du syndicat aux tentatives de l'employeur de s'entendre avec l'employé — Congédiement de l'employé en raison de l'impossibilité de s'entendre — Le syndicat plaignant est-il tenu d'offrir un compromis raisonnable? — Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 8(1)a), b), (4), 9a), b), c).

### Pax Management Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce ..... 998

Cautionnement — Libération de la caution — Conduite trompeuse du créancier dans l'obtention du consentement des cautions à la nomination d'un séquestre — Les cautions ont-elles le droit d'être libérées en l'absence de tout préjudice causé à leurs intérêts?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. DeSousa** ..... 944

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Unlawfully causing bodily harm — Bystander injured by piece of broken glass from bottle allegedly thrown by accused involved in a fight — Whether mental element of s. 269 of Criminal Code infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 269.

Criminal law — Assault — Unlawfully causing bodily harm — Mens rea — Bystander injured by piece of broken glass from bottle allegedly thrown by accused involved in a fight — Whether mental element of s. 269 of Criminal Code infringes ss. 7 and 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 269.

Criminal law — Procedure — Pre-trial motion brought by accused contesting constitutionality of provision under which he was charged — Trial judge granting motion before hearing evidence — Whether trial judge followed appropriate procedure.

### **R. v. Parks**..... 871

Criminal law — Defences — Automatism (sleepwalking) — Respondent killing and injuring while asleep — Whether sleepwalking should be classified as non-insane automatism resulting in an acquittal or as a "disease of the mind" (insane automatism) giving rise to the special verdict of not guilty by reason of insanity.

### **R. v. Smith**..... 915

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Deceased telephoning her mother on night she was murdered — Whether statements made by deceased admissible as exception to hearsay rule — Whether conviction should be upheld — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

### **R. v. Z. (D.A.)**..... 1025

Criminal law — Young offenders — Definition of "young person" — Accused alleged to have committed offence while under age of 18 — Accused making inculpatory statement when over 18 — Whether provision governing admissibility of statements made by young persons to persons in authority applies — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 2(1), 56(2).

## SOMMAIRE (Fin)

Appel — Rôle d'une cour d'appel — Une cour d'appel ne devrait pas modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.

### **R. c. DeSousa** ..... 944

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Infliction illégale de lésions corporelles — Tiers blessé par un morceau de verre d'une bouteille qui aurait été lancée par l'accusé au cours d'une bagarre — L'élément moral requis à l'art. 269 du Code criminel porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 269.

Droit criminel — Voies de fait — Infliction illégale de lésions corporelles — Mens rea — Tiers blessé par un morceau de verre d'une bouteille qui aurait été lancée par l'accusé au cours d'une bagarre — L'élément moral requis à l'art. 269 du Code criminel porte-t-il atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 269.

Droit criminel — Procédure — Requête préliminaire présentée par l'accusé pour contester la constitutionnalité de la disposition en vertu de laquelle il a été inculpé — Requête accordée par le juge du procès avant d'entendre la preuve — Le juge du procès a-t-il suivi la procédure appropriée?

### **R. c. Parks**..... 871

Droit criminel — Défenses — Automatisme (somniaambulisme) — L'intimé a tué et blessé pendant qu'il était endormi — Le somnambulisme devrait-il être considéré comme un automatisme sans aliénation mentale entraînant un acquittement ou comme une "maladie mentale" (automatisme avec aliénation mentale) donnant lieu au verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale?

### **R. c. Smith**..... 915

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Appels téléphoniques de la victime à sa mère la nuit de son assassinat — Les déclarations de la victime sont-elles admissibles à titre d'exception à la règle du ouï-dire? — Y a-t-il lieu de confirmer la déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

### **R. c. Z. (D.A.)**..... 1025

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Définition de "adolescent" — Infraction alléguée commise quand l'accusé avait moins de 18 ans — Accusé ayant fait une déclaration incriminante après avoir eu ses 18 ans — La disposition concernant l'admissibilité de déclarations faites par des adolescents à des personnes en autorité s'applique-t-elle? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 2(1), 56(2).

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Kenneth James Parks** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PARKS

File No.: 22073.

1992: January 27; 1992: August 27.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson\* and Iacobucci J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Defences — Automatism (sleepwalking) — Respondent killing and injuring while asleep — Whether sleepwalking should be classified as non-insane automatism resulting in an acquittal or as a “disease of the mind” (insane automatism) giving rise to the special verdict of not guilty by reason of insanity.*

Respondent attacked his parents-in-law, killing one and seriously injuring the other. The incident occurred at their home, some 23 km. from respondent's residence, during the night while they were both asleep in bed. Respondent had driven there by car. Immediately after the incident, the respondent went to a nearby police station, again driving his own car, and told them what he had done.

Respondent claimed to have been sleepwalking throughout the incident. He had always been a deep sleeper and had a great deal of trouble waking up. The year prior to the incident was particularly stressful for the respondent and his personal life suffered. His parents-in-law were aware of his problems, supported him and had excellent relations with him. Additionally, several members of his family suffer or have suffered from sleep problems such as sleepwalking, adult enuresis, nightmares and sleepwalking.

The respondent was charged with first degree murder and attempted murder. At the trial respondent presented a defence of automatism. The testimony of five expert

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Kenneth James Parks** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. C. PARKS

N<sup>o</sup> du greffe: 22073.<sup>b</sup> 1992: 27 janvier; 1992: 27 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, <sup>c</sup> Stevenson\* et Iacobucci.

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

*Droit criminel — Défenses — Automatisme (somnambulisme) — L'intimé a tué et blessé pendant qu'il était endormi — Le somnambulisme devrait-il être considéré comme un automatisme sans aliénation mentale entraînant un acquittement ou comme une «maladie mentale» (automatisme avec aliénation mentale) donnant lieu au verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale?*

L'intimé a attaqué ses beaux-parents, tuant l'un et blessant grièvement l'autre. L'incident a eu lieu au cours de la nuit, alors qu'ils étaient endormis dans leur lit, à leur résidence située à quelque 23 km de celle de l'intimé. L'intimé s'y est rendu en voiture. Immédiatement après l'incident, il s'est rendu au poste de police voisin, toujours au volant de sa voiture, et a dit aux policiers ce qu'il avait fait.

<sup>g</sup> L'intimé a affirmé qu'au moment où les incidents se sont produits, il était en état de somnambulisme. Il a toujours dormi très profondément et éprouvé beaucoup de difficulté à se réveiller. L'année qui a précédé les événements avait été particulièrement stressante pour l'intimé, et sa vie personnelle en avait souffert. Ses beaux-parents, qui étaient au courant de ses difficultés, l'avaient toujours appuyé et entretenaient avec lui d'excellentes relations. Par ailleurs, plusieurs membres de sa famille ressentent ou ont ressenti des troubles de sommeil, tels le somnambulisme, l'énurésie adulte, les cauchemars et le fait de parler pendant le sommeil.

<sup>h</sup> L'intimé a été accusé de meurtre au premier degré et de tentative de meurtre. Au procès, il a présenté une <sup>i</sup> défense d'automatisme. Les témoignages de cinq

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.



witnesses called by the defence was not contradicted by the Crown. This evidence was that respondent was sleepwalking and that sleepwalking is not a neurological, psychiatric or other illness. The trial judge put only the defence of automatism to the jury, which acquitted respondent of first degree murder and then of second degree murder. The judge then acquitted the respondent of the charge of attempted murder. The Court of Appeal unanimously upheld the acquittal. At issue here is whether sleepwalking should be classified as non-insane automatism resulting in an acquittal or as a "disease of the mind" (insane automatism), giving rise to the special verdict of not guilty by reason of insanity.

*Held* (Lamer C.J. and Cory J. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The trial judge correctly left only the defence of non-insane automatism with the jury. On this issue the findings of Lamer C.J. on the evidence were agreed with, but the distinction in law between insane and non-insane automatism, particularly as it relates to somnambulism, required further comment. In distinguishing between automatism and insanity the trial judge must consider not only the evidence but also overarching policy considerations.

Automatism, although spoken of as a "defence", is conceptually a sub-set of the voluntariness requirement, which in turn is part of the *actus reus* component of criminal liability. An involuntary act, including one committed in an automatistic condition entitles an accused to an unqualified acquittal, unless the automatistic condition stems from a disease of the mind that has rendered the accused insane. In the latter case, the accused is not entitled to a full acquittal, but to a verdict of insanity.

When a defence of non-insane automatism is raised by the accused, the trial judge must determine whether the defence should be left with the trier of fact. This will involve two discrete tasks. First, he or she must determine whether there is some evidence on the record to support leaving the defence with the jury. An evidential burden rests with the accused; the mere assertion of the defence will not suffice.

Given the proper foundation, the trial judge must then consider whether the condition alleged by the accused

experts produits par la défense n'ont pas été contredits par la poursuite. Selon la preuve, l'intimé était en état de somnambulisme et le somnambulisme n'est pas une maladie neurologique, psychiatrique ou autre. Le juge du procès n'a présenté que la défense d'automatisme au jury qui a acquitté l'intimé de meurtre au premier degré dans un premier temps, puis de meurtre au second degré dans un deuxième temps. Le juge a ensuite acquitté l'intimé de l'accusation de tentative de meurtre. La Cour d'appel a unanimement maintenu l'acquiescement. En l'espèce, il s'agit de déterminer s'il faut considérer l'état de somnambulisme comme un automatisme sans aliénation mentale entraînant un acquiescement ou comme une «maladie mentale» (automatisme avec aliénation mentale), donnant lieu au verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et le juge Cory sont dissidents en partie): Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Le juge du procès a eu raison de ne présenter au jury que la défense d'automatisme sans aliénation mentale. À ce sujet, les conclusions du juge en chef Lamer sur la preuve sont partagées, mais la distinction en droit entre l'automatisme avec aliénation mentale et l'automatisme sans aliénation mentale, particulièrement en ce qui concerne le somnambulisme, requiert des commentaires supplémentaires. En faisant une distinction entre l'automatisme et l'aliénation mentale, le juge du procès doit non seulement considérer la preuve, mais aussi des considérations d'ordre public prééminentes.

Bien que qualifié de «défense», l'automatisme forme essentiellement une composante de l'exigence concernant la volonté, qui fait elle-même partie de l'élément *actus reus* de la responsabilité criminelle. L'acte involontaire, dont celui commis dans un état d'automatisme, donne à l'accusé le droit d'être complètement acquitté, à moins que la source de l'état d'automatisme soit une maladie mentale qui a rendu l'accusé aliéné. Dans ce cas, l'accusé n'a pas droit à l'acquiescement complet, mais à un verdict d'aliénation mentale.

Lorsque l'accusé oppose une défense d'automatisme sans aliénation mentale, le juge du procès doit déterminer si celle-ci devrait être présentée au juge des faits. Cette décision comporte deux volets distincts. En premier lieu, il ou elle doit déterminer si le dossier renferme une preuve justifiant la présentation de la défense au jury. Le fardeau de la preuve incombe à l'accusé qui ne peut se contenter de faire valoir la défense.

Si les fondements de la défense sont présents, le juge du procès doit déterminer si, en droit, l'état allégué par

is, in law, non-insane automatism. If the trial judge is satisfied that there is some evidence pointing to a condition that is in law non-insane automatism, then the defence can be left with the jury. The issue for the jury is one of fact: did the accused suffer from or experience the alleged condition at the relevant time? Because the Crown must always prove that an accused has acted voluntarily, the onus rests on the prosecution at this stage to prove the absence of automatism beyond a reasonable doubt.

The question of law at issue here, given that the accused laid the proper foundation for the defence of automatism, was whether sleepwalking should be classified as non-insane automatism or a disease of the mind, thereby leaving only the defence of insanity for the accused. Under the *Criminal Code* everyone is presumed to be and to have been sane until the contrary is proved. If the accused pleads automatism, the Crown is entitled to raise the issue of insanity, but must then bear the burden of proving that the condition in question stems from a disease of the mind.

“Disease of the mind” is a legal term and not a medical term of art but it contains a substantial medical component as well as a legal or policy component. The medical component of the term, generally, is medical opinion as to how the mental condition in question is viewed or characterized medically. The legal or policy component relates to (a) the scope of the exemption from criminal responsibility to be afforded by mental disorder or disturbance, and (b) the protection of the public by the control and treatment of persons who have caused serious harms while in a mentally disordered or disturbed state.

Because “disease of the mind” is a legal concept, a trial judge cannot rely blindly on medical opinion. The judge must determine what mental conditions are included within the term “disease of the mind”, and whether there is any evidence that the accused suffered from an abnormal mental condition comprehended by that term.

Two distinct approaches to the policy component of insanity have emerged in automatism cases, the “continuing danger” and “internal cause” theories. The first theory holds that any condition likely to present recurring danger should be treated as insanity. The second holds that a condition stemming from the internal makeup of the accused, rather than external factors, should

l'accusé constitue un automatisme sans aliénation mentale. Si le juge du procès est convaincu que la preuve indique un état qui, en droit, constitue un automatisme sans aliénation mentale, il peut alors présenter la défense au jury. Celui-ci doit trancher une question de fait: l'accusé souffrait-il de l'état allégué ou l'éprouvait-il au moment pertinent? Puisqu'en tout temps le ministère public doit établir le caractère volontaire du geste de l'accusé, à cette étape, il incombe à la poursuite de démontrer, hors de tout doute raisonnable, l'absence d'automatisme.

En l'espèce, l'accusé ayant établi les fondements appropriés d'une défense d'automatisme, le litige porte sur la question de droit suivante: le somnambulisme devrait-il être considéré comme un automatisme sans aliénation mentale ou comme une maladie mentale ne laissant à l'accusé que la défense d'aliénation mentale? En vertu du *Code criminel*, jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit. Si l'accusé plaide l'automatisme, le ministère public peut soulever la question de l'aliénation mentale mais il lui incombe alors de prouver que l'état en question découle d'une maladie mentale.

«Maladie mentale» est une expression juridique, non une expression du vocabulaire médical; mais elle renferme un élément médical important ainsi qu'un élément juridique ou d'ordre public. L'élément médical de l'expression consiste généralement en un avis médical sur la façon dont est considéré ou classifié l'état mental en question sur le plan médical. L'élément juridique ou d'ordre public se rapporte a) à la mesure dans laquelle le trouble mental permet d'échapper à la responsabilité criminelle, et b) à la protection du public par la surveillance et le traitement des personnes qui ont causé des préjudices graves pendant qu'elles étaient dans un état de trouble mental.

Le terme «maladie mentale» étant une notion juridique, le juge du procès ne peut s'appuyer aveuglément sur un avis médical. Il appartient au juge de déterminer quels états mentaux relèvent du terme «maladie mentale», et si la preuve indique que l'accusé a souffert d'un état mental anormal visé par ce terme.

Les cas d'automatisme ont donné lieu à deux façons distinctes d'aborder l'élément d'ordre public de l'aliénation mentale, les théories du «risque subsistant» et de la «cause interne». La première dit que tout état comportant vraisemblablement le risque de récurrence d'un danger devrait être traité comme une aliénation mentale. La deuxième dit qu'un état dont l'origine tient à la cons-

lead to a finding of insanity. Though seemingly divergent, both theories stem from a concern for the protection of the public.

Though the second theory has gained a certain ascendancy, it is merely an analytical tool and is not universal. In particular, it is not helpful in assessing the nature of a somnambulistic condition. The distinction between internal and external causes is blurred during sleep, and certain causes that are discounted for a subject who is awake may have entirely different effects on a sleeping person. As for the "continuing danger" test, it has been criticized as a general theory. However, the purpose of the insanity defence has always been the protection of the public against recurrent danger. As such, the possibility of recurrence, though not determinative, may be looked upon as a factor at the policy stage of the inquiry on the issue of insanity.

On the evidence there is no likelihood of recurrent violent somnambulism. Moreover, none of the other policy considerations relevant to the distinction between insanity and automatism, for example, the floodgates argument, or that automatism can be feigned, is of concern in this case.

Our system of justice is predicated on the notion that only those who act voluntarily should be punished under the criminal law. Here, no compelling policy factors preclude a finding that the accused's condition was one of non-insane automatism. As the Crown did not meet its burden of proving that somnambulism stems from a disease of the mind, committal under s. 614(2) of the *Criminal Code* is precluded, and the accused should be acquitted. However, because the medical evidence in each case impacts at several stages of the policy inquiry and is significant in its own right, sleepwalking in a different case on different evidence might be found to be a disease of the mind.

This matter should not be sent back to the trial judge for the possible imposition of an order to keep the peace. The judiciary is not practically equipped to administer such an order, and a number of practical reasons, in addition to those of Sopinka and McLachlin JJ.,

titution interne de l'accusé, par opposition à un facteur externe, devrait entraîner une conclusion d'aliénation mentale. Bien que ces positions puissent paraître diverger, elles naissent d'une préoccupation commune pour la sécurité du public.

La théorie de la cause interne a acquis une certaine autorité, mais elle n'est qu'un instrument d'analyse non universel. Plus particulièrement, elle n'est guère utile lorsqu'il s'agit d'analyser la nature de l'état de somnambulisme. La dichotomie entre les causes internes et externes s'estompe au cours du sommeil, et certains facteurs dont on ne tient aucun compte pour une personne éveillée peuvent avoir des effets complètement différents sur une personne endormie. Quant au critère du «risque subsistant», il a été critiqué à titre de théorie générale. Toutefois, la défense fondée sur l'aliénation mentale a toujours eu pour objet de protéger la société contre le retour d'un danger. En conséquence, il est possible de prendre en considération le risque de rechute comme facteur non déterminant à l'étape des considérations d'ordre public dans l'examen de la question de l'aliénation mentale.

Il ressort de la preuve qu'il est très improbable que le somnambulisme violent se reproduise. En outre, aucune des considérations d'ordre public supplémentaires pertinentes relativement à la distinction entre l'aliénation mentale et l'automatisme, notamment l'argument du raz de marée, ou la possibilité que l'automatisme soit feint, ne posent un problème en l'espèce.

Notre système judiciaire est fondé sur la notion selon laquelle seuls les individus ayant agi volontairement peuvent être punis en vertu du droit criminel. En l'espèce, aucun facteur d'ordre public convaincant n'empêche de conclure que l'accusé était dans un état d'automatisme sans aliénation mentale. Le ministère public ne s'étant pas déchargé de son fardeau d'établir que le somnambulisme tient son origine d'une maladie mentale, l'application du par. 614(2) du *Code criminel* est écartée, et l'accusé devrait être acquitté. Toutefois, puisque dans chaque cas la preuve médicale a des répercussions à diverses étapes de l'examen fondé sur l'ordre public et qu'elle est importante en elle-même, on pourrait conclure, dans une autre affaire, en vertu d'une preuve différente, que le somnambulisme est une maladie mentale.

Il n'y a pas lieu de renvoyer l'affaire au juge du procès afin qu'il se prononce sur la possibilité de délivrer un ordre de ne pas troubler l'ordre public. Le système judiciaire ne dispose pas des moyens pratiques nécessaires pour imposer un tel ordre, et des considérations

preclude its consideration. To be effective, any order to keep the peace would have to be permanent. This would violate established practice (if not the law) regarding peace orders, which requires a defined period for the order. It would also be unrealistic to expect respondent's family, who are the only persons able to monitor the order, to complain of any breach of the peace. Finally, it would be unreasonable to expect the respondent to bear the cost of a life-long surety necessary to enforce such an order.

*Per McLachlin and Iacobucci JJ.:* The reasons of Lamer C.J., except on the question of referring the matter back to the trial judge for consideration as to whether an order to keep the peace should be imposed, and the reasons of La Forest and Sopinka JJ. were agreed with. Notwithstanding the justice of an acquittal here and the evidence that a recurrence is highly unlikely, great care should be taken to avoid the possibility of a similar episode in the future. An order restricting a person's liberty on account of an act for which he or she has been acquitted, however, raises difficult issues. It is inappropriate that respondent, given his courageous efforts to re-establish his life over the past five years, should now be embroiled in a further set of proceedings concerned not with his guilt or innocence, but with the maintenance of his liberty. Generally, the courts do not grant remedies affecting the liberty of the subject unless asked to do so by the Crown. In the absence of an application by the Crown, the case should not be remitted for consideration of further measures against the accused.

*Per Sopinka J.:* The trial judge, for the reasons given by both Lamer C.J. and La Forest J., did not err in leaving the defence of automatism rather than that of insanity with the jury. This matter, however, should not be referred back to the trial judge to consider an order to keep the peace.

The common law preventative justice power has significant limits. It cannot be exercised on the basis of mere speculation but requires a proven factual foundation which raises a probable ground to suspect future misbehaviour. The uncontroverted expert evidence in this case is wholly inconsistent with such a conclusion.

d'ordre pratique, outre celles mentionnées par les juges Sopinka et McLachlin, empêchent d'envisager ce genre d'ordre. Pour être efficace, tout ordre de ne pas troubler la paix publique devrait être permanent. Il violerait ainsi une pratique établie (voire le droit) en matière d'ordres visant la paix publique, selon laquelle ces ordres doivent avoir une durée déterminée. Il serait également irréaliste de s'attendre à ce que la famille de l'intimé, qui est la seule à avoir la capacité de veiller au respect de l'ordre, se plaigne d'une violation de la paix publique. Enfin, il ne serait pas raisonnable d'exiger de l'intimé qu'il supporte le coût d'un cautionnement d'une durée illimitée nécessaire à l'exécution d'un tel ordre.

*Les juges McLachlin et Iacobucci:* Souscrivent aux motifs du juge en chef Lamer à l'exception de la question du renvoi de l'affaire au juge du procès pour qu'il détermine s'il y a lieu de délivrer un ordre de ne pas troubler la paix publique, et souscrivent aux motifs des juges La Forest et Sopinka. Indépendamment du fait que l'acquiescement est la décision juste en l'espèce et que, selon la preuve, la rechute est hautement improbable, il faudrait veiller à empêcher qu'un tel événement se reproduise. Toutefois, une ordonnance limitant la liberté d'une personne en raison d'un acte pour lequel elle a été acquittée pose des questions difficiles. Compte tenu des courageux efforts qu'a faits l'intimé au cours des cinq dernières années pour reconstruire sa vie, il serait inopportun qu'il soit maintenant aux prises avec une nouvelle série de procédures concernant non plus sa culpabilité ou son innocence, mais le maintien de sa liberté. En règle générale, les cours ne rendent pas de décision touchant la liberté d'une personne sans y avoir été invitées par le ministère public. En l'absence de demande présentée par le ministère public, l'affaire ne devrait pas être renvoyée pour examen de nouvelles mesures à prendre contre l'accusé.

*Le juge Sopinka:* Pour les motifs formulés par le juge en chef Lamer et le juge La Forest, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en soumettant au jury la défense d'automatisme plutôt que la défense d'aliénation mentale. Toutefois, il n'y a pas lieu de renvoyer l'affaire au juge du procès afin qu'il se prononce sur un ordre de ne pas troubler l'ordre public.

Le pouvoir de justice préventive de common law connaît d'importantes restrictions. Il ne peut être exercé sur la foi de simples spéculations, mais nécessite un fondement factuel prouvé donnant naissance à un motif vraisemblable de suspecter une mauvaise conduite ultérieure. Les témoignages non contredits des experts en l'espèce vont tout à fait à l'encontre d'une telle conclusion.

The extent and continued validity of this common law power has yet to be considered in light of the *Charter*. The imposition of restrictive conditions following an acquittal on the basis of a remote possibility of recurrence may well be contrary to s. 7.

There is still the possibility of an information being laid pursuant to s. 810 of the *Criminal Code*, subject to the evidentiary basis "that the informant has reasonable grounds for his fears" and to constitutional challenge. Such a proceeding, however, should not be initiated by this Court acting *proprio motu*.

If the respondent remains subject to the criminal justice system, the issue on cross-appeal of whether a stay should be entered by reason of a violation of s. 11(b) of the *Charter* would have to be considered.

*Per* Lamer C.J. and Cory J. (dissenting in part): The testimony revealed three very important points: (1) the respondent was sleepwalking at the time of the incident; (2) sleepwalking is not a neurological, psychiatric or other illness but rather is a sleep disorder very common in children and also found in adults; and, (3) there is no medical treatment as such, apart from good health practices, especially as regards sleep. This expert evidence was not in any way contradicted by the Crown, which had the advice of experts who were present during the testimony given by the defence experts and whom it chose not to call.

The defence of automatism — rather than that of insanity — was properly put to the jury. For a defence of insanity to have been put to the jury, together with or instead of a defence of automatism, as the case may be, there would have had to have been in the record evidence tending to show that sleepwalking was the cause of the respondent's state of mind. That was not the case here. This was not to say, however, that sleepwalking could never be a disease of the mind in another case on different evidence.

Notwithstanding respondent's acquittal, some control could be exercised to prevent a possible recurrence in a situation like this through the common law power to make an order to keep the peace which is vested in any judge or magistrate. The rules of natural justice must be observed in any exercise of this power. Exploring, on notice, the possibility of some minimally intrusive conditions to assure the community's safety would not

L'étendue et la validité actuelle de ce pouvoir de common law n'ont pas encore été étudiées dans le contexte de la *Charte*. L'imposition de conditions restrictives à la suite d'un acquittement en raison d'une faible possibilité de rechute risque fort de violer l'art. 7.

Il est toujours possible de déposer une dénonciation en vertu de l'art. 810 du *Code criminel*, sous réserve de la présentation d'une preuve selon laquelle «les craintes du dénonciateur sont fondées sur des motifs raisonnables» et d'une contestation fondée sur la *Charte*. Toutefois, une telle procédure ne devrait pas résulter de ce que notre Cour agit de sa propre initiative.

Si l'intimé demeurerait soumis au système de justice criminelle, il faudrait trancher la question, soulevée par le pourvoi incident, de savoir si une suspension devrait être ordonnée en raison de l'atteinte aux droits garantis à l'al. 11b) de la *Charte*.

Le juge en chef Lamer et le juge Cory (dissidents en partie): Trois éléments très importants se dégagent des témoignages: 1) l'intimé était en état de somnambulisme au moment de l'incident; 2) le somnambulisme n'est pas une maladie neurologique, psychiatrique ou autre, mais un trouble du sommeil très fréquent chez les enfants que l'on rencontre également chez les adultes; 3) il n'existe aucun traitement médical comme tel, si ce n'est une bonne hygiène de vie, particulièrement en ce qui concerne le sommeil. La preuve d'expert n'a été aucunement contredite par la poursuite qui était conseillée par des experts qui ont assisté aux témoignages des experts cités par la défense et qu'elle a choisi de ne pas faire entendre.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en présentant la défense d'automatisme au jury plutôt que celle d'aliénation mentale. Pour qu'une défense d'aliénation mentale soit présentée au jury, concurrentement à une défense d'automatisme ou à sa place, selon le cas, il aurait fallu que le dossier révèle des éléments de preuve tendant à établir que le somnambulisme était la cause de l'état d'esprit de l'intimé. Or, ce n'est pas le cas en l'espèce. Toutefois, cela ne signifie pas que le somnambulisme ne pourrait jamais être une maladie mentale, dans un autre cas et avec une preuve différente.

Malgré l'acquittal de l'intimé, il y aurait lieu d'effectuer un certain contrôle de manière à empêcher une rechute dans une situation semblable, grâce au pouvoir issu de la *common law* et accordé à tout juge ou magistrat, d'ordonner de ne pas troubler l'ordre public. Dans l'exercice de ce pouvoir, les règles de justice naturelle doivent être respectées. Explorer, après avoir avisé l'accusé, la possibilité d'imposer des conditions très peu

infringe s. 7 of the *Charter*. Any condition imposed must be rationally connected to the apprehended danger posed by the person and go no further than necessary to protect the public from this danger.

### Cases Cited

By La Forest J.

**Considered:** *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; **referred to:** *R. v. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347; *R. v. Hennessy*, [1989] 2 All E.R. 9; *R. v. Sullivan*, [1984] A.C. 156; *R. v. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769; *R. v. Edgar* (1913), 109 L.T. 416.

By Sopinka J.

**Referred to:** *Mackenzie v. Martin*, [1954] S.C.R. 361; *R. v. White, Ex p. Chohan*, [1969] 1 C.C.C. 19; *Re Regina and Shaben*, [1972] 3 O.R. 613; *Stevenson v. Saskatchewan (Minister of Justice)*, (Court of Queen's Bench, June 8, 1987, unreported).

By Lamer C.J. (dissenting in part)

**Distinguished:** *R. v. Sullivan*, [1983] 2 All E.R. 673; *R. v. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769; **referred to:** *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513; *R. v. Hartridge*, [1967] 1 C.C.C. 346; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Ryan v. The Queen* (1967), 40 A.L.J.R. 488; *R. v. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *R. v. Ngang*, [1960] 3 S.A.L.R. 363; *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168; *H. M. Advocate v. Fraser* (1878), 4 Couper 70; *Mackenzie v. Martin*, [1954] S.C.R. 361; *Re Broomes and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 220.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(b), 24(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46), ss. 16(2), (4), 614(2), 810.  
*Justices of the Peace Act, 1361* (Eng.), 34 Edw. 3, c. 1.

### Authors Cited

*Black's Law Dictionary*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.

gênantes destinées à garantir la sécurité de la collectivité, ne violerait pas les droits garantis à l'art. 7 de la *Charte*. Les conditions imposées doivent avoir un lien rationnel avec le danger redouté que représente la personne et ne pas excéder ce qui est nécessaire pour protéger le public contre ce danger.

### Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

**Arrêts examinés:** *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; **arrêts mentionnés:** *R. c. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347; *R. c. Hennessy*, [1989] 2 All E.R. 9; *R. c. Sullivan*, [1984] A.C. 156; *R. c. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769; *R. c. Edgar* (1913), 109 L.T. 416.

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *Mackenzie c. Martin*, [1954] R.C.S. 361; *R. c. White, Ex p. Chohan*, [1969] 1 C.C.C. 19; *Re Regina and Shaben*, [1972] 3 O.R. 613; *Stevenson c. Saskatchewan (Minister of Justice)*, (Cour du Banc de la Reine, 8 juin 1987, inédit).

Citée par le juge en chef Lamer (dissident en partie)

**Distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Sullivan*, [1983] 2 All E.R. 673; *R. c. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769; **arrêts mentionnés:** *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513; *R. c. Hartridge*, [1967] 1 C.C.C. 346; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Ryan c. The Queen* (1967), 40 A.L.J.R. 488; *R. c. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *R. c. Ngang*, [1960] 3 S.A.L.R. 363; *R. c. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168; *H. M. Advocate c. Fraser* (1878), 4 Couper 70; *Mackenzie c. Martin*, [1954] R.C.S. 361; *Re Broomes and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 220.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11b), 24(1).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46), art. 16(2), (4), 614(2), 810.  
*Justices of the Peace Act, 1361* (Ang.), 34 Edw. 3, ch. 1.

### Doctrine citée

*Black's Law Dictionary*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.

- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Calgary: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- Côté-Harper, Gisèle, Antoine D. Manganas et Jean Turgeon. *Droit pénal canadien*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Fairall, Paul. "Automatism", [1981] 5 *Crim. L.J.* 335.
- Fenwick, Peter. "Somnambulism and the Law: A Review" (1987), 5 *Behav. Sci. & L.* 343.
- Gillies, Peter. *Criminal Law*. Sydney: Law Book Co., 1985.
- Howard, Colin. *Howard's Criminal Law*, 5th ed. By Brent Fisse. Sydney: Law Book Co., 1990.
- Martin, G. Arthur, Hon. "Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law", in Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Roth, Sir Martin. "Modern Neurology and Psychiatry and the Problem of Criminal Responsibility", in Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981.
- Smith, John Cyril. *Criminal Law*, 6th ed. By J. C. Smith and Brian Hogan. London: Butterworths, 1988.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.
- Weller, Malcolm P. I. "Perchance to Dream" (1987), 137 *New L.J.* 52.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Calgary: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- Côté-Harper, Gisèle, Antoine D. Manganas et Jean Turgeon. *Droit pénal canadien*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Fairall, Paul. «Automatism», [1981] 5 *Crim. L.J.* 335.
- Fenwick, Peter. «Somnambulism and the Law: A Review» (1987), 5 *Behav. Sci. & L.* 343.
- Gillies, Peter. *Criminal Law*. Sydney: Law Book Co., 1985.
- Howard, Colin. *Howard's Criminal Law*, 5th ed. By Brent Fisse. Sydney: Law Book Co., 1990.
- Martin, G. Arthur, Hon. «Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law», in Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Roth, Sir Martin. «Modern Neurology and Psychiatry and the Problem of Criminal Responsibility», in Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981.
- Smith, John Cyril. *Criminal Law*, 6th ed. By J. C. Smith and Brian Hogan. London: Butterworths, 1988.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.
- Weller, Malcolm P. I. «Perchance to Dream» (1987), 137 *New L.J.* 52.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 56 C.C.C. (3d) 449, dismissing an appeal from acquittal by Watt J. sitting with jury. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Cory J. dissenting in part.

Gary T. Trotter and David Butt, for the appellant.

Marlys Edwardh, Clayton Ruby and Delmar Doucette, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 56 C.C.C. (3d) 449, qui a rejeté un appel de l'acquittement prononcé par le juge Watt siégeant avec jury. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et le juge Cory sont dissidents en partie.

Gary T. Trotter et David Butt, pour l'appelante.

Marlys Edwardh, Clayton Ruby et Delmar Doucette, pour l'intimé.

The reasons of Lamer C.J. and Cory J. were delivered by

LAMER C.J. (dissenting in part)—In the small hours of the morning of May 24, 1987 the respondent, aged 23, attacked his parents-in-law, Barbara Ann and Denis Woods, killing his mother-in-law with a kitchen knife and seriously injuring his father-in-law. The incident occurred at the home of his parents-in-law while they were both asleep in bed. Their residence was 23 km. from that of the respondent, who went there by car. Immediately after the incident, the respondent went to the nearby police station, again driving his own car. He told the police ((1990), 56 C.C.C. (3d) 449, at p. 458):

I just killed someone with my bare hands; Oh my God, I just killed someone; I've just killed two people; My God, I've just killed two people with my hands; My God, I've just killed two people. My hands; I just killed two people. I killed them; I just killed two people; I've just killed my mother- and father-in-law. I stabbed and beat them to death. It's all my fault.

At the trial the respondent presented a defence of automatism, stating that at the time the incidents took place he was sleepwalking. The respondent has always slept very deeply and has always had a lot of trouble waking up. The year prior to the events was particularly stressful for the respondent. His job as a project coordinator for Revere Electric required him to work ten hours a day. In addition, during the preceding summer the respondent had placed bets on horse races which caused him financial problems. To obtain money he also stole some \$30,000 from his employer. The following March his boss discovered the theft and dismissed him. Court proceedings were brought against him in this regard. His personal life suffered from all of this. However, his parents-in-law, who were aware of the situation, always supported him. He had excellent relations with them: he got on particularly well with his mother-in-law, who referred to him as the "gentle giant". His relations with his father-in-law were more distant, but still very good. In fact, a supper at their home was planned for May 24 to discuss the respondent's

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Cory rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident en partie)—Le 24 mai 1987, aux petites heures du matin, l'intimé, âgé de 23 ans, a attaqué ses beaux-parents, Barbara Ann et Denis Woods, tuant sa belle-mère avec un couteau de cuisine et blessant grièvement son beau-père. L'incident a eu lieu chez ses beaux-parents, alors endormis dans leur lit. Leur résidence est située à 23 km de celle de l'intimé, qui s'y est rendu en voiture. Immédiatement après l'incident, l'intimé s'est rendu au poste de police voisin, toujours au volant de sa voiture. Il a déclaré aux policiers ((1990), 56 C.C.C. (3d) 449, à la p. 458):

[TRADUCTION] Je viens de tuer quelqu'un à mains nues; oh mon Dieu! je viens de tuer quelqu'un; je viens de tuer deux personnes; mon Dieu! je viens de tuer deux personnes de mes mains; mon Dieu! je viens de tuer deux personnes. Mes mains; je viens de tuer deux personnes. Je les ai tuées; je viens de tuer deux personnes; je viens de tuer ma belle-mère et mon beau-père. Je les ai poignardés et battus mortellement. C'est entièrement de ma faute.

Au procès, l'intimé a présenté une défense d'automatisme, affirmant qu'au moment où les incidents se sont produits, il était en état de somnambulisme. L'intimé a toujours dormi très profondément et éprouvé beaucoup de difficulté à se réveiller. L'année qui a précédé les événements avait été particulièrement stressante pour l'intimé. Coordinateur de projet pour Revere Electric, il devait travailler dix heures par jour. De plus, l'été précédent, l'intimé avait parié sur des courses de chevaux, ce qui lui avait causé des difficultés financières. Pour se procurer de l'argent, il avait également volé quelque 30 000 \$ à son employeur. Au mois de mars suivant, son patron, s'étant aperçu du vol, l'avait congédié. Des procédures judiciaires avaient été engagées contre lui à cet égard. Sa vie personnelle avait souffert de tout ceci. Cependant, ses beaux-parents, qui étaient au courant de sa situation, l'avaient toujours appuyé. Il entretenait avec eux d'excellentes relations; il s'entendait particulièrement bien avec sa belle-mère qui l'appelait le «gentil géant». Ses relations avec son beau-père étaient moins chaleureuses, mais quand même très bonnes. Un souper



problems and the solutions he intended to suggest. Additionally, several members of his family suffer or have suffered from sleep problems such as sleepwalking, adult enuresis, nightmares and sleeptalking.

The respondent was charged with the first degree murder of Barbara Ann Woods and the attempted murder of Denis Woods.

The trial judge chose to put only the defence of automatism to the jury, which first acquitted the respondent of first degree murder and then of second degree murder. The judge also acquitted the respondent of the charge of attempted murder for the same reasons. The Court of Appeal unanimously upheld the acquittal.

#### Judgments Below

*Court of Appeal* (1990), 56 C.C.C. (3d) 449

The Court of Appeal affirmed the trial judgment, holding that the trial judge had properly put the defence of automatism rather than a defence of insanity to the jury. The Court of Appeal relied on the definition of "disease of the mind" by Dickson J. (as he then was) in *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149, at p. 1159:

In summary, one might say that in a legal sense "disease of the mind" embraces any illness, disorder or abnormal condition which impairs the human mind and its functioning, excluding however, self-induced states caused by alcohol or drugs, as well as transitory mental states such as hysteria or concussion.

Galligan J.A. concluded from this that for there to be a "disease of the mind" within the meaning of s. 16(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46), "the impairment of the mind" must be caused by illness, a disorder or an abnormal condition. The court, at p. 468, held that it was not sleepwalking which created the state of mind in which the respondent found him-

était d'ailleurs prévu chez eux le 24 mai pour discuter des difficultés de l'intimé et des solutions qu'il entendait proposer. Par ailleurs, plusieurs membres de sa famille ressentent ou ont ressenti des troubles de sommeil, tels le somnambulisme, l'énurésie adulte, les cauchemars et le fait de parler pendant le sommeil.

L'intimé a été accusé de meurtre au premier degré sur la personne de Barbara Ann Woods et de tentative de meurtre de Denis Woods.

Le juge du procès a choisi de ne présenter que la défense d'automatisme au jury qui a acquitté l'intimé de meurtre au premier degré dans un premier temps, puis de meurtre au second degré dans un deuxième temps. Le juge a également acquitté l'intimé de l'accusation de tentative de meurtre pour les mêmes motifs. La Cour d'appel a unanimement maintenu l'acquittement.

#### Jugements en instance inférieure

*Cour d'appel* (1990), 56 C.C.C. (3d) 449

La Cour d'appel a confirmé le jugement de première instance en statuant que le juge du procès avait correctement présenté au jury la défense d'automatisme plutôt que la défense d'aliénation mentale. La Cour d'appel s'est basée sur la définition de «maladie mentale» du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, à la p. 1159:

En bref, on pourrait dire qu'au sens juridique, «maladie mentale» comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion.

Le juge Galligan en a déduit que pour qu'il y ait une «maladie mentale» au sens du par. 16(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46), l'«atteinte à la raison» doit être causée par une maladie, un trouble ou un état anormal. La cour, à la p. 468, a statué que ce n'était pas le somnambulisme qui créait l'état d'esprit dans lequel se trouvait l'intimé au moment de

self at the time of the incident, but sleep, and sleep is a normal condition:

Accepting the medical evidence, the respondent's mind and its functioning must have been impaired at the relevant time but sleep-walking did not impair it. The cause was the natural condition, sleep.

Accordingly, in Galligan J.A.'s view, for a defence of insanity to have been left with the jury the Crown would have had to present evidence that sleepwalking was the cause of the respondent's state of mind. That is not what the court held. The Court of Appeal therefore dismissed the appeal.

### Issue

Did the Ontario Court of Appeal err in law in holding that the condition of sleepwalking should be classified as non-insane automatism resulting in an acquittal instead of being classified as a "disease of the mind" (insane automatism), giving rise to the special verdict of not guilty by reason of insanity?

### Analysis

This Court has only ruled on sleepwalking in an *obiter dictum* in *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513. The Court found that sleepwalking was not a "disease of the mind" in the legal sense of the term and gave rise to a defence of automatism. Should the Court maintain this position?

In *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979) automatism is defined as follows:

Behavior performed in a state of mental unconsciousness or dissociation without full awareness, *i.e.*, somnambulism, fugues. Term is applied to actions or conduct of an individual apparently occurring without will, purpose, or reasoned intention on his part; a condition sometimes observed in persons who, without being actually insane, suffer from an obscuration of the mental faculties, loss of volition or of memory, or kindred affections . . . .

In *Rabey* this Court affirmed the judgment of the Ontario Court of Appeal (1977), 37 C.C.C. (2d)

l'incident, mais le sommeil; or, le sommeil est une condition normale:

[TRADUCTION] Selon la preuve médicale, la raison de l'intimé a dû être atteinte dans son fonctionnement à l'époque concernée, mais le somnambulisme ne l'a pas affaibli. La cause en était l'état naturel, le sommeil.

Donc, de l'avis du juge Galligan, pour qu'une défense d'aliénation puisse être présentée au jury, la Couronne devait mettre en preuve que le somnambulisme était la cause de l'état d'esprit de l'intimé. Or, ce n'est pas ce que la cour a conclu. La Cour d'appel a donc rejeté l'appel.

### c Question en litige

La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en statuant qu'il fallait considérer l'état de somnambulisme comme un automatisme sans aliénation mentale entraînant un acquittement au lieu de le considérer comme une «maladie mentale» (automatisme associé à l'aliénation mentale), donnant lieu au verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale?

### Analyse

En ce qui a trait au somnambulisme, notre Cour ne s'est prononcée que dans un *obiter dictum* dans l'arrêt *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513. Notre Cour a conclu que le somnambulisme n'était pas une «maladie mentale» au sens juridique du terme et qu'il donnait lieu à une défense d'automatisme. La Cour doit-elle maintenir cette position?

Dans le *Black's Law Dictionary* (5<sup>e</sup> éd. 1979), l'automatisme est défini comme suit:

[TRADUCTION] Comportement manifesté dans un état d'inconscience ou de dissociation mentale sans pleine conscience, c'est-à-dire le somnambulisme, les fugues. Ce terme s'applique aux actes ou à la conduite d'une personne qui se produisent apparemment sans volonté, but ou intention raisonnée de sa part; un état parfois observé chez les personnes qui, sans être vraiment aliénées, souffrent d'un obscurcissement des facultés mentales, de pertes de la volonté ou de la mémoire, ou de maladies similaires . . .

Dans l'arrêt *Rabey*, notre Cour a confirmé le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1977),

461, in which Martin J.A. defined the expression "disease of the mind" at pp. 472-73:

"Disease of the mind" is a legal term, not a medical term of art; although a legal concept, it contains a substantial medical component as well as a legal or policy component.

The legal or policy component relates to (a) the scope of the exemption from criminal responsibility to be afforded by mental disorder or disturbance, and (b) the protection of the public by the control and treatment of persons who have caused serious harms while in a mentally disordered or disturbed state. The medical component of the term, generally, is medical opinion as to how the mental condition in question is viewed or characterized medically. Since the medical component of the term reflects or should reflect the state of medical knowledge at a given time, the concept of "disease of the mind" is capable of evolving with increased medical knowledge with respect to mental disorder or disturbance.

As Martin J.A. pointed out at p. 477, Canadian and foreign courts and authors have recognized that sleepwalking is not a disease of the mind:

Sleep-walking appears to fall into a separate category. Unconscious behaviour in a state of somnambulism is non-insane automatism . . .

In Canada, see also *R. v. Hartridge*, [1967] 1 C.C.C. 346 (Sask. C.A.).

In Britain, Lord Denning in *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386, at p. 409, recognized that sleepwalking gave rise to a defence of automatism:

No act is punishable if it is done involuntarily: and an involuntary act in this context—some people nowadays prefer to speak of it as "automatism"—means an act which is done by the muscles without any control by the mind, such as a spasm, a reflex action or a convulsion; or an act done by a person who is not conscious of what he is doing, such as an act done whilst suffering from concussion or whilst sleep-walking.

37 C.C.C. (2d) 461, aux pp. 472 et 473, dans lequel le juge Martin définissait comme suit l'expression «maladie mentale»:

[TRADUCTION] «Maladie mentale» est une expression juridique, non une expression du vocabulaire médical; bien que ce soit une notion juridique, elle renferme un élément médical important ainsi qu'un élément juridique ou de principe.

L'élément juridique ou de principe se rapporte a) à la portée de la dérogation à la responsabilité criminelle pour trouble mental et b) à la protection du public par la surveillance et le traitement des personnes qui ont causé des préjudices graves pendant qu'elles étaient dans un état de trouble mental. L'élément médical de l'expression est généralement un avis médical quant à la façon de considérer ou de classer l'état mental en question sur le plan médical. Vu que l'élément médical de l'expression reflète ou devrait refléter l'état des connaissances médicales à une époque donnée, la notion de «maladie mentale» peut évoluer avec l'accroissement des connaissances médicales en ce qui concerne le trouble mental.

Comme l'a souligné le juge Martin, la jurisprudence et la doctrine canadiennes et étrangères reconnaissent que le somnambulisme n'est pas une maladie mentale (à la p. 477):

[TRADUCTION] Le somnambulisme paraît entrer dans une catégorie distincte. Le comportement inconscient manifesté dans un état de somnambulisme est un automatisme sans aliénation mentale. . .

Voir également l'arrêt canadien *R. c. Hartridge*, [1967] 1 C.C.C. 346 (C.A. Sask.).

En Angleterre, Lord Denning, dans l'arrêt *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386, à la p. 409, a reconnu que le somnambulisme donnait lieu à une défense d'automatisme:

[TRADUCTION] Aucun acte n'est punissable s'il est accompli indépendamment de la volonté; dans ce contexte, l'expression acte involontaire—on préfère aujourd'hui parler d'«automatisme»—désigne une activité musculaire indépendante de la volonté, tel un spasme, un réflexe ou une convulsion; ou un acte accompli par une personne qui n'a pas conscience de ce qu'elle fait, tel un acte accompli alors qu'elle souffre d'une commotion ou qu'elle est dans un état de somnambulisme.

Other foreign decisions have recognized the same principle: *Ryan v. The Queen* (1967), 40 A.L.J.R. 488; *R. v. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *R. v. Ngang*, [1960] 3 S.A.L.R. 363; *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168; *H. M. Advocate v. Fraser* (1878), 4 Couper 70.

However, two British decisions seem to go against this line of authority: *R. v. Sullivan*, [1983] 2 All E.R. 673, and *R. v. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769. The comment in *Sullivan* at p. 677 was *obiter*, since the case concerned epilepsy:

If the effect of a disease is to impair these faculties so severely as to have either of the consequences referred to in the latter part of the [*M'Naghten*] rules, it matters not whether the aetiology of the impairment is organic, as in epilepsy, or functional, or whether the impairment itself is permanent or is transient and intermittent, provided that it subsisted at the time of commission of the act.

Some writers have interpreted this *obiter* as an indication that future cases of sleepwalking would only lead to a defence of insanity:

Although sleep-walkers have always received an absolute acquittal for what they do, no social inconvenience has hitherto resulted. There seems to be no recorded instance of a sleep-walker doing injury a further time after being acquitted. However, since the decision in *Sullivan*, to be discussed in the next section, it seems very likely that sleepwalkers will in future find themselves saddled with an insanity verdict.

(Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 666.)

However, the evidence in the case at bar does not indicate the presence of an illness. Accordingly, I do not believe that this *obiter* can be applied to sleepwalking cases such as that of Mr. Parks. *Burgess* cannot be applied here for the same reason, but we will return to it later.

D'autres décisions étrangères ont reconnu le même principe: *Ryan c. The Queen* (1967), 40 A.L.J.R. 488; *R. c. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *R. c. Ngang*, [1960] 3 S.A.L.R. 363; *R. c. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168; *H. M. Advocate c. Fraser* (1878), 4 Couper 70.

Deux décisions britanniques semblent cependant aller à l'encontre de ce courant jurisprudentiel: *R. c. Sullivan*, [1983] 2 All E.R. 673, et *R. c. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769. Dans le cas de l'arrêt *Sullivan*, à la p. 677, la remarque était incidente puisqu'il était question d'épilepsie:

[TRADUCTION] Si une maladie a pour effet d'affaiblir ces facultés au point d'entraîner l'une ou l'autre des conséquences mentionnées dans la deuxième partie des règles [de *M'Naghten*], il est sans importance que les causes mêmes de l'affaiblissement soient organiques, comme dans l'épilepsie, ou fonctionnelles, ou que l'affaiblissement lui-même soit permanent ou soit passager et intermittent, pourvu qu'il existât au moment de la perpétration de l'acte.

Certains auteurs ont vu dans cette observation incidente une indication que les cas de somnambulisme subséquents ne donneraient lieu qu'à une défense d'aliénation mentale:

[TRADUCTION] Bien que les personnes souffrant de somnambulisme aient toujours été acquittées entièrement de leurs actes, il n'en est résulté aucun inconvénient sur le plan social. On ne semble avoir retenu aucun cas où une personne souffrant de somnambulisme ait causé un préjudice de nouveau après avoir été acquittée. Toutefois, depuis l'arrêt *Sullivan*, qui sera étudié dans la prochaine section, il semble très probable que les personnes souffrant de somnambulisme se verront imposer à l'avenir un verdict d'aliénation mentale.

(Williams, *Textbook of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 666.)

Toutefois, en l'espèce, la preuve n'indique pas l'existence d'une maladie. Je ne crois donc pas que cette opinion incidente puisse s'appliquer aux cas de somnambulisme comme celui de M. Parks. L'arrêt *Burgess* ne peut s'appliquer ici pour la même raison, mais nous y reviendrons plus loin.

The following scholarly analysis may be consulted: Côté-Harper, Manganas, Turgeon, *Droit pénal canadien* (3rd ed. 1989), at p. 473; Martin, "Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law", in Hucker, Webster and Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), at p. 23; Mewett and Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 301; Gillies, *Criminal Law* (1985), at p. 205, *Howard's Criminal Law* (5th ed. 1990), at pp. 424-25; Smith and Hogan, *Criminal Law* (6th ed. 1988), at pp. 40 and 42; Williams, *supra*, at pp. 665-66; Fairall, "Automatism", [1981] 5 *Crim. L.J.* 335, at pp. 341-42, Weller, "Perchance to Dream" (1987), 137 *New L.J.* 52.

In the case at bar the trial judge first reviewed the case law and scholarly analysis and said he did not intend to go against it:

In *Rabey*, *supra*, Martin J.A. considered somnambulism or sleep-walking to be a special category or case of non-insane automatism, one that perhaps could not be justified in accordance with a strict application of principles invoked to determine whether a condition from which an accused suffers amounts to "a disease of the mind" within s-s. 16(2) of the *Criminal Code*. Quite simply put, and notwithstanding that the observations concerning the legal characterization of sleep-walking as a separate category of non-insane automatism would not appear to have been necessary to a decision of the issue on appeal in *Rabey*, *supra*, I am not prepared to depart from the pronouncement of such an eminent authority as Martin J.A. on matters concerning the scope of criminal responsibility. The statement there made is, as one might expect, amply supported by the jurisprudence and academic writings upon the issue.

He then considered the facts of the instant case:

In the circumstances of the present case, it is doubtful whether the sleep disorder from which the accused suffers would constitute a disease of the mind under s-s. 16(2) in accordance with general principle.

I therefore propose to review the evidence in this matter. A large part of the defence evidence in this case was medical evidence. Five physicians

En ce qui concerne la doctrine, on peut se référer aux ouvrages suivants: Côté-Harper, Manganas, Turgeon, *Droit pénal canadien* (3<sup>e</sup> éd. 1989), à la p. 473, Martin, «Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law», dans Hucker, Webster et Ben-Aron, dir., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), à la p. 23, Mewett et Manning, *Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1985), à la p. 301, Gillies, *Criminal Law* (1985), à la p. 205, *Howard's Criminal Law* (5<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 424 et 425, Smith et Hogan, *Criminal Law* (6<sup>e</sup> éd. 1988), aux pp. 40 et 42, Williams, *op. cit.*, aux pp. 665 et 666, Fairall, «Automatism», [1981] 5 *Crim. L.J.* 335, aux pp. 341 et 342, Weller, «Perchance to Dream» (1987), 137 *New L.J.* 52.

En l'espèce, le juge du procès a d'abord passé en revue la jurisprudence et la doctrine, puis a déclaré ne pas vouloir s'y opposer:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Rabey*, précité, le juge Martin a considéré que le somnambulisme constituait une catégorie spéciale de cas d'automatisme sans aliénation mentale, catégorie qui ne se justifierait peut-être pas en conformité avec l'application stricte des principes invoqués pour déterminer si un état dont souffre un accusé équivaut à une «maladie mentale» au sens du par. 16(2) du *Code criminel*. Plus simplement, et bien que les observations concernant la qualification juridique du somnambulisme comme une catégorie distincte d'automatisme sans aliénation mentale ne semblent pas avoir été nécessaires pour décider de l'appel dans *Rabey*, précité, je ne suis pas disposé à m'écarter de la déclaration faite par une autorité éminente comme le juge Martin sur des questions relatives à la portée de la responsabilité criminelle. La déclaration faite s'appuie amplement, comme on pourrait s'y attendre, sur la jurisprudence et sur les écrits des universitaires sur la question.

Il a ensuite considéré les faits de la présente affaire:

[TRADUCTION] Dans les circonstances de la présente affaire, il est douteux que les troubles du sommeil dont souffre l'accusé constituent une maladie mentale au sens du par. 16(2) conformément au principe général.

Je me propose donc de revoir la preuve en l'espèce. Une grande partie de la preuve de la défense se composait d'expertises médicales. Cinq méde-

were heard: Dr. Roger James Broughton, a neurophysiologist and specialist in sleep and sleep disorders, Dr. John Gordon Edmeads, a neurologist, Dr. Ronald Frederick Billings, a psychiatrist, Dr. Robert Wood Hill, a forensic psychiatrist, and finally, Dr. Frank Raymond Ervin, a neurologist and psychiatrist.

The medical evidence in the case at bar showed that the respondent was in fact sleepwalking when he committed the acts with which he is charged. All the expert witnesses called by the defence said that in their opinion Parks was sleepwalking when the events occurred. This is what Dr. Broughton said:

Q. . . . assuming for a moment that Mr. Parks caused the death of Barbara Woods, did you, sir, reach an opinion as to his condition at the time he caused that death?

A. Yes. My opinion is that he did it during a sleepwalking episode.

Though sceptical at the outset, the expert witnesses unanimously stated that at the time of the incidents the respondent was not suffering from any mental illness and that, medically speaking, sleepwalking is not regarded as an illness, whether physical, mental or neurological:

Q. Dr. Billings, just a couple more questions. In conclusion, if I can bring you to some global conclusion for a moment, and leaving aside sleepwalking itself, on May the 24th is it your opinion, or do you have an opinion as to whether or not Mr. Parks suffered from any mental illness?

A. On May 24th?

Q. Yes.

A. No.

Q. Dealing now with sleepwalking, from the perspective of general psychiatry, is sleepwalking viewed as a neurological disease?

A. From a psychiatrist's point of view?

Q. Yes, from a psychiatrist's point of view.

A. No.

cins ont été entendus: D<sup>r</sup> Roger James Broughton, neurophysiologiste, spécialiste du sommeil et des troubles du sommeil, D<sup>r</sup> John Gordon Edmeads, neurologue, D<sup>r</sup> Ronald Frederick Billings, psychiatre, D<sup>r</sup> Robert Wood Hill, psychiatre médico-légal et finalement, D<sup>r</sup> Frank Raymond Ervin, neurologue et psychiatre.

En l'espèce, la preuve médicale a démontré que l'intimé était effectivement en état de somnambulisme lorsqu'il a commis les actes qu'on lui reproche. Tous les experts appelés par la défense se sont dit persuadés que Parks était somnambule quand les événements se sont produits. Voici ce qu'a dit le D<sup>r</sup> Broughton:

[TRADUCTION] Q. . . . à supposer pendant un instant que M. Parks ait causé la mort de Barbara Woods, vous êtes-vous fait, Monsieur, une opinion sur son état au moment où il causé cette mort?

R. Oui. Je suis d'avis qu'il l'a fait durant un épisode de somnambulisme.

Bien que sceptiques au début, les experts ont été unanimes à affirmer qu'au moment des incidents, l'intimé ne souffrait d'aucune maladie mentale et que, du point de vue médical, le somnambulisme n'est pas considéré comme une maladie, ni physique, ni mentale, ni neurologique:

[TRADUCTION] Q. D<sup>r</sup> Billings, seulement quelques questions de plus. En conclusion, si je peux vous amener à une conclusion générale pendant un instant, et en laissant de côté le somnambulisme lui-même, êtes-vous d'avis ou y a-t-il lieu de croire que le 24 mai M. Parks souffrait d'une maladie mentale?

R. Le 24 mai?

Q. Oui.

R. Non.

Q. Si l'on tient compte maintenant du somnambulisme, du point de vue de la psychiatrie générale, le somnambulisme est-il considéré comme une maladie neurologique?

R. Du point de vue d'un psychiatre?

Q. Oui, du point de vue d'un psychiatre.

R. Non.

Q. Is it viewed as something that is causally related to mental illness?

A. Can cause mental illness?

Q. No. Is sleepwalking—

A. —a result of mental illness?

Q. —a result of mental illness?

A. No.

Q. Is sleepwalking a part of any mental illness?

A. No.

Q. In your opinion, Dr. Billings, is sleepwalking a disease of the mind?

A. No, I would not call it a disease.

They also unanimously stated that a person who is sleepwalking cannot think, reflect or perform voluntary acts:

Q. Is there any evidence that a person could formulate a plan while they were awake and then in some way ensure that they carry it out in their sleep?

A. No, absolutely not. No. Probably the most striking feature of what we know of what goes on in the mind during sleep is that it's very independent of waking mentation in terms of its objectives and so forth. There is a lack of control of directing our minds in sleep compared to wakefulness. In the waking state, of course, we often voluntarily plan things, what we call volition—that is, we decide to do this as opposed to that—and there is no evidence that this occurs during the sleepwalking episode. There usually is—well, they are precipitated. They are part of an arousal, an incomplete arousal process during which all investigators have concluded that volition [*sic*] is not present.

. . .

Q. And assuming he was sleepwalking at the time, would he have the capacity to intend?

A. No.

Q. Would he have appreciated what he was doing?

Q. Est-ce considéré comme ayant un rapport causal avec la maladie mentale?

R. Qui peut causer une maladie mentale?

a Q. Non. Le somnambulisme est-il—

R. —une conséquence de la maladie mentale?

Q. —une conséquence de la maladie mentale?

b R. Non.

Q. Le somnambulisme fait-il partie d'une maladie mentale?

R. Non.

c Q. D'après vous, D<sup>r</sup> Billings, le somnambulisme est-il une maladie mentale?

R. Non, je n'appellerais pas cela une maladie.

d Ils ont également unanimement affirmé qu'une personne en état de somnambulisme ne peut penser, réfléchir ou faire des actes volontaires:

[TRADUCTION] Q. Existe-t-il quelque preuve selon laquelle une personne pourrait échauffer un plan pendant qu'elle est éveillée et faire en sorte de l'exécuter pendant son sommeil?

R. Non, absolument pas. Non. Probablement la chose la plus frappante que nous sachions au sujet de ce qui se passe dans le cerveau durant le sommeil est que c'est tout à fait indépendant de l'activité mentale durant l'état de veille en ce qui a trait à ses objectifs et ainsi de suite. À la différence de l'état de veille, nous ne pouvons pas diriger notre esprit durant le sommeil. Durant l'état de veille, naturellement, nous planifions souvent volontairement des choses, ce que nous appelons la volition—c'est-à-dire que nous décidons de faire ceci par opposition à cela—et il n'existe aucune preuve selon laquelle cela se produit pendant l'épisode de somnambulisme. Il y a habituellement—bien, elles sont précipitées. Elles font partie d'une excitation, d'un processus incomplet d'excitation durant lequel, selon tous les chercheurs, la volition est absente.

i

. . .

Q. Et à supposer qu'il ait été en état de somnambulisme à ce moment, était-il capable d'avoir une intention?

j R. Non.

Q. Aurait-il évalué ce qu'il était en train de faire?

A. No, he would not.

Q. Would he have understood the consequences of what he was doing?

A. No, he would not.

Q. Would he have been able to stop what he was doing?

A. No, I do not believe that he would. I think it would all have been an unconscious activity, uncontrolled and unmeditated.

The evidence also disclosed that sleepwalking was very common, almost universal, among children, and that 2 to 2.5% of "normal" adults had sleepwalked at least once. Dr. Hill further noted that he found it significant that there were several sleepwalkers in the respondent's family:

Thirdly, I think, as I indicated, it turns out, as enquiries are made more and more, that there is a significant history in the background family of Mr. Parks of difficulties, of bedwetting difficulties, of sleepwalking and sleepwalking, that is in keeping with what we know about the phenomena of sleepwalking. We know that there are often family members so affected and that was present.

Dr. Broughton, for his part, indicated that he had never known of sleepwalkers who had acted violently who had repeated this kind of behaviour:

Q. Yes. Now, with respect to Mr. Parks, do you have any opinion, sir, as to the probability of a recurrence of an event of sleepwalking with serious aggression involving physical harm to others?

A. I think the risk of that is infinitesimal, I don't think it would exceed the risk of the general population almost. He has the family predisposition to sleepwalk, but it would only be in the likelihood of all precipitating and extenuating and so forth factors that built up to this crisis that would theoretically have to almost reappear.

Q. And even if they were to reappear, would there be any probability of another homicidal event?

A. It would still—As I say, there are no reported cases in the literature, so there is essentially—The

R. Non, il n'aurait pas pu.

Q. Aurait-il compris les conséquences de ce qu'il était en train de faire?

a R. Non, il n'aurait pas pu.

Q. Aurait-il été capable d'arrêter ce qu'il était en train de faire?

R. Non, je ne crois pas qu'il aurait pu. Je pense que tout cela aurait été une activité inconsciente, non contrôlée et non préméditée.

La preuve a également révélé que le somnambulisme était très courant, presque universel, chez les enfants, et que 2 à 2,5 % des adultes «normaux» avaient déjà été somnambules au moins une fois. Le D<sup>r</sup> Hill a souligné de plus qu'il a trouvé significatif que la famille de l'intimé comporte plusieurs somnambules:

d [TRADUCTION] Troisièmement, je crois, ainsi que je l'ai mentionné, qu'un surcroît de recherches a révélé des antécédents importants dans la famille de M. Parks en ce qui concerne les problèmes, les problèmes d'énurésie, de bavardage durant le sommeil et de somnambulisme, ce qui s'accorde avec ce que nous savons au sujet des phénomènes du somnambulisme. Nous savons qu'il y a souvent des membres d'une même famille qui sont ainsi touchés et c'était alors le cas.

f Pour sa part, le D<sup>r</sup> Broughton a indiqué qu'il n'avait jamais eu connaissance de somnambules qui avaient agi avec violence et qui avaient répété ce genre de comportement:

g [TRADUCTION] Q. Oui. Maintenant, en ce qui concerne M. Parks, quel est, selon vous, Monsieur, le risque qu'un épisode de somnambulisme puisse se répéter et entraîner des voies de fait graves occasionnant des lésions corporelles à d'autres personnes?

h R. Je crois que ce risque est infinitésimal, je ne crois pas que cela dépasserait le risque existant dans la population en général. Il a des prédispositions familiales en ce qui concerne le somnambulisme, mais ce serait seulement selon les probabilités que les facteurs accélérateurs et atténuants, etc. (qui ont abouti à cette crise) en théorie réapparaissent presque tous.

Q. Et même s'ils devaient réapparaître, y aurait-il un risque que survienne un autre homicide?

j R. Il y en aurait encore un—Comme je le dis, il n'existe pas de cas qui ait été rapporté, il y a donc essen-



probability of it occurring is not statistically significant. It is just absolutely improbable.

In cross-examination he also added that sleepwalking episodes in which violent acts are committed are not common:

Q. And does that, in fact, agree with your own experience with respect to people that you have dealt with at the sleep lab and have seen over the years, that the majority of sleepwalking episodes generally involve what you call trivial behaviour?

A. It is well known that aggression during sleepwalking is quite rare.

Q. How many cases of aggression during sleepwalking have you personally dealt with or been involved with at your sleep lab?

A. In the last—Perhaps a total of five or six. In the last five years we have seen three.

Further, on being questioned about a cure or treatment, Dr. Broughton answered that the solution was sleep hygiene, which involved eliminating factors that precipitated sleepwalking such as stress, lack of sleep and violent physical exercise:

Q. And with respect to the sleepwalking phenomenon you have described or the disorder or arousal you have seen, is there any treatment available?

A. Yes. There are a number of treatment approaches that are used for sleepwalking. It's not a type of condition where there is one sort of universally applied treatment.

Q. And can you give us an example of what kind of treatments are available?

A. There is no specific, let's say pill or specific medication that you can give which will eradicate the sleepwalking. The best treatment procedure generally is to try an [*sic*] avoid precipitating factors, to stabilize sleep, to avoid sleep deprivation, the various things that - medication that might lead to an attack and so forth.

tiellement un risque—Le risque que cela se produise n'est pas élevé sur le plan statistique. Il est tout simplement improbable.

En contre-interrogatoire, il a également ajouté que la perpétration d'actes violents au cours d'épisodes de somnambulisme n'était pas chose courante:

[TRADUCTION] Q. Et, de fait, cela est-il conforme à votre expérience personnelle en ce qui concerne les gens que vous avez traités au laboratoire sur le sommeil et avez vus au cours des années, que la majorité des épisodes de somnambulisme impliquent en général ce que vous appelez un comportement sans gravité?

R. Il est bien connu que les voies de fait commises durant un épisode de somnambulisme sont très rares.

Q. Combien de cas de voies de fait durant un épisode de somnambulisme avez-vous traités ou connus personnellement à votre laboratoire sur le sommeil?

R. Dans le passé—Peut-être cinq ou six en tout. Nous en avons vu trois au cours des cinq dernières années.

De plus, interrogé sur une cure ou un traitement, le Dr Broughton a répondu que la solution résidait dans une hygiène du sommeil qui consisterait à éliminer les facteurs déclencheurs du somnambulisme tels le stress, le manque de sommeil et l'exercice physique violent:

[TRADUCTION] Q. Et en ce qui concerne le phénomène de somnambulisme que vous avez décrit ou le trouble ou l'excitation que vous avez vus, existe-t-il un traitement?

R. Oui. Il y a un certain nombre de méthodes de traitement qui sont utilisées dans le cas du somnambulisme. Ce n'est pas un genre d'état où il existe une sorte de traitement qui s'applique universellement.

Q. Et pouvez-vous nous donner un exemple du genre de traitements qui sont disponibles?

R. Il n'y a pas de pilule précise ou de médicament précis que vous puissiez donner pour éliminer le somnambulisme. La meilleure méthode de traitement en général est d'essayer d'éviter les facteurs accélérateurs, de stabiliser le sommeil, d'éviter le manque de sommeil, les diverses choses qui - les médicaments qui pourraient aboutir à une attaque et ainsi de suite.

Q. Are the regimes for stabilizing sleep, etc., complicated regimes or are they . . .

A. No, no, they are not. They are basically simple sleep hygiene and rules.

Q. And what do you mean by sleep hygiene?

A. Well, going to bed at a regular hour, getting sufficient sleep, having availability of sufficient exercise and so on that you are tired enough at the end of the day that your body wants to go to sleep, avoiding getting overweight and obese and things that could impair sleep, avoiding alcohol.

Dr. Ervin in his turn stated that during the slow wave sleep stage the cortex, which is the part of the brain that controls thinking and voluntary movement, is essentially in coma. When a person is sleepwalking, the movements he makes are controlled by other parts of the brain and are more or less reflexive:

We put our recording electrodes on the top of the head after all so we are looking at the cortical matter and what is happening there. That part of the brain is effectively in coma, that is, it is highly synchronized, very slow. It looks like the ocean waves rolling along, suggesting that all those nerve cells are no longer doing their busy integrated—or they are cut off. They are not working. What is left? What is left is those deep structures evolved some time back, evolved very competently in lower animals to handle the whole set of problems of moving about in the world and responding to stimuli reflexly [*sic*] more or less, going places, eating things, doing things and so on.

Three very important points emerge from this testimony: (1) the respondent was sleepwalking at the time of the incident; (2) sleepwalking is not a neurological, psychiatric or other illness: it is a sleep disorder very common in children and also found in adults; (3) there is no medical treatment as such, apart from good health practices, especially as regards sleep. It is important to note that this expert evidence was not in any way contradicted by the prosecution, which as the trial judge observed did have the advice of experts who were

Q. Les régimes visant à stabiliser le sommeil, etc., sont-ils des régimes compliqués ou sont-ils . . .

R. Non, non, ils ne le sont pas. Ce sont fondamentalement des règles simples d'hygiène du sommeil.

Q. Et que voulez-vous dire par hygiène du sommeil?

R. Bien, aller au lit à une heure régulière, prendre suffisamment de sommeil, faire suffisamment d'exercice et ainsi de suite, de sorte qu'à la fin de la journée vous soyez assez fatigués pour que votre corps veuille dormir, éviter l'obésité et les choses qui pourraient porter atteinte à votre sommeil, éviter l'alcool.

Le Dr Ervin, quant à lui, a affirmé que pendant la phase du sommeil d'ondes lentes, le cortex, qui est la partie du cerveau qui contrôle la pensée et les mouvements volontaires, est essentiellement en coma. Lorsqu'une personne est somnambule, ses mouvements sont contrôlés par d'autres parties du cerveau et sont plus ou moins des réflexes:

[TRADUCTION] Nous plaçons nos électrodes d'enregistrement sur le dessus de la tête, et nous observons ainsi le cortex et ce qui s'y passe. Cette partie du cerveau est effectivement dans le coma, c'est-à-dire qu'elle est hautement synchronisée, très lente. Elle ressemble aux vagues de l'océan qui roulent, ce qui laisse entendre que toutes les cellules nerveuses ne sont plus en train d'accomplir leur tâche—ou qu'elles sont débranchées. Elles ne travaillent pas. Que reste-t-il? Ce qui reste, ce sont ces structures profondes élaborées dans le passé, assez élaborées chez les animaux inférieurs pour résoudre toute la série de problèmes consistant à se mouvoir dans l'univers, à répondre aux stimuli par réflexe, plus ou moins, à se déplacer, à manger, à faire des choses et ainsi de suite.

Trois éléments fort importants se dégagent de ces témoignages: 1) l'intimé était en état de somnambulisme au moment de l'incident; 2) le somnambulisme n'est pas une maladie neurologique, psychiatrique ou autre. Il s'agit d'un trouble du sommeil très fréquent chez les enfants que l'on rencontre également chez les adultes; 3) il n'existe aucun traitement médical comme tel, si ce n'est une bonne hygiène de vie, particulièrement en ce qui concerne le sommeil. Il est important de noter que cette preuve d'expert n'a été aucunement contredite par la poursuite qui, comme l'a remarqué le juge du procès, était pourtant conseillée par des experts qui ont assisté aux témoignages des experts

present during the testimony given by the defence experts and whom it chose not to call.

The Crown, for its part, relied on a decision of the English Court of Appeal, *R. v. Burgess, supra*,<sup>a</sup> in which the Court held that sleepwalking was a mental illness. It is worth noting here, however, that the evidence in *Burgess* was completely different from or even contradictory to that presented in the case at bar.<sup>b</sup>

The facts in *Burgess* are more or less similar to those at issue here. Burgess and a friend fell asleep watching a video. The friend woke up when she felt a blow on the head. Burgess was facing her, holding the video recorder in the air, about to strike her on the head with it, and he did so. Burgess, who woke up immediately after the incident, testified that he did not remember having hit her.<sup>d</sup> He presented a defence of automatism, which the judge rejected. He was acquitted on grounds of insanity and appealed this judgment. Nevertheless, while the facts are similar the medical evidence was very different. Expert witnesses were called. The first witness, a Dr. D'Orban, agreed that Burgess was sleepwalking, but regarded this as a pathological condition. Another expert, called by the Crown, Dr. Fenwick, said that in his opinion this was not sleepwalking but a "hysterical dissociative state". The following is a passage from this judgment at pp. 775-76 which states the situation very clearly:<sup>e</sup>

One turns then to examine the evidence upon which the judge had to base his decision and for this purpose the two medical experts called by the defence are the obvious principal sources. Dr d'Orban in examination-in-chief said:<sup>h</sup>

'On the evidence available to me, and subject to the results of the tests when they became available, I came to the same conclusion as Dr Nicholas and Dr Eames, whose reports I had read, and that was that (the appellant's) actions had occurred during the course of a sleep disorder.'<sup>i</sup>

He was asked . . . . in cross-examination:

cités par la défense et qu'elle a choisi de ne pas faire entendre.

Pour sa part, le ministère public s'est appuyé sur l'arrêt *R. c. Burgess*, précité, de la Cour d'appel de l'Angleterre, dans lequel il est déclaré que le somnambulisme est une maladie mentale. Il est toutefois important de noter ici que la preuve présentée dans l'affaire *Burgess* était totalement différente de celle produite en l'espèce, voire même opposée.<sup>b</sup>

Les faits de l'affaire *Burgess* sont, somme toute, semblables à ceux de l'espèce. Burgess et une amie se sont endormis en regardant un vidéo. L'amie de Burgess s'est réveillée lorsqu'elle a ressenti un coup à la tête. Burgess lui faisait face, tenant l'appareil vidéo à bout de bras, dans l'intention de lui en assener un coup sur la tête, ce qu'il fit. Burgess, qui s'est réveillé immédiatement après l'incident, a témoigné ne pas se rappeler l'avoir frappée. Il a présenté une défense d'automatisme, que le juge n'a pas retenue. Il a été acquitté pour raison d'aliénation mentale, et il a fait appel de ce jugement. Si les faits sont semblables, la preuve médicale est toutefois fort différente. Des experts ont témoigné. Un premier expert, le Dr D'Orban a convenu que Burgess était en état de somnambulisme, mais il considérait cet état comme pathologique. Un autre expert cité par le ministère public, le Dr Fenwick, quant à lui, était d'avis qu'il ne s'agissait pas de somnambulisme, mais d'hystérie dissociative». Voici un extrait de ce jugement qui rend bien compte de cette situation (pp. 775 et 776):<sup>e</sup>

[TRADUCTION] On passe alors à l'examen de la preuve sur laquelle le juge a dû fonder sa décision, et, à cette fin, les deux experts médicaux assignés par la défense sont les principales sources qui s'imposent. Le Dr d'Orban a dit durant l'interrogatoire principal:<sup>h</sup>

«D'après les éléments de preuve dont je disposais et sous réserve des résultats des tests lorsqu'ils seraient disponibles, j'en suis venu aux mêmes conclusions que le Dr Nicholas et le Dr Eames, dont j'avais lu les rapports, à savoir que les gestes [de l'appelant] avaient été accomplis durant des troubles du sommeil.»<sup>i</sup>

On lui a demandé [. . .] en contre-interrogatoire:

*Q.* 'Would you go so far as to say that it was liable to recur? *A.* It is possible for it to recur, yes.

*Judge Lewis.* Is this a case of automatism associated with a pathological condition or not? *A.* I think the answer would have to be Yes, because it is an abnormality of the brain function, so it would be regarded as a pathological condition.'

. . .

The prosecution, as already indicated, called Dr Fenwick, whose opinion was that this was not a sleepwalking episode at all. If it was a case where the appellant was unconscious of what he was doing, the most likely explanation was that he was in what is described as a hysterical dissociative state. . .

He then went on to describe features of sleepwalking. This is what he said:

. . .

Finally, should a person be detained in hospital? The answer to that is: Yes, because sleepwalking is treatable. Violent night terrors are treatable. There is a lot which can be done for the sleepwalker, so sending them to hospital after a violent act to have their sleepwalking sorted out, makes good sense.'

In my view, therefore, that case is clearly distinguishable from the one at bar. I am of the view that in the instant case, based on the evidence and the testimony of the expert witnesses heard, the trial judge did not err in leaving the defence of automatism rather than that of insanity with the jury, and that the instant appeal should be dismissed. For a defence of insanity to have been put to the jury, together with or instead of a defence of automatism, as the case may be, there would have had to have been in the record evidence tending to show that sleepwalking was the cause of the respondent's state of mind. As we have just seen, that is not the case here. This is not to say that sleepwalking could never be a disease of the mind, in another case on different evidence.

*Q.* «Iriez-vous jusqu'à dire qu'ils étaient susceptibles de se produire de nouveau? *R.* Il est possible qu'ils se produisent de nouveau, oui.

*Le juge Lewis.* Est-ce un cas d'automatisme associé à un état pathologique ou non? *Q.* Je crois que la réponse devrait être affirmative, parce que c'est une anomalie du fonctionnement du cerveau, donc il serait considéré comme un état pathologique.»

*b*

. . .

La poursuite, ainsi qu'il a déjà été mentionné, a cité le Dr Fenwick, selon lequel il ne s'agissait pas du tout d'un épisode de somnambulisme. S'il s'agissait d'un cas où l'appelant n'avait pas conscience de ce qu'il faisait, l'explication la plus plausible était qu'il se trouvait dans ce qui est décrit comme un état dissociatif hystérique. . .

Il a ensuite décrit les caractéristiques du somnambulisme. Voici ce qu'il a dit:

. . .

Enfin, une personne devrait-elle être gardée à l'hôpital? La réponse est la suivante: Oui, parce qu'il est possible de traiter le somnambulisme. Les violentes terreurs nocturnes peuvent être traitées. On peut faire beaucoup de choses pour la personne souffrant de somnambulisme, ainsi l'hospitalisation après un geste violent afin de venir à bout du somnambulisme se justifie.»

À mon avis donc, cette affaire se distingue nettement de celle qui nous occupe. Je crois que, en l'espèce, compte tenu de la preuve et des témoignages experts entendus, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en présentant la défense d'automatisme au jury plutôt que celle d'aliénation mentale, et que le présent pourvoi doit être rejeté. En effet, pour qu'une défense d'aliénation mentale soit présentée au jury, concurremment à une défense d'automatisme ou à sa place, selon le cas, il aurait fallu que le dossier révèle des éléments de preuve tendant à établir que le somnambulisme était la cause de l'état d'esprit de l'intimé. Or, comme nous venons de le voir, ce n'est pas le cas en l'espèce. Cela ne signifie pas que le somnambulisme ne pourrait jamais être une maladie mentale, dans un autre cas et avec une preuve différente.

As I see it, however, that does not end the matter. Although the expert witnesses were unanimous in saying that sleepwalkers are very rarely violent, I am still concerned by the fact that as the result of an acquittal in a situation like this (and I am relieved that such cases are quite rare), the accused is simply set free without any consideration of measures to protect the public, or indeed the accused himself, from the possibility of a repetition of such unfortunate occurrences. In the case of an outright acquittal, should there not be some control? And if so, how should this be done? I am of the view that such control could be exercised by means of the common law power to make an order to keep the peace vested in any judge or magistrate. This power of "preventive justice" has been recognized in England for centuries and has its origin in one or more sources:

The cases do, however, in tracing the history of the law, suggest that it is derived from one or more sources:

- (i) The common law;
- (ii) The statute law, being the Justices of the Peace Act, 1361 (Imp.), c. 1 (hereinafter the "Statute of Edward III"); and/or
- (iii) The form of commission which the justice of the peace is required to take in England.

In Canada this power has already been used in Ontario and British Columbia and was recognized by this Court in 1954 in *Mackenzie v. Martin*, [1954] S.C.R. 361, at pp. 368-69:

In my view the common law preventive justice was in force in Ontario; s-s. [(2)] of s. 748, or any other provision of the *Criminal Code* to which our attention was directed, does not interfere with the use of that jurisdiction, and the respondent was intending to exercise it. He, therefore, had jurisdiction over the subject-matter of the complaint, and did not exceed it.

In exercising this power, the rules of natural justice must be observed and in this regard the more recent decision of the Ontario Court of Appeal, *Re*

Mais, pour ma part, l'affaire ne se termine pas là. Même si les experts sont unanimes à dire que les somnambules sont très rarement violents, je m'inquiète du fait qu'à la suite d'un acquittement dans une situation comme celle-ci (et je suis soulagé d'apprendre que ces cas sont rares), l'accusé soit simplement libéré sans que soient envisagées les mesures susceptibles de protéger le public, voire l'accusé lui-même, contre la possibilité d'une rechute. N'y a-t-il pas lieu, dans le cas d'un acquittement pur et simple, d'effectuer un certain contrôle? Dans l'affirmative, comment s'y prendre? Je crois que ce contrôle pourrait être exercé grâce au pouvoir, issu de la common law et accordé à tout juge ou magistrat, d'ordonner de ne pas troubler l'ordre public. Ce pouvoir de «justice préventive» est reconnu en Angleterre depuis des siècles et tire son origine d'une ou plusieurs sources:

L'évolution du droit nous montre toutefois que la jurisprudence laisse supposer qu'il vient d'une ou de plusieurs sources:

- (i) la common law;
- (ii) la loi, soit la Justices of the Peace Act, 1361 (Imp.), ch. 1 (ci-après appelée la «loi d'Édouard III»); ou
- (iii) le genre de charge que le juge de paix est tenu d'accepter en Angleterre.

Au Canada, ce pouvoir a déjà été utilisé en Ontario et en Colombie-Britannique et il a été reconnu en 1954 par notre Cour dans l'arrêt *Mackenzie c. Martin*, [1954] R.C.S. 361, aux pp. 368 et 369:

[TRANSCRIPTION] À mon avis, la justice préventive reconnue par la *common law* était appliquée en Ontario; ni le par. [(2)] de l'art. 748 ni les autres dispositions du *Code criminel* sur lesquelles on a attiré notre attention n'empêchent l'utilisation de ce pouvoir; et l'intimé avait l'intention de l'exercer. Il avait donc compétence sur la question soulevée par le plaignant, et il n'a pas outre-passé cette compétence.

Dans l'exercice de ce pouvoir, les règles de justice naturelle doivent être respectées et, à cet égard, l'arrêt plus récent de la Cour d'appel de

*Broomes and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 220, is of particular interest for these purposes. A judge who acquitted an accused of assault decided, however, to exercise this "preventive justice" and made an order binding over the accused to keep the peace on certain conditions. On appeal, the accused argued that he had been denied the rules of natural justice because he was not told in advance that such an order would be made. Steele J. of the Ontario High Court of Justice dismissed the appeal, relying on an English decision (at p. 221):

I accept the decision in *R. v. Woking Justices, Ex p. Gossage*, [1973] 2 All ER 621 at p. 623 (Eng. C.A.), where Lord Widgery C.J. stated as follows:

It seems to me that a very clear distinction is drawn between, on the one part, persons who come before the justices as witnesses, and on the other, persons who come before the justices as defendants. Not only do the witnesses come with no expected prospect of being subjected to any kind of penalty, but also the witnesses as such, although they may speak in evidence, cannot represent themselves through counsel and cannot call evidence on their own behalf. By contrast, the defendant comes before the court knowing that allegations are to be made against him, knowing that he can be represented if appropriate, and knowing that he can call evidence if he wishes. It seems to me that a rule which requires a witness to be warned of the possibility of a binding-over should not necessarily apply to a defendant in that different position.

I think from the extracts from Lord Parker C.J.'s judgment that I have read, Lord Parker C.J. would have taken the same view; but, be that as it may, it seems to me to be putting it far too high in the case of an acquitted defendant to say that it is a breach of the rules of natural justice not to give him an indication of the prospective binding-over before the binding-over is imposed. That is not to say that it would not be wise, and indeed courteous in these cases for justices to give such a warning; there certainly would be absolutely no harm in a case like the present if the justices, returning to court, had announced they were going to acquit, but had immediately said "We are however contemplating a binding-over; what have you got to say?" I think it would be at least courteous

l'Ontario, *Re Broomes and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 220, est particulièrement intéressant. En effet, un juge, ayant acquitté un accusé de voies de fait, avait toutefois décidé d'exercer cette «justice préventive» et avait donné à l'accusé l'ordre, assorti de certaines conditions, de ne pas troubler l'ordre public. En appel, l'accusé a plaidé le déni des principes de justice naturelle parce qu'on ne l'avait pas avisé préalablement qu'un tel ordre serait donné. Le juge Steele de la Haute Cour de Justice de l'Ontario a rejeté l'appel en invoquant une décision anglaise (à la p. 221):

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec la décision *R. c. Woking Justices, Ex p. Gossage*, [1973] 2 All ER 621, à la p. 623 (C.A. Ang.), où le juge en chef lord Widgery a déclaré ce qui suit:

Il me semble qu'une distinction très nette est établie entre, d'une part, les personnes qui comparaissent devant les juges en tant que témoins et, d'autre part, les personnes qui comparaissent devant les juges en tant que défendeurs. Non seulement les témoins comparaissent-ils sans envisager d'être soumis à quelque sorte de peine que ce soit, mais également les témoins comme tels, bien qu'ils puissent témoigner, ne peuvent pas se faire représenter par un avocat et ne peuvent pas présenter une preuve pour leur propre compte. Par contraste, le défendeur comparaît devant le tribunal tout en sachant que des allégations sont faites contre lui, qu'il peut se faire représenter par un avocat s'il le juge à propos, et qu'il peut présenter une preuve s'il le veut. Il me semble qu'une règle qui exige qu'un témoin soit informé de la possibilité qu'il doive se tenir à la disposition de la justice ne devrait pas s'appliquer à un défendeur dans cette position différente.

D'après les passages que j'ai lus de la décision du lord juge en chef Parker, je pense que celui-ci aurait adopté la même opinion; mais, quoi qu'il en soit, il me semble que c'est aller trop loin dans le cas d'un défendeur acquitté que de dire que l'omission de lui indiquer qu'on imposera éventuellement des conditions à sa libération constitue un manquement à la règle de justice naturelle. Cela ne veut pas dire qu'il ne serait pas sage, et en fait courtois, dans ces affaires-là que les juges donnent un tel avertissement; il n'y aurait certes eu absolument aucun mal dans une affaire telle que l'espèce à ce que les juges, en retournant devant le tribunal, aient annoncé qu'ils étaient sur le point de prononcer l'acquiescement, et aient ajouté immédiatement: «Nous envisageons cependant

and perhaps wise that that should be done, but I am unable to elevate the principle to the height at which it can be said that a failure to give such a warning is a breach of the rules of natural justice. [Emphasis added.]

Accordingly, such a power exists. The question remains whether it should be exercised in the case of the respondent Parks, or at least whether its exercise should be considered. I am of the view that this approach should be considered. As I have already said, despite the unanimous and uncontradicted evidence that the chances of such an occurrence taking place again are for all practical purposes nil, I feel that all necessary measures should be taken to ensure that such an event does not recur. After all, before this tragic incident occurred, the probability of Mr. Parks' killing someone while in a somnambulistic state was infinitesimal. Yet this is precisely what took place. Furthermore, the evidence at trial was not adduced with a view to determining whether an order would be justified and to determine the appropriate conditions of such an order. Thus, for example, an order might be made requiring Parks to do certain things suggested by a specialist in sleep disorders, for example to report to him periodically. In appropriate cases of outright acquittals on grounds of automatism measures that would reinforce sleep hygiene and thereby provide greater safety for others should always be considered. If the trial judge considers that making such an order would be in the interest of the public, he should so advise the parties and consider whatever evidence and submissions are tendered. In those situations where an order is made, it should be complied with in the same way as any other order of the court.

If conditions should be imposed on Mr. Parks they will restrict his liberty. It follows that the decision to impose such conditions and the terms of those conditions should not violate the rights guaranteed under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, such a hearing is justified, as the sleepwalker has, although innocently, committed an act of violence which resulted in the death of his mother-in-law. Members of the community may quite reasonably be

l'imposition de conditions à la libération, qu'en pensez-vous?» Je crois qu'il serait au moins courtois et peut-être sage de le faire, mais je ne puis pousser le principe jusqu'à dire que le défaut de donner un tel avertissement constitue un manquement aux règles de la justice naturelle. [Je souligne.]

Un tel pouvoir existe donc. Reste à savoir s'il devrait être exercé dans le cas de l'intimé Parks, ou du moins si l'on devrait considérer l'exercer. Je crois que cette possibilité doit être envisagée. En effet, comme je l'ai déjà dit, malgré la preuve unanime et non contredite selon laquelle les risques qu'un tel événement se reproduise sont à toutes fins utiles nuls, je suis d'avis que toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour empêcher la répétition. Après tout, avant cet événement tragique, la probabilité que M. Parks, en état de somnambulisme, tue quelqu'un était infinitésimale. C'est toutefois précisément ce qui s'est produit. En outre, la preuve au procès n'a pas été produite en vue de décider si un ordre serait justifié et d'en déterminer les modalités appropriées. Ainsi, par exemple, un ordre pourrait obliger Parks à faire ce que recommande un spécialiste en trouble de sommeil, par exemple, le rencontrer périodiquement. Dans les cas appropriés d'acquiescement pur et simple pour raison d'automatisme, on devrait toujours envisager des mesures qui renforceraient l'hygiène de sommeil, afin de donner au public une sécurité accrue. Si le juge du procès estime qu'il serait dans l'intérêt public de donner un tel ordre, il devrait en aviser les parties et étudier la preuve et les arguments soumis. Dans les cas où un ordre est donné, celui-ci devrait être respecté au même titre que toute autre ordonnance du tribunal.

Si des conditions sont imposées à M. Parks, elles porteront atteinte à sa liberté. Il s'ensuit que la décision d'imposer de telles conditions et les modalités de ces conditions ne devraient pas violer les droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, une telle audience est justifiée, puisque le somnambule même s'il est innocent, a commis un acte de violence qui a entraîné le décès de sa belle-mère. Certains membres de la collectivité peuvent très rai-

apprehensive for their safety. In those circumstances it cannot be said that the Court has unduly intruded upon the liberty of the accused by exploring, on notice to the accused, the possibility of imposing some minimally intrusive conditions which seek to assure the safety of the community. If conditions are imposed, then they obviously must be rationally connected to the apprehended danger posed by the person and go no further than necessary to protect the public from this danger.

I would therefore refer this matter back to the trial judge so that he can hear the parties on this point and decide, upon the evidence before him, whether such an order is appropriate. If this proves to be the case, it will be up to the trial judge to determine the content of the order.

I would accordingly dismiss this appeal and uphold the acquittal of the respondent but refer the matter back to the trial judge for him to decide on the making of an order to keep the peace on certain conditions, pursuant to the "preventive justice" power which he possesses.

As there is no new trial being ordered, the issues raised in the cross-appeal are best left to be dealt with in another case. This disposition of the cross-appeal is not to be considered as determinative of any motion the respondent might want to make to the trial judge, as regards the hearing to be held, seeking a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter* alleging a violation of his s. 11(b) *Charter* rights.

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

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of Chief Justice Lamer. I agree with him that the trial judge was correct in leaving only the defence of non-insane automatism with the jury. I am also in agreement with what the Chief Justice has to say on that issue, but I wish to add the following comments concerning the dis-

sonnablement craindre pour leur sécurité. En pareilles circonstances, on ne peut reprocher à la Cour d'avoir indûment porté atteinte à la liberté de l'accusé en explorant, après avoir avisé ce dernier, la possibilité d'imposer des conditions très peu gênantes destinées à garantir la sécurité de la collectivité. Si des conditions sont imposées, elles doivent évidemment avoir un lien rationnel avec le danger redouté que représente la personne et ne pas excéder ce qui est nécessaire pour protéger le public contre ce danger.

Je suis donc d'avis de renvoyer la présente affaire au juge du procès pour qu'il puisse entendre les parties à ce sujet et qu'il décide, compte tenu de la preuve produite, s'il y a lieu de donner un tel ordre. Dans l'affirmative, il appartiendra au juge de première instance d'en déterminer les modalités.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, de maintenir l'acquittement de l'intimé, mais de renvoyer l'affaire au juge du procès afin qu'il décide s'il y a lieu de donner l'ordre de ne pas troubler l'ordre public assorti de conditions, conformément au pouvoir de «justice préventive» qu'il possède.

Puisqu'aucun nouveau procès n'est ordonné, il est préférable de laisser sans réponse les questions soulevées dans le pourvoi incident afin qu'elles soient tranchées dans une autre affaire. Cette décision sur le pourvoi incident ne doit pas être considérée comme une décision sur toute requête que l'intimé pourrait vouloir présenter au juge du procès, à l'égard de l'audience devant être tenue, pour demander, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, la suspension de l'instance en alléguant la violation de ses droits garantis à l'al. 11b) de la *Charte*.

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

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge en chef Lamer. Comme lui, je suis d'avis que le juge du procès a eu raison de ne présenter au jury que la défense d'automatisme sans aliénation mentale. Je souscris également à ce que dit le Juge en chef à ce sujet, mais je souhaite ajouter les commentaires suivants sur la distinction



inction in law between insane and non-insane automatism, particularly as it relates to somnambulism.

In his reasons, the Chief Justice finds that the evidence and expert testimony from the trial of the accused support the trial judge's decision to instruct the jury on non-insane automatism. I agree with this finding, but in my view that is not the end of the matter. In distinguishing between automatism and insanity the trial judge must consider more than the evidence; there are overarching policy considerations as well. Of course, the evidence in each case will be highly relevant to this policy inquiry.

Automatism occupies a unique place in our criminal law system. Although spoken of as a "defence", it is conceptually a sub-set of the voluntariness requirement, which in turn is part of the *actus reus* component of criminal liability. A useful introduction is found in the dissenting reasons of Dickson J. (as he then was) in *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, at p. 522:

Although the word "automatism" made its way but lately to the legal stage, it is basic principle that absence of volition in respect of the act involved is always a defence to a crime. A defence that the act is involuntary entitles the accused to a complete and unqualified acquittal. That the defence of automatism exists as a middle ground between criminal responsibility and legal insanity is beyond question. Although spoken of as a defence, in the sense that it is raised by the accused, the Crown always bears the burden of proving a voluntary act.

One qualification to this statement should be noted. When the automatistic condition stems from a disease of the mind that has rendered the accused insane, then the accused is not entitled to a full acquittal, but to a verdict of insanity; see *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), at pp. 403-4 and 414. The condi-

en droit entre l'automatisme avec aliénation mentale et l'automatisme sans aliénation mentale, particulièrement en ce qui concerne le somnambulisme.

Dans ses motifs, le Juge en chef conclut que la preuve et les témoignages des experts au procès de l'accusé appuient la décision du juge du procès de donner au jury des directives concernant l'automatisme sans aliénation mentale. Je souscris à cette conclusion, mais à mon avis, l'affaire ne se termine pas là. En faisant une distinction entre l'automatisme et l'aliénation mentale, le juge du procès doit regarder au-delà de la preuve; il existe aussi des considérations d'ordre public prééminentes. Évidemment, dans chaque cas, la preuve sera très pertinente relativement à cet examen des considérations de principe.

L'automatisme occupe une place très particulière dans notre système de droit pénal. Bien que qualifié de «défense», il forme essentiellement une composante de l'exigence concernant la volonté, qui fait elle-même partie de l'élément *actus reus* de la responsabilité criminelle. À la p. 522 de l'arrêt *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident, formule une introduction utile:

Malgré l'introduction tardive du terme «automatisme» dans le domaine juridique, il demeure un principe fondamental que l'absence de volonté à l'égard de l'acte visé constitue toujours un moyen de défense à un acte criminel. Alléguer en défense que l'acte est involontaire donne à l'accusé le droit d'être complètement et inconditionnellement acquitté. Il ne fait aucun doute que la défense fondée sur l'automatisme constitue un moyen terme entre la responsabilité criminelle et l'aliénation mentale au sens de la loi. Bien qu'il s'agisse d'une défense, en ce sens que c'est l'accusé qui la soulève, le ministère public a toujours le fardeau de prouver le caractère volontaire d'un acte.

Il faut apporter une réserve à cet exposé. Lorsque la source de l'état d'automatisme est une maladie mentale qui a rendu l'accusé aliéné, ce dernier n'a pas droit à l'acquittement complet, mais à un verdict d'aliénation mentale; voir *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), aux pp. 403, 404 et 414. L'état en question

tion in that instance is referred to as insane automatism, and the distinction between it and non-insane automatism is the crucial issue in this appeal.

When a defence of non-insane automatism is raised by the accused, the trial judge must determine whether the defence should be left with the trier of fact. This will involve two discrete tasks. First, he or she must determine whether there is some evidence on the record to support leaving the defence with the jury. This is sometimes referred to as laying the proper foundation for the defence; see *Bratty, supra*, at pp. 405 and 413. Thus an evidential burden rests with the accused, and the mere assertion of the defence will not suffice; see *Bratty*, at p. 414. Dickson J. summarized the point in comprehensive fashion in the following passage in *Rabey*, at p. 545:

The prosecution must prove every element of the crime charged. One such element is the state of mind of the accused, in the sense that the act was voluntary. The circumstances are normally such as to permit a presumption of volition and mental capacity. That is not so when the accused, as here, has placed before the court, by cross-examination of Crown witnesses or by evidence called on his own behalf, or both, evidence sufficient to raise an issue that he was unconscious of his actions at the time of the alleged offence. No burden of proof is imposed upon an accused raising such defence beyond pointing to facts which indicate the existence of such a condition. . . .

If the proper foundation is present the judge moves to the second task: he or she must consider whether the condition alleged by the accused is, in law, non-insane automatism. If the trial judge is satisfied that there is some evidence pointing to a condition that is in law non-insane automatism, then the defence can be left with the jury; see *Rabey*, per Ritchie J., at p. 519. The issue for the jury is one of fact: did the accused suffer from or experience the alleged condition at the relevant time? Because the Crown must always prove that an accused has acted voluntarily, the onus rests on

dans cette affaire est appelé automatisme avec aliénation mentale et, en l'espèce, la question déterminante porte sur la distinction entre celui-ci et l'automatisme sans aliénation mentale.

Lorsque l'accusé oppose une défense d'automatisme sans aliénation mentale, le juge du procès doit déterminer si celle-ci devrait être présentée au juge des faits. Cette décision comporte deux volets distincts. En premier lieu, il ou elle doit déterminer si le dossier renferme une preuve justifiant la présentation de la défense au jury. C'est ce qu'on appelle parfois établir les fondements de la défense; voir *Bratty*, précité, aux pp. 405 et 413. Ainsi, le fardeau de la preuve incombe à l'accusé qui ne peut se contenter de faire valoir la défense; voir *Bratty*, à la p. 414. Le juge Dickson a résumé globalement la question dans le passage suivant de l'arrêt *Rabey*, à la p. 545:

La poursuite doit prouver chacun des éléments de l'acte criminel imputé. Un de ces éléments est l'état mental de l'accusé, démontrant que l'acte est volontaire. En temps normal, les circonstances sont telles qu'elles permettent de présumer la volonté et la capacité mentale. Ce n'est pas le cas lorsqu'un accusé, comme en l'espèce, produit devant la cour, par le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite ou par l'interrogatoire de ses propres témoins ou les deux à la fois, des éléments de preuve suffisants pour qu'on se demande s'il savait ce qu'il faisait lorsqu'il a commis l'infraction alléguée. La charge de la preuve qui incombe à un accusé qui fait valoir ce moyen de défense ne consiste qu'à souligner des faits qui indiquent l'existence d'un tel état . . .

Si les fondements appropriés de la défense sont présents, le juge aborde le deuxième volet: il ou elle doit déterminer si, en droit, l'état allégué par l'accusé constitue un automatisme sans aliénation mentale. Si le juge du procès est convaincu que la preuve laisse supposer un état qui, en droit, constitue un automatisme sans aliénation mentale, il peut alors présenter la défense au jury; voir les motifs du juge Ritchie dans l'arrêt *Rabey*, à la p. 519. Le jury doit trancher une question de fait: l'accusé souffrait-il de l'état allégué ou l'éprouvait-il au moment pertinent? Puisqu'en tout temps le ministère public doit établir le caractère volontaire du geste de l'accusé, à cette étape, il incombe à la

the prosecution at this stage to prove the absence of automatism beyond a reasonable doubt.

In the present case, there is no question that the accused has laid the proper foundation for the defence of automatism. The expert testimony reviewed by the Chief Justice is more than adequate on that score. At issue here is the question of law: is sleepwalking properly classified as non-insane automatism, or does it stem from a disease of the mind, thereby leaving only the defence of insanity for the accused? When considering this question, s. 16(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46), should be recalled: "Every one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane." If the accused pleads automatism, the Crown is then entitled to raise the issue of insanity, but the prosecution then bears the burden of proving that the condition in question stems from a disease of the mind; see *Rabey*, *supra*, at pp. 544-45.

In Canada, the approach to distinguishing between insane and non-insane automatism was settled by this Court's judgment in *Rabey*. The majority in that case endorsed the reasons of Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal (1977), 37 C.C.C. (2d) 461, and these latter reasons provide, at pp. 472-73, what has become the accepted formula for determining whether a mental condition stems from a disease of the mind:

Although the term "disease of the mind" is not capable of precise definition, certain propositions may, I think, be asserted with respect to it. "Disease of the mind" is a legal term, not a medical term of art; although a legal concept, it contains a substantial medical component as well as a legal or policy component.

The legal or policy component relates to (a) the scope of the exemption from criminal responsibility to be afforded by mental disorder or disturbance, and (b) the protection of the public by the control and treatment of persons who have caused serious harms while in a mentally disordered or disturbed state. The medical component of the term, generally, is medical opinion as to how the mental condition in question is viewed or character-

poursuite de démontrer, hors de tout doute raisonnable, l'absence d'automatisme.

En l'espèce, l'accusé a sans aucun doute établi des fondements appropriés à une défense d'automatisme. Les témoignages d'experts examinés par le Juge en chef sont plus que suffisants à cet égard. En l'espèce, le litige porte sur la question de droit suivante: le somnambulisme est-il à bon droit considéré comme un automatisme sans aliénation mentale, ou découle-t-il d'une maladie mentale, ne laissant ainsi à l'accusé que la défense d'aliénation mentale? Dans l'étude de cette question, il faut se rappeler le par. 16(4) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46): «Jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit.» Si l'accusé plaide l'automatisme, le ministère public peut soulever la question de l'aliénation mentale, mais c'est alors à ce dernier de prouver que l'état en question découle d'une maladie mentale; voir *Rabey*, précité, aux pp. 544 et 545.

Au Canada, notre Cour a établi, dans l'arrêt *Rabey*, la façon de distinguer entre l'automatisme avec aliénation mentale et l'automatisme sans aliénation mentale. Dans cet arrêt, la majorité a souscrit aux motifs du juge Martin dans le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1977), 37 C.C.C. (2d) 461, où il énonce, aux pp. 472 et 473, ce qui constitue maintenant la formule reconnue permettant de déterminer si un état mental découle d'une maladie mentale:

[TRADUCTION] Bien qu'il soit impossible de définir avec précision le terme «maladie mentale», je crois qu'on peut faire valoir certaines propositions à cet égard. «Maladie mentale» est une expression juridique, non une expression du vocabulaire médical; bien que ce soit une notion juridique, elle renferme un élément médical important ainsi qu'un élément juridique ou d'ordre public.

L'élément juridique ou d'ordre public se rapporte a) à la mesure dans laquelle le trouble mental permet d'échapper à la responsabilité criminelle, et b) à la protection du public par la surveillance et le traitement des personnes qui ont causé des préjudices graves pendant qu'elles étaient dans un état de trouble mental. L'élément médical de l'expression consiste généralement en un avis médical sur la façon dont est considéré ou classi-

ized medically. Since the medical component of the term reflects or should reflect the state of medical knowledge at a given time, the concept of "disease of the mind" is capable of evolving with increased medical knowledge with respect to mental disorder or disturbance.

Because "disease of the mind" is a legal concept, a trial judge cannot rely blindly on medical opinion. On this point Martin J.A. states the following, at pp. 473-74:

If the question what particular mental conditions or mental disorders constitute disease of the mind were to be determined by the opinion of medical witnesses, then the scope of the defence of insanity under s. 16 of the *Code* would vary according to the choice of expert witnesses called to testify, since the existence of disease of the mind, apart from natural imbecility, constitutes the necessary foundation for insanity, and it is abundantly clear that medical opinions differ as to what mental conditions constitute a disease of the mind.

I take the true principle to be this: It is for the Judge to determine what mental conditions are included within the term "disease of the mind", and whether there is any evidence that the accused suffered from an abnormal mental condition comprehended by that term. The evidence of medical witnesses with respect to the cause, nature and symptoms of the abnormal mental condition from which the accused is alleged to suffer, and how that condition is viewed and characterized from the medical point of view, is highly relevant to the judicial determination of whether such a condition is capable of constituting a "disease of the mind". The opinions of medical witnesses as to whether an abnormal mental state does or does not constitute a disease of the mind are not, however, determinative, since what is a disease of the mind is a legal question . . .

This position is beyond dispute, as similar statements were expressed by both the majority and minority judgments rendered by this Court; see *Rabey, supra*, at pp. 519 and 532-33.

Another problem with relying solely on medical opinion is the lack of consensus within the medical community on the scope and meaning of "mental disease". This point was underscored by Dickson J. in *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149, where, at p. 1154, he stated:

fié l'état mental en question sur le plan médical. Comme l'élément médical de l'expression reflète ou devrait refléter l'état des connaissances médicales à une époque donnée, la notion de «maladie mentale» peut évoluer avec l'accroissement des connaissances médicales en ce qui concerne le trouble mental.

Le terme «maladie mentale» étant une notion juridique, le juge du procès ne peut s'appuyer aveuglément sur un avis médical. Le juge Martin de la Cour d'appel se prononce à cet égard aux pp. 473 et 474:

[TRADUCTION] S'il appartenait aux témoins médicaux de déterminer quels états mentaux ou troubles mentaux particuliers constituent une maladie mentale, la portée de la défense d'aliénation mentale fondée sur l'art. 16 du *Code* varierait alors en fonction du choix des experts appelés à témoigner puisque l'existence de la maladie mentale, à l'exception de l'imbecillité naturelle, constitue le fondement nécessaire à l'aliénation mentale, et qu'il ressort clairement que les avis médicaux diffèrent sur les états mentaux constituant une maladie mentale.

Je crois que le véritable principe est le suivant: il appartient au juge de déterminer quels états mentaux relèvent du terme «maladie mentale», et si la preuve indique que l'accusé a souffert d'un état mental anormal visé par ce terme. Le témoignage des experts médicaux sur la cause, la nature et les symptômes de l'état mental anormal dont aurait souffert l'accusé, et la façon dont cet état est considéré et qualifié du point de vue médical sont très utiles aux tribunaux qui doivent déterminer si un tel état peut constituer une «maladie mentale». L'opinion des experts médicaux sur la question de savoir si un état mental anormal constitue ou non une maladie mentale n'est toutefois pas déterminante puisqu'il s'agit là d'une question de droit . . .

Cette position est indiscutable car des exposés semblables ont été exprimés dans des jugements tant majoritaires que minoritaires de notre Cour; voir *Rabey*, précité, aux pp. 519, 532 et 533.

Le recours aux avis médicaux seulement soulève un autre problème: l'absence de consensus au sein du corps médical sur la portée et le sens du terme «maladie mentale». Dans l'arrêt *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, le juge Dickson a souligné ce point à la p. 1154, où il dit:

Even medical experts are not given to agreement when asked to define “disease of the mind”. In “The Concept of Mental Disease in Criminal Law Insanity Tests” (1965-66) 33 *U. Chic. L.R.* 229, H. Fingarette illustrates the diversity in approach taken by psychiatric authorities in the quest for a definition of mental disease. He cites the following medical views, at p. 232-3:

(1) There is no such medical entity as mental disease, or we would do well not to use the phrase.

(2) Mental disease is psychosis but not neurosis.

(3) Mental disease is any significant and substantial mental disturbance, or is any condition at all which is authoritatively dealt with by the psychiatrist or physician treating mental conditions.

(4) Mental disease means substantial social maladaptation or incompetence or both as judged by legal criteria.

(5) Mental disease is the failure to realize one’s nature, capacities or true self.

In part because of the imprecision of medical science in this area, the legal community reserves for itself the final determination of what constitutes a “disease of the mind”. This is accomplished by adding the “legal or policy component” to the inquiry.

A review of the cases on automatism reveals two distinct approaches to the policy component of the disease of the mind inquiry. These may be labelled the “continuing danger” and “internal cause” theories; see Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at p. 293. At first glance these approaches may appear to be divergent, but in fact they stem from a common concern for public safety. This was recognized by Martin J.A. who referred to “protection of the public” as a focus of the policy inquiry. More recently, the Chief Justice had occasion to comment on this aspect of the insanity provisions of the *Criminal Code*, albeit in a division of powers context, in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 998:

Même les experts médicaux ne s’entendent pas lorsqu’on leur demande de définir la «maladie mentale». Dans «The Concept of Mental Disease in Criminal Law Insanity Tests» (1965-66) 33 *U. Chic. L.R.* 229, H. Fingarette illustre les diverses façons dont les experts en psychiatrie abordent la recherche d’une définition de la maladie mentale. Il cite les opinions médicales suivantes, aux pp. 232-233:

[TRADUCTION] (1) Il n’existe aucune entité médicale comme la maladie mentale, ou nous ferions bien de ne pas utiliser l’expression.

(2) La maladie mentale est une psychose mais non une névrose.

(3) La maladie mentale est tout trouble mental important et sérieux, ou toute affection impérativement soignée par des psychiatres ou médecins qui traitent les affections mentales.

(4) Maladie mentale signifie une inadaptation ou une incapacité sociale importante, ou les deux, évaluée selon un critère juridique.

(5) La maladie mentale est l’impuissance à reconnaître sa vraie nature, ses capacités ou sa vraie personnalité.

En partie en raison de l’imprécision de la science médicale dans ce domaine, la communauté juridique se réserve la détermination finale de ce qui constitue une «maladie mentale». Elle y arrive en ajoutant à l’examen l’«élément juridique ou d’ordre public».

Une étude des cas d’automatisme révèle deux façons distinctes d’aborder l’élément d’ordre public de l’examen relatif à la maladie mentale. On peut les appeler les théories du «risque subsistant» et de la «cause interne»; voir Colvin, *Principles of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1991), à la p. 293. À première vue, ces positions peuvent paraître diverger, mais en fait, elles naissent d’une préoccupation commune pour la sécurité du public. Le juge Martin l’a reconnu lorsqu’il a invoqué la [TRADUCTION] «protection du public» comme élément central de l’examen relatif à l’ordre public. Plus récemment, le Juge en chef a eu la possibilité de commenter cet aspect des dispositions du *Code criminel* en matière d’aliénation mentale, quoique dans un contexte de partage des compétences, dans l’arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 998:

It is true that the dominant characteristic of these provisions is not punishment; however, neither is it treatment. The "pith and substance" of the legislative scheme dealing with individuals acquitted by reason of insanity is the protection of society from dangerous people who have engaged in conduct proscribed by the *Criminal Code* through the prevention of such acts in the future. While treatment may be incidentally involved in the process, it is not the dominant objective of the legislation.

The continuing danger theory holds that any condition likely to present a recurring danger to the public should be treated as insanity. The internal cause theory suggests that a condition stemming from the psychological or emotional make-up of the accused, rather than some external factor, should lead to a finding of insanity. The two theories share a common concern for recurrence, the latter holding that an internal weakness is more likely to lead to recurrent violence than automatism brought on by some intervening external cause.

It would appear that the internal cause approach has gained a certain ascendancy in both Canadian and English jurisprudence. The theory was the basis for deciding *Rabey*, where the distinction was described by Martin J.A., at pp. 477-78, as follows:

In general, the distinction to be drawn is between a malfunctioning of the mind arising from some cause that is primarily internal to the accused, having its source in his psychological or emotional make-up, or in some organic pathology, as opposed to a malfunctioning of the mind which is the transient effect produced by some specific external factor such as, for example, concussion. Any malfunctioning of the mind, or mental disorder having its source primarily in some subjective condition or weakness internal to the accused (whether fully understood or not), may be a "disease of the mind" if it prevents the accused from knowing what he is doing, but transient disturbances of consciousness due to certain specific external factors do not fall within the concept of disease of the mind. . . . Particular transient mental disturbances may not, however, be capable of being properly categorized in relation to whether they

Il est vrai que la caractéristique dominante de ces dispositions n'est pas le châtiment; mais ce n'est pas non plus le traitement. Le «caractère véritable» du régime législatif auquel sont assujetties les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale est la protection de la société contre les individus dangereux qui ont eu un comportement prohibé par le *Code criminel* et ce, par le biais de la prévention de tels actes dans l'avenir. Ce processus peut certes comporter accessoirement une phase de traitement, mais là n'est pas l'objectif dominant des dispositions législatives.

La théorie du risque subsistant dit que tout état comportant vraisemblablement la récurrence d'un danger pour le public devrait être traité comme une aliénation mentale. La théorie de la cause interne dit qu'un état dont l'origine tient à la constitution psychologique ou émotionnelle de l'accusé, par opposition à un facteur externe, devrait entraîner une conclusion d'aliénation mentale. Les deux théories révèlent une même préoccupation à l'égard de la récurrence, la deuxième disant qu'une faiblesse interne est plus susceptible d'entraîner une violence récurrente que l'automatisme provoqué par une cause externe.

Il semblerait que la théorie de la cause interne ait acquis une certaine autorité dans la jurisprudence tant canadienne qu'anglaise. C'est sur cette théorie que repose l'arrêt *Rabey*, où le juge Martin a ainsi défini la distinction aux pp. 477 et 478:

[TRADUCTION] De façon générale, on fait une distinction entre le déséquilibre mental découlant d'une cause essentiellement interne, dont l'origine tient à la constitution psychologique ou émotionnelle de l'accusé, ou à une maladie organique, et le déséquilibre mental momentané provoqué par un facteur spécifiquement externe, par exemple une commotion cérébrale. Tout déséquilibre ou trouble mental résultant d'un état ou d'une faiblesse subjective propre à l'accusé (que l'on saisit parfaitement ou non) peut constituer une «maladie mentale» s'il empêche l'accusé de savoir ce qu'il fait. Par ailleurs, des troubles momentanés de la conscience dus à des facteurs externes spécifiques ne relèvent pas du concept de la maladie mentale [. . .] Certains troubles mentaux momentanés demeurent toutefois impossibles à catégoriser correctement, à partir d'une déclaration générale, lorsqu'il s'agit de déterminer s'ils constituent

constitute "disease of the mind", on the basis of a generalized statement, and must be decided on a case by case basis.

The theory has also been adopted in England, first in *R. v. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347 (C.C.A.), at p. 356, and most recently in *R. v. Hennessy*, [1989] 2 All E.R. 9 (C.C.A.), where Lord Lane C.J. stated the approach as follows, at p. 13:

The question in many cases, and this is one such case, is whether the function of the mind was disturbed on the one hand by disease or on the other hand by some external factor.

The judgments in both *Rabey* and *Hennessy* are careful to state that the internal cause theory is not a universal approach to the disease of the mind inquiry. Indeed Martin J.A., at p. 477, appears to suggest that sleepwalking is one of those conditions that is not usefully assessed on this basis.

The internal cause approach has been criticized as an unfounded development of the law, and for the odd results the external/internal dichotomy can produce; see Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 671-76; Stuart, *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at pp. 92-94; Colvin, *supra*, at p. 291. These criticisms have particular validity if the internal cause theory is held out as the definitive answer to the disease of the mind inquiry. However, it is apparent from the cases that the theory is really meant to be used only as an analytical tool, and not as an all-encompassing methodology. As Watt J. commented in his reasons in support of his charge to the jury in this case, the dichotomy "constitutes a general, but not an unremitting or universal, classificatory scheme for 'disease of the mind'".

As Martin J.A. suggested in *Rabey*, somnambulism is an example of a condition that is not well suited to analysis under the internal cause theory. The poor fit arises because certain factors can legitimately be characterized as either internal or external sources of automatic behaviour. For

une «maladie mentale»; ils doivent donc être catégorisés cas par cas.

La théorie a également été adoptée en Angleterre, d'abord dans les arrêts *R. c. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347 (C.C.A.), à la p. 356, et plus récemment dans l'arrêt *R. c. Hennessy*, [1989] 2 All E.R. 9 (C.C.A.), où le lord juge en chef Lane a ainsi formulé la position à la p. 13:

[TRADUCTION] La question, dans plusieurs cas, dont l'espèce, est de savoir si la fonction de l'esprit a été troublée d'une part par la maladie ou d'autre part par un facteur externe.

Les arrêts *Rabey* et *Hennessy* prennent soin de préciser que la théorie de la cause externe n'est pas une méthode universelle pour aborder l'examen relatif à la maladie mentale. En fait, le juge Martin, à la p. 477, paraît suggérer que le somnambulisme est l'un de ces états qui n'est pas utilement apprécié sur ce fondement.

On a reproché à la théorie de la cause interne d'être une création non fondée du droit, et d'entraîner des résultats singuliers en raison de la dichotomie entre la cause externe et la cause interne; voir Williams, *Textbook of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1983), aux pp. 671 à 676; Stuart, *Canadian Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1987), aux pp. 92 à 94; Colvin, *op. cit.*, à la p. 291. Ces critiques sont particulièrement justes si la théorie de la cause interne est présentée comme la réponse définitive à l'examen fondé sur la maladie mentale. Toutefois, il ressort de la jurisprudence qu'on entend appliquer cette théorie simplement à titre d'instrument d'analyse, et non à titre de méthodologie universelle. Comme l'a souligné le juge Watt dans ses motifs à l'appui de son exposé au jury en l'espèce, la dichotomie [TRADUCTION] «constitue un régime général de classification de la «maladie mentale» qui n'est toutefois ni constant ni universel».

Comme le juge Martin l'a laissé entendre dans l'arrêt *Rabey*, le somnambulisme est l'exemple d'un état qui se prête peu à l'analyse selon la théorie de la cause interne. La raison en est que certains facteurs peuvent légitimement être qualifiés de sources à la fois internes et externes d'un com-

example, the Crown in this case argues that the causes of the respondent's violent sleepwalking were entirely internal, a combination of genetic susceptibility and the ordinary stresses of everyday life (lack of sleep, excessive afternoon exercise, and a high stress level due to personal problems). These "ordinary stresses" were ruled out as external factors by this Court in *Rabey* (although by a narrow majority). However, the factors that for a waking individual are mere ordinary stresses can be differently characterized for a person who is asleep, unable to counter with his conscious mind the onslaught of the admittedly ordinary strains of life. One could argue that the particular amalgam of stress, excessive exercise, sleep deprivation and sudden noises in the night that causes an incident of somnambulism is, for the sleeping person, analogous to the effect of a concussion upon a waking person, which is generally accepted as an external cause of non-insane automatism; see Williams, *supra*, at p. 666. In the end, the dichotomy between internal and external causes becomes blurred in this context, and is not helpful in resolving the inquiry.

The continuing danger approach stems from an *obiter* comment of Lord Denning in *Bratty, supra*, at p. 412, where he proposes the following test for distinguishing between insane and non-insane automatism:

It seems to me that any mental disorder which has manifested itself in violence and is prone to recur is a disease of the mind. At any rate it is the sort of disease for which a person should be detained in hospital rather than be given an unqualified acquittal.

Lord Denning's casual proposition has not been universally accepted, although some elements of the theory remain today. It was questioned in *R. v. Quick, supra*, at pp. 351-52, and legal academics have questioned the utility of the test; see Stuart, *supra*, at pp. 94-95; Colvin, *supra*, at p. 294. As well, medical authorities have doubted the ability of their profession to predict recurrent dangerousness; see Roth, "Modern Neurology and Psychiatry

portement automatique. Ainsi, le ministère public en l'espèce soutient que les causes du somnambulisme violent de l'accusé, soit une prédisposition génétique et le stress ordinaire de la vie quotidienne (manque de sommeil, exercice excessif l'après-midi, et un taux élevé de stress causé par des difficultés personnelles) étaient entièrement internes. Dans l'arrêt *Rabey*, notre Cour a écarté le «stress ordinaire» comme facteur externe (quoique par une mince majorité). Toutefois, les facteurs qui, pour une personne éveillée, constituent un stress ordinaire, peuvent être autrement qualifiés à l'égard d'une personne endormie, incapable de bloquer avec son esprit conscient le choc des tensions, certes ordinaires, de la vie. On pourrait soutenir que la combinaison particulière du stress, de l'exercice excessif, du manque de sommeil et des bruits soudains dans la nuit, qui provoque le somnambulisme, a, pour la personne endormie, un effet équivalent à celui d'une commotion sur une personne éveillée, qu'on accepte généralement comme cause externe d'automatisme sans aliénation mentale; voir Williams, *op. cit.*, à la p. 666. En fin de compte, la dichotomie entre les causes internes et externes s'estompe dans ce contexte, et n'aide pas à résoudre l'examen.

La théorie du risque subsistant tire son origine des remarques incidentes de lord Denning dans l'arrêt *Bratty*, précité, à la p. 412, où il propose le critère suivant pour distinguer entre l'automatisme avec aliénation mentale et l'automatisme sans aliénation mentale:

[TRADUCTION] Il me semble que tout trouble mental qui se traduit par la violence et qui risque de se répéter constitue une maladie mentale. Quoi qu'il en soit, c'est une forme de maladie pour laquelle une personne devrait être détenue dans un hôpital plutôt que de bénéficier d'un acquittement pur et simple.

La remarque incidente de lord Denning n'a pas été universellement acceptée, bien que certains éléments de la théorie persistent aujourd'hui. Elle a été mise en doute dans l'arrêt *R. c. Quick*, précité, aux pp. 351 et 352, et les théoriciens du droit ont mis en doute l'utilité du critère; voir Stuart, *op. cit.*, aux pp. 94 et 95; Colvin, *op. cit.*, à la p. 294. De même, les autorités médicales ont douté de la capacité de leur profession à prédire le risque de



and the Problem of Criminal Responsibility”, in Hucker, Webster and Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), at pp. 104-109. In *Rabey* Martin J.A. doubted the merit of Lord Denning’s test, noting, at p. 476, that the converse of Denning’s proposition was surely not good law. He stated:

It would be quite unreasonable to hold that a serious mental disorder did not constitute a disease of the mind because it was unlikely to recur. To so hold would be to exclude from the exemption from responsibility afforded by insanity, persons, who by reason of a severe mental disorder were incapable of appreciating the nature and quality of the act or of knowing that it was wrong, if such mental disorder was unlikely to recur.

The majority of this Court approved these comments, and Dickson J. in dissent conceded the point, at p. 533:

A test of proneness to recur does not entail the converse conclusion, that if the mental malady is not prone to recur it cannot be a disease of the mind. A condition, organic in nature, which causes an isolated act of unconscious violence could well be regarded as a case of temporary insanity.

Nonetheless, Dickson J. sought to revive Lord Denning’s basic formulation in the following passage, at pp. 551-52:

Under the heading “Insanity versus Automatism” [Glanville] Williams states that before the decision in *Quick*, Lord Denning’s view in *Bratty* was generally accepted. The test of insanity was the likelihood of recurrence of danger. In *Quick*, the Court of Appeal adopted what might seem at first sight to be a different test for insane versus non-insane automatism. But the real question is whether the violence is likely to be repeated. Williams concludes that “On the whole, it would be much better if the courts kept to Lord Denning’s plain rule; the rule in *Quick* adds nothing to it”. (at p. 615)

This view, which the Ontario Court of Appeal appears to have rejected, finds ample support in the

rechute; voir Roth, «Modern Neurology and Psychiatry and the Problem of Criminal Responsibility», dans Hucker, Webster et Ben-Aron, dir., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), aux pp. 104 à 109. Dans l’arrêt *Rabey*, le juge Martin de la cour d’appel a mis en doute la valeur du critère énoncé par lord Denning, remarquant, à la p. 476, que l’inverse de la proposition de Denning n’était sûrement pas du bon droit. Il a dit:

[TRADUCTION] Il serait tout à fait déraisonnable de conclure qu’un trouble mental grave ne constitue pas une maladie mentale parce que la rechute est improbable. Cette conclusion priverait de l’exonération de responsabilité due à l’aliénation mentale des personnes qui, en raison d’un trouble mental grave, étaient incapables de juger la nature et la qualité de leur geste ou de savoir qu’il était répréhensible, si un tel trouble mental risquait peu de se reproduire.

La majorité de notre Cour a approuvé ces commentaires, et le juge Dickson, dissident, a admis ce point, à la p. 533:

Le critère du risque de rechute n’entraîne pas la conclusion inverse, à savoir que si le trouble mental ne risque pas de se reproduire, alors il ne peut s’agir d’une maladie mentale. Un état de nature organique qui provoque un acte isolé se traduisant par une violence inconsciente peut très bien être considéré comme un cas d’aliénation mentale temporaire.

Toutefois, le juge Dickson a cherché à reprendre la formulation de principe de lord Denning dans le passage suivant, aux pp. 551 et 552:

Sous la rubrique «Insanity versus Automatism», Williams [Glanville] affirme qu’avant l’arrêt *Quick*, l’opinion de lord Denning dans *Bratty* était généralement acceptée. Le critère de l’aliénation mentale était la probabilité de retour du danger. Dans l’arrêt *Quick*, la Cour d’appel a adopté ce qui semble être, à première vue, un critère différent pour distinguer l’automatisme avec aliénation mentale de l’automatisme sans aliénation mentale. Mais la véritable question est de savoir s’il y a risque de voir l’acte de violence se répéter. Williams conclut que [TRADUCTION] «Dans l’ensemble, il serait préférable que les tribunaux conservent la règle claire de lord Denning; la règle formulée dans *Quick* ne lui ajoute rien d’utile». (à la p. 615)

Ce point de vue, que la Cour d’appel de l’Ontario a apparemment rejeté, trouve un appui certain dans les

legal literature. See Beck, "Voluntary Conduct: Automatism, Insanity and Drunkenness", (1966-67) 9 *Crim. L.Q.* 315, at p. 321, "The cause of the automatic conduct, and the threat of recurrence, are plainly factors that determine the line between sane and insane automatism"; Whitlock, "*Criminal Responsibility and Mental Illness*" at p. 120, "The test of whether or not an episode of automatism is to be judged as sane or insane action seems to rest on the likelihood of its repetition"; J. L. J. Edwards, "Automatism and Criminal Responsibility", 21 *Mod. L. Rev.* 375, at p. 385, "Where evidence is available of recurrent attacks of automatism during which the accused resorts to violence . . . inevitably leads to consideration of the imposition of some restraint"; Prevezer, "Automatism and Involuntary Conduct" [1958] *Crim. L. R.* 440, at p. 441, "If . . . it can safely be predicted that his conduct is not likely to recur, having regard to the cause of the automatism, there can be no point in finding him insane and detaining him in Broadmoor"; Martin, "Insanity as a Defence", (1965-6) 8 *Crim. L. Q.* 240, at p. 253, "Perhaps the distinction lies in the likelihood of recurrence and whether the person suffering from it is prone to acts of violence when in that state".

In principle, the defence of automatism should be available whenever there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime, that cannot be attributed to fault or negligence of his part. Such evidence should be supported by expert medical opinion that the accused did not feign memory loss and that there is no underlying pathological condition which points to a disease requiring detention and treatment.

While Dickson J.'s views did not carry the day in *Rabey*, nothing in the majority judgment precludes the consideration of a continuing danger as a factor at the policy stage of the inquiry.

Since *Rabey*, the House of Lords has revisited the question of disease of the mind, in *R. v. Sullivan*, [1984] A.C. 156. Lord Diplock, speaking for a unanimous court, commented, at p. 172, as follows:

The nomenclature adopted by the medical profession may change from time to time; Bratty was tried in 1961.

revues de droit. Voir Beck, «Voluntary Conduct: Automatism, Insanity and Drunkenness», (1966-67) 9 *Crim. L.Q.* 315, à la p. 321, [TRADUCTION] «La cause d'une conduite automatique et le risque de rechute sont clairement des facteurs qui tracent la ligne de démarcation entre l'automatisme sans aliénation mentale et avec aliénation mentale»; Whitlock, «*Criminal Responsibility and Mental Illness*» à la p. 120, [TRADUCTION] «Il appert que le critère pour savoir si un accès d'automatisme doit être considéré comme l'acte d'une personne saine d'esprit ou d'un aliéné repose sur la probabilité de sa répétition»; J. L. J. Edwards, «Automatism and Criminal Responsibility», 21 *Mod. L. Rev.* 375, à la p. 385, [TRADUCTION] «Lorsque la preuve démontre des crises répétées d'automatisme au cours desquelles l'accusé a recours à la violence . . . on envisage inévitablement d'imposer l'internement»; Prevezer, «Automatism and Involuntary Conduct» [1958] *Crim. L. R.* 440, à la p. 441, [TRADUCTION] «Si . . . l'on peut, en toute sûreté, prévoir que sa conduite ne risque pas de se répéter, compte tenu de la cause d'automatisme, alors rien ne justifie la conclusion qu'il est aliéné et qu'il doit être détenu à Broadmoor»; Martin, «Insanity as a Defence», (1965-1966) 8 *Crim. L. Q.* 240, à la p. 253, [TRADUCTION] «La distinction réside peut-être dans la probabilité d'une rechute et dans la question de savoir si la personne qui en souffre est portée à accomplir des actes de violence lorsqu'elle est dans cet état».

En principe, l'automatisme devrait être un moyen de défense chaque fois qu'est établie une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime et qu'on ne peut l'imputer à la faute ou à la négligence de l'accusé. Une telle preuve doit être étayée par le témoignage d'un médecin portant que l'accusé n'a pas simulé une perte de mémoire et qu'il n'existe pas d'état pathologique sous-jacent qui indique une maladie nécessitant une détention et des traitements.

Bien que l'opinion du juge Dickson ne l'ait pas emporté dans l'arrêt *Rabey*, rien dans le jugement majoritaire n'empêche de considérer le risque subsistant comme facteur intervenant à l'étape de l'étude des questions d'ordre public.

Depuis l'arrêt *Rabey*, la Chambre des Lords a revu la question de la maladie mentale dans l'arrêt *R. c. Sullivan*, [1984] A.C. 156. Lord Diplock, exprimant l'opinion unanime de la cour, a remarqué, à la p. 172:

[TRADUCTION] La nomenclature adoptée par la profession médicale peut changer avec le temps; Bratty a été

But the meaning of the expression "disease of the mind" as the cause of "a defect of reason" remains unchanged for the purposes of the application of the M'Naghten Rules. I agree with what was said by Devlin J. in *Reg. v. Kemp* [1957] 1 Q.B. 399, 407, that "mind" in the M'Naghten Rules is used in the ordinary sense of the mental faculties of reason, memory and understanding. If the effect of a disease is to impair these faculties so severely as to have either of the consequences referred to in the latter part of the rules, it matters not whether the aetiology of the impairment is organic, as in epilepsy, or functional, or whether the impairment itself is permanent or is transient and intermittent, provided that it subsisted at the time of commission of the act. The purpose of the legislation relating to the defence of insanity, ever since its origin in 1800, has been to protect society against recurrence of the dangerous conduct. The duration of a temporary suspension of the mental faculties of reason, memory and understanding, particularly if, as in Mr. Sullivan's case, it is recurrent, cannot on any rational ground be relevant to the application by the courts of the M'Naghten Rules, though it may be relevant to the course adopted by the Secretary of State, to whom the responsibility for how the defendant is to be dealt with passes after the return of the special verdict of "not guilty by reason of insanity." [Emphasis added.]

This passage, while not entirely clear, appears to endorse the consideration of recurrence as a non-determinative factor in the insanity inquiry. Lord Diplock states that the duration of the condition in question is not a relevant consideration: a disease of the mind can be temporary or permanent. He also suggests that the relative impermanence of a condition is particularly inconsequential if the condition is prone to recur. A necessary corollary of these statements is the more general proposition that recurrence suggests insanity, but the absence of recurrence does not preclude it. This view of the law was stated explicitly in *R. v. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769 (C.C.A.), at p. 774:

It seems to us that if there is a danger of recurrence that may be an added reason for categorising the condition as a disease of the mind. On the other hand, the absence of the danger of recurrence is not a reason for

jugé en 1961. Mais le sens du terme «maladie mentale» comme cause «d'un trouble de la raison» demeure le même pour les fins de l'application des règles de M'Naghten. Je partage l'opinion du juge Devlin dans l'arrêt *Reg. c. Kemp* [1957] 1 Q.B. 399, 407, selon lequel le terme «mind» («mental») dans les règles de M'Naghten est utilisé dans le sens ordinaire qu'on lui donne lorsqu'on parle des facultés mentales de la raison, de la mémoire et de la compréhension. Si une maladie a pour effet d'affaiblir ces facultés au point d'entraîner l'une ou l'autre des conséquences mentionnées dans la deuxième partie des règles, il est sans importance que les causes mêmes de l'affaiblissement soient organiques, comme dans l'épilepsie, ou fonctionnelles, ou que l'affaiblissement lui-même soit permanent ou soit passager et intermittent, pourvu qu'il existât au moment de la perpétration de l'acte. Depuis son origine en 1800, la législation en matière de défense fondée sur l'aliénation mentale a eu pour objet de protéger la société contre le retour d'un comportement dangereux. La durée d'une suspension temporaire des facultés mentales de la raison, de la mémoire et de la compréhension, particulièrement lorsqu'elle se reproduit, comme dans le cas de M. Sullivan, ne peut, pour aucun motif rationnel, être pertinente quant à l'application par les tribunaux des règles de M'Naghten, bien qu'elle puisse être pertinente relativement à la voie adoptée par le Secrétariat d'État, auquel incombe la responsabilité du traitement du défendeur à la suite d'un verdict spécial de «non coupable pour cause d'aliénation mentale.» [Je souligne.]

Cet extrait, sans être très clair, paraît approuver la prise en considération de la rechute comme facteur non déterminant en matière d'examen relatif à l'aliénation mentale. Lord Diplock remarque que la durée de l'état en question n'est pas une considération pertinente: une maladie mentale peut être soit temporaire soit permanente. Il avance également que la durée relativement brève d'un état est particulièrement sans importance si l'état risque de se reproduire. Le corollaire nécessaire de ces énoncés est la proposition plus générale selon laquelle la récurrence laisse supposer l'aliénation mentale, mais que l'absence de récurrence ne l'exclut pas. Cette opinion a été exprimée explicitement dans l'arrêt *R. c. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769 (C.C.A.), à la p. 774:

[TRADUCTION] Il nous semble que l'existence du danger de récurrence fournit un motif supplémentaire de qualifier l'état en cause de maladie mentale. Par ailleurs, l'absence de danger de récurrence ne permet pas d'affir-

saying that it cannot be a disease of the mind. Subject to that possible qualification, we respectfully adopt Lord Denning's suggested definition.

In my view, the Court of Appeal has properly stated the law on this point. Recurrence is but one of a number of factors to be considered in the policy phase of the disease of the mind inquiry. Moreover, the absence of a danger of recurrence will not automatically exclude the possibility of a finding of insanity.

In this case, then, neither of the two leading policy approaches determines an obvious result. It is clear from the evidence that there is almost no likelihood of recurrent violent somnambulism. A finding of insanity is therefore less likely, but the absence of a continuing danger does not mean that the respondent must be granted an absolute acquittal. At the same time, the internal cause theory is not readily applicable in this case. It is therefore necessary to look further afield.

In his dissenting reasons in *Rabey*, at p. 546, Dickson J. enumerates certain additional policy considerations that are relevant to the distinction between insanity and automatism:

There are undoubtedly policy considerations to be considered. Automatism as a defence is easily feigned. It is said the credibility of our criminal justice system will be severely strained if a person who has committed a violent act is allowed an absolute acquittal on a plea of automatism arising from a psychological blow. The argument is made that the success of the defence depends upon the semantic ability of psychiatrists, tracing a narrow path between the twin shoals of criminal responsibility and an insanity verdict. Added to these concerns is the *in terrorem* argument that the floodgates will be raised if psychological blow automatism is recognized in law.

These factors are raised by Dickson J. as arguments against a finding of non-insane automatism. In the present case, however, none of these argu-

mer qu'il ne peut s'agir de maladie mentale. Sous réserve de cette restriction possible, avec égards, nous adoptons la définition proposée par lord Denning.

À mon avis, la Cour d'appel a correctement énoncé le droit à cet égard. La récurrence n'est qu'un des nombreux facteurs à considérer à l'étape des considérations d'ordre public dans l'examen de la question de la maladie mentale. En outre, l'absence de risque de récurrence n'exclura pas automatiquement la possibilité de conclure à l'aliénation mentale.

En l'espèce donc, aucune des deux théories principales fondées sur l'ordre public ne dicte une conclusion évidente. Il ressort clairement de la preuve qu'il est très improbable que le somnambulisme violent se reproduise. Une conclusion d'aliénation mentale est par conséquent moins vraisemblable, mais l'absence de risque subsistant ne signifie pas que l'intimé doive bénéficier d'un acquittement pur et simple. D'autre part, la théorie de la cause interne n'est pas aisément applicable en l'espèce. Il est donc nécessaire de regarder plus loin.

Dans ses motifs dissidents de l'arrêt *Rabey*, à la p. 546, le juge Dickson énumère certaines considérations d'ordre public supplémentaires pertinentes relativement à la distinction entre l'aliénation mentale et l'automatisme:

Il faut sans doute tenir compte de considérations d'ordre public. L'automatisme en tant que moyen de défense est facilement simulé. On affirme que la crédibilité de notre système de justice pénale risque d'être sérieusement mise à l'épreuve si une personne qui a commis un acte violent bénéficie d'un verdict d'acquiescement absolu sur un plaidoyer d'automatisme provoqué par un choc psychologique. On fait valoir que le succès de ce moyen de défense dépend de l'habileté d'expression des psychiatres appelés à tracer l'étroit sentier entre les deux écueils de la responsabilité criminelle et du verdict d'aliénation mentale. À tout cela on ajoute l'argument menaçant du raz de marée si la défense d'automatisme provoqué par un choc psychologique est reconnue en droit.

Le juge Dickson invoque ces facteurs pour s'opposer à une conclusion d'automatisme sans aliénation mentale. En l'espèce, toutefois, aucun de ces argu-

ments is persuasive. It seems unlikely that the recognition of somnambulism as non-insane automatism will open the floodgates to a cascade of sleepwalking defence claims. First of all, the defence of somnambulism has been recognized, albeit in *obiter* discussion, in an unbroken line of cases stretching back at least a century, yet I am unaware of any current problem with specious defence claims of somnambulistic automatism. Indeed, this case and *Burgess* are among the few appellate decisions in which the status of somnambulism was a question to be decided. Moreover, it is very difficult to feign sleepwalking — precise symptoms and medical histories beyond the control of the accused must be presented to the trier of fact, and as in this case the accused will be subjected to a battery of medical tests. Finally, a comprehensive listing of the indicia of sleepwalking can be consulted by both the court and the medical experts; see Fenwick, "Somnambulism and the Law: A Review" (1987), 5 *Behav. Sci. & L.* 343, at p. 354.

It may be that some will regard the exoneration of an accused through a defence of somnambulism as an impairment of the credibility of our justice system. Those who hold this view would also reject insane automatism as an excuse from criminal responsibility. However, these views are contrary to certain fundamental precepts of our criminal law: only those who act voluntarily with the requisite intent to commit an offence should be punished by criminal sanction. The concerns of those who reject these underlying values of our system of criminal justice must accordingly be discounted.

In the end, there are no compelling policy factors that preclude a finding that the accused's condition was one of non-insane automatism. I noted earlier that it is for the Crown to prove that somnambulism stems from a disease of the mind; neither the evidence nor the policy considerations in this case overcome the Crown's burden in that regard. Committal under s. 614(2) of the *Criminal*

ments n'est convaincant. Il semble peu probable que la reconnaissance du somnambulisme comme un automatisme sans aliénation mentale ouvrira les écluses à un flot de défenses fondées sur le somnambulisme. Premièrement, une telle défense a été reconnue, quoique dans des remarques incidentes, dans une série ininterrompue d'arrêts remontant à un siècle au moins et, à ma connaissance, les défenses spécieuses d'automatisme somnambulique ne posent actuellement aucun problème particulier. En fait, l'espèce et l'arrêt *Burgess* sont parmi les rares décisions en appel où l'état de somnambulisme était une question à décider. En outre, il est très difficile de feindre le somnambulisme — des symptômes précis et des antécédents médicaux dont l'accusé n'est pas maître doivent être présentés au juge des faits et, comme en l'espèce, l'accusé sera soumis à une batterie de tests médicaux. Enfin, le tribunal et les experts médicaux peuvent consulter une liste exhaustive des signes du somnambulisme; voir Fenwick, «Somnambulism and the Law: A Review» (1987), 5 *Behav. Sci. & L.* 343, à la p. 354.

Il se peut que certains voient l'acquittement d'un accusé grâce à une défense de somnambulisme comme une atteinte à la crédibilité de notre système judiciaire. Les tenants de cette opinion rejetteraient également le somnambulisme associé à l'aliénation mentale comme motif d'exonération de la responsabilité criminelle. Toutefois ces points de vue sont contraires à certains préceptes fondamentaux de notre droit pénal: ne devraient être punis en vertu du droit criminel que les individus qui ont agi volontairement avec l'intention nécessaire de commettre une infraction. Par conséquent, il ne faut tenir aucun compte des préoccupations de ceux qui rejettent ces valeurs fondamentales de notre système de droit criminel.

En fin de compte, aucun facteur d'ordre public convaincant n'empêche de conclure que l'accusé était dans un état d'automatisme sans aliénation mentale. J'ai souligné précédemment qu'il appartient au ministère public d'établir que le somnambulisme tient son origine d'une maladie mentale; ni la preuve ni les considérations d'ordre public en l'espèce ne déchargent le ministère public de son

*Code* is therefore precluded, and the accused should be acquitted.

As I noted at the outset, it is apparent that the medical evidence in this case is not only significant in its own right, but also has an impact at several stages of the policy inquiry. As such, I agree with the Chief Justice that in another case on different evidence sleepwalking might be found to be a disease of the mind. As Dickson J. commented in *Rabey*, at p. 552:

What is disease of the mind in the medical science of today may not be so tomorrow. The court will establish the meaning of disease of the mind on the basis of scientific evidence as it unfolds from day to day. The court will find as a matter of fact in each case whether a disease of the mind, so defined, is present.

On the question of a possible imposition of an order to keep the peace, I am in agreement with the reasons of both Sopinka and McLachlin JJ. I would not refer this matter back to the trial judge. In addition to their reasons, I would note the following practical considerations that in my view preclude consideration of the type of order proposed by the Chief Justice.

To be effective, any order to keep the peace would have to be permanent. This would violate established practice (if not the law) regarding peace orders, which requires a defined period for the order; see *R. v. Edgar* (1913), 109 L.T. 416 (C.C.A.). Of course, the courts could impose a succession of limited-term orders that would amount to a permanent injunction governing the respondent. However, even this course of action may not be feasible in light of concerns over enforcement of the orders, to which I now turn.

Generally, there are two mechanisms for the enforcement of a traditional order to keep the peace. First, any complainant who seeks an order will return to court to complain of any breach of the peace. Thus the complainant acts as a watch-

fardeau à cet égard. L'application du par. 614(2) du *Code criminel* est par conséquent écartée, et l'accusé devrait être acquitté.

Comme je l'ai remarqué au départ, il est évident que la preuve médicale en l'espèce est non seulement importante en elle-même, mais qu'elle a également des répercussions à diverses étapes de l'examen fondé sur l'ordre public. Je conviens donc avec le Juge en chef que dans une autre affaire, en vertu d'une preuve différente, on pourrait conclure que le somnambulisme est une maladie mentale. Comme le juge Dickson l'a remarqué dans l'arrêt *Rabey*, à la p. 552:

La définition actuelle de la maladie mentale en médecine ne sera peut-être pas la même demain. Le tribunal arrêtera le sens de l'expression maladie mentale à partir de la preuve scientifique telle qu'elle évolue de jour en jour. Le tribunal doit décider dans chacun des cas, en tant que question de fait, s'il y a maladie mentale au sens de la définition.

Quant à la possibilité d'une ordonnance de ne pas troubler la paix publique, je souscris aux motifs des juges Sopinka et McLachlin. Je suis d'avis de ne pas renvoyer l'affaire au juge du procès. Outre leurs motifs, je rappellerais les considérations d'ordre pratique suivantes qui, à mon avis, empêchent d'envisager le genre d'ordre proposé par le Juge en chef.

Pour être efficace, tout ordre de ne pas troubler la paix publique devrait être permanent. Il violerait ainsi une pratique établie (voire le droit) en matière d'ordres visant la paix publique, selon laquelle ces ordres doivent avoir une durée déterminée; voir *R. c. Edgar* (1913), 109 L.T. 416 (C.C.A.). Évidemment, les tribunaux pourraient imposer une série d'ordres temporaires qui équivaldraient à une injonction permanente assujettissant l'intimé. Toutefois, même cette mesure risque d'être impossible compte tenu des craintes relatives à l'exécution des ordres, que j'aborde maintenant.

En général, il existe deux méthodes d'exécution des ordres traditionnels de ne pas troubler la paix publique. Premièrement, le plaignant qui demande un ordre retournera devant le tribunal pour se plaindre d'une violation de la paix publique. Ainsi,

dog much like the plaintiff in a civil injunction action. In the instant case, however, there is no "complainant" as such. Only the respondent's immediate family would have a vested interest in the order and an ability to monitor compliance with it, and it would be unrealistic to expect them to complain of any breach of the peace.

A second enforcement mechanism is the imposition of a bond with a guarantee from some third person. This is the standard procedure under the *Magistrate's Courts Act* in England, where the courts require a surety to guarantee the recognisance; see *Halsbury's Laws of England* (4th ed., vol. 29, para. 444). The surety is entitled to complain to the court if the principal has been or is about to be in breach of the conditions of the recognisance, and as such the surety becomes the court's watchdog. Such an arrangement is feasible over a short term, as the cost of the surety can reasonably be imposed upon the accused. But with a permanent order, the costs of a life-long surety would be onerous, and it would be unreasonable to require the respondent to bear this cost.

It appears, then, that the judiciary is not practically equipped to administer a "keep the peace order" in the circumstances of this case. For this reason, along with the reasons of my colleagues, I would not remit this case back to the trial judge for the consideration of such an order. I would accordingly dismiss the appeal and uphold the acquittal of the respondent.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I agree with Lamer C.J. that the trial judge did not err in leaving the defence of automatism rather than that of insanity with the jury, and with both his and Justice La Forest's reasons for reaching that conclusion. However I do not agree that this matter should be referred back to the trial judge to consider an order to keep the peace. I share the concerns expressed by Justice

le plaignant joue le rôle de chien de garde, à peu près comme le demandeur dans une action en injonction en matière civile. En l'espèce, toutefois, il n'y a pas de «plaignant» comme tel. Seuls les parents proches de l'intimé auraient un intérêt matériel dans l'ordre en question et la capacité de veiller à son respect, et il serait irréaliste de s'attendre à ce qu'ils se plaignent d'une violation de la paix publique.

La deuxième méthode d'exécution consiste à imposer un cautionnement garanti par un tiers. C'est la façon normale de procéder en vertu de la *Magistrate's Courts Act* en Angleterre, où les tribunaux exigent une caution pour garantir un engagement; voir *Halsbury's Laws of England* (4<sup>e</sup> éd., vol. 29, para. 444). La caution peut se plaindre auprès du tribunal si le commettant a violé ou s'apprête à violer les modalités de l'engagement, et elle devient, à ce titre, le chien de garde du tribunal. Un tel arrangement est possible pendant une brève période, puisque le coût peut raisonnablement être imposé à l'accusé. Mais dans le cas d'un ordre permanent, un cautionnement d'une durée illimitée serait très onéreux, et il ne serait pas raisonnable d'exiger de l'intimé qu'il supporte ce coût.

Il apparaît donc que le système judiciaire ne dispose pas des moyens pratiques nécessaires pour imposer un «ordre de ne pas troubler la paix publique» compte tenu des circonstances de l'espèce. Pour cette raison, en plus des motifs de mes collègues, je suis d'avis de ne pas renvoyer le dossier au juge du procès afin qu'il se prononce sur un tel ordre. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi et de maintenir l'acquiescement de l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Comme le juge en chef Lamer, j'estime que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en soumettant au jury la défense d'automatisme plutôt que la défense d'aliénation mentale, et je souscris à ses motifs ainsi qu'à ceux du juge La Forest concernant cette conclusion. Toutefois, je ne peux accepter que l'affaire soit renvoyée au juge du procès afin qu'il se prononce sur un

McLachlin on this point, and would also make the following observations.

This Court has recognized the existence of a common law preventative justice power in addition to the specific statutory power to make an order to keep the peace pursuant to an information laid under what is now s. 810 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46: *Mackenzie v. Martin*, [1954] S.C.R. 361. However even at common law this power has significant limits. In *Mackenzie*, at p. 368, Kerwin J. quoted from Blackstone on the nature of the power:

This preventative justice consists in obliging those persons, whom there is probable ground to suspect of future misbehaviour, to stipulate with and to give full assurance to the public, that such offence as is apprehended shall not happen; by finding pledges or securities for keeping the peace, or for their good behaviour. [Emphasis added.]

Several lower court decisions have similarly recognized that this common law power cannot be exercised on the basis of mere speculation, but requires a proven factual foundation which raises a probable ground to suspect of future misbehaviour. See: *R. v. White, Ex p. Chohan*, [1969] 1 C.C.C. 19 (B.C.S.C.); *Re Regina and Shaben*, [1972] 3 O.R. 613 (H.C.J.); *Stevenson v. Saskatchewan (Minister of Justice)*, (Q.B., June 8, 1987, unreported).

The uncontroverted expert evidence in this case is wholly inconsistent with such a conclusion. The Chief Justice characterizes that evidence as indicating that "the chances of such an occurrence taking place again are for all practical purposes nil" (at p. 894).

Moreover the extent and continued validity of this common law power has yet to be considered in light of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Restrictions on an individual's liberty can only be effected in accordance with principles of

ordre de ne pas troubler la paix publique. Je partage les préoccupations du juge McLachlin à cet égard, et j'aimerais également apporter les commentaires suivants.

Notre Cour a reconnu l'existence d'un pouvoir de justice préventive de common law outre le pouvoir spécifique prévu dans la loi de délivrer un ordre de ne pas troubler l'ordre public en vertu d'une dénonciation déposée en application de ce qui est maintenant l'art. 810 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46: *Mackenzie c. Martin*, [1954] R.C.S. 361. Toutefois, même en common law, ce pouvoir connaît d'importantes restrictions. Dans l'arrêt *Mackenzie*, le juge Kerwin a emprunté les propos de Blackstone sur la nature du pouvoir (à la p. 368):

[TRADUCTION] Cette justice préventive consiste à obliger ceux dont, pour des motifs vraisemblables, on suspecte une mauvaise conduite ultérieure, à contracter un engagement envers le public qu'une telle infraction, que l'on redoute, ne se produira pas, en fournissant des gages ou des cautions garantissant qu'ils ne troubleront pas l'ordre public ou qu'ils adopteront une bonne conduite. [Je souligne.]

Plusieurs tribunaux d'instance inférieure ont également reconnu que ce pouvoir issu de la common law ne peut être exercé sur la foi de simples spéculations car il nécessite un fondement factuel prouvé donnant naissance à un motif vraisemblable de suspecter une mauvaise conduite ultérieure. Voir *R. c. White, Ex p. Chohan*, [1969] 1 C.C.C. 19 (C.S.C.-B.); *Re Regina and Shaben*, [1972] 3 O.R. 613 (H.C.J.); *Stevenson c. Saskatchewan (Minister of Justice)*, (inédit, B.R., le 8 juin 1987).

Les témoignages non contredits des experts en l'espèce vont tout à fait à l'encontre d'une telle conclusion. Selon le Juge en chef, ces témoignages indiquent que «les risques qu'un tel événement se reproduise sont à toutes fins utiles nuls» (à la p. 894).

En outre, l'étendue et la validité actuelle de ce pouvoir de common law n'ont pas encore été étudiées dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les restrictions à la liberté d'une personne ne peuvent être apportées qu'en confor-



fundamental justice or must be justified under s. 1. This applies to deprivations of liberty following a criminal conviction as well as those effected in other circumstances.

Our criminal justice system is premised on the requirement that the Crown must prove all the elements of an offence in accordance with legal principles. Leaving aside the question of a lack of criminal responsibility on account of mental disorder, the failure to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt in accordance with such principles will result in an acquittal. That is exactly what has happened in this case. The respondent has been acquitted in accordance with ordinary criminal law principles.

Turning to the common law power relied upon by the Chief Justice, I have grave doubts as to whether a power that can be exercised on the basis of "probable ground[s] to suspect future misbehaviour" without limits as to the type of "misbehaviour" or potential victims, would survive *Charter* scrutiny. If such a power allowed the imposition of restrictive conditions following an acquittal on the basis of a remote possibility of recurrence, it may well be contrary to s. 7.

Furthermore the potential implications of the course of action contemplated by the Chief Justice are significant not only for the respondent, but also in other cases. Consider an individual who is convicted of a violent crime at trial, but on appeal a stay is entered on the basis that his right to be tried within a reasonable time has been violated. Would the Court nonetheless impose restrictions on his liberty in an attempt to ensure that such an event does not recur? Such restrictions would be a significant departure from fundamental principles of criminal law, yet there is nothing in the authorities relied upon by the Chief Justice which limits the consideration of an order to keep the peace to cases such as the one at bar.

mité avec les principes de justice fondamentale, ou doivent être justifiées en vertu de l'article premier. Cette règle régit les atteintes à la liberté à la suite d'une déclaration de culpabilité criminelle et celles qui découlent de circonstances différentes.

Notre système de justice criminelle repose sur le principe selon lequel le ministère public doit établir tous les éléments d'une infraction conformément aux principes juridiques. Indépendamment de la question de l'absence de responsabilité criminelle en raison d'un trouble mental, le défaut de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable conformément à de tels principes entraîne l'acquittement. C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce. L'intimé a été acquitté conformément aux principes ordinaires du droit criminel.

En ce qui concerne le pouvoir de common law sur lequel s'est appuyé le Juge en chef, je doute sérieusement qu'un pouvoir exercé sur la foi de [TRADUCTION] «motifs vraisemblables de suspecter une mauvaise conduite ultérieure», sans réserves quant à la nature de la «mauvaise conduite» ou aux victimes possibles, puisse résister à un examen fondé sur la *Charte*. Si un tel pouvoir permet d'imposer des conditions restrictives à la suite d'un acquittement en raison d'une faible possibilité de récidive, il risque fort de violer l'art. 7.

De plus, la manière de procéder envisagée par le Juge en chef pourrait avoir des répercussions importantes non seulement pour l'intimé mais aussi dans d'autres affaires. Songez à l'accusé déclaré coupable d'un crime violent à la suite d'un procès alors qu'en appel, une suspension est ordonnée pour violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. La cour imposerait-elle néanmoins des restrictions à sa liberté pour tenter d'empêcher qu'un tel incident se reproduise? De telles restrictions constitueraient une dérogation importante aux principes fondamentaux du droit criminel, et cependant rien dans les arrêts et ouvrages cités par le Juge en chef ne limite la possibilité de délivrer un ordre de ne pas troubler l'ordre public à des affaires identiques à l'espèce.

I note that there still exists the possibility of an information being laid pursuant to s. 810 of the *Criminal Code*. This, of course, is subject to the evidentiary basis required under that section, "that the informant has reasonable grounds for his fears" <sup>a</sup> (s. 810(3)), and to constitutional challenge. If such a proceeding is to be initiated, it should not be done so by this Court acting *proprio motu*.

Finally I observe that the respondent cross-appealed on the ground that if this Court were inclined to interfere with the decision of the Court of Appeal, a stay should be entered by reason of the violation of his rights under s. 11(b) of the *Charter*. If the respondent remains subject to the criminal justice system and potential restraints on his liberty, it would be necessary to deal with this cross-appeal. <sup>d</sup>

I would accordingly dismiss the appeal and uphold the acquittal of the respondent. On my disposition of the main appeal, it is unnecessary to address the question raised by the cross-appeal. <sup>e</sup>

The reasons of McLachlin and Iacobucci JJ. were delivered by <sup>f</sup>

MCLACHLIN J.—I have read the reasons of Lamer C.J. and concur in them, except on the question of whether the matter should be referred back to the trial judge for consideration of a further order imposing conditions on the future conduct of Mr. Parks. I also agree with the reasons of Justices La Forest and Sopinka. <sup>g</sup>

I share the Chief Justice's concern that notwithstanding the justice of an acquittal in this case and the evidence that a recurrence is highly unlikely, great care should be taken to avoid the possibility of a similar episode in the future. However, I also have concerns about the appropriateness of referring the matter back at this stage for a supervisory order in the circumstances of this case. <sup>j</sup>

Je note qu'il est toujours possible de déposer une dénonciation en vertu de l'art. 810 du *Code criminel*, sous réserve, bien sûr, de la présentation d'une preuve, comme le requiert l'article, selon laquelle « . . . les craintes du dénonciateur sont fondées sur des motifs raisonnables » (par. 810(3)) et d'une contestation fondée sur la *Charte*. Si une telle procédure était introduite, elle ne devrait pas résulter de ce que notre Cour agit de sa propre initiative. <sup>b</sup>

Enfin, je remarque que l'intimé a formé un pourvoi incident dans lequel il soutient que si notre Cour entendait modifier la décision de la Cour d'appel, une suspension devrait être ordonnée en raison de l'atteinte à ses droits garantis à l'al. 11b) de la *Charte*. Si l'intimé demeurait soumis au système de justice criminelle et à des restrictions possibles à sa liberté, nous devrions alors trancher ce pourvoi incident.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de maintenir l'acquiescement de l'intimé. Compte tenu de ma décision sur le pourvoi principal, il n'est pas nécessaire d'aborder la question soulevée dans le pourvoi incident.

Version française des motifs des juges McLachlin et Iacobucci rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J'ai lu les motifs du juge en chef Lamer et j'y souscris, à l'exception de la question du renvoi de l'affaire devant le juge du procès pour qu'il détermine s'il y a lieu de prononcer une ordonnance imposant certaines conditions à la conduite future de M. Parks. Je souscris également aux motifs rédigés par les juges La Forest et Sopinka. <sup>h</sup>

Comme le Juge en chef, je pense que, indépendamment du fait que l'acquiescement est la décision juste en l'espèce et que, selon la preuve, la rechute est hautement improbable, il faudrait veiller à empêcher qu'un tel événement se reproduise. J'ai toutefois des inquiétudes quant à l'opportunité de renvoyer l'affaire, à ce stade, afin de déterminer s'il y a lieu de rendre une ordonnance de surveillance dans les circonstance de l'espèce.

In addition to the difficult issues raised by an order restricting a person's liberty on account of an act for which he has been acquitted, I have concerns whether further proceedings are appropriate in the circumstances before us. Mr. Parks has been living in the shadow of these charges since May 24, 1987, over five years. His acquittal is now confirmed. We are told he has been making courageous efforts to re-establish his life. Should he now be embroiled in a further set of proceedings concerned, not with his guilt or innocence, but with the maintenance of his liberty?

Generally, the courts do not grant remedies affecting the liberty of the subject unless they are asked to do so by the Crown, which is charged with instituting such legal processes as it deems appropriate having regard to the public interest and fairness to the individual involved. In the absence of an application by the Crown, I hesitate to remit the case for consideration of further measures against the accused.

I add that the possibility of supervisory orders in this situation may be a matter which Parliament would wish to consider in the near future.

*Appeal dismissed, LAMER C.J. and CORY J. dissenting in part.*

*Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.*

En plus des questions difficiles que pose une ordonnance limitant la liberté d'une personne en raison d'un acte pour lequel elle a été acquittée, je me demande si de nouvelles procédures sont opportunes en l'espèce. Monsieur Parks a vécu depuis le 24 mai 1987 dans l'ombre de ces accusations. Son acquittement est maintenant confirmé. On nous a dit qu'il faisait de courageux efforts pour reconstruire sa vie. Devrait-il maintenant être aux prises avec une nouvelle série de procédures concernant non plus sa culpabilité ou son innocence, mais le maintien de sa liberté?

En règle générale, les cours ne rendent pas de décision touchant la liberté d'une personne sans y avoir été invitées par le ministère public, dont la responsabilité est d'engager les procédures juridiques qu'il estime appropriées compte tenu de l'intérêt public et de l'équité envers l'individu concerné. En l'absence de demande présentée par le ministère public, j'hésite à renvoyer l'affaire pour examen de nouvelles mesures à prendre contre l'accusé.

J'ajouterais que le Parlement pourrait juger bon d'examiner sans tarder la possibilité de prononcer des ordonnances de surveillance dans une telle situation.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et le juge CORY sont dissidents en partie.*

*Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Ruby & Edwardh, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Arthur Larry Smith** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SMITH

File No.: 22281.

1992: June 15; 1992: August 27.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Deceased telephoning her mother on night she was murdered — Whether statements made by deceased admissible as exception to hearsay rule — Whether conviction should be upheld — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

The accused was charged with murder. He and the deceased were both American citizens, ordinarily resident in the U.S. The evidence at trial showed that the accused had picked the deceased up at her mother's house and that they had driven to Canada, where they spent the weekend together in a hotel. The deceased's body was subsequently discovered near a service station. The Crown's theory was that the accused was a drug smuggler who had travelled to Canada with the deceased in order to obtain cocaine, and that he had asked her to take the cocaine back to the U.S. concealed in her body, but that she had refused. According to the Crown, he then abandoned her at the hotel, but later returned to pick her up, and drove her to a place where he strangled her. In support of this theory, the Crown relied upon evidence of four telephone calls made by the deceased to her mother. The deceased's mother testified that in the first call, her daughter said that the accused had abandoned her at the hotel and that she wanted a ride home. In the second call, the deceased told her mother that the accused had still not returned. The deceased's mother testified that in the third call her daughter told her that the accused had come back for her, and that she would not need a ride home after all. The fourth telephone call was traced to a pay telephone at the service station near which the deceased's body was found. Her mother testified that in this call her daughter told her that she was "on her way". The Crown

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Arthur Larry Smith** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. SMITH

N° du greffe: 22281.

<sup>b</sup> 1992: 15 juin; 1992: 27 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Preuve — Oui-dire — Admissibilité — Appels téléphoniques de la victime à sa mère la nuit de son assassinat — Les déclarations de la victime sont-elles admissibles à titre d'exception à la règle du oui-dire? — Y a-t-il lieu de confirmer la déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

<sup>e</sup> L'accusé a été inculpé de meurtre. La victime et lui étaient tous deux citoyens américains et vivaient habituellement aux États-Unis. Au procès, il a été prouvé que l'accusé était allé chercher la victime chez la mère de celle-ci et qu'ils s'étaient rendus en voiture au Canada où ils ont passé la fin de semaine ensemble dans un hôtel. Le corps de la victime a par la suite été découvert près d'une station-service. Selon le ministère public, l'accusé était un trafiquant de drogue qui s'était rendu au Canada avec la victime pour se procurer de la cocaïne; il lui avait alors demandé de rapporter aux États-Unis de la cocaïne dissimulée dans son corps, mais cette dernière avait refusé. Selon le ministère public, l'accusé a alors abandonné la victime à l'hôtel, mais il est par la suite retourné la chercher et l'a conduite à un endroit où il l'a étranglée. Pour appuyer cette thèse, le ministère public a invoqué la preuve de quatre appels téléphoniques que la victime avait faits à sa mère. La mère de la victime a témoigné que, lors du premier appel, sa fille avait dit que l'accusé l'avait abandonnée à l'hôtel et qu'elle voulait qu'on la ramène à la maison. Lors du deuxième appel, la victime a dit à sa mère que l'accusé n'était toujours pas de retour. La mère de la victime a témoigné que, lors du troisième appel, sa fille lui avait dit que l'accusé était revenu et qu'en fin de compte elle n'aurait pas besoin qu'on la ramène à la maison. Il a été établi que le quatrième appel provenait d'un téléphone public situé à la station-service près de

also led evidence from a woman who had travelled with the accused to Canada in the month prior to the murder. She testified that the accused had asked her to smuggle illegal drugs back to the U.S. for him, and that when she refused, he drove her to a restaurant, where he abandoned her. The accused was convicted. The Court of Appeal allowed his appeal. It found that the evidence as to what was said by the deceased in the first two telephone conversations was admissible under an exception to the hearsay rule, but only for the purpose of establishing her state of mind when she made the calls. The evidence as to what was said in the third and fourth telephone conversations, however, fell within no exception to the hearsay rule, and was therefore not admissible for any purpose. Notwithstanding defence counsel's failure to object to the evidence at trial, the Court of Appeal declined to apply the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, quashed the accused's conviction, and ordered a new trial.

\* *Held*: The appeal should be dismissed.

The statements made by the deceased in the first two telephone conversations are not admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule to prove the truth of the factual assertion that the accused abandoned the deceased at the hotel on the night of her death. The statement in the third call would not have been admissible under the present intentions exception for any purpose at all. The fourth telephone conversation is not in issue here. While the Court of Appeal was thus not in error regarding the operation of the "present intentions" exception, the hearsay rule does not preclude the reception of hearsay evidence which does not fall within established categories of exceptions. It has long been understood that the circumstances under which the declarant makes a statement may be such as to guarantee its reliability, irrespective of the availability of cross-examination. This Court's decision in *R. v. Khan* should be understood as the triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories. It signalled a departure from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined exceptions, and a movement toward an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike. Hearsay evidence of statements made by persons who are not available to give evidence at trial ought generally to be admissible,

laquelle le corps de la victime a été trouvé. Sa mère a témoigné que, lors de cet appel, sa fille lui avait dit qu'elle «s'en venait». Le ministère public a également fait témoigner une femme qui s'était rendue au Canada avec l'accusé au cours du mois qui avait précédé le meurtre. Elle a témoigné que l'accusé lui avait demandé de passer pour lui des drogues illégales aux États-Unis et que, devant son refus, il l'avait conduite à un restaurant où il l'avait abandonnée. L'accusé a été reconnu coupable. La Cour d'appel a accueilli son appel. Elle a conclu que la preuve de ce que la victime avait dit lors des deux premières conversations téléphoniques était admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, mais uniquement pour établir son état d'esprit au moment où elle avait fait les appels. Toutefois, la preuve de ce qui avait été dit lors des troisième et quatrième conversations téléphoniques n'était pas visée par une exception à la règle du ouï-dire et n'était donc pas admissible, à quelque fin que ce soit. Même si l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à la présentation de cette preuve au procès, la Cour d'appel a refusé d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Les déclarations faites par la victime au cours des deux premières conversations téléphoniques ne sont pas admissibles, en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du ouï-dire pour établir l'exactitude de l'allégation de fait selon laquelle l'accusé avait abandonné la victime à l'hôtel la nuit où cette dernière est décédée. La déclaration faite lors du troisième appel téléphonique n'aurait pas été admissible, à quelque fin que ce soit, en vertu de l'exception des intentions existantes. La quatrième conversation téléphonique n'est pas en cause ici. Bien que la Cour d'appel n'ait donc pas commis d'erreur en ce qui concerne l'application de l'exception des «intentions existantes», la règle du ouï-dire n'empêche pas de recevoir une preuve par ouï-dire qui ne relève pas de certaines catégories établies d'exceptions. Il est entendu depuis longtemps que les circonstances dans lesquelles le déclarant fait une déclaration peuvent être telles qu'elles garantissent sa fiabilité, indépendamment de la possibilité de contre-interroger. L'arrêt *R. c. Khan* de notre Cour doit être perçu comme le triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux. Cet arrêt s'est écarté d'une conception de la preuve par ouï-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint d'exceptions définies, et il représente une évo-

where the circumstances under which the statements were made satisfy the criteria of necessity and reliability set out in *Khan*, and subject to the residual discretion of the trial judge to exclude the evidence when its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused. Here, the hearsay evidence of what the deceased told her mother in the first two telephone calls satisfied the criteria of necessity and reliability, and was properly admissible on that basis. While the contents of the third call satisfied the criterion of necessity as well, the events surrounding the making of that call do not provide that circumstantial guarantee of trustworthiness that would justify their admission without the possibility of cross-examination. This evidence was thus not admissible. The evidence of the other woman who had gone to Canada with the accused was also inadmissible because it was evidence going to character and was not relevant to the murder charge. It was admitted, however, and its effect on the jury may have been highly prejudicial. The trial judge's caution to the jury was inadequate to remove this possibility of prejudice. The order for a new trial must accordingly be affirmed.

lution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions. La preuve par oui-dire des déclarations faites par des personnes non disponibles pour témoigner au procès devrait généralement être admissible, lorsque les circonstances dans lesquelles les déclarations ont été faites satisfont aux critères de nécessité et de fiabilité énoncés dans l'arrêt *Khan*, et sous réserve du pouvoir discrétionnaire résiduel que possède le juge du procès d'exclure la preuve lorsque sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu. En l'espèce, la preuve par oui-dire de ce que la victime a dit à sa mère lors des deux premiers appels téléphoniques satisfaisait aux critères de nécessité et de fiabilité et était admissible sur ce fondement. Bien que le contenu du troisième appel téléphonique satisfasse lui aussi au critère de nécessité, les événements entourant cet appel ne fournissent pas la garantie circonstancielle de fiabilité qui justifierait son admission sans possibilité de contre-interroger. Cette preuve n'était donc pas admissible. Le témoignage de l'autre femme qui s'était rendue au Canada avec l'accusé était également inadmissible, parce qu'il s'agissait d'une preuve concernant la moralité qui n'avait rien à voir avec l'accusation de meurtre. Il a toutefois été admis et son effet sur le jury a pu être fort préjudiciable. La mise en garde que le juge du procès a faite au jury était insuffisante pour éliminer cette possibilité de préjudice. Il faut donc confirmer l'ordonnance de nouveau procès.

### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; **referred to:** *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892); *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541; *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965; *R. v. Blastland*, [1986] A.C. 41; *R. v. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345; *R. v. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172; *Home v. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(b)(iii), 693(1).

### Authors Cited

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*,

### Jurisprudence

**Arrêt examiné:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; **arrêts mentionnés:** *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892); *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541; *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *Subramaniam c. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965; *R. c. Blastland*, [1986] A.C. 41; *R. c. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345; *R. c. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172; *Home c. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750; *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii), 693(1).

### Doctrine citée

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*,

vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923, §§ 1420-22.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 11 W.C.B. (2d) 497, quashing respondent's conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

*Milan Rupic*, for the appellant.

*D. Fletcher Dawson*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER C.J.—The principal issue raised by this appeal is the admissibility of hearsay evidence as part of the Crown's case in a murder trial, when the declarant is dead.

#### The Facts

The respondent was convicted of the murder of Aritha Monalisa King and was sentenced to imprisonment for life with no parole eligibility for thirteen years. Both the respondent and Ms. King were American citizens, ordinarily resident in Detroit. At the respondent's trial, the evidence showed that on August 6, 1986, the respondent picked up Ms. King at her mother's house in Detroit. Together, they drove across the border to Canada. The respondent spent the weekend of August 9 and 10 with Ms. King in a hotel in London, Ontario. Ms. King's body was subsequently discovered at approximately 1:30 a.m. on August 11, near a service station at Beechville, Ontario. The body was found lying on a sheet which may have come from the hotel where Ms. King and the respondent had spent the night. Certain fibres found on the sheet matched fibres from the clothing of the respondent and Ms. King. The body's arms had been cut off, and were never found.

The theory of the Crown was that the respondent was a drug smuggler who had travelled to Canada with Ms. King in order to obtain cocaine. The

vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923, §§ 1420-22.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 11 W.C.B. (2d) 497, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

*Milan Rupic*, pour l'appelante.

*D. Fletcher Dawson*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—La principale question soulevée par ce pourvoi est celle de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire présentée par le ministère public dans un procès pour meurtre, lorsque le déclarant est décédé.

#### Les faits

L'intimé a été déclaré coupable du meurtre d'Aritha Monalisa King et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'obtenir une libération conditionnelle avant d'avoir purgé treize ans. L'intimé et M<sup>me</sup> King étaient tous deux citoyens américains et vivaient habituellement à Detroit. Au procès, il a été prouvé que le 6 août 1986, l'intimé est allé chercher M<sup>me</sup> King chez la mère de celle-ci, à Detroit. Ensemble, ils se sont rendus au Canada en voiture. L'intimé a passé la fin de semaine du 9 au 10 août avec M<sup>me</sup> King dans un hôtel, à London (Ontario). Le corps de M<sup>me</sup> King a par la suite été découvert vers 1 h 30 le 11 août, près d'une station-service, à Beechville (Ontario). Il gisait sur un drap qui pouvait provenir de l'hôtel où M<sup>me</sup> King et l'intimé avaient passé la nuit. Certaines fibres trouvées sur le drap correspondaient aux fibres des vêtements de l'intimé et de M<sup>me</sup> King. Les bras de la victime avaient été coupés et n'ont jamais été retrouvés.

Selon le ministère public, l'intimé était un trafiquant de drogue qui s'était rendu au Canada avec M<sup>me</sup> King pour se procurer de la cocaïne. Le

Crown hypothesized that the respondent had asked Ms. King to take the cocaine back to the United States concealed in her body, but that she had refused. According to the Crown, he then abandoned her at the hotel in London. However, he later returned to pick her up, and drove her to a place where he strangled her, cut off her arms to impede identification, and dumped her body.

In support of this theory, the Crown relied upon evidence of four telephone calls made by the deceased to her mother in Detroit at 10:21 p.m., 11:21 p.m., 11:54 p.m. and 12:41 a.m. on the night between August 10 and August 11, 1986. The first two telephone calls were traced to the telephone in Ms. King's room at the hotel in London. Ms. King's mother testified that in the first telephone call, her daughter said that Larry (the respondent) had abandoned her at the hotel in London and that she wanted a ride home. In the second call, Ms. King told her mother that Larry had still not returned. Her mother testified that she then telephoned from Detroit to a taxi company in London to attempt to arrange a ride home for her daughter. A taxi did arrive at the hotel, but refused to take Ms. King because the credit card that she had been using had been confiscated at the hotel.

The third call was traced to a pay telephone in the hotel lobby. Ms. King's mother testified that in this call her daughter told her that Larry had come back for her, and that she would not need a ride home after all. The fourth telephone call was traced to a pay telephone at the service station near which Ms. King's body was found. Ms. King's mother testified that in this call her daughter told her that she was "on her way".

In addition to these calls, there was evidence that a further telephone call had been made shortly after 1:00 a.m. on August 11 from a pay telephone at the service station near which Ms. King's body was later found. This call was traced to the respondent's residence in Detroit. There was no direct

ministère public a formulé l'hypothèse selon laquelle l'intimé avait demandé à M<sup>me</sup> King de rapporter aux États-Unis de la cocaïne dissimulée dans son corps, mais cette dernière avait refusé. <sup>a</sup> Selon le ministère public, l'intimé a alors abandonné M<sup>me</sup> King à l'hôtel, à London. Toutefois, il est par la suite retourné la chercher et l'a conduite à un endroit où il l'a étranglée, lui a coupé les bras pour empêcher son identification et a abandonné son cadavre. <sup>b</sup>

Pour appuyer cette thèse, le ministère public a invoqué la preuve de quatre appels téléphoniques que la victime avait faits à sa mère, à Detroit, à 22 h 21, à 23 h 21, à 23 h 54 et à 0 h 41, pendant la nuit du 10 au 11 août 1986. Il a été établi que les deux premiers appels avaient été faits depuis la chambre d'hôtel de M<sup>me</sup> King, à London. La mère de M<sup>me</sup> King a témoigné que, lors du premier appel, sa fille avait dit que Larry (l'intimé) l'avait abandonnée à l'hôtel, à London, et qu'elle voulait qu'on la ramène à la maison. Lors du deuxième appel, M<sup>me</sup> King a dit à sa mère que Larry n'était toujours pas de retour. La mère de M<sup>me</sup> King a témoigné avoir alors téléphoné, depuis Detroit, à une compagnie de taxis, à London, pour qu'on amène sa fille à la maison. Un taxi est arrivé à l'hôtel, mais le chauffeur a refusé de faire monter M<sup>me</sup> King parce que la carte de crédit qu'elle avait utilisée avait été confisquée à l'hôtel. <sup>c</sup> <sup>d</sup> <sup>e</sup> <sup>f</sup>

Il a été établi que le troisième appel avait été fait depuis un téléphone public dans le hall de l'hôtel. La mère de M<sup>me</sup> King a témoigné que, lors de cet appel, sa fille lui avait dit que Larry était revenu et qu'en fin de compte elle n'aurait pas besoin qu'on la ramène à la maison. Il a été établi que le quatrième appel provenait d'un téléphone public situé à la station-service près de laquelle le corps de M<sup>me</sup> King a été trouvé. La mère de M<sup>me</sup> King a témoigné que, lors de cet appel, sa fille lui avait dit qu'elle [TRADUCTION] «s'en venait». <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup>

En plus de ces appels, il a été établi qu'un autre appel avait été fait peu de temps après 1 h, le 11 août, depuis un téléphone public situé dans la station-service près de laquelle le corps de M<sup>me</sup> King a par la suite été trouvé. On a établi que cet appel avait été fait à la résidence de l'intimé, à Detroit. Il <sup>j</sup>



evidence as to who made this telephone call, or what was said. However, a witness at the service station testified that he had seen the respondent near the pay telephones at the service station around this time.

The Crown also led evidence from one Hope Denard, a woman who had travelled with the respondent from Detroit to Canada in the month prior to the murder. Ms. Denard testified that the respondent had asked her to smuggle illegal drugs back to the United States for him, and that when she refused, he drove her to Windsor and abandoned her at a restaurant.

The respondent did not testify at his trial, but set up a defence of alibi supported by the evidence of various witnesses who placed him in Windsor or Detroit at or around the time of the murder. Defence counsel did not object to the testimony by Ms. King's mother as to what her daughter told her in the first three telephone calls. Indeed, it was apparently the theory of the defence that the respondent actually did abandon Ms. King at the hotel in London, a hypothesis supported by the evidence of what Ms. King said in the first two telephone calls to her mother. However, the defence contended that after leaving Ms. King, the respondent returned to Detroit and did not return to the hotel, and therefore could not have been with her when she was murdered.

The respondent appealed his conviction to the Ontario Court of Appeal, which allowed the appeal and ordered a new trial. The Court of Appeal found that evidence as to what was said in the telephone calls made by Ms. King to her mother on the night of the murder was hearsay, and therefore was inadmissible unless it fell within some recognized exception to the hearsay rule. The Court of Appeal went on to decide that the evidence as to what was said by Ms. King in the first two telephone conversations was admissible under an exception to the hearsay rule, but only for the purpose of establishing her state of mind at the time when she made the calls, i.e., that she wanted to

n'existait aucune preuve directe quant à l'auteur de cet appel téléphonique ou quant à ce qui avait été dit. Toutefois, un témoin qui était à la station-service a déclaré avoir vu l'intimé près des téléphones publics à peu près à ce moment-là.

Le ministère public a également fait témoigner une certaine Hope Denard, qui s'était rendue de Detroit au Canada avec l'intimé au cours du mois qui avait précédé le meurtre. Madame Denard a témoigné que l'intimé lui avait demandé de passer pour lui des drogues illégales aux États-Unis et que, devant son refus, il l'avait conduite à Windsor pour l'abandonner dans un restaurant.

L'intimé n'a pas témoigné à son procès, mais il a invoqué comme moyen de défense un alibi corroboré par la déposition de divers témoins qui ont déclaré l'avoir vu à Windsor ou à Detroit au moment du meurtre ou à peu près au même moment. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à ce que la mère de M<sup>me</sup> King témoigne au sujet de ce que sa fille lui avait dit lors des trois premiers appels téléphoniques. En fait, la thèse de la défense était apparemment que l'intimé avait réellement abandonné M<sup>me</sup> King à l'hôtel, à London, et cette hypothèse était étayée par la preuve de ce que M<sup>me</sup> King avait dit à sa mère les deux premières fois qu'elle l'avait appelée. Toutefois, la défense a soutenu qu'après avoir quitté M<sup>me</sup> King, l'intimé s'était rendu à Detroit et n'était pas retourné à l'hôtel, et qu'il ne pouvait donc pas avoir été avec elle au moment où elle a été assassinée.

L'intimé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité à la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel a conclu que la preuve de ce que M<sup>me</sup> King avait dit à sa mère lors des appels téléphoniques, la nuit du meurtre, constituait du oui-dire, et que cette preuve était donc inadmissible à moins d'être visée par quelque exception reconnue à la règle du oui-dire. La Cour d'appel a ensuite décidé que la preuve de ce que M<sup>me</sup> King avait dit lors des deux premières conversations téléphoniques était admissible en vertu d'une exception à la règle du oui-dire, mais uniquement pour établir son état d'esprit au moment

come home. The evidence as to what was said in the third telephone conversation, however, fell within no exception to the hearsay rule, and was therefore not admissible for any purpose.

The Court of Appeal concluded that the inadmissible hearsay evidence had been so gravely prejudicial to the respondent that it could not say that, had it not been admitted, the verdict would necessarily have been the same. Therefore, notwithstanding the failure of defence counsel to object to the evidence at trial, the Court of Appeal declined to apply the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, quashed the respondent's conviction, and ordered a new trial: (1990), 11 W.C.B. (2d) 497.

The Crown sought leave to appeal to this Court under s. 693(1) of the *Criminal Code*, and leave to appeal was granted (Lamer C.J. and Sopinka and McLachlin JJ.) on May 9, 1991: [1991] 1 S.C.R. xiii.

#### Judgment Below

##### *Ontario Court of Appeal*

The Ontario Court of Appeal (*per* Brooke J.A., Houlden and Labrosse JJ.A. concurring) noted that the Crown's case at trial rested upon two hypotheses: first, that the respondent had abandoned Ms. King at the hotel in London on the night of August 10, an act consistent with there having been some dispute between them; secondly, that the respondent returned to her later that night, or early the following morning, which would place him with her near the time when she was murdered. The hearsay evidence as to what Ms. King said to her mother when she telephoned her on the night of her death was therefore very important to the Crown's case.

The Court of Appeal proceeded from the premise that, as hearsay, all this evidence was inad-

où elle avait fait les appels, savoir qu'elle voulait rentrer à la maison. Toutefois, la preuve de ce qui avait été dit lors de la troisième conversation téléphonique n'était pas visée par une exception à la règle du oui-dire et n'était donc pas admissible, à quelque fin que ce soit.

La Cour d'appel a conclu que la preuve par oui-dire inadmissible avait causé un préjudice si grave à l'intimé qu'elle ne pouvait pas dire que, si cette preuve n'avait pas été admise, le verdict aurait nécessairement été le même. Par conséquent, même si l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à la présentation de cette preuve au procès, la Cour d'appel a refusé d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1990), 11 W.C.B. (2d) 497.

Le ministère public a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour en vertu du par. 693(1) du *Code criminel*, autorisation qui lui a été accordée (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et McLachlin) le 9 mai 1991: [1991] 1 R.C.S. xiii.

#### Le jugement de la Cour d'appel

##### *Cour d'appel de l'Ontario*

La Cour d'appel de l'Ontario (le juge Brooke à l'avis duquel ont souscrit les juges Houlden et Labrosse) a fait remarquer que la preuve présentée au procès par le ministère public reposait sur deux hypothèses: en premier lieu, celle selon laquelle l'intimé avait abandonné M<sup>me</sup> King à l'hôtel, à London, la nuit du 10 août, ce qui pouvait laisser croire qu'ils s'étaient querellés et, en second lieu, celle selon laquelle l'intimé était revenu plus tard cette nuit-là, ou tôt le lendemain matin, de sorte qu'il était avec M<sup>me</sup> King au moment où elle a été assassinée. La preuve par oui-dire de ce que M<sup>me</sup> King avait dit à sa mère lorsqu'elle lui avait téléphoné la nuit où elle est décédée avait donc une grande importance pour le ministère public.

La Cour d'appel s'est fondée sur la prémisse selon laquelle, en tant que oui-dire, toute cette

missible unless it fell within some recognized exception to the hearsay rule. Referring to *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), and *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (Ont. C.A.), the Court of Appeal concluded that there did exist an exception to the hearsay rule where the declarant's statements were adduced to indicate the intention, or state of mind, of the declarant at the time the statements were made.

However, the Court of Appeal rejected the Crown's argument that all the evidence of what Ms. King said to her mother on the telephone fell within this exception. Citing *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (Ont. H.C.), the Court of Appeal noted that while hearsay evidence was potentially admissible to prove the state of mind of the declarant when the statements were made, such evidence was not admissible to prove the intentions or state of mind of persons other than the declarant, or that such persons acted in accordance with the declarant's expectations, or, indeed, to prove the truth of the factual assertions contained in the declarant's statements of intention. Consequently, the Court of Appeal concluded that the hearsay evidence relating to the first two telephone calls (Larry has left me; I need a ride home) was admissible, but only to show Ms. King's state of mind at the time she telephoned her mother, i.e., that she wanted to come home. This evidence was not admissible, however, to prove the factual assertion that the respondent had abandoned her. The Court of Appeal concluded, further, that the hearsay evidence of the third telephone call (Larry has come back) was not admissible for any purpose at all, and could not be introduced to prove that the respondent later returned and picked up Ms. King.

The Court of Appeal went on to conclude that the inadmissible hearsay evidence relating to the telephone conversations had been of vital importance to the Crown's case. In particular, it had been used to place the respondent with Ms. King around the time of her death, which had the effect of buttressing certain identification evidence of

preuve était inadmissible à moins d'être visée par une exception reconnue à la règle du oui-dire. Mentionnant les arrêts *Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), et *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (C.A. Ont.), la Cour d'appel a conclu qu'il existait une exception à la règle du oui-dire lorsque les déclarations étaient présentées pour indiquer l'intention ou l'état d'esprit du déclarant au moment où il les avait faites.

Toutefois, la Cour d'appel a rejeté l'argument du ministère public, selon lequel toute la preuve de ce que M<sup>me</sup> King avait dit à sa mère au téléphone était visée par cette exception. Citant la décision *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (H.C. Ont.), la Cour d'appel a fait remarquer que même si la preuve par oui-dire pouvait être admissible pour établir l'état d'esprit du déclarant au moment où les déclarations ont été faites, celle-ci n'était pas admissible pour établir les intentions ou l'état d'esprit de personnes autres que le déclarant, ou pour montrer que ces personnes ont agi conformément aux attentes du déclarant ou, en fait, pour établir l'exactitude des allégations de fait contenues dans les déclarations d'intention du déclarant. La Cour d'appel a donc conclu que la preuve par oui-dire concernant les deux premiers appels téléphoniques (Larry m'a quittée; j'ai besoin qu'on me ramène à la maison) était admissible, mais uniquement pour montrer l'état d'esprit de M<sup>me</sup> King au moment où elle a téléphoné à sa mère, savoir qu'elle voulait rentrer à la maison. Toutefois, cette preuve n'était pas admissible pour établir l'exactitude de l'allégation de fait selon laquelle l'intimé avait abandonné M<sup>me</sup> King. La Cour d'appel a en outre conclu que la preuve par oui-dire relative au troisième appel téléphonique (Larry est revenu) n'était pas admissible à quelque fin que ce soit et qu'elle ne pouvait pas être présentée pour établir que l'intimé était par la suite retourné chercher M<sup>me</sup> King.

La Cour d'appel a ensuite conclu que la preuve par oui-dire inadmissible relative aux conversations téléphoniques avait été d'une importance cruciale pour le ministère public. En particulier, cette preuve avait servi à montrer que l'intimé était avec M<sup>me</sup> King vers le moment de son décès, ce qui avait eu pour effet de renforcer une certaine preuve

questionable reliability which placed the respondent at the service station near which the body was found. Concluding, therefore, that the inadmissible hearsay evidence had been prejudicial to the respondent, the Court of Appeal decided that it could not be said that the verdict would necessarily have been the same had the evidence not been admitted, and, therefore, refused to apply the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to dismiss the appeal notwithstanding the error.

In respect of the evidence of Ms. Denard, the Court of Appeal concluded that the history of the respondent as a drug dealer was relevant, if at all, to show the context in which the events between August 6 and August 11 occurred. However, the evidence was only put to the jury as going to the respondent's motive to commit the murder, for which purpose it had no probative value. Indeed, the court concluded that this problem had been exacerbated by remarks made by the Crown in its closing address to the jury, which could have been interpreted as suggesting that the jury ought to conclude that the respondent, having the "character" of a drug smuggler, was more likely to have committed this murder.

The Court of Appeal concluded that the trial judge's charge to the jury was inadequate to cure this defect, and consequently ordered a new trial on this additional ground as well.

### Grounds for Appeal

The Crown now appeals to this Court under s. 693(1) of the *Criminal Code* against the decision of the Ontario Court of Appeal quashing the respondent's conviction and ordering a new trial. The grounds for appeal are as follows:

1. Whether the Court of Appeal for Ontario erred in law in holding that evidence of statements of the deceased during the first and second telephone conversations were admissible only to show her state of mind, and

d'identification d'une fiabilité douteuse, selon laquelle l'intimé était à la station-service près de laquelle le corps de la victime a été trouvé. Concluant donc que la preuve par oui-dire inadmissible avait causé un préjudice à l'intimé, la Cour d'appel a jugé qu'on ne pouvait pas dire que le verdict aurait nécessairement été le même si la preuve n'avait pas été admise; par conséquent, elle a refusé d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour rejeter l'appel malgré l'erreur.

Quant au témoignage de M<sup>me</sup> Denard, la Cour d'appel a conclu que les antécédents de l'intimé, en tant que trafiquant de drogue, étaient pertinents, le cas échéant, pour illustrer le contexte dans lequel s'inscrivaient les événements qui s'étaient produits entre le 6 et le 11 août. Toutefois, la preuve n'a été présentée au jury que pour mettre en lumière le mobile du meurtre, de sorte qu'elle n'avait aucune valeur probante. En fait, la cour a conclu que ce problème avait été aggravé par les remarques que le ministère public avait faites dans son exposé final au jury, lesquelles auraient pu être interprétées comme laissant entendre que ce dernier devait conclure que l'intimé était plus susceptible d'avoir commis le meurtre puisqu'il avait la «moralité» d'un trafiquant de drogue.

La Cour d'appel a conclu que les directives du juge du procès au jury étaient insuffisantes pour remédier à cette lacune; elle a donc ordonné la tenue d'un nouveau procès pour ce motif additionnel également.

### Moyens d'appel

Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour, en vertu du par. 693(1) du *Code criminel*, contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les moyens d'appel sont les suivants:

[TRADUCTION]

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en jugeant que la preuve des déclarations de la victime lors des première et deuxième conversations téléphoniques était admissible uniquement

that evidence of the statement of the deceased during the third telephone conversation was hearsay and inadmissible for any purpose.

2. Whether or not the Court of Appeal erred in law in holding that, in the circumstances of the case, the proviso in s. 686(1)(b)(iii) had no application.

### Analysis

#### 1. *Hearsay Evidence*

This is not the proper context in which to attempt to undertake an exhaustive definition of "hearsay evidence." However, for present purposes, the following formulation found in *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965 (P.C.), at p. 970, is helpful to establish the parameters of the debate:

Evidence of a statement made to a witness by a person who is not himself called as a witness may or may not be hearsay. It is hearsay and inadmissible when the object of the evidence is to establish the truth of what is contained in the statement. It is not hearsay and is admissible when it is proposed to establish by the evidence, not the truth of the statement, but the fact that it was made. The fact that the statement was made, quite apart from its truth, is frequently relevant in considering the mental state and conduct thereafter of the witness or of some other person in whose presence the statement was made.

This statement of the "hearsay rule" is a useful illustration of the circumstances in which statements made by persons who are not called as witnesses have traditionally been considered inadmissible. When such statements are introduced to prove the truth of their contents, they have generally been considered to be inadmissible. However, when introduced simply to prove that they were made, they have traditionally been regarded as admissible, either under an "exception" to the hearsay rule, or more correctly from an analytical point of view because they fall outside the definition of hearsay. What is important is that the evidentiary dangers traditionally associated with statements by persons not called as witnesses—principally, the unavailability of the declarant for cross-examination—are not present, or are present

pour montrer son état d'esprit, et que la preuve de la déclaration que celle-ci avait faite lors de la troisième conversation téléphonique constituait du oui-dire et était inadmissible à quelque fin que ce soit?

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en jugeant qu'en l'occurrence la réserve du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s'appliquait pas?

### Analyse

#### 1. *Preuve par oui-dire*

Il n'est pas opportun en l'espèce de tenter de définir la «preuve par oui-dire» d'une manière exhaustive. Toutefois, pour les fins qui nous occupent, l'énoncé suivant, qui figure dans l'arrêt *Subramaniam c. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965 (C.P.), à la p. 970, est utile pour établir les paramètres du débat:

[TRADUCTION] La preuve d'une déclaration faite à un témoin par une personne qui n'est pas elle-même appelée à témoigner peut être ou ne pas être du oui-dire. Cette preuve constitue du oui-dire et est inadmissible lorsqu'elle vise à établir la véracité du contenu de la déclaration. Elle ne constitue pas du oui-dire et est admissible lorsqu'elle vise à établir non pas que la déclaration est exacte mais qu'elle a été faite. Le fait que la déclaration a été faite, indépendamment de son exactitude, est dans bien des cas pertinent lorsqu'il s'agit d'examiner l'état d'esprit et la conduite ultérieure du témoin ou d'une autre personne en présence de laquelle la déclaration a été faite.

Cette formulation de la «règle du oui-dire» illustre bien les circonstances dans lesquelles des déclarations faites par des personnes non appelées à témoigner ont été traditionnellement considérées comme inadmissibles. Quand elles sont présentées pour prouver la véracité de leur contenu, ces déclarations sont généralement considérées comme inadmissibles. Toutefois, lorsqu'elles sont présentées simplement pour prouver qu'elles ont été faites, ces déclarations sont traditionnellement considérées comme admissibles en vertu d'une «exception» à la règle du oui-dire, ou encore plus exactement, d'un point de vue analytique, parce qu'elles ne correspondent pas à la définition du oui-dire. Ce qui importe c'est que les dangers en matière de preuve traditionnellement associés aux déclarations faites par des personnes non appelées

to a far less significant degree, when the relevance of such statements lies simply in the fact that they were made.

Clearly, therefore, on the traditional view of hearsay, the statements made by Ms. King to her mother on the night of her death—(1) “Larry has gone away”; (2) “Larry has not come back and I need a ride home”; (3) “Larry has come back and I no longer need a ride”; and (4) “I am on my way”—are hearsay, and inadmissible, if introduced to prove the truth of the assertions they contain. However, as noted above, such statements are not hearsay if they are adduced simply to prove that they were made. The fact that the statement was made, however, would in itself have to be relevant for the statement to be received on this ground.

One exception to the hearsay rule arises when the declarant’s statement is adduced in order to demonstrate the intentions, or state of mind, of the declarant at the time when the statement was made. The “current intentions” exception to the hearsay rule was set out by the Supreme Court of the United States in *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, *supra*. In that case, the appellant insurance company resisted payment under a policy on the life of the respondent’s husband, arguing that there had been a conspiracy to fake the death of the husband, and that the body discovered was actually that of a third person. This third person had written a letter to his family, in which he indicated his intention to go travelling with the respondent’s husband. The letter could not be located, but a witness was prepared to testify as to its contents. The issue, therefore, was whether the evidence of the contents of the letter could be received in evidence. Writing for the court, Gray J. decided that testimony as to the contents of the letter, while technically hearsay, was admissible both to prove the intention of the third person to go travelling

à témoigner, particulièrement l’impossibilité de contre-interroger le déclarant, soient absents ou qu’ils soient présents à un degré beaucoup moindre, lorsque la seule pertinence de ces déclarations réside dans le fait qu’elles ont été faites.

Il est donc évident, suivant la conception traditionnelle du oui-dire, que les déclarations que M<sup>me</sup> King a faites à sa mère la nuit de son décès — (1) [TRADUCTION] «Larry est parti», (2) «Larry n’est pas revenu et j’ai besoin qu’on me ramène à la maison», (3) «Larry est revenu et je n’ai plus besoin qu’on me ramène», et (4) «Je m’en viens» — constituent une preuve par oui-dire et sont inadmissibles si elles sont présentées pour prouver la véracité des affirmations qu’elles contiennent. Cependant, comme je l’ai déjà souligné, ces déclarations ne constituent pas du oui-dire si elles sont présentées simplement pour prouver qu’elles ont été faites. Le fait que la déclaration a été faite devrait cependant être lui-même pertinent pour que la déclaration soit reçue pour ce motif.

Une exception à la règle du oui-dire s’applique lorsque la déclaration du déclarant est présentée pour démontrer ses intentions ou son état d’esprit au moment où il l’a faite. L’exception dite des «intentions existantes» a été établie par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon*, précité. Dans cette affaire, la compagnie d’assurances appelante avait refusé de verser une somme en vertu d’une police d’assurance sur la vie du mari de l’intimée, en soutenant qu’on avait comploté afin de faire croire que ce dernier était mort, et que le corps qui avait été découvert était en fait celui d’un tiers. Ce tiers avait écrit à sa famille une lettre dans laquelle il indiquait son intention de voyager avec le mari de l’intimée. Il avait été impossible de trouver la lettre, mais un témoin était prêt à déposer au sujet de son contenu. Il s’agissait donc de savoir si la preuve du contenu de la lettre était recevable. Le juge Gray, s’exprimant au nom de la cour, a conclu que le témoignage concernant le contenu de la lettre, bien qu’il constitue en théorie du oui-dire, était admissible à la fois pour établir l’intention du tiers

with the respondent's husband, and to support the inference that he had acted on this intention.

It would appear that at least the "state of mind" exception to the hearsay rule has been accepted in the English common law of evidence. The position seems to be that where the intentions or state of mind of the declarant are relevant to a fact in issue, hearsay evidence is admissible, and, indeed, may be the best evidence to prove this. In *R. v. Blastland*, [1986] A.C. 41 (H.L.), Lord Bridge of Harwick said, at p. 54, that:

It is, of course, elementary that statements made to a witness by a third party are not excluded by the hearsay rule when they are put in evidence solely to prove the state of mind either of the maker of the statement or of the person to whom it was made. What a person said or heard said may well be the best and most direct evidence of that person's state of mind. This principle can only apply, however, when the state of mind evidenced by the statement is either itself directly in issue at the trial or of direct and immediate relevance to an issue which arises at the trial.

However, the *Hillmon* formulation of the "present intentions" exception, which allows inferences to be drawn concerning subsequent acts of the declarant, does not appear to have been accepted in English law. See *R. v. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345 (H.L.).

The "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule has been recognized in the Canadian law of evidence as well: *R. v. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172 (Sask. C.A.); statements made by a dying person found admissible to prove how the death occurred; *Home v. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750 (Ont. H.C.); statements made by an estranged husband found relevant to his intention to resume cohabitation with his wife, and therefore to his wife's pecuniary interest in his continuing life. Most recently, in *R. v. P. (R.)*, *supra*, Doherty J. summarized the case law and

de voyager avec le mari de l'intimée et pour étayer la conclusion qu'il avait donné suite à son intention.

Il semblerait qu'on a accepté au moins l'exception de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire dans la common law anglaise en matière de preuve. Il semble que, lorsque les intentions ou l'état d'esprit du déclarant sont pertinents relativement à un fait litigieux, la preuve par oui-dire est admissible et peut, en fait, constituer la meilleure preuve en la matière. Dans l'arrêt *R. c. Blastland*, [1986] A.C. 41 (H.L.), lord Bridge of Harwick affirme, à la p. 54:

[TRADUCTION] Il est bien sûr élémentaire que les déclarations faites à un témoin par un tiers ne sont pas exclues par la règle du oui-dire lorsqu'elles sont soumises en preuve uniquement pour établir l'état d'esprit du déclarant ou de la personne à qui la déclaration a été faite. Ce qu'une personne a dit ou entendu dire peut bien être la preuve la meilleure et la plus directe de l'état d'esprit de cette personne. Toutefois, ce principe ne peut s'appliquer que lorsque l'état d'esprit manifesté par la déclaration est en soi directement en cause au procès ou qu'il se rapporte d'une manière directe et immédiate à une question qui se pose au procès.

Cependant, la formulation, qu'on trouve dans l'arrêt *Hillmon*, de l'exception des «intentions existantes», qui permet de faire des déductions au sujet des actes subséquents du déclarant, ne paraît pas avoir été acceptée en droit anglais. Voir *R. c. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345 (H.L.).

L'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire a également été reconnue en droit canadien de la preuve: *R. c. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172 (C.A. Sask.): les déclarations faites par un mourant ont été jugées admissibles pour établir les circonstances de sa mort; *Home c. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750 (H.C. Ont.): il a été jugé que les déclarations d'un ex-mari sont pertinentes lorsqu'il s'agit d'établir son intention de reprendre la vie commune avec sa femme, et, par conséquent, l'intérêt financier qu'a cette dernière à ce que son mari reste en vie. Plus récemment, dans la décision *R. c. P. (R.)*, précitée, le juge Doherty a résumé la jurisprudence et sou-

outlined the scope of the exception, and its limitations, at pp. 343-44, when he said:

An utterance indicating that a deceased had a certain intention or design will afford evidence that the deceased acted in accordance with that stated intention or plan where it is reasonable to infer that the deceased did so. The reasonableness of the inference will depend on a number of variables including the nature of the plan described in the utterance, and the proximity in time between the statement as to the plan and the proposed implementation of the plan.

The rules of evidence as developed to this point do not exclude evidence of utterances by a deceased which reveal her state of mind, but rather appear to provide specifically for their admission where relevant. The evidence is not, however, admissible to show the state of mind of persons other than the deceased (unless they were aware of the statements), or to show that persons other than the deceased acted in accordance with the deceased's stated intentions, save perhaps cases where the act was a joint one involving the deceased and another person. The evidence is also not admissible to establish that past acts or events referred to in the utterances occurred. [Emphasis added.]

Against this background, it is possible to evaluate the appellant's first argument, that the hearsay evidence relating to the statements made by Ms. King in telephone conversations on the night of her murder was admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule. With respect, I am of the opinion that statement 1 ("Larry has left me") and statement 2 ("Larry has not come back and I need a ride") are not admissible under the "present intentions" exception, or, to be more precise, they are certainly not admissible, by virtue of the "present intentions" exception, to prove the truth of the factual assertion that the respondent abandoned Ms. King at the hotel in London on the night of her death. To conclude otherwise would be to admit the statements for the purpose of proving "that past acts or events referred to in the utterances occurred." At its highest, therefore, the "present intentions" exception to the hearsay rule invoked by the appellant would operate only to allow the

ligné l'étendue de l'exception et ses limites, aux pp. 343 et 344, lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] Une déclaration montrant qu'une personne décédée avait une certaine intention ou un certain dessein contribue à prouver que cette dernière a donné suite à cette intention ou à ce dessein explicite lorsqu'il est raisonnable de déduire qu'elle l'a fait. Le caractère raisonnable de la déduction est fonction d'un certain nombre de variables, dont la nature du dessein énoncé dans la déclaration et le délai qui s'est écoulé entre le moment où la déclaration a été faite et la réalisation projetée du dessein.

Les règles de preuve établies jusqu'à ce jour n'excluent pas la preuve des déclarations d'une personne décédée qui révèlent son état d'esprit, mais paraissent plutôt prévoir expressément leur admission lorsque cela est utile. Toutefois, la preuve n'est pas admissible pour montrer l'état d'esprit de personnes autres que la personne décédée (à moins que celles-ci n'aient été au courant des déclarations) ou pour établir que des personnes autres que la personne décédée ont donné suite aux intentions explicites de cette dernière, sauf peut-être dans le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble. La preuve n'est pas non plus admissible pour établir que les actes ou événements mentionnés dans les déclarations se sont produits. [Je souligne.]

Compte tenu de cela, il est possible d'évaluer le premier argument de l'appelante selon lequel la preuve par ouï-dire concernant les déclarations faites par M<sup>me</sup> King au cours de conversations téléphoniques, la nuit du meurtre, était admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du ouï-dire. En toute déférence, j'estime que la première déclaration («Larry m'a quittée») et la deuxième («Larry n'est pas revenu et j'ai besoin qu'on me ramène») ne sont pas admissibles en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou, plus précisément, qu'elles ne sont certainement pas admissibles, en vertu de cette exception, pour établir l'exactitude de l'allégation de fait selon laquelle l'intimé avait abandonné M<sup>me</sup> King à l'hôtel, à London, la nuit où cette dernière est décédée. Conclure autrement reviendrait à admettre les déclarations pour prouver [TRADUCTION] «que les actes ou événements mentionnés dans les déclarations se sont produits». Par conséquent, l'exception des «intentions existantes»



first two statements into evidence for the purpose of proving that the deceased wanted to return home.

In my opinion, the third statement (“Larry has come back”) would not have been admissible under the present intention exception to the hearsay rule for any purpose at all. The appellant argued that the statement “Larry has come back” was admissible to show that Ms. King intended to continue her journey with the respondent. With respect, this presupposes the truth of the anterior factual assertion that the respondent had in fact come back to the hotel. Under the “present intentions” exception, hearsay evidence is not admissible for this purpose. Consequently, I conclude that the “present intentions” exception to the hearsay rule would not have supported the admission of the third statement for the sole purpose for which the Crown desired to adduce it. As the Crown did not appeal on the matter of the admissibility of the contents of the fourth telephone call (“I am on my way”), I need not consider it. Once again, this would amount to an inference from a hearsay statement going beyond what can be supported under the “present intentions” exception to the hearsay rule. Consequently, I conclude that, in respect of the operation of the “present intentions” or “state of mind” exception to the hearsay rule, the Court of Appeal was not in error.

This, however, is not fatal to the appellant’s case. This Court has not taken the position that the hearsay rule precludes the reception of hearsay evidence unless it falls within established categories of exceptions, such as “present intentions” or “state of mind.” Indeed, in our recent decision in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, we indicated that the categorical approach to exceptions to the hearsay rule has the potential to undermine, rather than further, the policy of avoiding the frailties of certain types of evidence which the hearsay rule was originally fashioned to avoid.

tantes» à la règle du oui-dire, qu’invoque l’appelante, permettrait tout au plus d’admettre les deux premières déclarations en preuve afin d’établir que la victime voulait retourner chez elle.

À mon avis, la troisième déclaration («Larry est revenu») n’aurait pas été admissible, à quelque fin que ce soit, en vertu de l’exception des intentions existantes à la règle du oui-dire. L’appelante a soutenu que la déclaration «Larry est revenu» était admissible pour montrer que M<sup>me</sup> King avait l’intention de poursuivre son voyage avec l’intimé. En toute déférence, cela présuppose que l’allégation de fait antérieure, savoir que l’intimé était effectivement retourné à l’hôtel, était exacte. Selon l’exception des «intentions existantes», la preuve par oui-dire n’est pas admissible à cette fin. Par conséquent, je conclus que l’exception des «intentions existantes» à la règle du oui-dire n’aurait pas justifié l’admission de la troisième déclaration à la seule fin à laquelle le ministère public voulait la présenter. Vu que le ministère public n’a pas interjeté appel sur la question de l’admissibilité du contenu du quatrième appel téléphonique («Je m’en viens»), il ne m’est pas nécessaire de l’examiner. Ici encore, cela équivaudrait à tirer d’une déclaration relatée une conclusion qui va au-delà de ce qui peut être justifié en vertu de l’exception des «intentions existantes» à la règle du oui-dire. Je conclus donc qu’en ce qui concerne l’application de l’exception des «intentions existantes» ou de l’«état d’esprit» à la règle du oui-dire, la Cour d’appel n’a pas commis d’erreur.

Toutefois, cela ne porte pas un coup fatal à la preuve de l’appelante. Notre Cour n’a pas adopté le point de vue selon lequel la règle du oui-dire empêche de recevoir une preuve par oui-dire à moins qu’elle ne relève de certaines catégories établies d’exceptions, comme celle des «intentions existantes» ou de l’«état d’esprit». En fait, dans notre arrêt récent *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, nous avons indiqué que le fait de s’en tenir à des catégories rigides d’exceptions à la règle du oui-dire risque de miner, plutôt que de favoriser, la politique qui consiste à éviter les faiblesses de certains types d’éléments de preuve que la règle du oui-dire visait initialement à éviter.

It has long been recognized that the principles which underlie the hearsay rule are the same as those that underlie the exceptions to it. Indeed, *Wigmore on Evidence* (2nd ed. 1923), vol. III, described the rule and its exceptions at §1420 in the following terms:

The purpose and reason of the Hearsay rule is the key to the exceptions to it. The theory of the Hearsay rule . . . is that the many possible sources of inaccuracy and untrustworthiness which may lie underneath the bare untested assertion of a witness can best be brought to light and exposed, if they exist, by the test of cross-examination. But this test or security may in a given instance be superfluous; it may be sufficiently clear, in that instance, that the statement offered is free from the risk of inaccuracy and untrustworthiness, so that the test of cross-examination would be a work of supererogation. Moreover, the test may be impossible of employment—for example, by reason of the death of the declarant—, so that, if his testimony is to be used at all, there is a necessity for taking it in the untested shape. These two considerations—a Circumstantial Guarantee of Trustworthiness, and a Necessity, for the evidence—may be examined more closely. . . .

Of the criterion of necessity, Wigmore stated:

Where the test of cross-examination is *impossible of application*, by reason of the declarant's death or some other cause rendering him now unavailable as a witness on the stand, we are faced with the alternatives of receiving his statements without that test, or of leaving his knowledge altogether unutilized. The question arises whether the interests of truth would suffer more by adopting the latter or the former alternative. . . . [I]t is clear at least that, so far as in a given instance some substitute for cross-examination is found to have been present, there is ground for making an exception. [Emphasis in original.]

And of the companion principle of reliability—the circumstantial guarantee of trustworthiness—the following:

There are many situations in which it can be easily seen that such a required test [i.e., cross-examination] would add little as a security, because its purposes had been already substantially accomplished. If a statement has been made under such circumstances that even a sceptical caution would look upon it as trustworthy (in the ordinary instance), in a high degree of probability, it

On reconnaît depuis longtemps que les principes qui sous-tendent la règle du ouï-dire sont les mêmes que ceux qui en sous-tendent les exceptions. En fait, l'ouvrage *Wigmore on Evidence* (2<sup>e</sup> éd. 1923), vol. III, décrit ainsi la règle et ses exceptions, à son § 1420:

[TRADUCTION] L'objet et la raison d'être de la règle du ouï-dire sont la clé de ses exceptions. La règle du ouï-dire repose sur la théorie [. . .] que c'est l'épreuve du contre-interrogatoire qui peut le mieux révéler et dévoiler, le cas échéant, les nombreuses sources possibles d'inexactitude et de manque de fiabilité que peut receler la simple déclaration non vérifiée d'un témoin. Mais, dans une situation donnée, cette épreuve ou cette garantie peut être superflue; il peut être suffisamment clair, dans ce cas, que la déclaration ne comporte aucun risque d'inexactitude ou de manque de fiabilité, de sorte que le contre-interrogatoire serait un exercice surrogatoire. De plus, cette épreuve peut être impossible à faire subir en raison, par exemple, du décès du déclarant, de sorte que, si on doit utiliser son témoignage, il faut l'accepter sans qu'il soit vérifié. Ces deux considérations, savoir une garantie circonstancielle de fiabilité et la nécessité de la preuve, peuvent être examinées de plus près . . .

Au sujet du critère de la nécessité, Wigmore affirme:

[TRADUCTION] Lorsque l'épreuve du contre-interrogatoire est *impossible à faire subir* en raison du décès du déclarant ou d'une autre cause qui le rend incapable de témoigner, nous avons le choix de recevoir ses déclarations sans procéder à ce contre-interrogatoire ou de ne pas utiliser ce qu'il sait. Alors se pose la question de savoir laquelle de ces deux possibilités nuirait le plus à la recherche de la vérité. [. . .] [I] est au moins clair que, dans la mesure où, dans une situation donnée, on constate qu'il existait un certain substitut au contre-interrogatoire, il y a lieu de faire exception. [En italique dans l'original.]

Et au sujet du principe connexe de la fiabilité, la garantie circonstancielle de fiabilité, il dit:

[TRADUCTION] Dans de nombreux cas, on peut facilement voir qu'une telle épreuve requise [c.-à-d. le contre-interrogatoire] ajouterait peu comme garantie parce que ses objets ont en grande partie déjà été atteints. Si une déclaration a été faite dans des circonstances où même un sceptique prudent la considérerait comme très probablement fiable (en temps normal), il serait pédant d'in-

would be pedantic to insist on a test whose chief object is already secured.

Well before the decision of this Court in *Khan*, therefore, it was understood that the circumstances under which the declarant makes a statement may be such as to guarantee its reliability, irrespective of the availability of cross-examination. "Guarantee", as the word is used in the phrase "circumstantial guarantee of trustworthiness", does not require that reliability be established with absolute certainty. Rather it suggests that where the circumstances are not such as to give rise to the apprehensions traditionally associated with hearsay evidence, such evidence should be admissible even if cross-examination is impossible. According to Wigmore, while it was not possible to generalize as to all cases in which other circumstances would provide a functional substitute for testing by cross-examination, certain broad categories could be identified:

§1422 . . . Though no judicial generalizations have been made, there is ample authority in judicial utterances for naming the following different classes of reasons underlying the exceptions:

a. Where the circumstances are such that a sincere and accurate statement would naturally be uttered, and no plan of falsification be formed;

b. Where, even though a desire to falsify might present itself, other considerations, such as the danger of easy detection or the fear of punishment, would probably counteract its force;

c. Where the statement was made under such conditions of publicity that an error, if it had occurred, would probably have been detected and corrected.

The principled basis of the hearsay rule, and its exceptions, was thus understood by commentators on the common law of evidence early in this century. The decision of this Court in *Khan*, therefore, should be understood as the triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories. *Khan* was a sexual assault case, in which the infant complainant described the criminal act to her mother shortly after it occurred. The child was not permitted to testify at trial, and the issue was whether her mother would be permitted to testify as to the statements made to her by the

sister sur une épreuve dont l'objet principal est déjà atteint.

Par conséquent, bien avant l'arrêt *Khan* de notre Cour, il était entendu que les circonstances dans lesquelles le déclarant fait une déclaration peuvent être telles qu'elles garantissent sa fiabilité, indépendamment de la possibilité de contre-interroger. Le mot «garantie» qui figure dans l'expression «garantie circonstancielle de fiabilité» n'exige pas qu'on établisse la fiabilité de manière absolument certaine. Il laisse plutôt entendre que, lorsque les circonstances ne sont pas de nature à soulever les craintes traditionnellement associées à la preuve par oui-dire, cette preuve devrait être admissible même si le contre-interrogatoire est impossible. Selon Wigmore, même s'il n'était pas possible de généraliser en ce qui concerne tous les cas où d'autres circonstances fourniraient un substitut pratique à l'épreuve du contre-interrogatoire, on pouvait identifier certaines catégories générales:

[TRADUCTION] §1422 [. . .] Bien que les tribunaux n'aient pas généralisé, ils ont fait suffisamment d'affirmations pour qu'on puisse dégager les catégories suivantes de motifs d'exception:

a. Lorsque les circonstances sont telles qu'il serait naturel de faire une déclaration sincère et exacte et de ne former aucun projet de falsification;

b. Lorsque, même s'il pourrait exister une volonté de falsifier, d'autres considérations, comme le danger d'être découvert facilement ou la crainte d'être puni, en neutraliseraient probablement la force;

c. Lorsque la déclaration a été faite dans des conditions de publicité telles qu'une erreur, s'il y en avait eu, aurait probablement été décelée et corrigée.

Les commentateurs de la common law en matière de preuve comprenaient donc, au début du siècle, que la règle du oui-dire et ses exceptions étaient fondées sur des principes. L'arrêt *Khan* de notre Cour doit donc être perçu comme le triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux. L'arrêt *Khan* portait sur une affaire d'agression sexuelle dans laquelle la plaignante, qui était une enfant en bas âge, avait décrit l'acte criminel à sa mère peu de temps après sa perpétration. On n'a pas permis à l'enfant de témoigner au

child shortly after the event. Writing for the Court, McLachlin J. concluded, at p. 540, that the hearsay evidence of the child's statements ought to have been admitted at trial, and rejected the approach to hearsay evidence based on categorical exceptions to an inflexible prohibition:

The hearsay rule has traditionally been regarded as an absolute rule, subject to various categories of exceptions, such as admissions, dying declarations, declarations against interest and spontaneous declarations. While this approach has provided a degree of certainty to the law on hearsay, it has frequently proved unduly inflexible in dealing with new situations and new needs in the law. This has resulted in courts in recent years on occasion adopting a more flexible approach, rooted in the principle and the policy underlying the hearsay rule rather than the strictures of traditional exceptions.

McLachlin J. proceeded to observe that, while in England the House of Lords decided in *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, that the development of further exceptions to the hearsay rule required intervention by Parliament, this Court in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, declined to follow the majority in *Myers*, preferring instead the dissenting opinion of Lord Donovan where he said, at p. 1047, that "[t]he common law is moulded by the judges and it is still their province to adapt it from time to time so as to make it serve the interests of those it binds." Having concluded that it is open to the courts to create new exceptions to the hearsay rule on the basis of principle, McLachlin J. stated the principles that should govern the creation of such exceptions, and the admission of such evidence, to be the "necessity" of the evidence to prove a fact in issue, and the "reliability" of this evidence (at pp. 546-47):

The first question should be whether reception of the hearsay statement is necessary. Necessity for these purposes must be interpreted as "reasonably necessary". The inadmissibility of the child's evidence might be one

procès et il s'agissait de déterminer si sa mère serait autorisée à témoigner au sujet des déclarations que l'enfant lui avait faites peu de temps après l'événement. Le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour, a conclu, à la p. 540, que la preuve par ouï-dire des déclarations de l'enfant aurait dû être admise au procès et a rejeté la conception de la preuve par ouï-dire fondée sur des catégories d'exceptions à une interdiction rigoureuse:

Traditionnellement, la règle du ouï-dire a été considérée comme absolue, sous réserve de diverses catégories d'exceptions comme les aveux, les déclarations de mourants, les déclarations contre intérêt et les déclarations spontanées. Bien que cette attitude ait procuré un certain degré de certitude à la règle en matière de ouï-dire, elle s'est souvent avérée trop rigide devant de nouvelles situations et de nouvelles exigences du droit. Au cours des dernières années, les tribunaux ont donc parfois adopté une attitude plus souple, fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du ouï-dire, plutôt que sur les restrictions des exceptions traditionnelles.

Le juge McLachlin a ajouté que même si, en Angleterre, la Chambre des lords avait décidé, dans l'arrêt *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, que la création d'exceptions additionnelles à la règle du ouï-dire exigeait l'intervention du législateur, notre Cour, dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, a refusé de suivre l'avis exprimé par la majorité dans l'arrêt *Myers*, préférant plutôt souscrire à l'opinion exprimée en dissidence par lord Donovan, à la p. 1047, savoir que [TRADUCTION] «[c]e sont les juges qui façonnent la common law et il est toujours de leur compétence de l'adapter à l'occasion de manière à ce qu'elle serve les intérêts de ceux qu'elle lie». Après avoir conclu qu'il est loisible aux tribunaux de créer de nouvelles exceptions à la règle du ouï-dire en se fondant sur des principes, le juge McLachlin a affirmé que les principes qui devraient régir la création de ces exceptions et l'admission de la preuve étaient la «nécessité» de cette preuve pour établir un fait litigieux et sa «fiabilité» (aux pp. 546 et 547):

La première question devrait être de savoir si la réception de la déclaration relatée est nécessaire. À ces fins, la nécessité doit être interprétée dans le sens de [TRADUCTION] «raisonnablement nécessaire». L'inad-

basis for a finding of necessity. But sound evidence based on psychological assessments that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child might also serve. There may be other examples of circumstances which could establish the requirement of necessity.

The next question should be whether the evidence is reliable. Many considerations such as timing, demeanour, the personality of the child, the intelligence and understanding of the child, and the absence of any reason to expect fabrication in the statement may be relevant on the issue of reliability. [Emphasis added.]

It is no accident that the criteria identified by McLachlin J. in *Khan* bear a close resemblance to the principle of necessity, and the circumstantial guarantee of reliability, referred to by Wigmore. Clearly, the facts of *Khan* are not similar to the facts on the present appeal. *Khan* was a case of hearsay evidence of statements made by a child, alleged to have been sexually assaulted, who was found to be insufficiently mature to be a competent witness. In the present case, the declarant would have been a competent witness had she been available to give evidence, but she is dead. However, *Khan* should not be understood as turning on its particular facts, but, instead, must be seen as a particular expression of the fundamental principles that underlie the hearsay rule and the exceptions to it. What is important, in my view, is the departure signalled by *Khan* from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined categorical exceptions, and a movement towards an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike. The movement towards a flexible approach was motivated by the realization that, as a general rule, reliable evidence ought not to be excluded simply because it cannot be tested by cross-examination. The preliminary determination of reliability is to be made exclusively by the trial judge before the evidence is admitted.

missibilité du témoignage de l'enfant pourrait être une raison de conclure à l'existence de la nécessité. Mais une preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter préjudice pourrait également être utile. Il peut y avoir d'autres exemples de circonstances qui pourraient établir l'existence de la nécessité.

La question suivante devrait porter sur la fiabilité du témoignage. Plusieurs considérations comme le moment où la déclaration est faite, le comportement, la personnalité de l'enfant, son intelligence et sa compréhension des choses et l'absence de toute raison de croire que la déclaration est le produit de l'imagination peuvent être pertinentes à l'égard de la question de la fiabilité. [Je souligne].

La grande ressemblance du critère identifié par le juge McLachlin dans l'arrêt *Khan* avec le principe de la nécessité et la garantie circonstancielle de fiabilité mentionnés par Wigmore, n'est pas fortuite. De toute évidence, les faits de l'affaire *Khan* ne sont pas semblables à ceux du présent pourvoi. L'arrêt *Khan* portait sur la preuve par ouï-dire des déclarations faites par une enfant, qui aurait été victime d'agression sexuelle et qui n'a pas été jugée suffisamment mûre pour être habile à témoigner. En l'espèce, la déclarante aurait été habile à témoigner si elle avait pu témoigner, mais elle est décédée. Cependant, l'arrêt *Khan* doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du ouï-dire et ses exceptions. Ce qui importe, à mon avis, c'est que l'arrêt *Khan* s'est écarté d'une conception de la preuve par ouï-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'exceptions définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions. L'évolution vers une conception souple est motivée par le fait qu'on s'est rendu compte qu'en règle générale la preuve qui est fiable ne devrait pas être exclue simplement parce qu'elle ne peut être vérifiée au moyen d'un contre-interrogatoire. La détermination préliminaire de la fiabilité doit être faite exclusivement par le juge des faits avant l'admission de la preuve.

This Court's decision in *Khan*, therefore, signalled an end to the old categorical approach to the admission of hearsay evidence. Hearsay evidence is now admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence, and its necessity. A few words about these criteria are in order.

The criterion of "reliability"—or, in Wigmore's terminology, the circumstantial guarantee of trustworthiness—is a function of the circumstances under which the statement in question was made. If a statement sought to be adduced by way of hearsay evidence is made under circumstances which substantially negate the possibility that the declarant was untruthful or mistaken, the hearsay evidence may be said to be "reliable", i.e., a circumstantial guarantee of trustworthiness is established. The evidence of the infant complainant in *Khan* was found to be reliable on this basis.

The companion criterion of "necessity" refers to the necessity of the hearsay evidence to prove a fact in issue. Thus, in *Khan*, the infant complainant was found by the trial judge not to be competent to testify herself. In this sense, hearsay evidence of her statements was necessary, in that what she said to her mother could not be adduced through her. It was her inability to testify that governed the situation.

The criterion of necessity, however, does not have the sense of "necessary to the prosecution's case". If this were the case, uncorroborated hearsay evidence which satisfied the criterion of reliability would be admissible if uncorroborated, but might no longer be "necessary" to the prosecution's case if corroborated by other independent evidence. Such an interpretation of the criterion of "necessity" would thus produce the illogical result that uncorroborated hearsay evidence would be admissible, but could become inadmissible if corroborated. This is not what was intended by this Court's decision in *Khan*.

As indicated above, the criterion of necessity must be given a flexible definition, capable of

L'arrêt *Khan* de notre Cour a donc annoncé la fin de l'ancienne conception, fondée sur des catégories d'exceptions, de l'admission de la preuve par ouï-dire. L'admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité. Quelques précisions sur ces critères s'imposent.

Le critère de la «fiabilité» — ou, suivant la terminologie employée par Wigmore, la garantie circonstancielle de fiabilité — dépend des circonstances dans lesquelles la déclaration en question a été faite. Si une déclaration qu'on veut présenter par voie de preuve par ouï-dire a été faite dans des circonstances qui écartent considérablement la possibilité que le déclarant ait menti ou commis une erreur, on peut dire que la preuve est «fiable», c'est-à-dire qu'il y a une garantie circonstancielle de fiabilité. C'est sur ce fondement qu'on a conclu à la fiabilité du témoignage de l'enfant en bas âge dans l'affaire *Khan*.

Le critère connexe de la «nécessité» renvoie à la nécessité de la preuve par ouï-dire pour établir un fait litigieux. Ainsi, le juge du procès dans l'affaire *Khan* a conclu que l'enfant en bas âge n'était pas habile à témoigner. En ce sens, la preuve par ouï-dire de ses déclarations était nécessaire parce qu'elle ne pouvait pas elle-même présenter les déclarations qu'elle avait faites à sa mère. C'est son inhabilité à témoigner qui régissait la situation.

Le critère de la nécessité n'a cependant pas le sens de «nécessaire à la preuve de la poursuite». Si c'était le cas, la preuve par ouï-dire non corroborée qui satisfait au critère de la fiabilité serait admissible si elle n'était pas corroborée, mais pourrait ne plus être «nécessaire» à la preuve de la poursuite si elle était corroborée par une autre preuve indépendante. Pareille interprétation du critère de la «nécessité» aurait donc pour résultat illogique que la preuve par ouï-dire non corroborée serait admissible, mais deviendrait inadmissible si elle était corroborée. Telle n'était pas l'intention de l'arrêt *Khan* de notre Cour.

Comme je l'ai déjà dit, il faut donner au critère de la nécessité une définition souple, susceptible

encompassing diverse situations. What these situations will have in common is that the relevant direct evidence is not, for a variety of reasons, available. Necessity of this nature may arise in a number of situations. Wigmore, while not attempting an exhaustive enumeration, suggested at §1421 the following categories:

(1) The person whose assertion is offered may now be dead, or out of the jurisdiction, or insane, or otherwise unavailable for the purpose of testing [by cross-examination]. This is the commoner and more palpable reason . . . .

(2) The assertion may be such that we cannot expect, again or at this time, to get evidence of the same value from the same or other sources . . . . The necessity is not so great; perhaps hardly a necessity, only an expediency or convenience, can be predicated. But the principle is the same.

Clearly the categories of necessity are not closed. In *Khan*, for instance, this Court recognized the necessity of receiving hearsay evidence of a child's statements when the child was not herself a competent witness. We also suggested that such hearsay evidence might become necessary when the emotional trauma that would result to the child if forced to give *viva voce* testimony would be great. Whether a necessity of this kind arises, however, is a question of law for determination by the trial judge.

It is now necessary to apply these principles to the evidence in question in this case. In my opinion, the hearsay evidence of what Ms. King said to her mother in the first two telephone conversations on the night of her murder satisfied the criteria of necessity and reliability set out by this Court in *Khan*. In my view, this evidence falls within the same principles. Ms. King is dead, and will never be able to testify as to what happened on the night of August 10 to August 11, 1986. The relevant direct evidence is therefore unavailable. Ms. King's mother's evidence as to what her daughter told her on the telephone that night was clearly necessary, in the sense that there was no possibility

d'englober différentes situations. Ces situations auront comme point commun que, pour différentes raisons, la preuve directe pertinente n'est pas disponible. Un certain nombre de situations peuvent engendrer pareille nécessité. Sans tenter de faire une énumération exhaustive, Wigmore propose les catégories suivantes au §1421:

[TRADUCTION] (1) Il se peut que l'auteur de la déclaration présentée soit maintenant décédé, hors du ressort, aliéné ou, pour quelque autre motif, non disponible aux fins de la vérification [par contre-interrogatoire]. C'est la raison la plus courante et la plus évidente . . . .

(2) La déclaration peut être telle qu'on ne peut pas, de nouveau ou à ce moment-ci, obtenir des mêmes ou d'autres sources une preuve de même valeur. [. . .] La nécessité n'est pas aussi grande; il s'agit peut-être à peine d'une nécessité; on peut supposer qu'il s'agit d'une simple commodité. Mais le principe demeure le même.

Il est évident que les catégories de nécessité ne sont pas limitées. Dans l'arrêt *Khan*, par exemple, notre Cour a reconnu la nécessité de recevoir la preuve par ouï-dire des déclarations d'une enfant qui n'était pas elle-même habile à témoigner. Nous avons également dit que cette preuve par ouï-dire pourrait devenir nécessaire lorsque l'obligation de témoigner de vive voix causerait un traumatisme important à l'enfant. La question de savoir s'il y a une nécessité de ce genre est une question de droit qui doit être tranchée par le juge du procès.

Il est maintenant nécessaire d'appliquer ces principes à la preuve dont il est question en l'espèce. À mon avis, la preuve par ouï-dire de ce que M<sup>me</sup> King a dit à sa mère au cours des deux premières conversations téléphoniques, la nuit où elle a été assassinée, satisfait aux critères de nécessité et de fiabilité que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *Khan*. À mon avis, les mêmes principes s'appliquent à cette preuve. Madame King est décédée et ne sera jamais en mesure de témoigner au sujet de ce qui est arrivé au cours de la nuit du 10 au 11 août 1986. La preuve directe pertinente n'est donc pas disponible. Le témoignage de la mère de M<sup>me</sup> King quant à ce que sa fille lui a dit au téléphone cette nuit-là était clairement nécessaire, en ce sens qu'il n'y avait aucune possibilité que la

that evidence of what was said could be adduced through the declarant.

Moreover, in respect of the first two telephone conversations, there is no reason to doubt Ms. King's veracity. She had no known reason to lie. In my view, the hearsay evidence relating to the first two telephone conversations between Ms. King and her mother could reasonably be relied upon by the jury, as the traditional dangers associated with hearsay evidence—perception, memory and credibility—were not present to any significant degree.

In my view, it would be neither sensible nor just to deprive the jury of this highly relevant evidence on the basis of an arcane rule against hearsay, founded on a lack of faith in the capacity of the trier of fact properly to evaluate evidence of a statement, made under circumstances which do not give rise to apprehensions about its reliability, simply because the declarant is unavailable for cross-examination. Where the criteria of necessity and reliability are satisfied, the lack of testing by cross-examination goes to weight, not admissibility, and a properly cautioned jury should be able to evaluate the evidence on that basis.

However, I arrive at a different conclusion in respect of the contents of the third telephone conversation ("Larry has come back and I no longer need a ride"). While, as in the case of the first two telephone conversations, the unavailability of the declarant to testify satisfies the criterion of necessity, the conditions under which the statement was made do not, in my view, provide that circumstantial guarantee of trustworthiness that would justify its admission without the possibility of cross-examination. On the evidence, I cannot say that I am without apprehensions that Ms. King may have been mistaken, or, indeed, might have intended to deceive her mother on this account.

The evidence at trial disclosed that after making the second telephone call to her mother, Ms. King was observed to leave the hotel and get into a taxi

preuve de ce qui a été dit soit présentée par la déclarante.

De plus, il n'y a aucune raison de douter de la véracité de ce qu'a dit M<sup>me</sup> King au cours des deux premières conversations téléphoniques. Elle n'avait aucune raison connue de mentir. À mon avis, le jury pouvait raisonnablement s'appuyer sur la preuve par ouï-dire relative aux deux premières conversations téléphoniques entre M<sup>me</sup> King et sa mère, étant donné que les dangers traditionnellement associés à la preuve par ouï-dire, savoir les problèmes de perception, de mémoire et de crédibilité, étaient dans une large mesure inexistantes.

À mon avis, il ne serait ni sensé ni juste de priver le jury de cet élément de preuve fort pertinent en raison d'une règle mystérieuse qui interdit le ouï-dire et qui est fondée sur un manque de confiance en la capacité du juge des faits d'apprécier comme il se doit la preuve d'une déclaration faite dans des circonstances qui ne soulèvent aucune crainte quant à sa fiabilité, simplement parce que le déclarant ne peut pas être contre-interrogé. Lorsque les critères de nécessité et de fiabilité sont respectés, l'absence de vérification par contre-interrogatoire touche à la valeur probante et non à l'admissibilité, et un jury ayant reçu une mise en garde appropriée devrait être en mesure d'apprécier la preuve sur ce fondement.

J'arrive toutefois à une conclusion différente quant au contenu de la troisième conversation téléphonique («Larry est revenu et je n'ai plus besoin qu'on me ramène»). Comme dans le cas des deux premières conversations téléphoniques, la non-disponibilité de la déclarante comme témoin satisfait au critère de la nécessité, mais, à mon avis, les conditions dans lesquelles la déclaration a été faite ne fournissent pas la garantie circonstancielle de fiabilité qui justifierait son admission sans possibilité de contre-interroger. La preuve ne me permet pas de dire que je ne crains pas que M<sup>me</sup> King ait pu se tromper, ou même qu'elle ait pu vouloir tromper sa mère sur ce point.

La preuve soumise au procès révèle qu'après le deuxième appel téléphonique à sa mère, on a vu M<sup>me</sup> King quitter l'hôtel et monter dans un taxi



that her mother had arranged to pick her up. She attempted to negotiate a fare to Detroit, but the taxi would not take her because, at this stage, she no longer had a credit card. She was then observed to leave the taxi and proceed immediately to the telephone booth from which she made the third telephone call. It is not, therefore, unreasonable to ask whether she actually had time to observe the respondent's return. It is at least possible that she was mistaken, and had simply observed a car which resembled the respondent's car. In any case, it does seem somewhat curious that she would make the statement "Larry has come back and I no longer need a ride" before having spoken to the respondent to ascertain whether he proposed to allow her to continue to travel with him.

In my view, it is highly significant that it was suggested in the course of the previous telephone conversations that one Philip come to pick up Ms. King and drive her back to Detroit. She was vehemently opposed to this suggestion, and there was some evidence that Philip had assaulted her on a previous occasion. When faced with the choice between a ride home with a person for whom she apparently had a great dislike, and of whom she was quite possibly frightened, on the one hand, and with telling her mother that Larry would take her home, on the other, Ms. King might well have preferred the latter alternative.

Moreover, with all due respect, it must be recalled that Ms. King was travelling under an assumed name and using a credit card which she knew was either stolen or forged. She was, therefore, at least capable of deceit. It may have been that she decided to lie to her mother to conceal some aspect of her activities or circumstances, or, indeed, simply to allay her mother's fears.

I wish to emphasize that I do not advance these alternative hypotheses as accurate reconstructions of what occurred on the night of Ms. King's murder. I engage in such speculation only for the purpose of showing that the circumstances under which Ms. King made the third telephone call to her mother were not such as to provide that circumstantial guarantee of trustworthiness that

que sa mère avait appelé pour aller la chercher. Elle a tenté de négocier un prix pour se rendre à Detroit, mais le chauffeur a refusé de l'y conduire parce qu'elle n'avait plus de carte de crédit à ce moment-là. On l'a alors vue descendre du taxi et se rendre immédiatement à la cabine téléphonique d'où elle a fait le troisième appel téléphonique. Il n'est donc pas déraisonnable de se demander si elle a réellement eu le temps de constater le retour de l'intimé. Il est à tout le moins possible qu'elle se soit trompée et qu'elle ait vu une voiture qui ressemblait à celle de l'intimé. Quoi qu'il en soit, il est quelque peu étrange qu'elle ait affirmé «Larry est revenu et je n'ai plus besoin qu'on me ramène» avant d'avoir parlé à l'intimé pour vérifier s'il comptait lui permettre de continuer à voyager avec lui.

À mon avis, il est très révélateur qu'on ait proposé, au cours des conversations téléphoniques antérieures, qu'un certain Philip aille chercher M<sup>me</sup> King et la ramène à Detroit. Elle était fortement opposée à cette proposition et, suivant certains éléments de preuve, Philip l'avait déjà agressée. Ayant à choisir entre, d'une part, retourner à la maison avec une personne qu'elle détestait beaucoup apparemment et qui très vraisemblablement l'effrayait, et, d'autre part, dire à sa mère que Larry la ramènerait à la maison, M<sup>me</sup> King a bien pu préférer la dernière solution.

Il faut se rappeler en outre, en toute déférence, que M<sup>me</sup> King voyageait sous un nom d'emprunt et utilisait une carte de crédit qu'elle savait volée ou contrefaite. Elle était donc à tout le moins capable de tromper. Elle a pu décider de mentir à sa mère pour cacher un aspect de ses activités ou de sa situation, ou, encore, simplement pour dissiper les craintes de sa mère.

Je tiens à souligner que je n'affirme pas que ces hypothèses sont des reconstitutions exactes de ce qui s'est passé la nuit du meurtre de M<sup>me</sup> King. Je les formule à seule fin de montrer que les circonstances dans lesquelles M<sup>me</sup> King a fait le troisième appel téléphonique à sa mère ne sont pas de nature à fournir la garantie circonstancielle de fiabilité qui justifierait l'admission de son contenu par voie de

would justify the admission of its contents by way of hearsay evidence, without the possibility of cross-examination. Indeed, at the highest, it can only be said that hearsay evidence of the third telephone call is equally consistent with the accuracy of Ms. King's statements, and also with a number of other hypotheses. I cannot say that this evidence could not reasonably have been expected to have changed significantly had Ms. King been available to give evidence in person and subjected to cross-examination. I conclude, therefore, that the hearsay evidence of the contents of the third telephone conversation did not satisfy the criterion of reliability set out in *Khan*, and therefore was not admissible on that basis.

To conclude, as this Court has made clear in its decisions in *Ares v. Venner, supra*, and *R. v. Khan, supra*, the approach that excludes hearsay evidence, even when highly probative, out of the fear that the trier of fact will not understand how to deal with such evidence, is no longer appropriate. In my opinion, hearsay evidence of statements made by persons who are not available to give evidence at trial ought generally to be admissible, where the circumstances under which the statements were made satisfy the criteria of necessity and reliability set out in *Khan*, and subject to the residual discretion of the trial judge to exclude the evidence when its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused. Properly cautioned by the trial judge, juries are perfectly capable of determining what weight ought to be attached to such evidence, and of drawing reasonable inferences therefrom.

In the result, therefore, I conclude that the hearsay evidence of what Ms. King told her mother in the first two telephone calls satisfied the criteria of necessity and reliability set out in *Khan*, and was properly admissible on that basis. While the contents of the third telephone call satisfied the criterion of necessity as well, the events surrounding the making of that call were not sufficient to provide that circumstantial guarantee of trustworthiness which would justify their admission without

preuve par ouï-dire sans possibilité de contre-interroger. En fait, on peut dire au mieux que la preuve par ouï-dire du troisième appel téléphonique est aussi compatible avec l'exactitude des déclarations de M<sup>me</sup> King qu'avec un certain nombre d'autres hypothèses. Je ne suis pas en mesure de dire qu'on n'aurait pas pu raisonnablement s'attendre à ce que cette preuve change sensiblement si M<sup>me</sup> King avait pu témoigner en personne et être contre-interrogée. Je conclus donc que la preuve par ouï-dire du contenu de la troisième conversation téléphonique ne satisfaisait pas au critère de fiabilité formulé dans l'arrêt *Khan* et qu'elle n'est donc pas admissible sur ce fondement.

En conclusion, comme notre Cour l'a clairement fait comprendre dans les arrêts *Ares c. Venner* et *R. c. Khan*, précités, il ne convient plus d'adopter la méthode qui consiste à exclure la preuve par ouï-dire, même lorsqu'elle a une forte valeur probante, de crainte que le juge des faits ne comprenne pas comment l'apprécier. À mon avis, la preuve par ouï-dire des déclarations faites par des personnes non disponibles pour témoigner au procès devrait généralement être admissible, lorsque les circonstances dans lesquelles les déclarations ont été faites satisfont aux critères de nécessité et de fiabilité énoncés dans l'arrêt *Khan*, et sous réserve du pouvoir discrétionnaire résiduel que possède le juge du procès d'exclure la preuve lorsque sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu. Le jury, à qui le juge du procès a fait la mise en garde appropriée, est parfaitement en mesure de déterminer le poids qu'il faut accorder à cette preuve et d'en tirer des conclusions raisonnables.

En définitive, je conclus que la preuve par ouï-dire de ce que M<sup>me</sup> King a dit à sa mère lors des deux premiers appels téléphoniques satisfaisait aux critères de nécessité et de fiabilité formulés dans l'arrêt *Khan* et était admissible sur ce fondement. Bien que le contenu du troisième appel téléphonique satisfasse lui aussi au critère de nécessité, les événements entourant cet appel sont insuffisants pour fournir la garantie circonstancielle de fiabilité qui justifierait son admission sans contre-interro-

the test of cross-examination. The Crown did not appeal in respect of the fourth telephone conversation, and therefore I make no comment as to the admissibility of hearsay evidence of its contents, other than to say that, in the event of a new trial, it will be governed by the same principles.

## 2. *Other Grounds of Appeal*

In my view the order for a new trial must be affirmed on the basis of at least one of two supplementary grounds of appeal raised by the respondent, as well as on the basis of my above conclusion in respect of the hearsay evidence of the third telephone call received at trial.

### (a) Evidence of Hope Denard

As indicated above, the Crown led evidence from the witness Hope Denard, who testified that in the month prior to the murder she had gone on a trip to Canada with the respondent. On this trip, he apparently abandoned her at a restaurant after she refused to assist him in smuggling illegal drugs from Canada back to Detroit for him. In his closing remarks to the jury, counsel for the Crown made the following statement:

The accused, in my submission, was going to use Aritha King [the deceased] just like he did Hope Denard, to get a package of cocaine into the United States from Canada. The lifestyle of this accused is important in this case. We are talking about a murder. We are talking about a vicious murder and a mutilation.

The respondent argued that the evidence of Hope Denard had no relevance to motive and had the sole effect of suggesting to the jury that a person of the respondent's "lifestyle" or "character" would be more likely to commit a murder of this kind. The appellant's position, in contrast, is that this evidence was very relevant to establish the "context" in which the crime occurred, by suggesting a possible reason why Ms. King would have been travelling from Detroit to Canada with the respondent.

gatoire. Le ministère public n'a pas interjeté appel concernant la quatrième conversation téléphonique et je ne fais donc aucun commentaire quant à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire de son contenu, si ce n'est que, dans l'éventualité d'un nouveau procès, elle sera régie par les mêmes principes.

### (2) *Autres moyens d'appel*

Il faut, à mon avis, confirmer l'ordonnance de nouveau procès en raison d'au moins un des deux moyens d'appel supplémentaires soulevés par l'intimé et en raison de la conclusion que j'ai tirée plus haut au sujet de la preuve par ouï-dire du troisième appel téléphonique qui a été reçue au procès.

### a) Le témoignage de Hope Denard

Comme je l'ai déjà mentionné, le ministère public a fait témoigner Hope Denard qui a déclaré que, pendant le mois qui avait précédé le meurtre, elle s'était rendue au Canada avec l'intimé. Pendant ce voyage, l'intimé l'a apparemment abandonnée dans un restaurant après qu'elle eut refusé de l'aider à faire passer des drogues illégales du Canada à Detroit. Dans ses observations finales au jury, le substitut du procureur général a déclaré ceci:

[TRADUCTION] À mon avis, l'accusé allait utiliser Aritha King [la défunte], comme il avait utilisé Hope Denard, pour faire passer un paquet de cocaïne du Canada aux États-Unis. Le style de vie de cet accusé est important en l'espèce. Nous parlons de meurtre. Nous parlons d'un meurtre crapuleux et d'une mutilation.

L'intimé a soutenu que le témoignage de Hope Denard n'avait rien à voir avec le mobile du crime et avait uniquement pour effet de laisser entendre au jury qu'une personne ayant le «style de vie» ou la «moralité» de l'intimé était plus susceptible de commettre un meurtre de ce genre. Par contre, l'appelante soutient que cet élément de preuve est fort pertinent pour établir le «contexte» dans lequel le crime a été commis, puisqu'il indique une raison pour laquelle M<sup>me</sup> King pourrait s'être rendue de Detroit au Canada avec l'intimé.

In his charge to the jury, the trial judge cautioned the jury with respect to the evidence of Hope Denard in the following terms:

Members of the jury, you have heard evidence that describes Mr. Smith as a person whose activities and conduct may not be entirely acceptable to you and some of which may involve illegal activity. I refer to the admitted dealing with girls and drugs, etc. I wish to caution you, members of the jury, that the fact that he has dealt in drugs, etc. is no basis for a conviction for murder. This man is on trial for murder. He is not on trial for any other activity. Under no circumstances can you allow yourselves to be influenced by such conduct in your verdict on a charge of murder. I cannot ask you to ignore the conduct completely because it forms a part of the Crown's theory. You will recall the Crown's reference to Menard [*sic*], etc. Therefore his conduct should only be considered together with all of the other evidence to determine whether he killed Miss King or not, as suggested by the Crown in his theory. The fact that he dealt with girls or drugs does not mean that he could kill or does not mean that he killed anyone. That, as I say, can only be considered with all of the other evidence on the issue of murder and only to the extent that it forms part of the Crown's theory. As I said, and I repeat, he is not on trial for dealing in drugs or girls. He is on trial for murder.

In my opinion, the evidence of Hope Denard was inadmissible, because it was irrelevant to the charge of murder against the respondent. It was evidence going to character, the implication being that a person who had the "character" of a drug smuggler would be more likely to have committed this murder. Such evidence, in my view, was not admissible to establish that the respondent committed this murder.

In *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, the appellant was charged with importing a narcotic into Canada. The trial judge refused to admit into evidence certain items seized at the appellant's residence which included, *inter alia*, a manuscript extolling the virtues of marijuana, a metric scale, tweezers, and three pipes. The appellant was acquitted and the Court of Appeal ordered a new trial. On an appeal to this Court, it was decided

Dans ses directives au jury, le juge du procès a fait la mise en garde suivante au sujet du témoignage de Hope Denard:

[TRADUCTION] Membres du jury, vous avez entendu le témoignage dans lequel on a décrit M. Smith comme une personne dont les activités et la conduite ne sont peut-être pas entièrement acceptables à vos yeux et qui se livre peut-être à des activités illégales. Mentionnons le fait reconnu qu'il s'occupait de filles et de drogues, etc. Membres du jury, je tiens à vous avertir que le fait qu'il s'est occupé de drogues, etc., ne justifie pas une déclaration de culpabilité de meurtre. Cet homme subit un procès pour meurtre. Il ne subit pas un procès pour quelque autre activité. Pareille conduite ne peut en aucun cas influencer sur le verdict que vous rendrez à l'égard de l'accusation de meurtre. Je ne puis vous demander de faire totalement abstraction de cette conduite étant donné qu'elle fait partie de la thèse du ministère public. Vous vous rappellerez la mention de Menard (*sic*) par le ministère public, etc. Par conséquent, sa conduite ne doit être considérée qu'avec tous les autres éléments de preuve pour déterminer s'il a bel et bien tué M<sup>me</sup> King, comme le laisse entendre la thèse du ministère public. Le fait que l'accusé s'occupait de filles ou de drogues ne veut pas dire qu'il pouvait tuer ni qu'il a tué quelqu'un. Comme je le dis, vous ne devez en tenir compte qu'avec tous les autres éléments de preuve relatifs au meurtre et uniquement dans la mesure où cela fait partie de la thèse du ministère public. Comme je l'ai dit, et je le répète, il n'est pas jugé pour s'être occupé de drogues ou de filles. Il est jugé pour meurtre.

À mon avis, le témoignage de Hope Denard était inadmissible parce qu'il n'avait rien à voir avec l'accusation de meurtre portée contre l'intimé. Il s'agissait d'une preuve concernant la moralité et on laissait entendre qu'une personne qui avait la «moralité» d'un trafiquant de drogue était plus susceptible d'avoir commis ce meurtre. À mon avis, cette preuve n'est pas admissible pour établir que l'intimé a commis le meurtre.

Dans l'arrêt *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, l'appelant était accusé d'avoir importé un stupéfiant au Canada. Le juge du procès a refusé d'admettre en preuve certains objets saisis chez l'appelant, notamment un texte manuscrit où l'on vantait les mérites de la marihuana, une balance métrique, des pincettes et trois pipes. L'appelant a été acquitté et la Cour d'appel a ordonné un nouveau procès. Un pourvoi a été

that the articles in question were relevant only to show that the appellant had used marijuana, and, therefore, that they had no probative value in respect of the specific charge that he had committed the offence of importing a narcotic. Writing for the majority, Pratte J. said, at pp. 730-31, that:

The general rule as to the admissibility of evidence is that it must be relevant. . . .

For one fact to be relevant to another, there must be a connection or nexus between the two which makes it possible to infer the existence of one from the existence of the other. One fact is not relevant to another if it does not have real probative value with respect to the latter. . . .

Thus, apart from certain exceptions which are not applicable here, evidence is not admissible if its only purpose is to prove that the accused is the type of man who is more likely to commit a crime of the kind with which he is charged; such evidence is viewed as having no real probative value with regard to the specific crime attributed to the accused: there is no sufficient logical connection between the one and the other.

Pratte J. then proceeded, at p. 734, to apply this principle to the case before him:

The question to be resolved in the case at bar is whether the fact that the accused uses marijuana creates a logical inference that he knew or ought to have known that the dresser contained a narcotic at the time it was imported. To me there is no connection or nexus between either of these two facts. The use of marijuana by the accused certainly established that he knew of this narcotic, that he was in a position to identify it, but it had no probative value in relation to the guilty knowledge which must be proven by the prosecution. The evidence that the prosecution sought to introduce can have only one effect: that of raising suspicions against the accused solely for the reason that a marijuana user is more likely to import the substance illegally than someone who does not use the narcotic. In my view, this is precisely the type of evidence which cannot be admitted.

I would respectfully adopt the reasoning of the majority in *Cloutier* as applicable in the present case. The evidence of the respondent's past activities involving illegal drugs could only have had

formé devant notre Cour qui a décidé que les objets en question n'étaient pertinents que pour montrer que l'appelant avait utilisé de la marijuana et, par conséquent, que ceux-ci n'avaient aucune valeur probante en ce qui concernait l'accusation précise d'importation de stupéfiant. Le juge Pratte affirme, au nom de la Cour à la majorité, aux pp. 730 et 731:

La règle générale en matière d'admissibilité de preuve est que celle-ci doit être pertinente. . . .

Pour qu'un fait soit pertinent à un autre, il faut qu'il existe entre les deux un lien ou une connexité qui permette d'inférer l'existence de l'un à raison de l'existence de l'autre. Un fait n'est pas pertinent à un autre s'il n'a pas par rapport à celui-ci une valeur probante véritable. . . .

Ainsi, sauf certaines exceptions qui n'ont pas d'application ici, une preuve n'est pas admissible si son seul objet est de prouver que l'accusé est le type d'homme qui est plus susceptible qu'un autre de commettre un crime du genre de celui dont il est accusé; l'on dit que telle preuve n'a pas de valeur probante véritable par rapport au crime spécifique qui est reproché à l'accusé: il n'y a pas entre l'un et l'autre de lien suffisamment logique.

Puis, à la p. 734, le juge Pratte applique ce principe à l'affaire dont il est saisi:

La question qu'il faut résoudre dans l'espèce est donc celle de savoir si le fait que l'accusé soit un usager de marijuana permet logiquement d'inférer qu'il savait ou aurait dû savoir que le vaisselier contenait un stupéfiant au moment de son importation. Pour moi, il n'y a aucun lien ni connexité entre l'un et l'autre de ces deux faits. L'usage par l'accusé de la marijuana établit certes qu'il connaît ce stupéfiant, qu'il est en mesure de l'identifier, mais cela n'a aucune valeur probante par rapport à la connaissance coupable qui doit être prouvée par la poursuite. La preuve que veut faire la poursuite ne peut avoir qu'un effet: faire naître des soupçons contre l'accusé pour la seule raison qu'un usager de la marijuana est plus susceptible d'en importer illégalement que celui qui ne fait pas usage de ce stupéfiant. C'est précisément là, à mon point de vue, le genre de preuve qui ne peut être admis.

En toute déférence, je suis d'avis que le raisonnement de la majorité dans l'arrêt *Cloutier* s'applique en l'espèce. La preuve des activités antérieures de l'intimé relativement à des drogues

one effect: that of raising suspicions against him solely for the reason that a person who is involved in smuggling drugs is more likely to commit murder than a person who has not engaged in that activity. In my view, there was no sufficient nexus between the respondent's alleged drug smuggling activities and the ultimate issue at his trial: whether he murdered Aritha King. Consequently, this evidence ought not to have been admitted.

However, the evidence of Hope Denard was admitted, and its effect on the jury may have been highly prejudicial. In my opinion, moreover, the trial judge's caution to the jury was inadequate to remove this possibility of prejudice. Indeed, this prejudice could not have been eliminated except by an instruction to the jury that they must ignore the Crown's theory in respect of the evidence of Hope Denard altogether. The learned trial judge did not go this far.

I am unable to say that, had the evidence of Hope Denard not been received at trial, the verdict returned would necessarily have been the same. Consequently, I would not apply the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, and I would affirm the order of the Court of Appeal for a new trial.

(b) Use of Prior Statements by Witnesses

Certain witnesses, called by both parties, previously had made statements to the police, or testified at the preliminary inquiry. The respondent argued in his factum that the learned trial judge did not adequately instruct the jury as to the use to be made of past, unadopted, statements and testimony by these witnesses.

Specifically, Amy King, the mother of Aritha King, testified at the preliminary inquiry and at the trial that her daughter told her on the telephone that the respondent had returned to her at the hotel. Prior to the preliminary inquiry, she had made statements to the police which may have been

illégalles ne pouvait avoir qu'un seul effet: susciter des soupçons contre lui pour l'unique raison qu'une personne qui fait la contrebande de drogues est plus susceptible de commettre un meurtre qu'une personne qui ne se livre pas à ce genre d'activité. À mon avis, il n'existait pas de lien suffisant entre les activités alléguées de contrebande de drogues de l'intimé et la question fondamentale qui se posait à son procès, celle de savoir s'il avait tué Aritha King. Par conséquent, cet élément de preuve n'aurait pas dû être admis.

Toutefois, le témoignage de Hope Denard a été admis et son effet sur le jury a pu être fort préjudiciable. J'estime, en outre, que la mise en garde que le juge du procès a faite au jury était insuffisante pour éliminer cette possibilité de préjudice. En fait, ce préjudice n'aurait pu être éliminé que si le jury avait reçu comme directive de ne pas tenir compte de la thèse du ministère public en ce qui concerne le témoignage de Hope Denard dans son ensemble. Or, le juge du procès n'est pas allé aussi loin.

Je ne puis dire que, si le témoignage de Hope Denard n'avait pas été reçu au procès, le verdict aurait nécessairement été le même. Par conséquent, je n'appliquerais pas la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* et je confirmerais l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant la tenue d'un nouveau procès.

(b) Utilisation des déclarations antérieures de témoins

Certains témoins, appelés par les deux parties, avaient déjà fait des déclarations aux policiers ou avaient déposé à l'enquête préliminaire. Dans son mémoire, l'intimé a soutenu que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives adéquates au sujet de l'utilisation à faire des déclarations et dépositions antérieures non adoptées de ces témoins.

En particulier, Amy King, mère d'Aritha King, a témoigné, à l'enquête préliminaire et au procès, que sa fille lui avait dit au téléphone que l'intimé était revenu auprès d'elle à l'hôtel. Avant l'enquête préliminaire, elle avait fait aux policiers des déclarations qui étaient peut-être incompatibles avec sa

inconsistent with her subsequent testimony. The trial judge failed to instruct the jury on the use they could properly make of these statements to the police.

Two of the witnesses relied upon by the respondent at trial to support his defence of alibi gave evidence at the preliminary inquiry which also may have been inconsistent with their trial testimony. When confronted with the apparent discrepancies in cross-examination, both maintained that their trial testimony was a correct statement of the events in question. The trial judge did not instruct the jury that they could not rely upon the earlier testimony of these witnesses unless they adopted it in the course of their trial testimony.

Finally, the trial judge correctly instructed the jury that they could accept and rely upon those portions of the respondent's statements to the police that they found to be true. However, in the absence of the appropriate limiting instructions, this may have been taken by the jury as a general instruction that they could rely upon the past testimony and statements of other witnesses, whether adopted or not at the trial, provided they found them to be true.

This supplementary ground of appeal was not pressed before us in argument, and in view of the conclusions I have reached in respect of hearsay evidence and the evidence of Hope Denard, it is not necessary to decide this ground as well. Indeed, as we have not been invited to reconsider the principles governing the differential use that may be made of past statements by an accused and by other witnesses, in my view it would not be desirable to make a pronouncement on this issue in the present appeal.

### Conclusion

In the result, in view of my conclusions with respect to the admissibility of the hearsay evidence

déposition subséquente. Le juge du procès n'a pas donné de directives au jury au sujet de la façon dont il pourrait utiliser ces déclarations faites à la police.

Deux des témoins sur lesquels l'intimé comptait, au procès, pour étayer son moyen de défense fondé sur un alibi ont fait, à l'enquête préliminaire, une déposition qui était peut-être également incompatible avec celle qu'ils ont faite au procès. Lorsqu'on leur a fait remarquer les contradictions apparentes pendant le contre-interrogatoire, les deux témoins ont maintenu que leur déposition au procès constituait un compte rendu exact des événements en question. Dans ses directives, le juge du procès n'a pas informé le jury qu'il ne pouvait pas s'appuyer sur la déposition antérieure de ces témoins à moins que ces derniers ne l'aient adoptée dans leur déposition au procès.

Enfin, le juge du procès a correctement informé les jurés qu'ils pouvaient retenir les parties des déclarations que l'intimé avait faites aux policiers qu'ils estimaient véridiques, et qu'ils pouvaient s'y fier. Toutefois, en l'absence de directives restrictives appropriées, il se peut que le jury ait considéré qu'il s'agissait d'une directive générale lui permettant de s'appuyer sur les dépositions et déclarations antérieures d'autres témoins, et ce, qu'elles aient ou non été adoptées au procès, pourvu qu'il les juge véridiques.

Ce moyen d'appel supplémentaire n'a pas été soulevé devant nous pendant l'argumentation orale et, compte tenu des conclusions que j'ai tirées au sujet de la preuve par oui-dire et du témoignage de Hope Denard, il n'est pas nécessaire non plus de rendre une décision sur ce moyen. En fait, comme on ne nous a pas demandé de réexaminer les principes régissant l'utilisation différente qui peut être faite des déclarations antérieures d'un accusé et d'autres témoins, j'estime qu'il ne serait pas souhaitable de rendre ici une décision sur cette question.

### Conclusion

En définitive, compte tenu des conclusions que j'ai tirées au sujet de l'admissibilité de la preuve

of the contents of the third telephone conversation, and in relation to the evidence of Hope Denard, I am of the opinion that the conviction should be quashed and a new trial ordered. The Crown's appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Cohen, Highley, Vogel & Dawson, London.*

par ouï-dire du contenu de la troisième conversation téléphonique et du témoignage de Hope Denard, je suis d'avis que la déclaration de culpabilité devrait être annulée et un nouveau procès ordonné. Le pourvoi du ministère public est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Cohen, Highley, Vogel & Dawson, London.*



**Joao (John) DeSousa** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General of Quebec and the  
Attorney General for Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. DESOUSA

File No.: 22231.

1991: December 13; 1992: September 24.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Unlawfully causing bodily harm — Bystander injured by piece of broken glass from bottle allegedly thrown by accused involved in a fight — Whether mental element of s. 269 of Criminal Code infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 269.*

*Criminal law — Assault — Unlawfully causing bodily harm — Mens rea — Bystander injured by piece of broken glass from bottle allegedly thrown by accused involved in a fight — Whether mental element of s. 269 of Criminal Code infringes ss. 7 and 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 269.*

*Criminal law — Procedure — Pre-trial motion brought by accused contesting constitutionality of provision under which he was charged — Trial judge granting motion before hearing evidence — Whether trial judge followed appropriate procedure.*

The accused was involved in a fight in which a bystander was injured on the arm when a bottle, allegedly thrown by the accused, broke against a wall and a glass fragment struck the bystander. As a result of this incident, the accused was charged with unlawfully caus-

**Joao (John) DeSousa** *Appellant*

c.

**a Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**b Le procureur général du Canada, le  
procureur général du Québec et le  
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. DESOUSA

<sup>c</sup> N° du greffe: 22231.

1991: 13 décembre; 1992: 24 septembre.

<sup>d</sup> Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

<sup>e</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Infliction illégale de lésions corporelles — Tiers blessé par un morceau de verre d'une bouteille qui aurait été lancée par l'accusé au cours d'une bagarre — L'élément moral requis à l'art. 269 du Code criminel porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 269.*

<sup>f</sup> *Droit criminel — Voies de fait — Infliction illégale de lésions corporelles — Mens rea — Tiers blessé par un morceau de verre d'une bouteille qui aurait été lancée par l'accusé au cours d'une bagarre — L'élément moral requis à l'art. 269 du Code criminel porte-t-il atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 269.*

<sup>h</sup> *Droit criminel — Procédure — Requête préliminaire présentée par l'accusé pour contester la constitutionnalité de la disposition en vertu de laquelle il a été inculpé — Requête accordée par le juge du procès avant d'entendre la preuve — Le juge du procès a-t-il suivi la procédure appropriée?*

L'appelant a été impliqué dans une bagarre au cours de laquelle une tierce personne a été blessée au bras par un éclat de verre reçu quand une bouteille qu'aurait lancée l'appelant a percuté un mur. À la suite de cet incident, l'accusé a été inculpé pour infliction illégale de

ing bodily harm contrary to s. 269 of the *Criminal Code*. At the outset of the trial, the accused brought a motion to have s. 269 declared of no force or effect on the ground that it infringed s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Before hearing any evidence, the trial judge granted the motion and quashed the indictment. She found that s. 269 created criminal responsibility for causing bodily harm by way of an unlawful act, which could include an offence of absolute liability and, since the section also allowed the possibility of imprisonment, it contravened s. 7 of the *Charter* and was not justified under s. 1. On appeal, the Court of Appeal overturned the motion judgment and set aside the order quashing the indictment. This appeal raises two issues: (1) whether the trial judge followed an appropriate procedure in dealing with the motion contesting the constitutionality of s. 269 of the *Code* prior to hearing any evidence; and (2) whether s. 269 violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

*Held:* The appeal should be dismissed. Section 269 does not violate s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*.

A trial judge has jurisdiction to dispose of a motion to quash the indictment on the grounds of constitutional invalidity and such a motion may be brought at any time. The decision whether to rule on the application or to reserve until the end of the case is a discretionary one to be exercised having regard to two policy considerations. The first is that criminal proceedings should not be fragmented by interlocutory proceedings which take on a life of their own. The second, which relates to constitutional challenges, discourages adjudication of constitutional issues without a factual foundation. In exercising his discretion, the trial judge should not depart from these policies unless there is a strong reason for doing so. An apparently meritorious *Charter* challenge of the law under which the accused is charged, which is not dependent on facts to be elicited during the trial, may come within the exceptions to the general rule. Here, the trial judge did not err in disposing of the accused's motion before hearing evidence. No objection was taken at trial to the procedure adopted. The *Charter* challenge was not without merit and the evidence at trial would not have assisted in the resolution of the constitutional question given the nature of the accused's submissions. It was irrelevant whether the facts at trial would establish a mental element compatible with constitu-

lésions corporelles en vertu de l'art. 269 du *Code criminel*. Au début du procès, l'accusé a présenté une requête visant à faire déclarer l'art. 269 inopérant au motif qu'il viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Avant d'entendre quelque preuve que ce soit, le juge du procès a accordé la requête et annulé l'acte d'accusation. Elle a conclu que l'art. 269 créait une responsabilité criminelle pour l'infliction de lésions corporelles par un acte illégal, qui pourrait inclure une infraction de responsabilité absolue et que, comme l'article en question comporte la possibilité d'un emprisonnement, il porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte* et n'est pas justifié en vertu de l'article premier. La Cour d'appel a infirmé le jugement sur la requête et annulé l'ordonnance qui elle-même annulait l'acte d'accusation. Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) le juge du procès a-t-il suivi la procédure indiquée en traitant de la requête relative à l'inconstitutionnalité de l'art. 269 du *Code* avant d'entendre quelque preuve que ce soit, et (2) l'art. 269 viole-t-il l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*?

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté. L'article 269 ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*.

Le juge du procès est compétent pour connaître d'une requête en annulation d'une inculpation au motif qu'elle est inconstitutionnelle et cette requête peut être présentée en tout temps. Pour ce qui est de se prononcer sur la demande ou de réserver sa décision jusqu'à la fin des débats, il exerce un pouvoir discrétionnaire qui fait entrer en jeu deux principes. Selon le premier, les instances pénales ne doivent pas être fragmentées par des procédures interlocutoires qui deviennent des instances distinctes. Le second, qui se rapporte aux contestations constitutionnelles, tend à dissuader les tribunaux de trancher les questions constitutionnelles dépourvues de fondement factuel. En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le juge du procès ne doit pas s'écarter de ces principes à moins d'avoir une bonne raison. Une attaque, basée sur la *Charte*, contre la loi en vertu de laquelle l'accusé a été inculpé, qui semble bien fondée et qui ne dépend pas de faits devant être prouvés au cours du procès, pourrait être visée par les exceptions à la règle générale. En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en statuant sur la requête de l'accusé avant d'avoir entendu la preuve. La procédure suivie n'a pas fait l'objet d'une objection au procès. La contestation fondée sur la *Charte* n'était pas sans fondement et la preuve produite au procès n'aurait pas été utile pour résoudre la question constitutionnelle étant donné la nature des arguments de l'accusé. La question de savoir si les faits établis au procès établiraient un élément moral compatible avec les exigences constitutionnelles concernant la *mens rea* requise n'était pas pertinente

tional *mens rea* requirements, since this Court has not adopted the “constitutional as applied” approach.

To be brought within the ambit of s. 269 of the *Code*, an accused must have committed an underlying unlawful offence and have caused bodily harm to another person as a result of committing that offence. Unlike most offences, the mental element of s. 269 is composed of two separate requirements. First, the mental element of the underlying offence must be satisfied. The underlying offences covered by s. 269 include only federal and provincial offences. Excluded from this general category of offences are any offences which are based on absolute liability or which have constitutionally insufficient mental elements on their own. Second, the additional fault requirement of s. 269 must be satisfied. The term “unlawfully” in s. 269 requires that the underlying unlawful act — criminal or non-criminal — be at least objectively dangerous in that a reasonable person would inevitably realize that the underlying unlawful act would subject another person to the risk of bodily harm. This latter requirement insures that all prosecutions under s. 269 contain at least a fault requirement based on an objective standard. Section 269 has neither the stigma nor the criminal sanction to require a more demanding mental element. Interpreted in this way, s. 269 complies with the requirements of s. 7 of the *Charter*. There is no constitutional requirement that intention, either on an objective or on a subjective basis, extend to the consequences of unlawful acts in general. There must be an element of personal fault in regard to a culpable aspect of the *actus reus*, but not necessarily in regard to each and every one of its elements. To require fault in regard to each consequence of an action in order to establish liability for causing that consequence would substantially restructure current notions of criminal responsibility. In punishing for unforeseen consequences the law is not punishing the morally innocent but those who cause injury through avoidable unlawful action. In the absence of a violation of s. 7, there is no violation of s. 11(d) of the *Charter*.

#### Cases Cited

Referred to: *Gralewicz v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 493; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8; *R. v. Villeneuve* (1984), 54 A.R. 265; *R. v. Cook* (1985), 20 C.C.C. (3d) 18; *R. v. R.I.C.* (1986), 17 O.A.C. 354; *R. v. Peremiczky (Zoly)* (1973), 25 C.R.N.S. 399; *R. v. Denton* (1990),

puisque la Cour n’a pas adopté la théorie de la «constitutionnalité du texte tel qu’appliqué».

Pour tomber sous le coup de l’art. 269 du *Code*, un accusé doit avoir commis une infraction sous-jacente et avoir causé des lésions corporelles à autrui par suite de la perpétration de cette infraction. Contrairement à la plupart des infractions, l’élément moral de l’infraction prévue à l’art. 269 se compose de deux exigences distinctes. Premièrement, il faut établir l’élément moral de l’infraction sous-jacente. Les infractions sous-jacentes régies par l’art. 269 incluent seulement les infractions provinciales et fédérales. N’entrent pas dans cette catégorie générale d’infractions celles qui sont fondées sur la responsabilité absolue et qui, en soi, comportent des éléments moraux insuffisants sur le plan constitutionnel. Deuxièmement, il faut prouver l’exigence additionnelle en matière de faute qui découle de l’art. 269. Le mot «illégalement» à l’art. 269 exige que l’acte sous-jacent, criminel ou non, soit au moins objectivement dangereux en ce que toute personne raisonnable se rendra inévitablement compte qu’il fait courir à autrui le risque d’une blessure. Cette dernière exigence fait en sorte que toutes les poursuites en vertu de l’art. 269 contiennent au moins une exigence en matière de faute fondée sur une norme objective. L’article 269 ne comporte ni les stigmates ni la sanction pénale qui commanderaient un élément moral plus strict. Ainsi interprété, l’art. 269 est conforme aux exigences de l’art. 7 de la *Charte*. La Constitution n’exige pas que l’intention, sur le plan objectif ou subjectif, s’étende aux conséquences des actes illégaux en général. Il faut un élément de faute personnelle à l’égard d’un aspect coupable de l’*actus reus*, mais pas nécessairement à l’égard de chacun des éléments de l’*actus reus*. Exiger une faute relativement à chaque conséquence d’une action lorsqu’il s’agit d’établir la responsabilité pour avoir causé cette conséquence équivaudrait à bouleverser les notions admises en matière de responsabilité criminelle. En punissant pour des conséquences imprévisibles, le droit ne punit pas ceux qui sont moralement innocents, mais ceux qui causent un préjudice en commettant une action illégale qu’ils pouvaient éviter. Faute d’atteinte à l’art. 7, il n’y a pas de violation de l’al. 11d) de la *Charte*.

#### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Gralewicz c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 493; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8; *R. c. Villeneuve* (1984), 54 A.R. 265; *R. c. Cook* (1985), 20 C.C.C. (3d) 18; *R. c. R.I.C.* (1986), 17 O.A.C. 354; *R. c. Peremiczky (Zoly)* (1973), 25 C.R.N.S. 399; *R. c. Denton* (1990),

100 N.S.R. (2d) 174; *R. v. Tennen*, [1959] O.R. 77 (C.A.), aff'd [1960] S.C.R. 302; *R. v. Sarson* (1992), 73 C.C.C. (3d) 1; *Canadian Broadcasting Corp. v. Attorney-General for Ontario*, [1959] S.C.R. 188, rev'g [1958] O.R. 55 (C.A.), aff'g [1957] O.R. 466 (H.C.); *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1 (Alta. C.A.), rev'd on other grounds [1941] S.C.R. 53; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Prue*, [1979] 2 S.C.R. 547; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *R. v. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18; *R. v. Hall* (1961), 45 Cr. App. R. 366; *R. v. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206; *Director of Public Prosecutions v. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291; *Director of Public Prosecutions v. Daley* (1978), 69 Cr. App. R. 39; *R. v. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346; *R. v. Lelievre* (1962), 132 C.C.C. 288; *R. v. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; *R. v. Kitching* (1976), 32 C.C.C. (2d) 159; *R. v. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119 (Ont. C.A.), leave to appeal denied, [1982] 1 S.C.R. vii; *R. v. Creighton* (1991), 66 C.C.C. (3d) 317 (Ont. C.A.), leave to appeal granted, [1991] 3 S.C.R. vii; *R. v. Gosset* (1991), 6 C.R. (4th) 239; *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1986] 2 S.C.R. viii; *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941; *R. v. Rees*, [1956] S.C.R. 640; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 [am. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], ss. 245.1(2), 245.3.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 220, 221, 222(5), 249(3) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36], (4) [*idem*], 255(2) [*idem*], (3) [*idem*], 267(1)(b), (2), 268, 269, 272(c), 273, 430(2), 433(b) [rep. & sub. 1990, c. 15, s. 1], 601(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 123(1)].

100 N.S.R. (2d) 174; *R. c. Tennen*, [1959] O.R. 77 (C.A.), conf. par [1960] R.C.S. 302; *R. c. Sarson* (1992), 73 C.C.C. (3d) 1; *Canadian Broadcasting Corp. c. Attorney-General for Ontario*, [1959] R.C.S. 188, inf. [1958] O.R. 55 (C.A.), conf. [1957] O.R. 466 (H.C.); *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1 (C.A. Alb.), inf. pour d'autres motifs [1941] R.C.S. 53; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Prue*, [1979] 2 R.C.S. 547; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531; *R. c. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18; *R. c. Hall* (1961), 45 Cr. App. R. 366; *R. c. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206; *Director of Public Prosecutions c. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291; *Director of Public Prosecutions c. Daley* (1978), 69 Cr. App. R. 39; *R. c. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346; *R. c. Lelievre* (1962), 132 C.C.C. 288; *R. c. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; *R. c. Kitching* (1976), 32 C.C.C. (2d) 159; *R. c. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1982] 1 R.C.S. vii; *R. c. Creighton* (1991), 66 C.C.C. (3d) 317 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi accordée, [1991] 3 R.C.S. vii; *R. c. Gosset* (1991), 6 C.R. (4th) 239; *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 2 R.C.S. viii; *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941; *R. c. Rees*, [1956] R.C.S. 640; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 220, 221, 222(5), 249(3) [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 36], (4) [*idem*], 255(2) [*idem*], (3) [*idem*], 267(1)(b), (2), 268, 269, 272c), 273, 430(2), 433b) [abr. & rempl. 1990, ch. 15, art. 1], 601(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 123(1)].  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 [mod. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], art. 245.1(2), 245.3.

**Authors Cited**

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.  
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Calgary: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.  
 Martin, Goldwin Arthur. "Criminal Law — Voluntary and Involuntary Manslaughter — Lawful and Unlawful Acts" (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 503.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 1 O.R. (3d) 152, 62 C.C.C. (3d) 95, 42 O.A.C. 375, setting aside a judgment of Dymond Dist. Ct. J., declaring s. 269 of the *Criminal Code* unconstitutional and quashing the accused's indictment. Appeal dismissed.

*Frank Addario and Maureen Forestell*, for the appellant.

*David Butt*, for the respondent.

*Bruce A. MacFarlane, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

No one appeared for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal concerns a constitutional challenge to s. 269 (unlawfully causing bodily harm) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 245.3). The appellant was involved in a fight in which a bystander was injured when a bottle allegedly thrown by the appellant broke against a wall and a glass fragment from the bottle struck the bystander.

Prior to trial, the appellant brought a motion to have s. 269 declared of no force or effect as contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant argued that the offence of unlawfully causing bodily harm was contrary to

**Doctrine citée**

Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 5. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.  
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Calgary: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.  
 Martin, Goldwin Arthur. «Criminal Law — Voluntary and Involuntary Manslaughter — Lawful and Unlawful Acts» (1943), 21 *R. du B. can.* 503.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 1 O.R. (3d) 152, 62 C.C.C. (3d) 95, 42 O.A.C. 375, qui a annulé un jugement du juge Dymond de la Cour de district, qui avait déclaré inconstitutionnel l'art. 269 du *Code criminel* et annulé l'acte d'accusation visant l'accusé. Pourvoi rejeté.

*Frank Addario et Maureen Forestell*, pour l'appelant.

*David Butt*, pour l'intimée.

*Bruce A. MacFarlane, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi porte sur une contestation constitutionnelle de l'art. 269 (infliction illégale de lésions corporelles) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant l'art. 245.3). L'appelant a été impliqué dans une bagarre au cours de laquelle une tierce personne a été blessée; cette dernière a reçu un éclat de verre quand une bouteille qu'aurait lancée l'appelant a percuté un mur.

Avant le procès, l'appelant a déposé une requête afin de faire déclarer inopérant l'art. 269 parce qu'il serait contraire à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant a soutenu que l'infraction d'infliction illégale de lésions cor-

fundamental justice as it put an accused at risk of imprisonment without the requirement of a blameworthy state of mind. Additionally, the appellant argued that the provision allows a conviction despite an accused's lack of intent to cause the consequence of bodily harm. The motion succeeded and the indictment under which the appellant stood charged was quashed. On appeal, the motion judgment was overturned and the order quashing the indictment was set aside: (1990), 1 O.R. (3d) 152, 62 C.C.C. (3d) 95, 42 O.A.C. 375.

### The Facts

As no trial has yet been held in this matter, the facts have been taken from the evidence at the preliminary inquiry. The transcript of the preliminary inquiry was filed with the Court of Appeal and with this Court as the factual basis for the appeals.

On December 31, 1987, Teresa Santos attended a New Year's Eve party in Toronto. Shortly after midnight, a fight broke out at the party. As she was attempting to gather her belongings, which were located at a table in the vicinity of the fight, Ms. Santos was struck on the arm by a piece of glass. The glass fragment produced a large gash on her left forearm which required seven stitches to mend the underlying pronator muscle in her arm and a further seven stitches to mend the skin above the muscle. Eight months later, the feeling and movement in the victim's forearm was still restricted.

The victim's husband, Fernando Santos, was standing near his wife while the fight was in progress. He noticed that the appellant and a number of others were involved in the altercation. The appellant and the Santos were standing approximately eight feet away from a wall on opposite sides of the same table. Some of the men who were fighting began throwing bottles. Mr. Santos then noticed the appellant throw a bottle which hit the wall beside Ms. Santos and shattered. A piece of glass from the bottle thrown by the appellant ricocheted off the wall and struck the victim on the arm causing her injury. As a result of this incident,

porelles porte atteinte à la justice fondamentale car elle expose l'accusé à un emprisonnement sans exiger un état d'esprit blâmable. En outre, il a affirmé que la disposition permet une déclaration de culpabilité malgré l'absence d'intention de la part de l'accusé en ce qui concerne la conséquence, soit les lésions corporelles. La cour a fait droit à la requête et l'inculpation a été annulée. En appel, le jugement sur la requête a été infirmé et l'ordonnance annulant l'acte d'accusation a été elle-même annulée: (1990), 1 O.R. (3d) 152, 62 C.C.C. (3d) 95, 42 O.A.C. 375.

### Les faits

Comme le procès n'a pas encore eu lieu dans cette affaire, les faits sont tirés de la preuve entendue à l'enquête préliminaire. La transcription de cette enquête a été produite devant la Cour d'appel et devant notre Cour et elle constitue le fondement factuel des appels.

Le 31 décembre 1987, Teresa Santos assistait à une fête de la veille du Jour de l'an à Toronto. Peu après minuit, une bagarre a commencé. Au moment où elle tentait de rassembler ses affaires, qui se trouvaient sur une table tout près, M<sup>me</sup> Santos a reçu un éclat de verre, qui a produit une grande entaille sur son avant-bras gauche; il a fallu sept points de suture pour refermer le muscle pronateur et sept autres pour refermer la peau. Huit mois plus tard, la victime n'avait pas complètement recouvré la sensation dans son avant-bras et ne pouvait pas le mouvoir librement.

Le mari de la victime, Fernando Santos, se tenait debout près de sa femme pendant la bagarre. Il a remarqué que l'appellant et un certain nombre d'autres personnes participaient à l'altercation. L'appellant et les Santos étaient debout à environ huit pieds du mur du côté opposé de la même table. Certains des hommes qui prenaient part à la rixe se sont mis à lancer des bouteilles. Monsieur Santos a alors vu l'appellant lancer une bouteille qui a percuté le mur près de M<sup>me</sup> Santos et a volé en éclats. Un fragment de la bouteille lancée par l'appellant a ricoché sur le mur et blessé la victime au bras. Par suite de cet incident, l'appellant a

the appellant was charged with unlawfully causing bodily harm contrary to s. 245.3 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 269). He was committed for trial after a preliminary inquiry held on October 31, 1988.

At the outset of the trial and before any evidence was heard, the accused made a motion to have s. 269 declared of no force or effect on the ground that it contravened s. 7 of the *Charter*. The motion was granted and the indictment was quashed. On appeal to the Court of Appeal for Ontario, the motion judgment was overturned and the order quashing the indictment was set aside. This appeal comes before the Court as of right.

### Points in Issue

The following constitutional questions were stated for this appeal:

1. Does s. 269 of the *Criminal Code* violate s. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is "yes", then is s. 269 of the *Code* a reasonable limit justified by s. 1 of the *Charter*?

The parties also raise a number of other issues, the most important of which is whether the trial judge followed an appropriate procedure in dealing with the constitutional questions prior to hearing any evidence.

### Relevant Statutory Provisions

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

267. ...

(2) For the purposes of this section and sections 269 and 272, "bodily harm" means any hurt or injury to the complainant that interferes with the health or comfort of the complainant and that is more than merely transient or trifling in nature.

269. Every one who unlawfully causes bodily harm to any person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

été accusé d'avoir illégalement causé des lésions corporelles, infraction prévue à l'art. 245.3 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'art. 269). Il a été renvoyé à son procès après une enquête préliminaire tenue le 31 octobre 1988.

Au début du procès et avant la production de quelque preuve que ce soit, l'accusé a présenté une requête visant à faire déclarer l'art. 269 inopérant au motif qu'il viole l'art. 7 de la *Charte*. La cour a fait droit à la requête et annulé l'acte d'accusation. La Cour d'appel de l'Ontario a ensuite infirmé le jugement sur la requête et annulé l'ordonnance qui elle-même annulait l'acte d'accusation. Le présent pourvoi a été formé de plein droit devant notre Cour.

### Les questions en litige

Les questions constitutionnelles qui suivent ont été formulées en vue du présent pourvoi:

1. L'article 269 du *Code criminel* viole-t-il l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, l'art. 269 du *Code* constitue-t-il une restriction raisonnable justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Les parties ont soulevé quelques autres questions, dont la plus importante est de savoir si le juge de première instance a suivi la procédure indiquée en traitant des questions constitutionnelles avant d'entendre quelque preuve que ce soit.

### Les dispositions législatives pertinentes

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

267. ...

(2) Pour l'application du présent article et des articles 269 et 272, «lésions corporelles» désigne une blessure qui nuit à la santé ou au bien-être du plaignant et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance.

269. Quiconque cause illégalement des lésions corporelles à une personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans.

(Formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 245.1(2) and 245.3 (added S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19).)

(Auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 245.1(2) et art. 245.3 (ajoutés S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19).)

### Judgments

### <sup>a</sup> Les jugements

#### A. *Ontario District Court*

#### A. *Cour de district de l'Ontario*

The trial judge began by noting that in the case of *Gralewicz v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 493, this Court held that “unlawful”, at least in the context of a conspiracy, meant the contravention of any statute of Parliament or of a provincial legislature. Based on this case, the judge concluded that s. 269 allowed for a conviction based on any action which violates a federal or provincial statute, including an absolute liability offence. She was unwilling to interpret “unlawful” as only applying to underlying offences containing a higher culpability requirement. As s. 269 also allowed the possibility of imprisonment, the potential combination of absolute liability and imprisonment rendered the provision contrary to s. 7 of the *Charter*. As the Crown does not appear to have attempted to justify the violation under s. 1, the trial judge declared the section to be of no force or effect and ordered that the indictment be quashed.

<sup>b</sup> Le juge de première instance a d’abord fait observer que dans l’arrêt *Gralewicz c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 493, notre Cour a décidé que le mot «illicite» (ou «illégal»), du moins dans le contexte d’un complot, signifiait une infraction à une loi fédérale ou provinciale. S’appuyant sur cet arrêt, le juge a conclu que l’art. 269 permet de prononcer une déclaration de culpabilité fondée sur toute action qui viole une loi fédérale ou provinciale, y compris une infraction de responsabilité absolue. Elle n’était pas prête à interpréter le terme «illégal» comme désignant seulement les infractions sous-jacentes exigeant un degré de faute plus élevé. Comme l’art. 269 comporte aussi la possibilité d’un emprisonnement, la combinaison possible de la responsabilité absolue et de l’emprisonnement rend la disposition contraire à l’art. 7 de la *Charte*. Puisque le ministère public ne semble pas avoir tenté de justifier la violation en vertu de l’article premier, le juge de première instance a déclaré l’article inopérant et ordonné que l’acte d’accusation soit annulé.

B. *Ontario Court of Appeal* (1990), 62 C.C.C. (3d) 95

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (1990), 62 C.C.C. (3d) 95

The Court of Appeal held that it was possible to interpret s. 269 to comply with the *Charter* and thus the section should not be struck down. The court noted that many provisions in the *Code* do not provide for specific intent requirements pertaining to each and every ingredient of the *actus reus*. In these cases the mental element is implied so that it complies with constitutional requirements (at p. 96):

<sup>c</sup> La Cour d’appel a décidé qu’il est possible de donner à l’art. 269 une interprétation qui le rende compatible avec la *Charte* et qu’il n’y a donc pas lieu de le déclarer invalide. La cour a fait remarquer que de nombreuses dispositions du *Code* n’exigent pas d’intention spécifique relativement à chacun des éléments de l’*actus reus*. L’élément moral est alors implicite, étant ainsi compatible avec les exigences constitutionnelles (à la p. 96):

Properly interpreted in accordance with these principles, s. 269, which creates the offence of unlawfully causing bodily harm, must be interpreted as requiring an element of moral turpitude or blameworthiness which will be supplied by the mental element which accompanies the prohibited act.

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Si l’on suit, comme il se doit, ces principes, l’art. 269, qui crée l’infraction d’infliction illégale de lésions corporelles, doit être interprété comme exigeant un élément moral de turpitude ou de caractère blâmable, lequel est fourni par l’élément moral qui accompagne l’acte interdit.



The court considered it unnecessary to decide whether non-criminal unlawful acts could give rise to liability under s. 269 or whether the unlawful act required by s. 269 needed to be of the same nature as that required for unlawful act manslaughter.

The Court of Appeal indicated that if the facts as described in the preliminary inquiry were properly established at trial, it would be open to a trier of fact to find a culpable mental element. The court concluded that it was premature to investigate whether this level of culpability was constitutionally sufficient. The court concluded by noting that “[t]here is, however, nothing here to suggest that, properly interpreted and applied, s. 269 infringes s. 7 of the Charter” (p. 96).

#### Analysis

This appeal raises two issues. The first is the correct procedure to be followed by a judge in considering a pre-trial motion contesting the constitutionality of the provision under which an accused is charged. The second issue is whether s. 269 of the *Code* violates either or both of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. This latter issue has two branches, (i) the mental element required by s. 269 and whether this element is constitutionally sufficient and (ii) whether s. 7 of the *Charter* requires as a constitutional minimum, foresight of each or any of the consequences that comprise the *actus reus* of an offence.

#### *A. The Pre-Trial Procedure*

The respondent submits that the learned trial judge erred in ruling on the application by the appellant to declare that s. 269 of the *Criminal Code* was of no force or effect before hearing the evidence at trial. It is clear that as the liberty interest of the appellant is ultimately at risk in this appeal, the appellant has the right to question the constitutional validity of the provision under which he is charged. This is the case even though the

La cour n’a pas jugé utile de décider si des actes illégaux non criminels peuvent faire naître la responsabilité en vertu de l’art. 269 ou si l’acte illégal requis par cet article doit nécessairement être de la même nature que celui qui est requis dans le cas de l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal.

La Cour d’appel a indiqué que si les faits exposés à l’enquête préliminaire sont dûment prouvés au procès, il sera loisible au juge des faits de conclure à l’existence d’un élément moral coupable. La cour a conclu qu’il est prématuré d’examiner la question de savoir si ce degré de culpabilité est suffisant sur le plan constitutionnel. La cour a conclu en faisant observer que [TRADUCTION] «[t]oute-fois, rien en l’espèce n’indique que l’art. 269, interprété et appliqué correctement, porte atteinte à l’art. 7 de la Charte» (p. 96).

#### Analyse

Le présent pourvoi soulève deux questions. La première concerne la procédure convenable que le juge doit suivre lorsqu’il étudie une requête préliminaire attaquant la constitutionnalité de la disposition en vertu de laquelle l’accusé a été inculpé. La seconde est celle de savoir si l’art. 269 du *Code* viole l’art. 7 ou l’al. 11d) de la *Charte* ou les deux à la fois. Cette dernière comporte deux volets: premièrement, l’élément moral requis par l’art. 269 et la question de savoir si cet élément est suffisant sur le plan constitutionnel; deuxièmement, la question de savoir si l’exigence constitutionnelle minimale que renferme l’art. 7 de la *Charte* est la prévision de chacune ou de l’une ou l’autre des conséquences qui forment l’*actus reus* d’une infraction.

#### *A. La procédure préalable au procès*

L’intimée soutient que le juge de première instance a commis une erreur en déclarant inopérant l’art. 269 du *Code criminel*, sur la requête de l’appelant, avant d’entendre la preuve au procès. De toute évidence, comme l’appelant risque de perdre sa liberté par suite du présent pourvoi, il a le droit de contester la constitutionnalité de la disposition en vertu de laquelle il a été inculpé. Et ce, même s’il n’a pas directement à pâtir des effets inconsti-

unconstitutional effects may not be directed at the appellant *per se* (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 63). The appellant submits that this Court has the power and the duty to review the elements of criminal offences and this is not disputed by the Crown. As the elements of the offence necessarily affect adjudication under it, an accused has standing to contest the elements of any provision under which he or she is charged. While it is incumbent on a court to consider such issues at some point in its deliberations, it is less clear in what circumstances this review must or should be done prior to hearing evidence.

The general rule with respect to attacking an indictment by reason of a defect in law is that a motion to quash the indictment for a defect apparent on the face thereof must be made before pleading. This rule is subsumed in the provisions of s. 601(1) of the *Code*, which requires the motion to be made before the plea, and thereafter only with leave of the court. The main purpose of the rule, and of s. 601(1) to the extent that it embodies the rule, is to ensure that defects curable by amendment are attacked before pleading, since if not cured by amendment they may be waived by a plea. (See *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8, at p. 15; *R. v. Villeneuve* (1984), 54 A.R. 265 (C.A.), at p. 267; *R. v. Cook* (1985), 20 C.C.C. (3d) 18 (B.C.C.A.), at pp. 30-31 and 40; *R. v. R.I.C.* (1986), 17 O.A.C. 354, at pp. 357-58; *R. v. Peremiczky (Zoly)* (1973), 25 C.R.N.S. 399 (B.C.S.C.), at p. 400; and *R. v. Denton* (1990), 100 N.S.R. (2d) 174 (Co. Ct.), at p. 176.)

The temporal requirement of moving before pleading has no application, however, to a motion to quash which questions the validity of the law under which the accused is charged. I expressly refrain from addressing the effect of a plea of guilty. (See *R. v. Tennen*, [1959] O.R. 77 (C.A.), *aff'd* [1960] S.C.R. 302, at p. 83 O.R., and *R. v. Sarson* (1992), 73 C.C.C. (3d) 1 (Ont. Gen. Div.)) Such a defect goes to the jurisdiction of the court to proceed with the charge and is not subject to the

tutionnels (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 63). L'appelant soutient que notre Cour a le pouvoir et l'obligation d'analyser les éléments constitutifs des infractions criminelles, ce que le ministère public ne conteste pas. Comme les éléments de l'infraction ont nécessairement un effet sur la décision à rendre, un accusé a qualité pour contester les éléments de toute disposition en vertu de laquelle il a été inculpé. Certes, il appartient au tribunal d'examiner ces questions à une étape quelconque de ses délibérations, mais ce qui est moins clair, c'est dans quels cas il doit ou devrait faire cet examen avant d'avoir entendu la preuve.

Selon la règle générale applicable à la contestation d'un acte d'accusation fondée sur un vice de droit, une requête en annulation de l'acte d'accusation pour vice de forme apparent doit être présentée avant que le prévenu ait plaidé. Cette règle est subsumée dans les dispositions du par. 601(1) du *Code*, qui exige que la requête soit présentée avant le plaidoyer, car elle ne peut l'être par la suite qu'avec la permission du tribunal. Le but principal de la règle, et du par. 601(1) dans la mesure où il énonce la règle, est de veiller à ce que les vices auxquels il est possible de remédier par une modification soient attaqués avant le plaidoyer puisque, s'ils ne sont pas ainsi réparés, le plaidoyer pourra emporter renonciation. (Voir *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8, à la p. 15; *R. c. Villeneuve* (1984), 54 A.R. 265 (C.A.), à la p. 267; *R. c. Cook* (1985), 20 C.C.C. (3d) 18 (C.A.C.-B.), aux pp. 30, 31 et 40; *R. c. R.I.C.* (1986), 17 O.A.C. 354, aux pp. 357 et 358; *R. c. Peremiczky (Zoly)* (1973), 25 C.R.N.S. 399 (C.S.C.-B.), à la p. 400, et *R. c. Denton* (1990), 100 N.S.R. (2d) 174 (C. cté), à la p. 176.)

L'exigence selon laquelle la requête doit être présentée avant le plaidoyer ne s'applique cependant pas à une requête en annulation qui met en doute la validité de la loi en vertu de laquelle l'accusé a été inculpé. Je m'abstiens expressément de traiter de l'effet d'un plaidoyer de culpabilité. (Voir *R. c. Tennen*, [1959] O.R. 77 (C.A.), *conf. par* [1960] R.C.S. 302, à la p. 83 O.R., et *R. c. Sarson* (1992), 73 C.C.C. (3d) 1 (Div. gén. Ont.)) Un tel vice met en cause la compétence de la cour de con-

temporal restriction in s. 601(1). Such an application may be brought at any time. Indeed, where the trial court is a court of inferior jurisdiction, a motion may be brought before trial to prohibit the trial court from proceeding. See *Canadian Broadcasting Corp. v. Attorney-General for Ontario*, [1959] S.C.R. 188, rev'g [1958] O.R. 55 (C.A.), which aff'd [1957] O.R. 466 (H.C.). There is no question, therefore, that the trial judge has jurisdiction to hear and dispose of a motion to quash the indictment on the grounds of constitutional invalidity. Whether he or she is bound to do so or whether as a matter of practice should do so is more problematic.

With rare exceptions that do not apply here a trial judge is empowered to reserve on any application until the end of the case. He or she is not obliged, therefore, to rule on a motion to quash for invalidity of the indictment until the end of the case after the evidence has been heard. The decision whether to rule on the application or reserve until the end of the case is a discretionary one to be exercised having regard to two policy considerations. The first is that criminal proceedings should not be fragmented by interlocutory proceedings which take on a life of their own. This policy is the basis of the rule against interlocutory appeals in criminal matters. See *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. The second, which relates to constitutional challenges, discourages adjudication of constitutional issues without a factual foundation. See, for instance, *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, and *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086. Both these policies favour disposition of applications at the end of the case. In exercising the discretion to which I have referred the trial judge should not depart from these policies unless there is a strong reason for so doing. In some cases the interests of justice necessitate an immediate decision. Examples of such necessitous circumstances include cases in which the trial court itself is implicated in a constitutional violation as in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, or where substantial on-going constitutional violations require immediate atten-

naître de l'inculpation et échappe à la restriction relative au moment prévue au par. 601(1). Une telle demande peut être faite en tout temps. En fait, s'il s'agit d'une cour de juridiction inférieure, une requête peut être présentée avant le procès en vue d'empêcher la cour de première instance d'entendre l'affaire. Voir *Canadian Broadcasting Corp. c. Attorney-General for Ontario*, [1959] R.C.S. 188, infirmant [1958] O.R. 55 (C.A.), qui avait confirmé [1957] O.R. 466 (H.C.). Il n'y a donc pas de doute que le juge de première instance est compétent pour connaître d'une requête visant à faire annuler l'inculpation au motif qu'elle est inconstitutionnelle. La question de savoir s'il est tenu d'agir ainsi ou si, suivant la pratique, il devrait agir ainsi, fait davantage problème.

Sauf de rares exceptions qui sont inapplicables en l'espèce, le juge de première instance a le pouvoir de réserver sa décision sur une demande jusqu'à la fin des débats. Il n'est donc pas obligé de statuer sur une requête en annulation fondée sur l'invalidité de l'acte d'accusation tant que toute la preuve n'a pas été entendue. Pour ce qui est de se prononcer sur la demande ou de réserver sa décision jusqu'à la fin des débats, il exerce un pouvoir discrétionnaire qui fait entrer en jeu deux principes. Selon le premier, les instances pénales ne doivent pas être fragmentées par des procédures interlocutoires qui deviennent des instances distinctes. C'est ce principe qui fonde la règle interdisant les appels interlocutoires en matière pénale. Voir l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Le second, qui se rapporte aux contestations constitutionnelles, tend à dissuader les tribunaux de trancher les questions constitutionnelles dépourvues de fondement factuel. Voir, par exemple, les arrêts *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, et *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086. Ces deux principes incitent les tribunaux à trancher les demandes à la fin des débats. En exerçant le pouvoir discrétionnaire dont j'ai parlé, le juge de première instance ne doit pas s'écarter de ces principes à moins d'avoir une bonne raison. Parfois, les intérêts de la justice commandent une décision immédiate. Parmi les cas qui exigent cette célérité, on compte celui dans lequel le tribunal de première

tion as in *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595. Moreover, in some cases it will save time to decide constitutional questions before proceeding to trial on the evidence. An apparently meritorious *Charter* challenge of the law under which the accused is charged which is not dependent on facts to be elicited during the trial may come within this exception to the general rule. (See *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 133.) This applies with added force when the trial is expected to be of considerable duration. See, for example, *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606.

In this case no objection was taken at trial to the procedure adopted by the trial judge. The *Charter* challenge was not without merit notwithstanding its fate in this Court. I am satisfied that the evidence at trial would not have assisted in the resolution of the constitutional question given the nature of the appellant's submissions. The Court of Appeal stated that it was "purely speculative at this stage whether the facts at trial will establish a mental element compatible with criminal and constitutional requirements of blameworthiness for a finding of guilt under this section" (p. 96). The fact that the appellant's conduct would attract criminal responsibility because the mental element conforms to constitutional requirements would not resolve the issue if the section in its other applications criminalized conduct that did not meet constitutional standards. We have not adopted the "constitutional as applied" approach that is prevalent in the United States. See *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1078, *per* Lamer J. (as he then was), and p. 1113, *per* Le Dain J. Accordingly, I conclude that the trial judge did not err in dispos-

instance violerait lui-même la Constitution (comme dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588), ou celui dans lequel une atteinte importante et continue à la Constitution exige un examen immédiat (comme dans l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595). En outre, dans certains cas on gagne du temps en tranchant des questions constitutionnelles avant d'entendre la preuve au procès. Une attaque, fondée sur la *Charte*, contre la loi en vertu de laquelle l'accusé a été inculpé, qui semble bien fondée et qui ne dépend pas de faits devant être prouvés au cours du procès pourrait être visée par cette exception à la règle générale. (Voir *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, à la p. 133.) À plus forte raison si l'on s'attend à ce que le procès soit très long. Voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

En l'espèce, la procédure suivie par le juge de première instance n'a pas fait l'objet d'une objection au cours du procès. La contestation fondée sur la *Charte* n'était pas sans fondement, quoi qu'il advienne devant notre Cour. Je suis convaincu que la preuve produite au procès n'aurait pas été utile pour résoudre la question constitutionnelle étant donné la nature des arguments de l'appelant. La Cour d'appel a dit que l'on était, [TRADUCTION] «à cette étape, réduit aux conjectures pour ce qui est de savoir si les faits établis au procès établiront un élément moral compatible avec les exigences pénales et constitutionnelles concernant la culpabilité morale requise pour qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée en vertu de cet article» (p. 96). Le fait qu'une responsabilité pénale puisse être imputée à l'appelant parce que l'élément moral est conforme aux exigences constitutionnelles ne résoudrait pas la question si l'article, dans ses autres applications, criminalisait une conduite qui ne satisferait pas aux normes constitutionnelles. Nous n'avons pas adopté la théorie de la [TRADUCTION] «constitutionnalité du texte tel qu'appliqué» qui est préconisée aux États-Unis. Voir l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la p. 1078, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), et à la p. 1113, le juge Le Dain. Par conséquent, je conclus que le juge de première instance n'a pas

ing of the appellant's motion before hearing evidence.

### B. *Section 269 of the Criminal Code*

To be brought within the ambit of s. 269, an accused must have committed an underlying unlawful offence (otherwise referred to as the predicate offence) and have caused bodily harm to another person as a result of committing that underlying offence. For liability to be imposed for unlawfully causing bodily harm, the harm caused must have sufficient causal connection to the underlying offence committed (see *R. v. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1 (Alta. C.A.), at pp. 17 and 26-27, appeal dismissed for other reasons [1941] S.C.R. 53). The requirement of an underlying "unlawful" offence includes at its most general, and subject to the restrictions discussed below, only offences prohibited by federal or provincial legislation. A similar conclusion in regard to criminal conspiracy to effect an "unlawful" purpose was reached earlier by this Court in *Gralewicz, supra*, at p. 509.

#### (1) The Mental Element Requirement of Section 269

The major issue raised in this appeal concerns the mental element required by s. 269 of the *Code*. After delineating the statutorily required mental element, the question of the constitutional sufficiency of this element will then be addressed to determine whether it passes constitutional muster.

It is axiomatic that in criminal law there should be no responsibility without personal fault. A fault requirement was asserted to be a fundamental aspect of our common law by this Court in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, and as a matter of constitutional law under s. 7 of the *Charter* in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. As a matter of statutory interpretation, a provision should not be interpreted to lack any element of personal fault unless the statutory language mandates such an interpretation in clear and unambiguous terms. Unlike most offences, the mental element of s. 269 is composed of two separate requirements. The first requirement is that the

commis d'erreur en statuant sur la requête de l'appelant avant d'avoir entendu la preuve.

### B. *L'article 269 du Code criminel*

Pour tomber sous le coup de l'art. 269, un accusé doit avoir commis une infraction sous-jacente et avoir causé des lésions corporelles à autrui par suite de la perpétration de cette infraction. Pour pouvoir infliger la responsabilité d'avoir illégalement causé des lésions corporelles, il doit donc y avoir un lien de cause à effet entre l'infraction sous-jacente commise et le préjudice causé (voir *R. c. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1 (C.A. Alb.), aux pp. 17, 26 et 27, appel rejeté pour d'autres motifs [1941] R.C.S. 53). Puisqu'un acte «illégal» sous-jacent doit avoir été commis, sont donc visées le plus généralement, sous réserve des restrictions étudiées plus loin, seulement les infractions aux lois fédérales ou provinciales. Dans un arrêt antérieur, *Gralewicz*, précité, à la p. 509, notre Cour a tiré une conclusion semblable au sujet d'un complot en vue d'accomplir un dessein «illicite».

#### (1) L'élément moral exigé par l'art. 269

La principale question soulevée dans le présent pourvoi concerne l'élément moral requis par l'art. 269 du *Code*. Après avoir énoncé l'élément moral exigé par la loi, nous allons étudier la question de savoir si cet élément est suffisant, et donc acceptable, sur le plan constitutionnel.

Il va de soi qu'en droit pénal, la responsabilité d'une personne ne saurait être engagée sans faute personnelle. Dans l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, notre Cour a déclaré que l'exigence en matière de faute est un aspect fondamental de notre common law et, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, qu'elle fait partie du droit constitutionnel en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Dans le cadre d'une interprétation des lois, on ne doit pas conclure qu'une disposition ne comporte pas d'élément de faute personnelle sauf si la loi exige une telle interprétation dans des termes clairs et non ambigus. Contrairement à la plupart des infractions, l'élé-

mental element of the underlying offence of s. 269 be satisfied. The second requirement is that the additional fault requirement supplied by the wording of s. 269, discussed more fully *infra*, also be satisfied.

(a) *The Mental Element of the Underlying Offence*

To be convicted under s. 269, the prosecution must first satisfy the mental element requirement of the underlying offence. In interpreting the ambit of the underlying offences covered by s. 269 it is important to recognize the abhorrence of the criminal law for offences of absolute liability. While not all underlying offences will have a possibility of imprisonment and despite the fact that s. 269 has a fault requirement in addition to that supplied by the underlying offence, as a matter of statutory interpretation, underlying offences of absolute liability are excluded from forming the basis for a prosecution under s. 269. For the reasons given by this Court in *Sault Ste. Marie, supra*, and *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, s. 269 should not be interpreted so as to bootstrap underlying offences of absolute liability into the criminal law. The criminal law is based on proof of personal fault and this concept is jealously guarded when a court is asked to interpret criminal provisions, especially those with potentially serious penal consequences. This statutory conclusion is mandated by the general presumption in the interpretation of criminal statutes against absolute liability and the absence of clear words to the contrary to rebut this presumption. Thus, the concept of "unlawful" as it is used in s. 269 does not include any underlying offence of absolute liability. The inclusion of such offences would be contrary to the general canons of criminal interpretation quite apart from any *Charter* considerations (see particularly *R. v. Prue*, [1979] 2 S.C.R. 547, at p. 553, and *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531, at pp. 537-38 and 542-43). Although not relying on constitutional requirements in foreclosing the possibility of absolute liability offences forming the predicate

ment moral de l'infraction prévue à l'art. 269 se compose de deux exigences distinctes. Suivant la première, il faut établir l'élément moral de l'infraction sous-jacente requise par l'art. 269. Suivant la seconde, il faut aussi prouver l'exigence additionnelle en matière de faute qui découle du libellé de l'art. 269 et qui est examinée plus à fond ci-après.

a) *L'élément moral de l'infraction sous-jacente*

Pour obtenir la déclaration de culpabilité, le ministère public doit d'abord satisfaire à l'exigence de l'élément moral de l'infraction sous-jacente. Il importe que le tribunal, lorsqu'il détermine la portée des infractions sous-jacentes visées à l'art. 269, reconnaisse que le droit pénal a horreur des infractions de responsabilité absolue. Bien que toutes les infractions sous-jacentes n'entraînent pas la possibilité de l'emprisonnement et en dépit du fait que l'art. 269 a une exigence en matière de faute en plus de celle que comporte l'infraction sous-jacente, les infractions sous-jacentes de responsabilité absolue ne peuvent, selon les règles d'interprétation des lois, donner lieu à des poursuites en vertu de l'art. 269. Pour les motifs donnés par notre Cour dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* et le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précités, il faut éviter de donner à l'art. 269 une interprétation qui a pour effet d'insérer dans le droit pénal des infractions sous-jacentes de responsabilité absolue. Le droit pénal est fondé sur la notion de faute personnelle, et le tribunal qui est appelé à interpréter des dispositions de droit pénal, surtout celles qui peuvent emporter des conséquences pénales graves, veille avec vigilance au respect de cette notion. Cette conclusion repose sur la présomption générale applicable dans l'interprétation des lois pénales selon laquelle la responsabilité absolue doit être écartée et sur l'absence de disposition contraire claire réfutant cette présomption. Par conséquent, la notion d'«illégalité» contenue à l'art. 269 ne vise pas d'infraction sous-jacente de responsabilité absolue. L'inclusion de telles infractions serait contraire aux principes généraux d'interprétation du droit pénal, indépendamment de tout examen fondé sur la *Charte* (voir

offences of s. 269, certainly principles of fundamental justice require no less.

In addition to satisfying the statutorily required mental element of the underlying offence, the mental element of the underlying offence must also be constitutionally sufficient in its own right. If the underlying offence contains a constitutionally insufficient mental element, it is of no force or effect and thus cannot form the basis for a prosecution under s. 269. The underlying offence must be valid in law on its own before it can be used to support a charge under s. 269.

(b) *The Meaning of "Unlawful" in Section 269*

In addition to the mental element required by the underlying offence, the wording of s. 269, and particularly the case law interpreting the term "unlawfully", imports an additional aspect to the mental element of s. 269. The case law interpreting the use of this term in similar provisions has focused on the offence most commonly known as unlawful act manslaughter. While manslaughter is not the offence at issue in this appeal, the case law which seeks to interpret the term "unlawful" in that context is instructive.

The leading English authority on the issue of the meaning of "unlawful" in this area is *R. v. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18, where the Court of Criminal Appeal held at p. 23 that:

Where the act which a person is engaged in performing is unlawful, then if at the same time it is a dangerous act, that is, an act which is likely to injure another person, and quite inadvertently the doer of the act causes the death of that other person by that act, then he is guilty of manslaughter.

en particulier les arrêts *R. c. Prue*, [1979] 2 R.C.S. 547, à la p. 553, et *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531, aux pp. 537, 538, 542 et 543). Bien qu'on ne se fonde pas sur les exigences constitutionnelles pour empêcher que des infractions de responsabilité absolue soient considérées comme des infractions sous-jacentes de l'art. 269, les principes de justice fondamentale n'exigent certes rien de moins.

Non seulement il faut satisfaire à l'exigence légale de l'élément moral de l'infraction sous-jacente, mais encore cet élément moral doit lui-même être suffisant sur le plan constitutionnel. Si l'infraction sous-jacente comporte un élément moral insuffisant du point de vue constitutionnel, elle est inopérante et ne peut donc pas donner lieu à des poursuites en vertu de l'art. 269. L'infraction sous-jacente doit elle-même être valide en droit pour pouvoir étayer une inculpation en vertu de l'art. 269.

(b) *Le sens du mot «illégal» employé à l'art. 269*

Outre l'élément moral exigé par l'infraction sous-jacente, le libellé de l'art. 269 et, en particulier, la jurisprudence interprétant le mot «illégalement», ajoutent un aspect supplémentaire à l'élément moral de cet article. La jurisprudence interprétant ce mot utilisé dans des dispositions semblables portait avant tout sur l'infraction appelée communément «homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal». Certes, l'homicide involontaire coupable n'est pas l'infraction en cause dans le présent pourvoi, mais la jurisprudence qui traite de l'interprétation du mot «illégal» dans ce contexte est instructive.

L'arrêt qui fait autorité en droit anglais sur la question de la signification du mot «illégal» dans ce domaine est *R. c. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18, dans lequel la Court of Criminal Appeal a décidé à la p. 23 ce qui suit:

[TRADUCTION] Quand l'acte qu'est en train d'accomplir une personne est illégal, s'il est en même temps dangereux, c'est-à-dire de nature à blesser une autre personne, et que, tout à fait par inadvertance, l'agent cause ainsi la mort de cette autre personne, alors il est coupable d'homicide involontaire coupable.

English authority has consistently held that the underlying unlawful act required by its manslaughter offence requires proof that the unlawful act was "likely to injure another person" or in other words put the bodily integrity of others at risk (see also *R. v. Hall* (1961), 45 Cr. App. R. 366 (C.C.A.); *R. v. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206 (C.C.A.); *Director of Public Prosecutions v. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291 (H.L.), and *Director of Public Prosecutions v. Daley* (1978), 69 Cr. App. R. 39 (P.C.)). This position has also been adopted by most Canadian courts. In *R. v. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346, Hutcheon J.A., speaking for the British Columbia Court of Appeal, indicated that the words "unlawful act" have never been taken literally in the law pertaining to manslaughter. He noted that it is not every unlawful act by which death is caused that can support a finding of culpable homicide. The act must be one which meets the test referred to in *Larkin, supra*. Other appellate courts have come to the same conclusion (see *R. v. Lelievre* (1962), 132 C.C.C. 288 (Ont. C.A.), at p. 295; *R. v. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80 (Ont. C.A.), at p. 96; *R. v. Kitching* (1976), 32 C.C.C. (2d) 159 (Man. C.A.), at pp. 168-69; *R. v. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119 (Ont. C.A.), at p. 127, leave to appeal denied, [1982] 1 S.C.R. vii; *R. v. Creighton* (1991), 66 C.C.C. (3d) 317 (Ont. C.A.), leave to appeal granted, [1991] 3 S.C.R. vii, and *R. v. Gosset* (1991), 6 C.R. (4th) 239 (Que. C.A.), at p. 251 (appeal heard May 1, 1992, judgment currently reserved)).

Despite ample authority that the underlying act must be objectively dangerous in order to sustain a conviction under what is now s. 222(5)(a), the law in this area is not entirely free from doubt. In *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506, Dickson J. (as he then was) adopted certain comments made by G. Arthur Martin (later Martin J.A.) in a short case note on the English *Larkin* case. The adopted comments included the following:

La jurisprudence anglaise a toujours maintenu que l'acte illégal sous-jacent requis dans le cas d'homicide involontaire coupable exige la preuve que l'acte illégal était «de nature à blesser une autre personne» ou autrement dit mettait en danger l'intégrité physique d'autrui (voir aussi *R. c. Hall* (1961), 45 Cr. App. R. 366 (C.C.A.); *R. c. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206 (C.C.A.); *Director of Public Prosecutions c. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291 (H.L.), et *Director of Public Prosecutions c. Daley* (1978), 69 Cr. App. R. 39 (C.P.)). La plupart des tribunaux canadiens ont aussi adopté ce point de vue. Au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346, le juge Hutcheon a indiqué que les mots «acte illégal» n'avaient jamais été pris littéralement dans le cas de l'homicide involontaire coupable. Il a fait remarquer que ce n'est pas tout acte illégal causant la mort qui peut permettre de conclure à un homicide coupable. L'acte doit satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Larkin*, précité. D'autres cours d'appel en sont arrivées à la même conclusion (voir *R. c. Lelievre* (1962), 132 C.C.C. 288 (C.A. Ont.), à la p. 295; *R. c. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80 (C.A. Ont.), à la p. 96; *R. c. Kitching* (1976), 32 C.C.C. (2d) 159 (C.A. Man.), aux pp. 168 et 169; *R. c. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119 (C.A. Ont.), à la p. 127, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 1 R.C.S. vii; *R. c. Creighton* (1991), 66 C.C.C. (3d) 317 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi accordée, [1991] 3 R.C.S. vii, et *R. c. Gosset* (1991), 6 C.R. (4th) 239 (C.A. Qué.), à la p. 251 (pourvoi entendu le 1<sup>er</sup> mai 1992 et mis en délibéré)).

Malgré une abondante jurisprudence selon laquelle l'acte sous-jacent doit objectivement être dangereux pour qu'il y ait déclaration de culpabilité en vertu de ce qui est devenu l'al. 222(5)a), les règles de droit à ce sujet ne sont pas tout à fait claires. Dans *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fait siennes certaines observations de G. Arthur Martin (plus tard juge de la Cour d'appel) dans un court commentaire de l'arrêt anglais *Larkin*. Les observations qu'il a fait siennes comprennent ce qui suit:



There are many unlawful acts which are not dangerous in themselves and are not likely to cause injury which, nevertheless if they cause death, render the actor guilty of culpable homicide. . . .

In the case of so-called intentional crimes where death is an unintended consequence the actor is always guilty of manslaughter at least.

(“Criminal Law—Voluntary and Involuntary Manslaughter—Lawful and Unlawful Acts” (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 503, at pp. 504-5; cited in *Smithers*, *supra*, at p. 519.)

This passage appears to raise doubt as to whether the “unlawful act” must be inherently dangerous to sustain a manslaughter conviction. This issue was not addressed in *Smithers*, however, as the assault which occurred in that case was clearly an intentional, dangerous, act. As well, *Smithers* was a case concerned with the issue of causation and not the meaning to be given to the term “unlawful act”. Finally, *Smithers* was not argued under the *Charter*. In the absence of a more definitive statement or a more extensive analysis of the issue, I am reluctant to freeze the meaning of “unlawful” for the purposes of s. 269 based on the 1943 comments of even as persuasive a source as G. Arthur Martin. More telling, and also more considered, authority was provided by Martin J.A. in *Tennant*, *supra*, which predates *Smithers* but was not discussed by Dickson J. in the latter decision. In *Tennant*, a Court of Appeal panel composed of Gale C.J.O. and Brooke and Martin J.J.A. rendered a *per curiam* judgment which concluded at p. 96 that:

When death is accidentally caused by the commission of an unlawful act which any reasonable person would inevitably realize must subject another person to, at least, the risk of some harm resulting therefrom, albeit not serious harm, that is manslaughter.

The court later noted that:

. . . if death was caused by the *accidental discharge* of the fire-arm in the commission of such *unlawful act* and if the jury were satisfied beyond a reasonable doubt that

[TRANSDUCTION] Il existe beaucoup d’actes illégaux qui ne sont pas dangereux en eux-mêmes ni de nature à causer des blessures, mais qui, s’ils causent la mort, rendent leur auteur coupable d’homicide coupable . . .

<sup>a</sup> Dans le cas des crimes dits intentionnels où la mort est une conséquence inattendue, l’auteur est toujours pour le moins coupable d’homicide involontaire coupable.

(«Criminal Law—Voluntary and Involuntary Manslaughter—Lawful and Unlawful Acts» (1943), 21 *R. du B. can.* 503, aux pp. 504 et 505; cité dans l’arrêt *Smithers*, précité, à la p. 519.)

Ce passage semble mettre en doute l’affirmation selon laquelle l’«acte illégal» doit être dangereux en soi pour entraîner la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable. Cette question n’a toutefois pas été étudiée dans l’arrêt *Smithers*, car les voies de fait commises en l’occurrence étaient nettement un acte intentionnel dangereux. En outre, l’affaire *Smithers* portait sur la question du lien de causalité et non sur celle de la signification du terme «acte illégal». Enfin, la *Charte* n’était pas en vigueur quand l’affaire *Smithers* a été débattue. Faute d’exposé plus décisif de l’état du droit ou d’analyse plus approfondie de la question, j’hésite à tenir le sens du mot «illégal» pour figé, en ce qui a trait à l’art. 269, en me basant sur les observations faites en 1943 par G. Arthur Martin, quelque convaincante que soit la source. Le juge Martin de la Cour d’appel a tenu des propos plus éloquentes et étudié la question plus à fond dans l’arrêt *Tennant*, précité, rendu avant l’arrêt *Smithers*, mais que le juge Dickson n’a pas pris en considération dans ce dernier arrêt. Dans l’arrêt *Tennant*, la Cour d’appel, formée du juge en chef Gale et des juges Brooke et Martin, a conclu ainsi à la p. 96:

[TRANSDUCTION] Quand la mort est causée accidentellement par la perpétration d’un acte illégal dont toute personne raisonnable se rendrait inévitablement compte qu’il fait courir à autrui à tout le moins le risque d’une blessure, bien qu’elle ne soit pas grave, il s’agit d’un homicide involontaire coupable.

La cour a ensuite fait observer:

[TRANSDUCTION] . . . si la mort a été causée par la *décharge accidentelle* de l’arme à feu au cours de la perpétration de cet *acte illégal* et si le jury était convaincu hors de

the *unlawful act* was such as any reasonable person would inevitably realize must subject another to the risk of, at least, some harm, albeit not serious harm, the death would amount to manslaughter. [Emphasis in original.]

The court thus substantially adopted the English position as articulated in *Larkin*.

In accordance with the English law and in furtherance of the developing Canadian case law, the most principled approach to the meaning of "unlawful" in the context of s. 269 is to require that the unlawful act be at least objectively dangerous. This conclusion is both supported by the meaning given to the words "unlawful act" by virtually all of the lower courts and also is in accord with the emerging jurisprudence of this Court in regard to personal fault.

Objective foresight of bodily harm should be required for both criminal and non-criminal unlawful acts which underlie a s. 269 prosecution. I can see no reason why there should be a difference between the two categories of acts. There is no need to differentiate between criminal and non-criminal unlawful acts when one unifying concept is available. Thus the test is one of objective foresight of bodily harm for all underlying offences. The act must be both unlawful, as described above, and one that is likely to subject another person to danger of harm or injury. This bodily harm must be more than merely trivial or transitory in nature and will in most cases involve an act of violence done deliberately to another person. In interpreting what constitutes an objectively dangerous act, the courts should strive to avoid attaching penal sanctions to mere inadvertence. The contention that no dangerousness requirement is required if the unlawful act is criminal should be rejected. The premise on which this proposition is based is that most, if not all, criminal acts are inherently dangerous. This premise is an overstatement inasmuch as a large part of the criminal law is concerned with offences against property and other interests which are not inherently dangerous. But, even if

tout doute raisonnable que l'*acte illégal* était de telle nature que toute personne raisonnable se rendrait inévitablement compte qu'il fait courir à autrui à tout le moins le risque d'une blessure, bien qu'elle ne soit pas grave, la mort équivaudrait à un homicide involontaire coupable. [En italique dans l'original.]

La cour a donc adopté pour l'essentiel le point de vue des tribunaux anglais tel qu'exprimé dans l'arrêt *Larkin*.

Conformément au droit anglais et suivant les derniers courants de la jurisprudence canadienne, la solution la plus rationnelle quant au sens du mot «illégal» dans le contexte de l'art. 269 réside dans l'exigence que l'acte illégal soit à tout le moins objectivement dangereux. Cette conclusion, d'une part, est corroborée par la signification donnée aux mots «acte illégal» par presque tous les tribunaux d'instance inférieure, et d'autre part, concorde avec la nouvelle jurisprudence de notre Cour à l'égard de la faute personnelle.

La prévision objective des lésions corporelles devrait être applicable tant aux actes illégaux criminels que non criminels qui fondent des poursuites en vertu de l'art. 269. Je ne vois aucune raison pour laquelle une différence devrait exister entre les deux catégories d'actes. Il n'est pas nécessaire d'opérer de distinction entre les actes illégaux criminels et non criminels alors que nous disposons d'une notion unificatrice. Par conséquent, le critère est celui de la prévision objective des lésions corporelles en ce qui concerne toutes les infractions sous-jacentes. L'acte doit être à la fois illégal, tel que ce terme a été défini plus haut, et de nature à soumettre une autre personne à un risque de préjudice ou de lésions corporelles. Ces lésions corporelles ne doivent pas être de nature passagère ou sans importance et doivent, dans la plupart des cas, comporter un acte violent commis délibérément à l'endroit d'autrui. Pour interpréter ce qui constitue un acte objectivement dangereux, les tribunaux doivent s'efforcer d'éviter de frapper de sanctions pénales la simple inadvertence. Il y a lieu de rejeter la prétention selon laquelle il n'est pas nécessaire que l'acte illégal qui constitue un crime soit dangereux. Cette proposition repose sur la prémisse que la plupart, voire la totalité, des

this premise were accepted, the difference between the two positions would be simply one of semantics. To maintain the correct focus it is preferable to inquire whether a reasonable person would inevitably realize that the underlying unlawful act would subject another person to the risk of bodily harm rather than getting sidetracked on a question regarding the classification of the offence.

## (2) Constitutional Sufficiency

The mental element of s. 269 has two separate aspects. The first aspect of the mental element is the requirement that an underlying offence with a constitutionally sufficient mental element has been committed. Additionally, s. 269 requires that the prosecution prove that the bodily harm caused by the underlying unlawful act was objectively foreseeable. This latter requirement insures that all prosecutions under s. 269 contain at least a fault requirement based on an objective standard. As this Court has not indicated that fundamental justice requires fault based on a subjective standard for all offences, the mental element required by s. 269 passes constitutional muster unless s. 269 is one of those few offences which due to its stigma and penalty require fault based on a subjective standard. I agree with the respondent and interveners that s. 269 has neither the stigma nor criminal sanction to require a more demanding mental element than it already has. The criminal sanction is flexible and thus can be tailored to suit the circumstances of the case. The stigma associated with conviction will generally reflect the degree of opprobrium which the underlying offence attracts. The stigma attached to the underlying offence will in turn influence the minimum mental requirement for that offence.

actes criminels sont intrinsèquement dangereux. Cette prémisse est une exagération dans la mesure où une grande partie du droit pénal traite d'infractions contre les biens et d'autres intérêts qui ne sont pas intrinsèquement dangereuses. Mais, même si l'on acceptait cette prémisse, la différence entre les deux théories ne serait que d'ordre sémantique. Pour ne pas déplacer indûment l'accent, il est préférable de se demander si une personne raisonnable se rendrait inévitablement compte que l'acte illégal sous-jacent ferait courir à autrui le risque de lésions corporelles, plutôt que de s'écarter du sujet et de se pencher sur une question touchant la qualification de l'infraction.

## (2) Caractère suffisant sur le plan constitutionnel

L'élément moral exigé par l'art. 269 présente deux aspects distincts. Le premier est l'exigence qu'une infraction sous-jacente comportant un élément moral suffisant du point de vue constitutionnel ait été commise. Par surcroît, l'art. 269 exige que le poursuivant prouve que les lésions corporelles causées par l'acte illégal sous-jacent étaient objectivement prévisibles. Cette dernière exigence fait en sorte que toutes les poursuites en vertu de l'art. 269 contiennent au moins une exigence en matière de faute fondée sur une norme objective. Puisque notre Cour n'a pas indiqué que la justice fondamentale exige une faute fondée sur une norme subjective dans le cas de toutes les infractions, l'élément moral requis par l'art. 269 satisfait au critère constitutionnel, sauf si cette disposition fait partie de ces rares infractions qui, en raison des stigmates qui s'y rattachent et de la peine dont elles sont assorties, exigent une faute fondée sur une norme subjective. Je partage l'avis de l'intimée et des intervenants selon qui l'art. 269 ne comporte ni les stigmates ni la sanction pénale qui commanderaient un élément moral plus strict que celui qu'il exige déjà. La sanction pénale est souple et peut donc être adaptée aux circonstances de l'espèce. Les stigmates rattachés à la déclaration de culpabilité traduiront généralement le degré de réprobation morale qui est associée à l'infraction sous-jacente. Les stigmates rattachés à l'infraction sous-jacente influenceront en retour sur l'élément moral minimal exigé pour cette infraction.

Unless a minimum mind state of subjective intention in regard to consequences is constitutionally required, the test discussed above satisfies the dictates of s. 7 of the *Charter*. I will now consider that issue.

### C. Foresight of Consequences

Although I have concluded by means of statutory interpretation that s. 269 requires objective foresight of the consequences of an accused's unlawful act, the appellant argues that s. 7 of the *Charter* requires subjective foresight of all consequences which comprise part of the *actus reus* of an offence. The appellant notes that in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, Lamer C.J., speaking for the majority of the Court, discussed (at p. 645) a:

... general principle that criminal liability for a particular result is not justified except where the actor possesses a culpable mental state in respect of that result: ...

The appellant also relies on *R. v. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1986] 2 S.C.R. viii, for a similar proposition that (at pp. 54-55):

... [t]he minimum and necessary mental element required for criminal liability for most crimes is knowledge of the circumstances which make up the *actus reus* of the crime and foresight or intention with respect to any consequence required to constitute the *actus reus* of the crime.

The appellant submits that this authority supports a requirement that the minimum mental element required by s. 7 of the *Charter* for s. 269 includes an intention to cause bodily harm. In isolation, it is true that the language used in some earlier decisions of this Court could be interpreted as suggested by the appellant. This proposition draws additional support from statements such as those of Wilson J. in *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941, where she infers that proof of intention is required in regard to each of the elements of the *actus reus*. Wilson J. states (at p. 958):

À moins qu'un état d'esprit minimal d'intention subjective quant aux conséquences soit requis sur le plan constitutionnel, le critère analysé précédemment satisfait aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*. C'est cette question que je vais maintenant aborder.

### C. Prévion des conséquences

Quoique j'aie conclu, suivant les règles d'interprétation des lois, que l'art. 269 exige la prévion objective des conséquences de l'acte illégal de l'accusé, l'appelant soutient que l'art. 7 de la *Charte* exige la prévion subjective de toutes les conséquences qui forment en partie l'*actus reus* d'une infraction. L'appelant fait remarquer que, dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, le juge en chef Lamer, au nom de la majorité de la Cour, a examiné (à la p. 645) un:

... principe plus général que la responsabilité criminelle à l'égard d'un résultat particulier n'est justifiée que lorsque son auteur a un état d'esprit coupable relativement à ce résultat: ...

L'appelant cite aussi l'arrêt *R. c. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 2 R.C.S. viii, dans lequel on trouve une affirmation semblable (aux pp. 54 et 55):

[TRADUCTION] L'élément moral minimal et nécessaire pour entraîner la responsabilité criminelle dans le cas de la plupart des crimes est la connaissance des circonstances qui forment l'*actus reus* du crime et la prévion ou l'intention quant aux conséquences requises pour constituer l'*actus reus* du crime.

L'appelant soutient que cet arrêt confirme que l'élément moral minimal requis par l'art. 7 de la *Charte* dans le cas de l'art. 269 inclut l'intention de causer des lésions corporelles. Pris isolément, il est vrai, le langage utilisé par notre Cour dans certaines décisions antérieures pourrait être interprété comme le propose l'appelant. Cette affirmation s'appuie en outre sur des propos comme ceux qu'a tenus le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, dans lequel elle conclut que la preuve de l'intention est nécessaire à l'égard de chacun des éléments de l'*actus reus*. Le juge Wilson écrit (à la p. 958):

A full *mens rea* offence under the *Criminal Code* demands that the accused have an intent to perform the acts that constitute the *actus reus* of the offence.

As one of the elements of the *actus reus* in this appeal is that bodily harm be produced, it is arguable that the case law of this Court has implied that foresight of the consequences of an act must be proved when such consequences constitute an essential element of the offence. This argument, however, misconstrues and overgeneralizes the language used by this Court in these earlier judgments (see also *R. v. Rees*, [1956] S.C.R. 640, and *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 139). In the circumstances of *Docherty*, the offence definition itself required intention in regard to all aspects of the *actus reus* and thus this proposition was not meant to be set down as an overriding principle of criminal law. Equally, in *Martineau* it was only as a result of the stigma and penal consequences of a murder conviction that subjective foresight of death was required. Here again, it was not meant to be stated as a general principle of criminal law. As far back as Blackstone's Commentaries, it was recognized that criminal guilt did not always require foresight of the consequences of an unlawful act:

... if a man be doing any thing *unlawful*, and a consequence ensues which he did not foresee or intend, as the death of a man or the like, his want of foresight shall be no excuse; for, being guilty of one offence, in doing antecedently what is in itself unlawful, he is criminally guilty of whatever consequence may follow the first misbehaviour. [Emphasis in original.]

(*Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV, at p. 27.)

In *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, the Court concluded that a meaningful mental element was required in regard to a blameworthy element of the *actus reus*. Provided that there is a sufficiently

Dans le cas d'une infraction exigeant la *mens rea* complète aux termes du *Code criminel*, l'accusé doit avoir l'intention d'accomplir les actes qui constituent l'*actus reus* de l'infraction.

Comme l'un des éléments de l'*actus reus* dans le présent pourvoi est l'infliction de lésions corporelles, on peut soutenir que la jurisprudence de notre Cour a laissé entendre que la prévision des conséquences d'un acte devait être prouvée quand ces conséquences constituent un élément essentiel de l'infraction. Cet argument constitue toutefois une mauvaise interprétation et une généralisation excessive compte tenu des termes utilisés par notre Cour dans ces arrêts antérieurs (voir aussi les arrêts *R. c. Rees*, [1956] R.C.S. 640, et *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, à la p. 139). Dans les circonstances de l'affaire *Docherty*, la formulation même de l'infraction exigeait une intention relativement à tous les aspects de l'*actus reus*, et cette proposition ne saurait donc être considérée comme l'exposé d'un principe primordial du droit pénal. De la même façon, dans l'arrêt *Martineau*, ce n'est qu'en raison des stigmates et des conséquences pénales d'une déclaration de culpabilité à l'égard d'une condamnation pour meurtre que la prévision subjective de la mort a été exigée. Encore une fois dans cet arrêt, la Cour n'entendait pas énoncer un principe général du droit pénal. Déjà dans ses *Commentaries on the Laws of England* (1769), Livre IV, Blackstone reconnaissait que la culpabilité criminelle n'exigeait pas toujours la prévision des conséquences d'un acte illégal (à la p. 27):

... mais s'il a fait quelque chose d'*illégal*, et qu'il s'ensuive ce qu'il n'avait ni prévu ni voulu, comme la mort d'un homme, etc., il ne suffit pas, pour l'excuser, qu'il n'ait pas prévu ce résultat; car il s'était rendu coupable d'une première offense, en faisant antécédemment une chose illégale en elle-même, et il est responsable criminellement de toutes les conséquences qui peuvent suivre ce premier délit. [En italique dans l'original.]

(Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), t. 5, à la p. 231.)

Dans l'arrêt *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, la Cour a conclu qu'un élément moral déterminé était requis à l'égard d'un élément blâmable de l'*actus reus*. À la condition qu'il existe un élément suffi-

blameworthy element in the *actus reus* to which a culpable mental state is attached, there is no additional requirement that any other element of the *actus reus* be linked to this mental state or a further culpable mental state. As inferred by Blackstone, *supra*, provided that the actor is already engaged in a culpable activity, foresight of consequences is not required in order to hold that actor responsible for the results of his or her unlawful activity. Lamer C.J. stated in *Martineau* that “[i]f Parliament wishes to deter persons from causing bodily harm during certain offences, then it should punish persons for causing the bodily harm” (p. 647). This is exactly what s. 269 attempts to do. In this particular provision the mental element requirement is composed of both the mental element of the underlying unlawful act and the additional requirement of objective foresight of bodily harm. There is, however, no constitutional requirement that intention, either on an objective or a subjective basis, extend to the consequences of unlawful acts in general.

The absence of a constitutional requirement that intention extend to all aspects of an unlawful act was discussed by Wilson J. in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 888-89, where she concludes that the minimal element of the application of force is sufficient for a conviction for sexual assault causing bodily harm. She inferentially confirms that s. 7 of the *Charter* does not mandate intention in regard to all of the consequences required by the offence. The contrary position, that intention must extend to all of the required consequences of an offence, is not supported by the case law and should not be adopted as a constitutional requirement.

There are many provisions where one need not intend all of the consequences of an action. As was pointed out in *Hess*, *supra*, there must be an element of personal fault in regard to a culpable aspect of the *actus reus*, but not necessarily in regard to each and every element of the *actus reus*. The requirement of fault in regard to a meaningful aspect of the *actus reus* is necessary to prevent punishing the mentally, and morally, innocent and

samment blâmable dans l'*actus reus* auquel se rattache un état d'esprit coupable, la loi n'exige pas qu'un autre élément de l'*actus reus* soit lié à cet état d'esprit ou à un autre état d'esprit coupable. Comme l'a conclu Blackstone, *op. cit.*, pourvu que la personne ait déjà commis un acte coupable, la prévision des conséquences n'est pas exigée pour qu'elle soit tenue responsable des résultats de son acte illégal. Le juge en chef Lamer a dit, dans l'arrêt *Martineau*, que «[s]i le Parlement veut dissuader les gens de causer des lésions corporelles pendant la perpétration de certaines infractions, il devrait alors les punir pour avoir causé des lésions corporelles» (p. 647). C'est exactement ce que l'art. 269 vise à accomplir. Dans cette disposition, l'élément moral requis se compose de l'élément moral de l'acte illégal sous-jacent et, de plus, de la prévision objective des lésions corporelles. La Constitution n'exige cependant pas que l'intention, qu'elle soit objective ou subjective, s'étende aux conséquences des actes illégaux en général.

L'absence d'exigence constitutionnelle que l'intention s'étende à tous les aspects d'un acte illégal a été analysée par le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, aux pp. 888 et 889, où elle conclut que l'élément minimal de l'utilisation de la force est suffisant pour justifier une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle causant des lésions corporelles. Elle confirme indirectement que l'art. 7 de la *Charte* n'exige pas l'intention relativement à toutes les conséquences que comporte l'infraction. La position contraire, selon laquelle l'intention doit s'étendre à toutes les conséquences requises d'une infraction, n'est pas étayée par la jurisprudence et ne doit pas être adoptée comme exigence constitutionnelle.

Il existe nombre de dispositions dans lesquelles l'intention n'est pas exigée à l'égard de toutes les conséquences d'une action. Comme on l'a souligné dans l'arrêt *Hess*, précité, il faut un élément de faute personnelle à l'égard d'un aspect coupable de l'*actus reus*, mais pas nécessairement à l'égard de chacun des éléments de l'*actus reus*. L'exigence en matière de faute relativement à un aspect important de l'*actus reus* est nécessaire pour éviter de

is in keeping with a long line of cases of this Court including *Rees, supra*, and *Pappajohn, supra*. In many offences, such as assault or dangerous driving, the offence is made out regardless of the consequences of the act but the consequences can be used to aggravate liability for the offence. For example, both assault and assault causing bodily harm have identical *mens rea* requirements and the element of causing bodily harm is merely used to classify the offence. No principle of fundamental justice prevents Parliament from treating crimes with certain consequences as more serious than crimes which lack those consequences.

A number of *Criminal Code* offences call for a more serious charge if certain consequences follow. To require intention in relation to each and every consequence would bring a large number of offences into question including manslaughter (s. 222(5)), criminal negligence causing bodily harm (s. 221), criminal negligence causing death (s. 220), dangerous operation causing bodily harm (s. 249(3)), dangerous operation causing death (s. 249(4)), impaired driving causing bodily harm (s. 255(2)), impaired driving causing death (s. 255(3)), assault causing bodily harm (s. 267(1)(b)), aggravated assault (s. 268), sexual assault causing bodily harm (s. 272(c)), aggravated sexual assault (s. 273), mischief causing danger to life (s. 430(2)) and arson causing bodily harm (s. 433(b)). As noted by Professor Colvin, “[i]t would, however, be an error to suppose that *actus reus* and *mens rea* always match in this neat way” (E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at p. 55).

Conduct may fortuitously result in more or less serious consequences depending on the circum-

punir les personnes mentalement, et moralement, innocentes et elle est conforme à un important courant de jurisprudence de notre Cour dont procèdent les arrêts *Rees* et *Pappajohn*, précités. Dans bien des cas, comme les voies de fait ou la conduite dangereuse, l’infraction est établie peu importe les conséquences de l’acte, mais les conséquences peuvent être utilisées pour aggraver la responsabilité de l’auteur. Par exemple, les voies de fait et les voies de fait causant des lésions corporelles exigent toutes deux la même *mens rea*, et l’élément qui réside dans le fait de causer des lésions corporelles ne sert qu’à qualifier l’infraction. Aucun principe de justice fondamentale n’empêche le législateur de considérer les crimes entraînant certaines conséquences comme plus graves que les crimes qui n’en entraînent pas.

Un certain nombre d’infractions prévues au *Code criminel* donnent lieu à une inculpation plus grave si certaines conséquences en découlent. Exiger l’intention relativement à chaque conséquence remettrait en cause un grand nombre d’infractions, dont l’homicide involontaire coupable (par. 222(5)), le fait de causer des lésions corporelles par négligence criminelle (art. 221), le fait de causer la mort par négligence criminelle (art. 220), la conduite dangereuse causant des lésions corporelles (par. 249(3)), la conduite dangereuse causant la mort (par. 249(4)), la conduite en état de faculté affaiblie causant des lésions corporelles (par. 255(2)), la conduite en état de faculté affaiblie causant la mort (par. 255(3)), l’agression causant des lésions corporelles (al. 267(1)b)), les voies de fait graves (art. 268), l’agression sexuelle causant des lésions corporelles (al. 272c)), l’agression sexuelle grave (art. 273), le méfait causant un danger réel pour la vie des gens (par. 430(2)) et l’incendie criminel causant des lésions corporelles (al. 433b)). Comme le fait observer le professeur Colvin, [TRADUCTION] «[c]e serait toutefois une erreur de supposer que l’*actus reus* et la *mens rea* s’harmonisent toujours aussi parfaitement» (E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1991), à la p. 55).

Une conduite peut entraîner fortuitement des conséquences plus ou moins graves selon les cir-

stances in which the consequences arise. The same act of assault may injure one person but not another. The implicit rationale of the law in this area is that it is acceptable to distinguish between criminal responsibility for equally reprehensible acts on the basis of the harm that is actually caused. This is reflected in the creation of higher maximum penalties for offences with more serious consequences. Courts and legislators acknowledge the harm actually caused by concluding that in otherwise equal cases a more serious consequence will dictate a more serious response.

There appears to be a general principle in Canada and elsewhere that, in the absence of an express legislative direction, the mental element of an offence attaches only to the underlying offence and not to the aggravating circumstances (Colvin, *supra*, at p. 57). This has been confirmed by this Court in a number of cases including those which have held that sexual assault requires intention simply in relation to the assault and not any aggravating circumstance (see *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, and *R. v. Bernard*, *supra*, at pp. 888-89). To require fault in regard to each consequence of an action in order to establish liability for causing that consequence would substantially restructure current notions of criminal responsibility. Such a result cannot be founded on the constitutional aversion to punishing the morally innocent. One is not morally innocent simply because a particular consequence of an unlawful act was unforeseen by that actor. In punishing for unforeseen consequences the law is not punishing the morally innocent but those who cause injury through avoidable unlawful action. Neither basic principles of criminal law, nor the dictates of fundamental justice require, by necessity, intention in relation to the consequences of an otherwise blameworthy act.

constances dans lesquelles elles se produisent. La même agression peut causer une blessure à une personne, mais non à une autre. Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu'il est acceptable d'établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé. Ce principe s'exprime par la condamnation à des peines maximales plus sévères dans le cas des infractions dont les conséquences sont plus graves. Les tribunaux et le législateur reconnaissent le préjudice effectivement causé en concluant que, pour des cas égaux par ailleurs, une conséquence plus grave commande une réaction plus sérieuse.

Il semble qu'au Canada et ailleurs un principe général veuille qu'en l'absence d'indication expresse dans la loi, l'élément moral d'une infraction ne se rattache qu'à l'infraction sous-jacente et non aux circonstances aggravantes (Colvin, *op. cit.*, à la p. 57). Cette assertion a été confirmée par notre Cour dans nombre de causes, dont celles où elle a décidé que l'agression sexuelle exige une intention seulement à l'égard de l'agression et non à l'égard de quelque circonstance aggravante (voir les arrêts *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, et *R. c. Bernard*, précité, aux pp. 888 et 889). Exiger une faute relativement à chaque conséquence d'une action lorsqu'il s'agit d'établir la responsabilité pour avoir causé cette conséquence équivaudrait à bouleverser les notions admises en matière de responsabilité criminelle. Un tel résultat ne ressort pas de l'aversion, consacrée dans la Constitution, pour les sanctions qui frappent des personnes moralement innocentes. Une personne n'est pas moralement innocente simplement parce qu'elle n'avait pas prévu une conséquence particulière d'un acte illégal. En punissant pour des conséquences imprévisibles, le droit ne punit pas ceux qui sont moralement innocents, mais ceux qui causent un préjudice en commettant une action illégale qu'ils pouvaient éviter. Ni les principes fondamentaux du droit pénal, ni les exigences de la justice fondamentale ne commandent nécessairement une intention relativement aux conséquences d'un acte par ailleurs blâmable.



Disposition

On a proper interpretation of s. 269 of the *Code*, the concept of an unlawful act as it is used in that section includes only federal and provincial offences. Excluded from this general category of offences are any offences which are based on absolute liability and which have constitutionally insufficient mental elements on their own. Additionally, the term “unlawfully”, as it is used in this section requires an act which is at least objectively dangerous. Interpreted in this way s. 269 complies with the requirements of s. 7 of the *Charter*. In the absence of a violation of s. 7, there is no violation of s. 11(d). I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 269 of the *Criminal Code* violate s. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is “yes”, then is s. 269 of the *Code* a reasonable limit justified by s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

Accordingly, the appeal is dismissed. In view of the fact that a trial has not been held in this matter, the trial should proceed on an expedited basis.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

Dispositif

Selon une bonne interprétation de l’art. 269 du *Code*, la notion d’acte illégal tel qu’elle est utilisée dans cette disposition ne vise que les infractions fédérales ou provinciales. N’entrent pas dans cette catégorie générale d’infractions celles qui sont fondées sur la responsabilité absolue et qui, en soi, comportent des éléments moraux insuffisants sur le plan constitutionnel. En outre, le terme «illégalement», tel qu’employé dans cet article, exige un acte qui est au moins objectivement dangereux. Ainsi interprété, l’art. 269 est conforme aux exigences de l’art. 7 de la *Charte*. Faute d’atteinte à l’art. 7, il n’y a pas de violation de l’al. 11d). Je suis d’avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L’article 269 du *Code criminel* viole-t-il l’art. 7 ou l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Dans l’affirmative, l’art. 269 du *Code* constitue-t-il une restriction raisonnable justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*?

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

Par conséquent, le pourvoi est rejeté. Vu qu’il n’y a pas eu de procès, il convient d’en tenir un dans les plus brefs délais.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l’appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureur de l’intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Québec: Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General  
for Alberta: The Attorney General's Department,  
Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
de l'Alberta: Le ministère du Procureur général,  
Edmonton.*

**Larry S. Renaud** *Appellant*

v.

**Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan) and the Canadian Union of Public Employees, Local 523** *Respondents*

and

**British Columbia Council of Human Rights** *Respondent*

and

**Ontario Human Rights Commission, Seventh-day Adventist Church in Canada, Canadian Labour Congress, Disabled People for Employment Equity, Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: CENTRAL OKANAGAN SCHOOL DISTRICT NO. 23 v. RENAUD

File No.: 21682.

1992: March 24; 1992: September 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Human rights — Adverse effect discrimination — Bona fide occupational requirement — Worker refusing to work shift for religious reasons — Employer's attempts to accommodate worker opposed by union — Worker dismissed when accommodation not found — Whether complainant's union under a duty to effect a reasonable accommodation — Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, ss. 8(1)(a), (b), (4), 9(a), (b), (c).*

Appellant, a Seventh-day Adventist, was a unionized custodian working a Monday to Friday job for the respondent school board. The work schedule, which

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**Larry S. Renaud** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan) et le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 523** *Intimés*

<sup>b</sup>

et

<sup>c</sup> **British Columbia Council of Human Rights** *Intimé*

et

<sup>d</sup> **Commission ontarienne des droits de la personne, Église adventiste du septième jour au Canada, Congrès du travail du Canada, Disabled People for Employment Equity, Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CENTRAL OKANAGAN SCHOOL DISTRICT NO. 23 c. RENAUD

<sup>f</sup> N° du greffe: 21682.

1992: 24 mars; 1992: 24 septembre.

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

<sup>g</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droits de la personne — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Exigence professionnelle normale — Refus par un travailleur de se présenter à un quart de travail en raison de ses croyances religieuses — Opposition du syndicat aux tentatives de l'employeur de s'entendre avec l'employé — Congédiement de l'employé en raison de l'impossibilité de s'entendre — Le syndicat plaignant est-il tenu d'offrir un compromis raisonnable? — Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 8(1)(a), (b), (4), 9(a), (b), (c).*

L'appelant, un adventiste du septième jour, était un gardien syndiqué qui travaillait du lundi au vendredi pour le conseil scolaire intimé. L'horaire de travail, qui

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

formed part of the collective agreement, included a shift which included Friday evening. Appellant's religion, however, prevented his working on his sabbath—from sundown Friday to sundown Saturday. A number of alternatives to appellant's working Friday nights were canvassed by appellant and a representative of the school board. The only practical accommodation was the creation of a Sunday to Thursday shift but this accommodation involved an exception to the collective agreement and required union consent. The union demanded that board rescind the Sunday-Thursday shift proposal and threatened to launch a policy grievance. After further unsuccessful attempts to accommodate the appellant, the school board eventually terminated his employment when he refused to complete his regular Friday night shift.

The appellant filed a complaint pursuant to s. 8 of the British Columbia *Human Rights Act* against the school board and pursuant to s. 9 against the union. The proceedings were subsequently amended by the member designate (appointed by the British Columbia Council of Human Rights to investigate the complaints) to include a claim against the union under s. 8 as well.

The member designate found that the condition of employment that appellant work on Friday nights was adverse effect discrimination, that the union was instrumental in effecting this adverse effect discrimination, and that neither the employer nor the union had discharged its duty to accommodate the complainant's religious beliefs. The school board and the respondent union brought separate applications by way of *certiorari* to quash the member designate's decision for errors of law on the face of the record. The applications were granted and the decision of the member designate was set aside. The Court of Appeal dismissed appellant's appeal.

At issue here was whether an employer is relieved of its duty to accommodate the religious beliefs of an employee when this would require an alteration of a collective agreement which is opposed by a union of employees. Also at issue is whether a union in these circumstances is in breach of a duty to accommodate.

**Held:** The appeal should be allowed.

faisait partie de la convention collective, comportait un quart de soirée le vendredi. Toutefois, la religion de l'appelant lui interdisait de travailler pendant le sabbat de l'Église, soit du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. L'appelant et un représentant du conseil scolaire ont examiné un certain nombre de solutions de rechange en vue de permettre à l'appelant de ne pas travailler le vendredi soir. La seule solution pratique était de créer un quart s'étalant du dimanche au jeudi, mais cette mesure d'accommodement comportait une exception à la convention collective et nécessitait le consentement du syndicat. Ce dernier a exigé l'annulation par le conseil de la proposition de créer un quart s'étalant du dimanche au jeudi et a menacé de déposer un grief de principe. À la suite de vaines tentatives de s'entendre avec l'appelant, le conseil scolaire l'a finalement congédié en raison de son refus de compléter son quart de nuit normal du vendredi.

L'appelant a déposé une plainte, conformément à l'art. 8 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, contre le conseil scolaire et, conformément à l'art. 9, contre le syndicat. Les actes de procédure ont ultérieurement été modifiés par le membre désigné (nommé par le British Columbia Council of Human Rights pour examiner les plaintes) de manière à inclure une plainte contre le syndicat fondée sur l'art. 8 également.

Le membre désigné a conclu que la condition de travail obligeant l'appelant à travailler le vendredi soir constituait une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, que le syndicat avait contribué à causer cette discrimination et que ni l'employeur ni le syndicat ne s'étaient acquittés de leur obligation de composer avec les croyances religieuses du plaignant. Le conseil scolaire et le syndicat intimé ont présenté des requêtes distinctes par voie de *certiorari* visant à obtenir l'annulation de la décision du membre désigné pour cause d'erreurs de droit apparentes à la lecture du dossier. Les requêtes ont été accueillies et la décision du membre désigné a été annulée. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appelant.

En l'espèce, il s'agit de déterminer si un employeur est libéré de son obligation de composer avec les croyances religieuses d'un employé lorsque cela nécessiterait une modification d'une convention collective, à laquelle s'oppose le syndicat. Il s'agit également de déterminer si, dans ces circonstances, un syndicat manque à une obligation d'accommodement.

**Arrêt:** Le pourvoi est accueilli.

An employer must take reasonable measures short of undue hardship to accommodate an employee's religious beliefs and practices. While the words "short of undue hardship" limit this duty, the use of the term "undue" infers that some hardship is acceptable. More than a mere negligible effort is required. The qualification that the measures be reasonable was an alternate way of expressing the same concept and is a question of fact varying with the circumstances of the case.

Private arrangements, by contract or collective agreement, must give way to the requirements of the Act. In cases of direct discrimination not justified under the Act, the whole of the provision is invalid because its purpose as well as effect is to discriminate on a prohibited ground. In cases of adverse effect discrimination, the provision is upheld in its general application and the complainant is accommodated so that it does not affect him or her in a discriminatory fashion. An employer must establish compliance with the duty to accommodate.

The effect of the collective agreement is relevant in assessing the degree of hardship caused by interference with its terms. Substantial departure from the normal operation of its conditions and terms of employment may constitute undue interference in the operation of the employer's business. The cost of defending a threatened grievance, however, did not constitute undue hardship justifying a refusal to accommodate the appellant.

Considerations as to the effect on employee morale, while a factor to be considered in deciding whether accommodating measures would constitute undue interference, must be applied with caution. Well-grounded concerns that the employees' rights will be affected must be considered. Objections based on attitudes inconsistent with human rights, however, are irrelevant. This category includes those objections based on the view that the integrity of a collective agreement is to be preserved irrespective of its discriminatory effect on an individual employee on religious grounds. A contrary conclusion would enable an employer to contract out of human rights legislation provided the employees were *ad idem* with their employer. The employer failed to establish that it discharged its duty to accommodate.

Pour composer avec les croyances et pratiques religieuses d'un employé, l'employeur doit prendre des mesures raisonnables sans s'imposer de contrainte excessive. Bien que les termes «à moins que cela ne cause une contrainte excessive» restreignent cette obligation, l'utilisation de l'adjectif «excessive» suppose qu'une certaine contrainte est acceptable. Il faut plus que de simples efforts négligeables. La réserve selon laquelle les mesures doivent être raisonnables constitue une façon différente d'exprimer le même concept et est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire.

Les ententes privées, que ce soit par contrat ou par convention collective, doivent céder devant les exigences de la Loi. Dans le cas d'une discrimination directe non justifiée en vertu de la Loi, l'ensemble de la disposition est nul parce qu'elle a pour objet et pour effet d'établir une distinction fondée sur un motif prohibé. Dans le cas d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, la disposition est maintenue dans son application générale et une entente est conclue avec le plaignant afin que la disposition n'établisse aucune discrimination à son égard. L'employeur doit établir qu'il y a respect de l'obligation d'accommodement.

L'effet de la convention collective est pertinent pour évaluer le degré de contrainte résultant de l'ingérence dans ses conditions. Une dérogation importante à l'effet normal des conditions d'emploi qu'elle comporte peut constituer une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur. Toutefois, le coût d'une défense contre la menace d'un grief ne constituait pas une contrainte excessive justifiant un refus de s'entendre avec l'appellant.

Bien qu'il faille tenir compte de l'effet sur le moral des employés au moment de déterminer si des mesures d'accommodement constitueraient une ingérence excessive, ce facteur doit être appliqué avec prudence. Il faut tenir compte des craintes légitimes des employés que leurs droits soient lésés. Cependant, les oppositions fondées sur des attitudes incompatibles avec les droits de la personne ne sont pas pertinentes. Cette catégorie inclut les oppositions fondées sur le point de vue selon lequel une convention collective doit demeurer intacte même si elle établit, à l'encontre d'un employé particulier, une distinction fondée sur la religion. Une conclusion contraire permettrait à l'employeur de renoncer à l'application des lois sur les droits de la personne à la condition que les employés soient d'accord avec lui. L'employeur n'a pas établi qu'il s'était acquitté de son obligation d'accommodement.

A union causing or contributing to the discriminatory effect incurs liability under the Act. In order to avoid imposing absolute liability, a union must have the same right as an employer to justify the discrimination by discharging its duty to accommodate.

A union may become a party to discrimination in two ways. First, it may cause or contribute to the discrimination by participating in the formulation of the work rule that has the discriminatory effect on the complainant — e.g., if the rule forms part of the collective agreement. Second, a union may be liable if it impedes the reasonable efforts of an employer to accommodate. If reasonable accommodation is only possible with the union's cooperation and the union blocks the employer's efforts to remove or alleviate the discriminatory effect, it becomes a party to the discrimination.

The focus of the union's concern about the impact of accommodating measures is mainly on its effect on other employees. The duty to accommodate should not substitute discrimination against other employees for the discrimination suffered by the complainant. Any significant interference with the rights of others will amount to an undue hardship and will ordinarily justify the union's refusing to consent to a measure which would have this effect.

The application of the duty to accommodate will vary depending on how the duty arose. A union liable as co-discriminator with the employer shares a joint responsibility with the employer to seek to accommodate the employee and both are equally liable if nothing is done. Ordinarily the employer has charge of the workplace and will be in the better position to initiate and formulate accommodations. An employer will be found to have failed to take reasonable measures to accommodate and the union will be absolved of not acting reasonably in refusing to consent if an employer proposes measures which are the least expensive or disruptive measures from its point of view but are disruptive of the collective agreement or otherwise affecting the rights of other employees. The union, however, may not be absolved of its duty if it fails to put forward alternative measures that are available and less onerous from its point of view.

Where the union contributes to the discrimination only through its failure to co-operate in implementing a reasonable accommodation, the employer must canvass other methods of accommodation before the union can

Le syndicat qui est à l'origine de l'effet discriminatoire ou qui y contribue encourt une responsabilité en vertu de la Loi. Pour éviter une responsabilité absolue, le syndicat doit posséder le même droit qu'un employeur de justifier la discrimination en s'acquittant de son obligation d'accommodement.

Le syndicat peut devenir partie à une discrimination de deux façons. En premier lieu, il peut causer la discrimination ou y contribuer en participant à la formulation de la règle de travail qui a un effet discriminatoire sur le plaignant, notamment si la règle fait partie de la convention collective. En deuxième lieu, un syndicat peut voir sa responsabilité engagée s'il gêne les efforts raisonnables que l'employeur déploie pour s'entendre avec l'employé. Si une entente raisonnable n'est possible qu'avec la collaboration du syndicat et que celui-ci bloque les efforts de l'employeur pour supprimer ou atténuer l'effet discriminatoire, le syndicat devient partie à la discrimination.

La crainte que soulèvent chez le syndicat les conséquences de mesures d'accommodement concerne essentiellement leur effet sur d'autres employés. L'obligation d'accommodement ne devrait pas substituer la discrimination envers d'autres employés à la discrimination subie par le plaignant. Toute atteinte importante aux droits d'autrui constituera une contrainte excessive et justifiera normalement le refus du syndicat de consentir à une mesure qui aurait cet effet.

L'application de l'obligation d'accommodement varie selon la façon dont elle naît. Un syndicat responsable à titre de coauteur, avec l'employeur, d'une discrimination, est tenu, conjointement avec celui-ci, de chercher à s'entendre avec l'employé et, si rien n'est fait, ils sont tous deux également responsables. Normalement, l'employeur est en charge du lieu de travail et est mieux placé pour amorcer et formuler des compromis. Si l'employeur propose les mesures qui sont les moins dispendieuses ou les moins perturbatrices pour lui, mais qui viennent perturber la convention collective ou affecter autrement les droits d'autres employés, on conclura qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'entendre et on excusera le syndicat de ne pas avoir agi raisonnablement en refusant son consentement. Le syndicat ne peut toutefois être dégagé de son obligation s'il ne propose pas d'autres mesures possibles qui, d'après lui, sont moins onéreuses.

Lorsque le syndicat ne contribue à une discrimination qu'en empêchant, par son absence de collaboration, la mise en œuvre d'une mesure d'accommodement raisonnable, l'employeur doit étudier à fond d'autres mesures

be expected to assist in finding or implementing a solution. The union's duty arises only when its involvement is required to make accommodation possible and no other reasonable alternative resolution of the matter has been found or could reasonably have been found.

Here, the union had a shared duty, arising out of the adverse effect discrimination, to accommodate the appellant. The employer did not need to explore all other reasonable accommodations. The proposal presented to the union was reasonable. The union, therefore, was jointly liable with the employer.

The search for accommodation is a multi-party inquiry. The complainant also has a duty to assist in securing an appropriate accommodation and his or her conduct must therefore be considered in determining whether the duty to accommodate has been fulfilled. When an employer has initiated a proposal that is reasonable and would, if implemented, fulfil the duty to accommodate, the complainant has a duty to facilitate the implementation of the proposal. If the complainant fails to take reasonable steps and causes the proposal to founder, the complaint will be dismissed. The complainant is also obligated to accept reasonable accommodation and the employer's duty is discharged if a proposal that would be reasonable in all the circumstances is turned down. The complainant did all that could be expected of him in this case.

#### Cases Cited

**Considered:** *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; **distinguished:** *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977); *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986); **referred to:** *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke (Borough of)*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Office and Professional Employees International Union, Local 267 v. Domtar Inc.*, Ontario Divisional Court, March 19, 1992, unreported.

d'accommodement avant qu'on puisse s'attendre à ce que le syndicat aide à trouver ou à mettre en œuvre une solution. L'obligation du syndicat ne naît que lorsque sa participation est nécessaire pour rendre l'accommodement possible et qu'aucune autre solution raisonnable n'a été trouvée ou n'aurait pu raisonnablement être trouvée.

En l'espèce, le syndicat partageait une obligation de s'entendre avec l'appelant, qui découlait d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. L'employeur n'avait pas à étudier toutes les autres mesures d'accommodement raisonnables. La proposition présentée au syndicat était raisonnable. Le syndicat et l'employeur étaient donc conjointement responsables.

La recherche d'un compromis fait intervenir plusieurs parties. Le plaignant a également l'obligation d'aider à en arriver à un compromis convenable et il faut donc examiner sa conduite pour déterminer si l'obligation d'accommodement a été remplie. Lorsque l'employeur fait une proposition qui est raisonnable et qui, si elle était mise en œuvre, remplirait l'obligation d'accommodement, le plaignant est tenu d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'omission du plaignant de prendre des mesures raisonnables est à l'origine de l'échec de la proposition, la plainte sera rejetée. Le plaignant est également tenu d'accepter une mesure d'accommodement raisonnable et l'employeur s'est acquitté de son obligation s'il y a rejet d'une proposition qui serait raisonnable compte tenu de toutes les circonstances. Le plaignant a fait tout ce qu'on pouvait s'attendre qu'il fasse en l'espèce.

#### g Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; **distinction d'avec les arrêts:** *Trans World Airlines, Inc. c. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977); *Ansonia Board of Education c. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986); **arrêts mentionnés:** *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Office and Professional Employees International Union, Local 267 c. Domtar Inc.*, Cour divisionnaire de l'Ontario, 19 mars 1992, inédit.

**Statutes and Regulations Cited**

*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, ss. 8(1)(a), (b), (4), 9(a), (b), (c).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 11 C.H.C.C. D/62, 90 C.L.L.C. ¶ 17,004, dismissing an appeal from an order of Dohm J. (1987), 8 A.C.W.S. (3d) 283, quashing a finding of Verbrugge, Member Designate of the British Columbia Council of Human Rights. Appeal allowed.

*Karen Scott and Henry S. Brown, Q.C.*, for the appellant.

*Robert E. Groves*, for the respondent Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan).

*John Baigent*, for the respondent Canadian Union of Public Employees, Local 523.

*Janet E. Minor and M. David Lepofsky*, for the intervener Ontario Human Rights Commission.

*Karnik Doukmetzian and Gerald Chipeur*, for the intervener Seventh-day Adventist Church in Canada.

*Jeffrey Sack, Q.C. and Steven Barrett*, for the intervener Canadian Labour Congress.

*Anne M. Molloy and Janet L. Budgell*, for the interveners Disabled People for Employment Equity and Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The issue raised in this appeal is the scope and content of the duty of an employer to accommodate the religious beliefs of employees and whether and to what extent that duty is shared by a trade union. While this duty has been recognized and discussed as it relates generally to employers (*Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985]

**Lois et règlements cités**

*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 8(1)a), b), (4), 9a), b), c).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 11 C.H.C.C. D/62, 90 C.L.L.C. ¶ 17,004, qui a rejeté un appel d'une ordonnance du juge Dohm (1987), 8 A.C.W.S. (3d) 283, annulant une conclusion de Verbrugge, le membre désigné du British Columbia Council of Human Rights. Pourvoi accueilli.

*Karen Scott et Henry S. Brown, c.r.*, pour l'appellant.

*Robert E. Groves*, pour l'intimé le Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan).

*John Baigent*, pour l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 523.

*Janet E. Minor et M. David Lepofsky*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

*Karnik Doukmetzian et Gerald Chipeur*, pour l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada.

*Jeffrey Sack, c.r.*, et *Steven Barrett*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*Anne M. Molloy et Janet L. Budgell*, pour les intervenants Disabled People for Employment Equity et Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Il s'agit, en l'espèce, de définir l'étendue et la nature de l'obligation qui incombe à un employeur de composer avec les croyances religieuses des employés, et de déterminer si, et dans quelle mesure, cette obligation incombe également à un syndicat. Bien que cette obligation ait été reconnue et analysée dans la mesure où elle concerne généralement les



2 S.C.R. 536, at pp. 552-56, and *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 520-29), little judicial consideration has been given to the question raised by the involvement of a collective agreement and a certified trade union. Is a trade union liable for discrimination if it refuses to relax the provisions of a collective agreement and thereby blocks the employer's attempt to accommodate? Must the employer act unilaterally in these circumstances? These are issues that have serious implications for the unionized workplace.

### The Facts

The appellant was employed by the Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan) (the "school board") and was a member of the Canadian Union of Public Employees, Local 523 (the "union"). He had been employed by the school board since 1981 and in 1984 used his seniority to secure a Monday to Friday job at Spring Valley Elementary School ("SVE"). The gymnasium at SVE was rented out to a community group on Friday evenings and a custodian was required to be present for security and emergency purposes during this time. Pursuant to the employer's work schedule, which was included in the collective agreement, the job at SVE involved an afternoon shift from 3:00 p.m. until 11:00 p.m. during which only one custodian was on duty. As a Seventh-day Adventist, the appellant's religion forbade him from working on the church's sabbath, which is from sundown Friday until sundown Saturday. The appellant met with a representative of the school board to try to accommodate his inability to work the full Friday shift. The school board representative was agreeable to the request but indicated that the school board required the consent of the union if any accommodation involved an exception to the collective agreement. Many of the alternatives discussed by the representative and the appellant involved transfer to "prime" positions which the appellant did not have enough seniority to secure. The appellant was

employeurs (*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, aux pp. 552 à 556, et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, aux pp. 520 à 529), les tribunaux n'ont guère étudié la question soulevée par l'existence d'une convention collective et d'un syndicat accrédité. Le syndicat est-il coupable de discrimination si, en refusant d'assouplir les dispositions d'une convention collective, il gêne la tentative de l'employeur de s'entendre avec un employé? L'employeur doit-il agir unilatéralement en pareilles circonstances? Ce sont là des questions qui ont de graves répercussions sur le milieu de travail d'employés syndiqués.

### Les faits

L'appelant était un employé du Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan) (le «conseil scolaire») et il était membre du Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 523 (le «syndicat»). Il était au service du conseil scolaire depuis 1981 lorsqu'en 1984 il a fait valoir son ancienneté pour travailler du lundi au vendredi à la Spring Valley Elementary School («SVE»). Le vendredi soir, le gymnase de la SVE était loué à un groupe communautaire et un gardien devait alors être présent pour des raisons de sécurité et en cas d'urgence. Selon l'horaire de travail de l'employeur, qui était inclus dans la convention collective, l'emploi à la SVE comportait un quart de soirée s'étendant de 15 h à 23 h, pendant lequel un seul gardien était de service. En raison de son appartenance à l'Église adventiste du septième jour, il était interdit à l'appelant de travailler pendant le sabbat de l'Église, soit du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. L'appelant a rencontré un représentant du conseil scolaire afin de s'entendre au sujet de son incapacité de compléter le quart du vendredi. Le représentant du conseil scolaire s'est montré réceptif à la demande, mais il a indiqué que le conseil scolaire avait besoin du consentement du syndicat si une mesure d'accommodement comportait une exception à la convention collective. Un bon nombre des solutions examinées par le représentant et l'appelant comportaient une mutation à des postes

reluctant to accept a further alternative, that he work a four day week, as this would result in a substantial loss in pay. In spite of these possibilities and other alternatives that could perhaps have been implemented without the union's consent, the employer concluded that the only practical alternative was to create a Sunday to Thursday shift for the appellant which did require the consent of the union.

The union had a meeting to discuss making an exception for the appellant but instead passed the following motion:

that the Kelowna sub-local of Local 523 demand that management of SD #23 rescind the proposal of placing any employee on a Sunday-Thursday shift. If, failing this agreement, a Policy Grievance be filed immediately to prevent the implementation of this proposal due to the severe violations of our Collective Agreement.

The appellant was informed of the rejection of the proposed accommodation and the ongoing requirement to work on Friday nights. He was also informed of the intention of the school board to continue to seek a viable accommodation. After further unsuccessful attempts to accommodate, the school board eventually terminated the appellant's employment as a result of his refusal to complete his regular Friday night shift.

The appellant filed a complaint pursuant to s. 8 of the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22 (the Act), against the school board and pursuant to s. 9 against the union. The proceedings were subsequently amended by the member designate (appointed by the British Columbia Council of Human Rights to investigate the complaints) to include a claim against the union under s. 8 as well.

«de premier ordre» que l'appelant ne pouvait obtenir en raison de son ancienneté insuffisante. L'appelant hésitait à accepter une autre solution, soit la possibilité de travailler quatre jours par semaine, en raison de l'importante baisse de salaire que cela lui occasionnerait. En dépit de ces possibilités et d'autres solutions qui auraient peut-être pu être mises en œuvre sans le consentement du syndicat, l'employeur a conclu que la seule solution pratique était de créer, pour l'appelant, un quart s'étalant du dimanche au jeudi, qui nécessitait le consentement du syndicat.

Le syndicat a tenu une réunion afin d'analyser la possibilité de faire exception pour l'appelant, mais il a plutôt adopté la proposition suivante:

[TRADUCTION] la sous-section Kelowna de la section locale 523 requiert que la direction du SD #23 annule la proposition d'assigner un employé à un quart s'étalant du dimanche au jeudi. Si la présente entente n'est pas respectée, un grief de principe sera immédiatement déposé afin d'empêcher la mise en œuvre de cette proposition, en raison des graves violations de notre convention collective.

L'appelant a été informé du rejet du compromis proposé et du maintien de l'exigence de travailler le vendredi soir. Il a également été informé de l'intention du conseil scolaire de continuer à chercher un compromis viable. Toutefois, à la suite de vaines tentatives de s'entendre avec l'appelant, le conseil scolaire l'a finalement congédié en raison de son refus de compléter son quart de nuit normal du vendredi.

L'appelant a déposé une plainte conformément à l'art. 8 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1984, ch. 22 (la Loi), contre le conseil scolaire et, conformément à l'art. 9, contre le syndicat. Les actes de procédure ont ultérieurement été modifiés par le membre désigné (nommé par le British Columbia Council of Human Rights pour examiner les plaintes) de manière à inclure une plainte contre le syndicat fondée sur l'art. 8 également.

Legislation

For convenience, the relevant legislation is reproduced below:

8. (1) No person or anyone acting on his behalf shall <sup>a</sup>

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person, or

(b) discriminate against a person with respect to employment or any term or condition of employment, <sup>b</sup>

because of the . . . religion . . . of that person . . . .

. . . .

(4) Subsections (1) and (2) do not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

9. No trade union, employers' organization or occupational association shall

(a) exclude any person from membership,

(b) expel or suspend any member, or

(c) discriminate against any person or member

because of the . . . religion . . . of that person or member . . . . <sup>f</sup>

Decision of the Member Designate

The member designate investigated the complaint and found in favour of the appellant. She began her reasons by reviewing the facts of the case, paying particular attention to the efforts of the school board to accommodate the appellant. The member designate then discussed the issue of amending the complaint. The complaint, as filed, was deficient and the member designate amended the complaint to encompass s. 8, as well as the s. 9, complaint against the union to bring the complaint into conformity with the nature of the proceedings. She determined that no prejudice would be suffered by the union as a result of the amendment as the union had been represented throughout the proceedings and had fully taken part in the s. 8 complaint against the school board. <sup>j</sup>

Les dispositions législatives

Pour des motifs de commodité, les dispositions législatives pertinentes sont reproduites ci-dessous:

[TRADUCTION] 8. (1) Aucune personne, agissant pour son compte ou pour le compte d'autrui, ne doit

a) refuser d'employer ou de continuer à employer une personne, ni

b) faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

en raison de la . . . religion . . . de cette personne . . . .

<sup>c</sup>

. . . .

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas à l'égard d'un refus, d'une restriction, d'une condition ou d'une préférence fondée sur une exigence professionnelle normale.

9. Aucun syndicat ni aucune association patronale ou professionnelle ne doit

a) empêcher une personne de devenir membre,

b) expulser ou suspendre un membre, ni

c) faire preuve de discrimination envers une personne ou un membre

en raison de la . . . religion . . . de cette personne ou de ce membre . . . . <sup>f</sup>

Décision du membre désigné

Après avoir examiné la plainte, le membre désigné a conclu en faveur de l'appelant. Dans ses motifs, elle a d'abord passé en revue les faits de l'affaire, prêtant une attention particulière aux efforts déployés par le conseil scolaire pour s'entendre avec l'appelant. Le membre désigné a ensuite étudié la question de la modification de la plainte. La plainte déposée était incomplète et le membre désigné l'a modifiée de manière à inclure une plainte contre le syndicat fondée sur l'art. 8 en plus de celle fondée sur l'art. 9, afin de la rendre conforme à la nature de l'instance. Elle a décidé que cette modification ne causerait aucun préjudice au syndicat puisque celui-ci avait été représenté tout au long des procédures et avait participé pleinement à la plainte fondée sur l'art. 8, portée contre le conseil scolaire.

The member designate then turned to the issue of *bona fide* occupational requirement ("BFOR"). Reviewing the case of *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke (Borough of)*, [1982] 1 S.C.R. 202, the adjudicator noted that the presence of a discriminatory provision in a collective agreement does not, in and of itself, make that provision *bona fide*. The member designate acknowledged, however, that once a BFOR was established, there was no duty to accommodate individual employees (citing *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561). As discussed in *O'Malley, supra*, however, if a BFOR is not established, there is a duty to accommodate to avoid adverse effect discrimination.

The member designate determined that the condition of employment that the appellant work on Friday nights amounted, *prima facie*, to adverse effect discrimination. As the collective agreement set those terms of employment, both the school board and the union were liable for that discrimination. The member designate concluded that it was a BFOR that a custodian be present in schools but it is not a BFOR that a custodian at the appellant's school work from 3:00 p.m. until 11:00 p.m. on Fridays. The preference of the union and school board that the school operate on this work schedule failed to satisfy the objective branch of the *Etobicoke* test as it was not related to the safety, efficiency, etc., of the job. Thus there was a duty on the union as well as on the school board to accommodate the appellant. She reached this conclusion on the basis that the duty to accommodate enunciated in *O'Malley* applied equally to a union and an employer.

Having found that the union was instrumental in bringing about the adverse effect discrimination, the member designate further found that the union was liable equally with the employer for the adverse effect discrimination. She further found

Le membre désigné a ensuite abordé la question de l'exigence professionnelle normale («EPN»). Après avoir examiné l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, l'arbitre a indiqué que l'existence d'une disposition discriminatoire dans une convention collective ne rend pas en soi cette disposition normale. Le membre désigné a toutefois reconnu que, dès que l'existence d'une EPN est établie, il n'existe aucune obligation de s'entendre avec des employés particuliers (citant à ce propos l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561). Toutefois, tel que mentionné dans l'arrêt *O'Malley*, précité, si on n'établit pas l'existence d'une EPN, il existe une obligation de s'entendre afin d'éviter qu'il y ait discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Le membre désigné a décidé que la condition de travail obligeant l'appelant à travailler le vendredi soir constituait, à première vue, une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Du fait que ces conditions de travail étaient énoncées dans la convention collective, le conseil scolaire et le syndicat étaient tous deux responsables de cette discrimination. Le membre désigné a conclu que la présence d'un gardien dans les écoles était une EPN, mais que ce n'est pas une EPN qu'un gardien à l'école de l'appelant travaille de 15 h à 23 h le vendredi. La préférence du syndicat et du conseil scolaire de voir fonctionner l'école selon cet horaire de travail ne respecte pas le volet objectif du critère de l'arrêt *Etobicoke* puisqu'elle n'est liée ni à la sécurité, ni à l'efficacité, etc., de l'emploi. Il était donc du devoir du syndicat et du conseil scolaire de s'entendre avec l'appelant. Elle a tiré cette conclusion en tenant pour acquis que l'obligation d'accommodement énoncée dans l'arrêt *O'Malley* s'appliquait également au syndicat et à l'employeur.

Après avoir conclu que le syndicat avait contribué à causer la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, le membre désigné a conclu qu'il était responsable, au même titre que l'employeur, de la discrimination par suite d'un effet préjudicia-

that neither had discharged its duty to accommodate the religious beliefs of the complainant.

Accordingly, she ordered that the respondents cease discriminating against the appellant, make available to the appellant the next available custodial position and that each respondent pay damages of \$6,250 for lost wages and \$1,000 for emotional distress.

### Courts Below

The school board and the respondent union brought separate applications by way of *certiorari* to quash the member designate's decision for "errors of law on the face of the record". Dohm J. in the Supreme Court of British Columbia granted the applications and set aside the decision of the member designate. The decision was quashed on the ground that the member designate erred in failing to follow *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, *supra*, in that once a BFOR was established there was no duty to accommodate. The appellant appealed this decision to the British Columbia Court of Appeal which dismissed his appeal. The Court of Appeal agreed with Dohm J. that the member designate erred in finding that there was a duty to accommodate. Applying *Bhinder*, the Court of Appeal held that once a BFOR was established, the individual application of the rules could not constitute discrimination under the Act. In view of this finding, the liability of the respondent union was not considered.

### The Issues

Leave to appeal was limited to the following issues:

Whether regular attendance at work in accordance with a schedule established by an employer is a *bona fide* occupational requirement providing a complete defence to a complaint of discrimination on the basis of religious beliefs.

ble. Elle a en outre conclu que ni l'un ni l'autre ne s'était acquitté de son obligation de composer avec les croyances religieuses du plaignant.

En conséquence, elle a ordonné aux intimés de cesser toute discrimination contre l'appelant, de lui offrir le prochain poste de gardien qui s'ouvrirait et, à chacun, de payer des dommages-intérêts de 6 250 \$ pour la perte de salaire subie et de 1 000 \$ pour le désarroi éprouvé.

### Les tribunaux d'instance inférieure

Le conseil scolaire et le syndicat intimé ont présenté des requêtes distinctes par voie de *certiorari* visant à obtenir l'annulation de la décision du membre désigné pour cause d'[TRADUCTION] «erreurs de droit apparentes à la lecture du dossier». Le juge Dohm de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli les requêtes et annulé la décision du membre désigné pour le motif qu'elle avait commis une erreur en omettant de suivre l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précité, selon lequel dès que l'existence d'une EPN est établie, il n'existe aucune obligation d'accommodement. L'appelant en a appelé sans succès de cette décision devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Celle-ci a souscrit à l'opinion du juge Dohm selon lequel le membre désigné avait commis une erreur en concluant à l'existence d'une obligation d'accommodement. Appliquant l'arrêt *Bhinder*, la Cour d'appel a conclu que dès que l'existence d'une EPN était établie, l'application des règles à un individu particulier ne pouvait constituer de la discrimination en vertu de la Loi. Compte tenu de cette conclusion, la responsabilité du syndicat intimé n'a pas été examinée.

### Les questions en litige

L'autorisation de pourvoi a été limitée aux questions suivantes:

[TRADUCTION] La présence habituelle au travail conformément à l'horaire de travail établi par un employeur est-elle une exigence professionnelle normale qui offre une défense absolue contre une plainte de discrimination fondée sur les croyances religieuses?

Whether an employer or a labour union representing him is under any duty to effect a reasonable accommodation where, for reasons of religious belief, the employee is unable to work a particular shift.

The respondents succeeded in the courts below in proceedings by way of *certiorari* based on alleged errors of law apparent on the face of the record. Accordingly, the appeal must succeed if the courts below were wrong that the member designate erred in law. The first ground upon which leave was granted was the basis for the decisions in the courts below. Both Dohm J. and the Court of Appeal decided that the member designate erred in finding a duty to accommodate in the face of a BFOR, which finding was contrary to *Bhinder*. Those decisions were made without the benefit of the reasons of this Court in *Central Alberta Dairy Pool, supra*, in which both the majority and the minority judgments held that there is a duty to accommodate notwithstanding the presence of a BFOR in cases of adverse effect discrimination. The majority put it this way at p. 517:

... where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.

In my minority judgment I indicated at p. 528 that:

An employer who wishes to avail himself of a general rule having a discriminatory effect on the basis of religion must show that the impact on the religious practices of those subject to the rule was considered, and that there was no reasonable alternative short of causing undue hardship to the employer.

The respondent employer conceded in this Court that notwithstanding the presence of a BFOR the employer had a duty to accommodate.

L'employeur, ou le syndicat le représentant, est-il tenu d'offrir un compromis raisonnable à l'employé qui, en raison de ses croyances religieuses, ne peut travailler pendant un quart particulier?

Devant les tribunaux d'instance inférieure, les intimés ont obtenu gain de cause dans des procédures par voie de *certiorari* fondées sur des allégations d'erreurs de droit apparentes à la lecture du dossier. Par conséquent, le pourvoi doit être accueilli si les tribunaux d'instance inférieure ont eu tort de conclure que le membre désigné avait commis une erreur de droit. Le premier motif pour lequel l'autorisation a été accordée porte sur le fondement des décisions des tribunaux d'instance inférieure. Le juge Dohm et la Cour d'appel ont décidé que le membre désigné a commis une erreur en concluant, contrairement à l'arrêt *Bhinder*, à l'existence d'une obligation d'accommodement, malgré la présence d'une EPN. Ces décisions ont été rendues sans que l'on bénéficie des motifs de notre Cour dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité, où tant les juges formant la majorité que ceux formant la minorité ont conclu que, dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'obligation d'accommodement existe nonobstant la présence d'une EPN. Les juges formant la majorité se sont exprimés ainsi à la p. 517:

... lorsqu'une règle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il convient de confirmer la validité de cette règle dans son application générale et de se demander si l'employeur aurait pu composer avec l'employé lésé sans subir des contraintes excessives.

Dans mon jugement minoritaire, j'ai indiqué ceci à la p. 528:

L'employeur qui veut se prévaloir d'une règle générale ayant pour effet d'établir une discrimination fondée sur la religion doit démontrer qu'il a considéré les répercussions de cette règle sur les pratiques religieuses de ceux à qui elle s'applique, et qu'il n'existait aucune solution raisonnable qui ne lui aurait imposé des contraintes excessives.

L'employeur intimé a admis devant notre Cour qu'en dépit de l'existence d'une EPN, l'employeur avait une obligation d'accommodement.

By reason of the foregoing, only the issues relating to the second ground are before us for determination. In this regard, the respondents contended that the member designate erred in law in the following respects:

- (1) in the definition of the nature and extent of the duty to accommodate;
- (2) in the application of the definition of this duty:
  - (a) in holding that economic liability by reason of a threatened grievance could not constitute undue hardship;
  - (b) in holding that the effect on employee morale was not a relevant consideration with respect to undue hardship;
  - (c) in finding that the complainant had no duty to assist in the employer's attempts to accommodate;
- (3) in finding that the respondent union had a duty to accommodate;
- (4) in amending the complaint to include s. 8 of the Act.

#### Nature and Extent of the Duty to Accommodate

The duty resting on an employer to accommodate the religious beliefs and practices of employees extends to require an employer to take reasonable measures short of undue hardship. In *O'Malley*, McIntyre J. explained that the words "short of undue hardship" import a limitation on the employer's obligation so that measures that occasion undue interference with the employer's business or undue expense are not required.

The respondents submitted that we should adopt the definition of undue hardship articulated by the Supreme Court of the United States in *TransWorld*

En raison de ce qui précède, nous ne sommes saisis que des questions reliées au deuxième motif. À cet égard, les intimés ont soutenu que le membre désigné avait commis une erreur de droit sous les rapports suivants:

- (1) dans la définition de la nature et de l'étendue de l'obligation d'accommodement;
- (2) dans l'application de la définition de cette obligation:
  - a) en concluant que la responsabilité économique découlant d'une menace de grief ne pouvait constituer une contrainte excessive;
  - b) en concluant que l'effet sur le moral de l'employé n'était pas un facteur pertinent en matière de contrainte excessive;
  - c) en concluant que le plaignant n'avait aucune obligation de prêter son concours aux tentatives de l'employeur de s'entendre avec lui;
- (3) en concluant que le syndicat intimé avait une obligation d'accommodement;
- (4) en modifiant la plainte pour y inclure l'art. 8 de la Loi.

#### La nature et l'étendue de l'obligation d'accommodement

L'obligation qui incombe à l'employeur de composer avec les croyances et pratiques religieuses des employés exige qu'il prenne des mesures raisonnables sans s'imposer de contrainte excessive. Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre a expliqué que les termes «à moins que cela ne cause une contrainte excessive» impliquent une restriction de l'obligation de l'employeur de sorte qu'il n'est pas nécessaire de prendre des mesures qui causent une ingérence indue dans les affaires de l'employeur ou qui occasionnent une dépense excessive.

Les intimés ont fait valoir que nous devrions adopter la définition de contrainte excessive formulée par la Cour suprême des États-Unis dans

*Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). In that case, the court stated at pp. 84-85:

To require TWA to bear more than a *de minimis* cost in order to give Hardison Saturdays off is an undue hardship . . . . to require TWA to bear additional costs when no such costs are incurred to give other employees the days off that they want would involve unequal treatment of employees on the basis of their religion. By suggesting that TWA should incur certain costs in order to give Hardison Saturdays off . . . would in effect require TWA to finance an additional Saturday off and then to choose the employee who will enjoy it on the basis of his religious beliefs. While incurring extra costs to secure a replacement for Hardison might remove the necessity of compelling another employee to work involuntarily in Hardison's place, it would not change the fact that the privilege of having Saturdays off would be allocated according to religious beliefs. [Footnote omitted.]

This definition is in direct conflict with the explanation of undue hardship in *O'Malley*. This Court reviewed the American authorities in that case and referred specifically to *Hardison* but did not adopt the "*de minimis*" test which it propounded.

Furthermore there is good reason not to adopt the "*de minimis*" test in Canada. *Hardison* was argued on the basis of the establishment clause of the First Amendment of the U.S. Constitution and its prohibition against the establishment of religion. This aspect of the *Hardison* decision was thus decided within an entirely different legal context. The case law of this Court has approached the issue of accommodation in a more purposive manner, attempting to provide equal access to the workforce to people who would otherwise encounter serious barriers to entry. The approach of Canadian courts is thus quite different from the approach taken in U.S. cases such as *Hardison* and more recently *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986).

l'arrêt *Trans World Airlines, Inc. c. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). Dans cet arrêt, la cour a dit aux pp. 84 et 85:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Exiger de TWA qu'elle assume plus qu'un coût minime (*de minimis*) afin de permettre à Hardison de ne pas travailler le samedi constitue une contrainte excessive [...] exiger de TWA qu'elle assume des coûts supplémentaires qu'elle n'a pas à assumer lorsqu'elle accorde à d'autres employés les congés qu'ils désirent impliquerait un traitement inégal des employés, fondé sur leur religion. Affirmer que TWA devrait engager certains frais pour permettre à Hardison de ne pas travailler le samedi [...] aurait, en réalité, pour effet d'obliger TWA à financer un congé supplémentaire le samedi et ensuite à choisir l'employé qui en bénéficierait en raison de ses croyances religieuses. Même si l'engagement de frais supplémentaires en vue de remplacer Hardison pourrait éliminer la nécessité de contraindre un autre employé à travailler volontairement à la place de Hardison, il resterait que le privilège du congé le samedi serait accordé en fonction des croyances religieuses. [Renvois omis.]

<sup>e</sup> Cette définition est directement opposée à l'explication que fournit l'arrêt *O'Malley* au sujet de la contrainte excessive. Notre Cour a examiné la jurisprudence américaine citée dans cet arrêt et a expressément mentionné l'arrêt *Hardison*, mais elle n'a pas adopté le critère «*de minimis*» qu'on y propose.

<sup>e</sup> En outre, il existe une bonne raison de ne pas adopter le critère «*de minimis*» au Canada. L'affaire *Hardison* a été plaidée en fonction de la clause d'établissement du Premier amendement de la Constitution américaine qui interdit l'établissement d'une religion. Cet aspect de l'arrêt *Hardison* a donc été tranché dans un contexte juridique complètement différent. La jurisprudence de notre Cour a abordé la question de l'accommodement d'une manière plus fondée sur l'objet visé et a tenté de fournir un accès égal au travail aux personnes qui, autrement, seraient aux prises avec de sérieuses difficultés. Le point de vue des tribunaux canadiens est donc tout à fait différent de l'approche adoptée dans les arrêts américains tels que *Hardison* et, plus récemment, *Ansonia Board of Education c. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986).



The *Hardison de minimis* test virtually removes the duty to accommodate and seems particularly inappropriate in the Canadian context. More than mere negligible effort is required to satisfy the duty to accommodate. The use of the term “undue”<sup>a</sup> infers that some hardship is acceptable; it is only “undue” hardship that satisfies this test. The extent to which the discriminator must go to accommodate is limited by the words “reasonable” and “short of undue hardship”<sup>b</sup>. These are not independent criteria but are alternate ways of expressing the same concept. What constitutes reasonable measures is a question of fact and will vary with the circumstances of the case. Wilson J., in *Central Alberta Dairy Pool*, at p. 521, listed factors that could be relevant to an appraisal of what amount of hardship was undue as:

... financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of the employer's operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease with which the work force and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations.<sup>e</sup>

She went on to explain at p. 521 that “[t]his list is not intended to be exhaustive and the results which will obtain from a balancing of these factors against the right of the employee to be free from discrimination will necessarily vary from case to case”<sup>g</sup>.

The concern for the impact on other employees which prompted the court in *Hardison* to adopt the *de minimis* test is a factor to be considered in determining whether the interference with the operation of the employer's business would be undue. However, more than minor inconvenience must be shown before the complainant's right to accommodation can be defeated. The employer must establish that actual interference with the rights of other employees, which is not trivial but substantial, will result from the adoption of the

Le critère *de minimis* établi dans l'arrêt *Hardison* supprime à toutes fins pratiques l'obligation d'accommodement et semble particulièrement inopportun dans le contexte canadien. Il faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. L'utilisation de l'adjectif «excessive» suppose qu'une certaine contrainte est acceptable; seule la contrainte «excessive» répond à ce critère. Les mesures que l'auteur de la discrimination doit prendre pour s'entendre avec le plaignant sont limitées par les expressions «raisonnables» et «sans s'imposer de contrainte excessive». Il s'agit là non pas de critères indépendants, mais de différentes façons d'exprimer le même concept. Ce qui constitue des mesures raisonnables est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire. Le juge Wilson, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool* à la p. 521, a énuméré les facteurs qui pourraient être pertinents pour évaluer ce qui représente une contrainte excessive:

... le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents.

Elle a ensuite expliqué à la p. 521 que «[c]ette énumération ne se veut pas exhaustive et les résultats qu'on obtiendra en mesurant ces facteurs par rapport au droit de l'employé de ne pas faire l'objet de discrimination varieront nécessairement selon le cas»<sup>g</sup>.

La crainte de l'effet sur d'autres employés qui, dans l'arrêt *Hardison*, a incité le tribunal à adopter le critère *de minimis*, est un facteur à considérer pour déterminer si l'ingérence dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur serait excessive. Toutefois, il faut établir l'existence de plus qu'un inconvénient négligeable pour pouvoir contrecarrer le droit de l'employé à un accommodement. L'employeur doit démontrer que l'adoption de mesures d'accommodement entraînera une atteinte réelle, non pas anodine mais importante, aux droits

accommodating measures. Minor interference or inconvenience is the price to be paid for religious freedom in a multicultural society.

The member designate did not err in the test that she applied and her decision must be upheld unless she erred in law in other respects as submitted by the respondents. I now turn to those alleged errors.

### The Threatened Grievance

The member designate refused to give effect to the submission that the economic impact of a grievance threatened by the respondent union constituted undue hardship. She was of the view that the collective agreement was subject to the *Human Rights Act* and the only economic consequence to the employer would have been the costs of defending the grievance.

The proposition relied on by the member designate is fully supported by the authorities. In *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, Lamer J. (as he then was) stated at p. 158:

Furthermore, as it [the *Human Rights Code*] is a public and fundamental law, no one, unless clearly authorized by law to do so, may contractually agree to suspend its operation and thereby put oneself beyond the reach of its protection.

In the *Etobicoke* case this principle was stated to apply to a collective agreement. At page 213, McIntyre J. stated:

While this submission is that the condition, being in a collective agreement, should be considered a *bona fide* occupational qualification and requirement, in my opinion to give it effect would be to permit the parties to contract out of the provisions of *The Ontario Human Rights Code*.

Although the Code contains no explicit restriction on such contracting out, it is nevertheless a public statute and it constitutes public policy in Ontario as appears from a reading of the Statute itself and as declared in the preamble. It is clear from the authorities, both in Canada and in England, that parties are not competent to contract themselves out of the provisions of such enact-

d'autres employés. L'atteinte ou l'inconvénient minimes sont le prix à payer pour la liberté de religion dans une société multiculturelle.

<sup>a</sup> Le membre désigné a appliqué le critère approprié et sa décision doit être maintenue à moins qu'elle n'ait commis une erreur de droit à d'autres égards, comme l'ont soumis les intimés. J'aborde maintenant ces prétendues erreurs.

### La menace d'un grief

<sup>c</sup> Le membre désigné a refusé de retenir l'argument selon lequel l'incidence économique de la menace d'un grief par le syndicat intimé constituait une contrainte excessive. Selon elle, la convention collective était assujettie à la *Human Rights Act* et, du point de vue économique, l'employeur n'aurait eu à assumer que les coûts d'une défense contre le grief.

<sup>d</sup> La proposition invoquée par le membre désigné est pleinement appuyée par la jurisprudence. Dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dit à la p. 158:

<sup>f</sup> De plus, puisqu'il s'agit [le *Human Rights Code*] de droit public et de droit fondamental, personne ne peut, par contrat, à moins que la loi ne l'y autorise expressément, convenir d'en écarter l'application et se soustraire ainsi à son champ de protection.

<sup>g</sup> Dans l'arrêt *Etobicoke*, on a dit que ce principe s'appliquait à une convention collective. À la p. 213, le juge McIntyre affirme:

<sup>h</sup> Alors que cet argument porte que cette condition, stipulée dans une convention collective, doit être considérée comme une exigence professionnelle réelle, j'estime que ce serait permettre aux parties de renoncer par contrat aux dispositions de *The Ontario Human Rights Code* que de l'entériner.

<sup>i</sup> Même s'il n'apporte aucune restriction formelle à une renonciation de ce genre, le Code est néanmoins une loi publique qui énonce une politique générale de l'Ontario, comme on le constate en lisant le texte législatif lui-même et son préambule. Il ressort clairement de la doctrine, tant canadienne qu'anglaise, que les parties n'ont pas la faculté de renoncer par contrat aux dispositions de

ments and that contracts having such effect are void, as contrary to public policy.

The respondent Board submits, however, that this principle does not apply in the case of adverse effect discrimination. The basis for this submission is that in the case of direct discrimination the offending provision is struck down but that in adverse effect discrimination it is upheld in its general application and the complainant is accommodated so that it does not affect him or her in a discriminatory fashion. I do not accept this submission. Adverse effect discrimination is prohibited by the *Human Rights Act* no less than direct discrimination. In both instances private arrangements, whether by contract or collective agreement, must give way to the requirements of the statute. In the case of direct discrimination which is not justified under the Act, the whole of the provision is invalid because its purpose as well as effect is to discriminate on a prohibited ground. Thus, in *Etobicoke*, a provision in the collective agreement, which required firefighters to retire at age 60, could not be applied because in all of its applications it discriminated by its very terms on the basis of age. This discriminatory effect could not be justified as a BFOR.

On the other hand a provision such as the one in this case is neutral on its face but operates in a discriminatory fashion against the appellant. The provision is valid in its general application. What the human rights legislation requires is that the appellant be accommodated by exempting him from its provisions to the extent that it no longer discriminates against him on the basis of his religion. To suggest that the provision must be applied to include the appellant within its terms is to allow the employer and the union to contract out of the requirements of the *Human Rights Act*. This they cannot do. This does not mean that the collective agreement cannot contain a formula for the accommodation of the religious beliefs of employees. An employer who avails himself of such a general provision must, however, establish that it complies

telles lois et que les contrats à cet effet sont nuls parce que contraires à l'ordre public.

Le conseil intimé soutient toutefois que ce principe ne s'applique pas dans le cas d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Il fonde cet argument sur le fait que, dans le cas d'une discrimination directe, la disposition fautive est déclarée inopérante, alors que, dans le cas d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, elle est maintenue dans son application générale et une entente est conclue avec le plaignant afin que la disposition n'établisse aucune discrimination à son égard. Je n'accepte pas cet argument. La discrimination par suite d'un effet préjudiciable est interdite en vertu de la *Human Rights Act* au même titre que la discrimination directe. Dans les deux cas, les ententes privées, que ce soit par contrat ou par convention collective, doivent céder devant les exigences de la Loi. Dans le cas d'une discrimination directe non justifiée en vertu de la Loi, l'ensemble de la disposition est nul parce qu'elle a pour objet et pour effet d'établir une distinction fondée sur un motif prohibé. Ainsi, dans l'arrêt *Etobicoke*, la disposition d'une convention collective qui obligeait les pompiers à prendre leur retraite à 60 ans n'était pas applicable parce que, dans toutes ses applications, elle établissait, de par son texte même, une distinction fondée sur l'âge. Cet effet discriminatoire ne pouvait se justifier à titre d'EPN.

En revanche, une disposition comme celle dont il est question en l'espèce est discriminatoire envers l'appellant, même si elle est neutre à première vue. La disposition est valide dans son application générale. La loi sur les droits de la personne exige que l'on compose avec l'appellant en le soustrayant à l'application de cette disposition de sorte qu'elle cesse d'établir à son égard une distinction fondée sur sa religion. Laisser entendre que la disposition doit être appliquée de manière à viser l'appellant revient à permettre à l'employeur et au syndicat de renoncer aux exigences de la *Human Rights Act*, ce qu'ils ne peuvent faire. Cela ne signifie pas que la convention collective ne peut contenir une formule permettant de respecter les croyances religieuses des employés. L'employeur qui se prévaut d'une telle disposition générale doit

with the duty to accommodate. See *Central Alberta Dairy Pool*, at p. 528.

While the provisions of a collective agreement cannot absolve the parties from the duty to accommodate, the effect of the agreement is relevant in assessing the degree of hardship occasioned by interference with the terms thereof. Substantial departure from the normal operation of the conditions and terms of employment in the collective agreement may constitute undue interference in the operation of the employer's business.

The member designate did not err in law in concluding that the collective agreement did not relieve the respondent employer of its duty to accommodate. She concluded that the sole impact of the threatened grievance which would have sought to enforce the collective agreement was the cost of defending it and that this did not constitute undue hardship. The only other alleged effect of the proposed accommodation was with respect to the effect on other employees and their reaction which the respondent Board feared would result from unilateral action on the part of the employer without union approval. It is, therefore, necessary to consider whether the member designate erred in law in respect of this factor.

#### Effect on Other Employees

The respondent Board submits that the member designate erred in stating that the employer's fear that unilateral action on the part of the employer might bring forth reprisals from other employees was not a justification for refusing to accommodate the appellant. This submission is based on the following statement in the evidence of Harvey Peatman, the secretary-treasurer of the respondent Board:

Q. What would have happened if the school district had moved unilaterally without union approval to accommodate him in some way in your view? What did you think would happen?

A. Well, possible riot by the members of the union but—No, more seriously, very definitely being faced

toutefois établir qu'elle respecte l'obligation d'accommodement. Voir l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, à la p. 528.

Bien que les dispositions d'une convention collective ne puissent dégager les parties de l'obligation d'accommodement, l'effet de la convention est pertinent pour évaluer le degré de contrainte résultant de l'ingérence dans ses conditions. Une dérogation importante à l'effet normal des conditions d'emploi dans la convention collective peut constituer une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur.

Le membre désigné n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que la convention collective n'avait pas libéré l'employeur intimé de son obligation d'accommodement. Elle a conclu que la menace d'un grief qui aurait visé à appliquer la convention collective n'aurait entraîné que le coût d'une défense contre ce grief, ce qui ne constituait pas une contrainte excessive. Le seul autre effet allégué de la mesure d'accommodement proposée concernait l'effet sur les autres employés et la réaction, redoutée par le syndicat intimé, que provoquerait un geste unilatéral de l'employeur sans le consentement du syndicat. Il est donc nécessaire d'examiner si le membre désigné a commis une erreur de droit à l'égard de ce facteur.

#### L'effet sur les autres employés

Le conseil intimé soutient que le membre désigné a commis une erreur en affirmant que la crainte, éprouvée par l'employeur, qu'un geste unilatéral de sa part provoque des représailles de la part des autres employés, ne justifiait pas son refus de s'entendre avec l'appelant. Cet argument est fondé sur l'extrait suivant du témoignage d'Harvey Peatman, secrétaire-trésorier du conseil intimé:

[TRADUCTION] Q. À votre avis, que serait-il arrivé si l'arrondissement scolaire avait entrepris unilatéralement, sans le consentement du syndicat, de composer avec lui d'une façon quelconque? Que se serait-il produit, selon vous?

R. Bien, il aurait pu y avoir une émeute chez les membres du syndicat, mais — Non, plus sérieuse-

with a grievance which really would have been undefendable.

This statement would justify the conclusion that the alleged fear of employee reprisal was not the real reason for the employer's decision not to create the special shift for the appellant. The real reason was the concern relating to the threatened grievance which was based on a mistake of law. I have explained above that there was no error of law on the part of the member designate in this regard. If this concern played any part in the decision of the employer, it did not constitute justification for the refusal to accommodate the appellant.

The reaction of employees may be a factor in deciding whether accommodating measures would constitute undue interference in the operation of the employer's business. In *Central Alberta Dairy Pool*, Wilson J. referred to employee morale as one of the factors to be taken into account. It is a factor that must be applied with caution. The objection of employees based on well-grounded concerns that their rights will be affected must be considered. On the other hand, objections based on attitudes inconsistent with human rights are an irrelevant consideration. I would include in this category objections based on the view that the integrity of a collective agreement is to be preserved irrespective of its discriminatory effect on an individual employee on religious grounds. The contrary view would effectively enable an employer to contract out of human rights legislation provided the employees were *ad idem* with their employer. It was in this context that Wilson J. referred to employee morale as a factor in determining what constitutes undue hardship.

There is no evidence in the record before the Court that the rights of other employees would likely have been affected by an accommodation of the appellant. The fact that the appellant would be assigned to a special shift may have required the adjustment of the schedule of some other employee but this might have been done with the

ment, on aurait certainement été aux prises avec un grief qui aurait vraiment été indéfendable.

Cette déclaration justifierait la conclusion que la crainte alléguée de représailles de la part des employés n'était pas le motif véritable de la décision de l'employeur de ne pas créer un quart particulier pour l'appellant. Le véritable motif était la crainte soulevée par la menace d'un grief, qui était fondée sur une erreur de droit. J'ai expliqué précédemment que le membre désigné n'avait commis aucune erreur de droit à cet égard. Si cette crainte a joué un rôle quelconque dans la décision de l'employeur, elle ne justifiait pas son refus de s'entendre avec l'appellant.

La réaction des employés peut jouer au moment de déterminer si des mesures d'accommodement constitueraient une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur. Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, le juge Wilson a mentionné le moral des employés comme l'un des facteurs à prendre en considération. Ce facteur doit être appliqué avec prudence. Il faut tenir compte de l'opposition des employés qui résulte de craintes légitimes que leurs droits soient lésés. Par contre, les oppositions fondées sur des attitudes incompatibles avec les droits de la personne ne sont pas pertinentes. J'inclurais dans cette catégorie les oppositions fondées sur le point de vue selon lequel une convention collective doit demeurer intacte même si elle établit, à l'encontre d'un employé particulier, une distinction fondée sur la religion. L'opinion contraire permettrait effectivement à l'employeur de renoncer à l'application des lois sur les droits de la personne à la condition que les employés soient d'accord avec lui. C'est dans ce contexte que le juge Wilson a mentionné le moral des employés comme facteur permettant de déterminer ce qui constitue une contrainte excessive.

Le dossier soumis à la Cour ne révèle aucune preuve que les droits d'autres employés auraient vraisemblablement été lésés si on avait composé avec l'appellant. Son affectation à un quart particulier aurait peut-être entraîné un remaniement de l'horaire d'autres employés, mais il aurait pu être fait avec le consentement de l'employé ou des

consent of the employee or employees affected. The respondents apparently did not canvass this possibility. The union objected to the proposed accommodation on the basis that the integrity of the collective agreement would be compromised and not that any individual employee objected on the basis of interference with his or her right. In my opinion, the member designate came to the right conclusion with respect to this issue.

### Union's Duty to Accommodate

The duty to accommodate developed as a means of limiting the liability of an employer who was found to have discriminated by the *bona fide* adoption of a work rule without any intention to discriminate. It enabled the employer to justify adverse effect discrimination and thus avoid absolute liability for consequences that were not intended. Section 8 of the Act, like many other human rights codes, prohibits discrimination against a person with respect to employment or any term or condition of employment without differentiating between direct and adverse effect discrimination. Both are prohibited. Moreover, any person who discriminates is subject to the sanctions which the Act provides. By definition (s. 1) a union is a person. Accordingly, a union which causes or contributes to the discriminatory effect incurs liability. In order to avoid imposing absolute liability, a union must have the same right as an employer to justify the discrimination. In order to do so it must discharge its duty to accommodate.

The respondent union does not contest that it had a duty to accommodate but asserts that the limitations on that duty were not properly applied by the member designate. It submits that the focus must be on interference with the rights of employees rather than on interference with the union's business. It further submits, and is supported in this regard by the Canadian Labour Congress (CLC), that a union cannot be required to adopt measures which conflict with the collective agreement until the employer has exhausted reasonable

employés en question. Apparemment, les intimés n'ont pas étudié à fond cette possibilité. Le syndicat s'est opposé à la mesure d'accommodement proposée pour le motif que l'intégrité de la convention collective serait compromise et non pas en raison de l'opposition d'un employé fondée sur une atteinte à son droit. À mon avis, le membre désigné a tiré la bonne conclusion à cet égard.

### L'obligation d'accommodement du syndicat

L'obligation d'accommodement est devenue un moyen de limiter la responsabilité d'un employeur dont on a conclu qu'il a involontairement fait preuve de discrimination en adoptant de bonne foi une règle de travail. Elle a permis à l'employeur de justifier une discrimination par suite d'un effet préjudiciable et d'éviter ainsi une responsabilité absolue pour des conséquences non voulues. L'article 8 de la Loi, à l'instar de bien d'autres codes régissant les droits de la personne, interdit de faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi, sans établir de distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Les deux sont interdites. De plus, quiconque fait preuve de discrimination s'expose aux peines que la Loi prévoit. Par définition, le syndicat est une personne (art. 1). En conséquence, le syndicat qui est à l'origine de l'effet discriminatoire ou qui y contribue encourt une responsabilité. Pour éviter une responsabilité absolue, le syndicat doit posséder le même droit qu'un employeur de justifier la discrimination. Pour ce faire, il doit s'acquitter de son obligation d'accommodement.

Le syndicat intimé ne conteste pas qu'il avait une obligation d'accommodement, mais il soutient que le membre désigné n'a pas bien appliqué les restrictions de cette obligation. Il soutient qu'il faut se concentrer sur l'atteinte aux droits des employés et non sur l'ingérence dans les affaires du syndicat. Il soutient également, et le Congrès du travail du Canada (CTC) l'appuie à cet égard, qu'on ne peut obliger un syndicat à adopter des mesures incompatibles avec la convention collective que si l'employeur a épuisé tous les compromis raisonnables

accommodations that do not affect the collective rights of employees.

These submissions raise for determination the extent of a union's obligation to accommodate and how the discharge of that duty is to be reconciled and harmonized with the employer's duty. These are matters that have not been previously considered in this Court.

As I have previously observed, the duty to accommodate only arises if a union is party to discrimination. It may become a party in two ways.

First, it may cause or contribute to the discrimination in the first instance by participating in the formulation of the work rule that has the discriminatory effect on the complainant. This will generally be the case if the rule is a provision in the collective agreement. It has to be assumed that all provisions are formulated jointly by the parties and that they bear responsibility equally for their effect on employees. I do not find persuasive the submission that the negotiations be re-examined to determine which party pressed for a provision which turns out to be the cause of a discriminatory result. This is especially so when a party has insisted that the provision be enforced. In this respect, I am in agreement with the majority of the Ontario Divisional Court in *Office and Professional Employees International Union, Local 267 v. Domtar Inc.*, Ontario Divisional Court, March 19, 1992, unreported. That case dealt with a provision in a collective agreement which required the complainant to work one Saturday in six for four hours. This conflicted with her religious beliefs. The minority view expressed by Campbell J. was that the inclusion of the Saturday work schedule was merely a recognition by the union of the company's policy in this regard. The majority concluded, however, that the presence of the provision in the agreement was a barrier to the continued employment of the complainant, and the union, having aided in the creation of the barrier, was jointly liable to her.

qui n'affectent pas les droits collectifs des employés.

Ces arguments demandent qu'on détermine l'étendue de l'obligation d'accommodement du syndicat et la façon d'en concilier et d'en harmoniser l'exécution avec l'obligation de l'employeur. Ce sont là des questions qui n'ont jamais été étudiées par notre Cour.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'obligation d'accommodement n'intervient que si un syndicat est partie à une discrimination. Il peut devenir partie de deux façons.

En premier lieu, il peut causer la discrimination ou y contribuer d'abord en participant à la formulation de la règle de travail qui a un effet discriminatoire sur le plaignant. Il en est généralement ainsi lorsque la règle est une disposition de la convention collective. Il faut présumer que toutes les dispositions sont formulées conjointement par les parties qui assument une responsabilité égale quant à leur effet sur les employés. Je n'estime pas convaincant l'argument selon lequel il faut réexaminer les négociations pour déterminer la partie qui a insisté sur une disposition qui a fini par entraîner un résultat discriminatoire. Cela est particulièrement vrai lorsqu'une partie a insisté pour que la disposition soit appliquée. À cet égard, je partage l'opinion majoritaire de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Office and Professional Employees International Union, Local 267 c. Domtar Inc.*, Cour divisionnaire de l'Ontario, 19 mars 1992, inédite. Cette affaire portait sur une disposition d'une convention collective qui exigeait que la plaignante travaille pendant quatre heures un samedi sur six, ce qui était contraire à ses croyances religieuses. Selon le juge Campbell, qui a exprimé l'opinion des juges formant la minorité, l'introduction de l'horaire de travail du samedi n'était qu'une simple reconnaissance par le syndicat de la politique de la compagnie à cet égard. La majorité a toutefois conclu que la présence de la disposition dans la convention faisait obstacle à la continuation de l'emploi de la plaignante et que, du fait qu'il avait aidé à la création de cet obstacle, le syndicat était conjointement responsable envers cette dernière.

Second, a union may be liable for failure to accommodate the religious beliefs of an employee notwithstanding that it did not participate in the formulation or application of a discriminatory rule or practice. This may occur if the union impedes the reasonable efforts of an employer to accommodate. In this situation it will be known that some condition of employment is operating in a manner that discriminates on religious grounds against an employee and the employer is seeking to remove or alleviate the discriminatory effect. If reasonable accommodation is only possible with the union's co-operation and the union blocks the employer's efforts to remove or alleviate the discriminatory effect, it becomes a party to the discrimination. In these circumstances, the union, while not initially a party to the discriminatory conduct and having no initial duty to accommodate, incurs a duty not to contribute to the continuation of discrimination. It cannot behave as if it were a bystander asserting that the employee's plight is strictly a matter for the employer to solve. I agree with the majority in *Office and Professional Employees International Union, Local 267* at p. 13 that "Discrimination in the work place is everybody's business".

The timing and manner in which the union's duty is to be discharged depends on whether its duty arises on the first or second basis as outlined above. I agree with the submissions of the respondent union and CLC that the focus of the duty differs from that of the employer in that the representative nature of a union must be considered. The primary concern with respect to the impact of accommodating measures is not, as in the case of the employer, the expense to or disruption of the business of the union but rather the effect on other employees. The duty to accommodate should not substitute discrimination against other employees for the discrimination suffered by the complainant. Any significant interference with the rights of others will ordinarily justify the union in refusing to consent to a measure which would have this

En deuxième lieu, un syndicat peut être responsable pour ne pas avoir composé avec les croyances religieuses d'un employé, même s'il n'a pas participé à la formulation ou à l'application d'une règle ou pratique discriminatoire. Cela peut se produire lorsque le syndicat gêne les efforts raisonnables que l'employeur déploie pour s'entendre avec l'employé. Dans ce cas, on sait qu'une certaine condition de travail a pour effet d'établir une discrimination fondée sur la religion contre un employé et que l'employeur cherche à en supprimer ou à en atténuer l'effet discriminatoire. Si une entente raisonnable n'est possible qu'avec la collaboration du syndicat et que celui-ci bloque les efforts de l'employeur pour supprimer ou atténuer l'effet discriminatoire, le syndicat devient partie à la discrimination. Dans ces circonstances, le syndicat, qui n'est pas initialement partie à la conduite discriminatoire et qui n'a, au départ, aucune obligation d'accommodement, est toutefois tenu de ne pas contribuer à la continuation de la discrimination. Il ne peut se comporter comme s'il était un spectateur et affirmer que la situation de l'employé est une question qu'il appartient strictement à l'employeur de régler. Je partage l'opinion de la majorité, dans la décision *Office and Professional Employees International Union, Local 267*, à la p. 13, selon laquelle [TRADUCTION] «La discrimination dans le milieu de travail est l'affaire de tout le monde».

Le moment et la façon dont le syndicat doit s'acquitter de son obligation dépendent de la question de savoir si l'obligation naît de la première ou de la deuxième façon exposée ci-dessus. Je suis d'accord avec les prétentions du syndicat intimé et du CTC que l'essence de l'obligation du syndicat diffère de celle de l'obligation de l'employeur du fait qu'il faut tenir compte de la nature représentative d'un syndicat. La principale crainte que soulèvent les conséquences de mesures d'accommodement concerne non pas, comme dans le cas de l'employeur, les coûts ou l'interruption qui peuvent en résulter pour l'entreprise du syndicat, mais plutôt l'effet sur d'autres employés. L'obligation d'accommodement ne devrait pas substituer la discrimination envers d'autres employés à la discrimination subie par le plaignant. Toute atteinte impor-



effect. Although the test of undue hardship applies to a union, it will often be met by a showing of prejudice to other employees if proposed accommodating measures are adopted. As I stated previously, this test is grounded on the reasonableness of the measures to remove discrimination which are taken or proposed. Given the importance of promoting religious freedom in the workplace, a lower standard cannot be defended.

While the general definition of the duty to accommodate is the same irrespective of which of the two ways it arises, the application of the duty will vary. A union which is liable as a co-discriminator with the employer shares a joint responsibility with the employer to seek to accommodate the employee. If nothing is done both are equally liable. Nevertheless, account must be taken of the fact that ordinarily the employer, who has charge of the workplace, will be in the better position to formulate accommodations. The employer, therefore, can be expected to initiate the process. The employer must take steps that are reasonable. If the proposed measure is one that is least expensive or disruptive to the employer but disruptive of the collective agreement or otherwise affects the rights of other employees, then this will usually result in a finding that the employer failed to take reasonable measures to accommodate and the union did not act unreasonably in refusing to consent. This assumes, of course, that other reasonable accommodating measures were available which either did not involve the collective agreement or were less disruptive of it. In such circumstances, the union may not be absolved of its duty if it failed to put forward alternative measures that were available which are less onerous from its point of view. I would not be prepared to say that in every instance the employer must exhaust all the avenues which do not involve the collective agreement before involving the union. A proposed measure may be the most sensible one notwithstanding that it requires a change to the agreement and others do not. This does not mean that the union's duty to

tante aux droits d'autrui justifiera normalement le refus du syndicat de consentir à une mesure qui aurait cet effet. Quoique le critère de la contrainte excessive s'applique au syndicat, on y satisfera souvent en démontrant que l'adoption des mesures d'accommodement proposées causera un préjudice à d'autres employés. Comme je l'ai mentionné précédemment, ce critère est fondé sur le caractère raisonnable des mesures prises ou proposées pour éliminer la discrimination. Étant donné l'importance de promouvoir la liberté de religion dans le milieu de travail, on ne saurait défendre une norme moins stricte.

Bien que la définition générale de l'obligation d'accommodement soit la même peu importe la façon dont elle naît, son application varie. Un syndicat responsable à titre de coauteur, avec l'employeur, d'une discrimination, est tenu, conjointement avec celui-ci, de chercher à s'entendre avec l'employé. Si rien n'est fait, ils sont tous deux également responsables. Néanmoins, il faut tenir compte du fait que normalement l'employeur, qui est en charge du lieu de travail, est mieux placé pour formuler des compromis. On peut donc s'attendre à ce qu'il amorce le processus. L'employeur doit prendre des mesures raisonnables. Si la mesure proposée est la moins dispendieuse ou la moins perturbatrice pour l'employeur, mais qu'elle vient perturber la convention collective ou affecter autrement les droits d'autres employés, on conclura généralement que l'employeur n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'entendre et que le syndicat n'a pas agi déraisonnablement en refusant son consentement. Il va sans dire que cela présuppose qu'il était possible de prendre d'autres mesures d'accommodement raisonnables qui ne mettaient pas en cause la convention collective ou qui la perturbaient moins. En pareilles circonstances, le syndicat ne peut être dégagé de son obligation s'il n'a pas proposé d'autres mesures possibles qui, d'après lui, sont moins onéreuses. Je ne serais pas disposé à dire que, dans tous les cas, l'employeur doit épuiser toutes les voies qui ne mettent pas en cause la convention collective avant d'en appeler au syndicat. Il est possible qu'une mesure proposée soit la plus sensée même si, contrairement à d'autres, elle requiert une modifica-

accommodate does not arise until it is called on by the employer. When it is a co-discriminator with the employer, it shares the obligation to take reasonable steps to remove or alleviate the source of the discriminatory effect.

In the second type of situation in which the union is not initially a contributing cause of the discrimination but by failing to co-operate impedes a reasonable accommodation, the employer must canvass other methods of accommodation before the union can be expected to assist in finding or implementing a solution. The union's duty arises only when its involvement is required to make accommodation possible and no other reasonable alternative resolution of the matter has been found or could reasonably have been found.

The member designate did not, therefore, err in applying the *O'Malley* definition of the duty to accommodate to the respondent union. Moreover, she found that the union was involved in the conduct which resulted in adverse effect discrimination and that its duty to accommodate arose by reason of this fact. The respondent union, therefore, owed a duty to accommodate jointly with the employer. The proposal for accommodation presented to the union was found to be reasonable. While it was submitted that the member designate failed to consider the trespass on the rights of other employees, I am satisfied that the only possible effect was the adjustment to the schedule of one employee to work the Friday afternoon shift in place of the appellant. The respondent union conceded in argument that there is no evidence that employees were canvassed to ascertain whether someone would volunteer to switch with the appellant. If this occurred, no employees' rights would have been adversely affected. The onus of proof with respect to this issue was on the respondent union. I agree with the member designate that it was not discharged.

tion de la convention. Cela ne signifie pas que l'obligation d'accommodement du syndicat ne naît qu'à compter du moment où l'employeur fait appel à lui. Lorsqu'il est coauteur d'une discrimination avec l'employeur, il partage l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour supprimer ou restreindre la source de l'effet discriminatoire.

Dans la deuxième situation où le syndicat ne contribue pas initialement à une discrimination, mais où, par son absence de collaboration, il empêche d'en arriver à un compromis raisonnable, l'employeur doit étudier à fond d'autres mesures d'accommodement avant qu'on puisse s'attendre à ce que le syndicat aide à trouver ou à mettre en œuvre une solution. L'obligation du syndicat ne naît que lorsque sa participation est nécessaire pour rendre l'accommodement possible et qu'aucune autre solution raisonnable n'a été trouvée ou n'aurait pu raisonnablement être trouvée.

Par conséquent, le membre désigné n'a pas commis d'erreur en appliquant au syndicat intimé la définition de l'obligation d'accommodement énoncée dans l'arrêt *O'Malley*. En outre, elle a conclu que le syndicat avait participé à la conduite à l'origine d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, et que son obligation d'accommodement découlait de ce fait. Le syndicat intimé partageait donc conjointement avec l'employeur une obligation d'accommodement. On a jugé raisonnable la proposition d'accommodement présentée au syndicat. Même si on a prétendu que le membre désigné n'avait pas tenu compte de la violation des droits d'autres employés, je suis convaincu que la seule conséquence possible était le remaniement de l'horaire d'un autre employé de manière à ce qu'il remplace l'appelant pendant le quart du vendredi après-midi. Le syndicat intimé a admis, dans sa plaidoirie, qu'il n'y a aucune preuve que des employés ont été sollicités afin de vérifier si l'un d'eux serait disposé à changer d'horaire avec l'appelant. Si cela avait été fait, aucun droit des employés n'aurait été lésé. Le fardeau de la preuve à cet égard incombait au syndicat intimé. Je suis d'accord avec le membre désigné pour dire qu'on ne s'est pas acquitté de ce fardeau.

Finally, in view of the fact that the duty to accommodate of the union was shared jointly with the employer, it was not incumbent on the member designate to determine whether all other reasonable accommodations had been explored by the employer before calling upon the union. Nevertheless, it appears to me that the member designate was of the view that the special shift proposal was not only reasonable but the most reasonable. This view is fully supported by the evidence. Accordingly, the decision of the member designate must be upheld unless the respondents are correct that there was an error in law on her part with respect to the complainant's duty to facilitate accommodation of his religious beliefs.

#### Duty of Complainant

The search for accommodation is a multi-party inquiry. Along with the employer and the union, there is also a duty on the complainant to assist in securing an appropriate accommodation. The inclusion of the complainant in the search for accommodation was recognized by this Court in *O'Malley*. At page 555, McIntyre J. stated:

Where such reasonable steps, however, do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part such as an acceptance in this case of part-time work, must either sacrifice his religious principles or his employment.

To facilitate the search for an accommodation, the complainant must do his or her part as well. Concomitant with a search for reasonable accommodation is a duty to facilitate the search for such an accommodation. Thus in determining whether the duty of accommodation has been fulfilled the conduct of the complainant must be considered.

This does not mean that, in addition to bringing to the attention of the employer the facts relating to discrimination, the complainant has a duty to originate a solution. While the complainant may be in a position to make suggestions, the employer is in the best position to determine how the complainant can be accommodated without undue interference in the operation of the employer's business. When an employer has initiated a proposal that is reason-

Enfin, puisque le syndicat partageait conjointement avec l'employeur l'obligation d'accommodement, il n'incombait pas au membre désigné de déterminer si l'employeur avait étudié toutes les autres mesures d'accommodement raisonnables, avant de faire appel au syndicat. Il m'apparaît néanmoins que le membre désigné estimait que le projet de quart particulier était non seulement raisonnable, mais encore qu'il s'agissait de la solution la plus raisonnable. Cette opinion est entièrement appuyée par la preuve. En conséquence, la décision du membre désigné doit être maintenue à moins que les intimés aient raison de soutenir qu'elle a commis une erreur de droit en ce qui concerne l'obligation du plaignant de faciliter le respect de ses croyances religieuses.

#### L'obligation du plaignant

La recherche d'un compromis fait intervenir plusieurs parties. Outre l'employeur et le syndicat, le plaignant a également l'obligation d'aider à en arriver à un compromis convenable. La participation du plaignant à la recherche d'un compromis a été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *O'Malley*. Le juge McIntyre y affirme, à la p. 555:

Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi.

Pour faciliter la recherche d'un compromis, le plaignant doit lui aussi faire sa part. À la recherche d'un compromis raisonnable s'ajoute l'obligation de faciliter la recherche d'un tel compromis. Ainsi, pour déterminer si l'obligation d'accommodement a été remplie, il faut examiner la conduite du plaignant.

Cela ne signifie pas qu'en plus de porter à l'attention de l'employeur les faits relatifs à la discrimination, le plaignant est tenu de proposer une solution. Bien que le plaignant puisse être en mesure de faire des suggestions, l'employeur est celui qui est le mieux placé pour déterminer la façon dont il est possible de composer avec le plaignant sans s'ingérer indûment dans l'exploitation de son entreprise. Lorsque l'employeur fait une

able and would, if implemented, fulfil the duty to accommodate, the complainant has a duty to facilitate the implementation of the proposal. If failure to take reasonable steps on the part of the complainant causes the proposal to founder, the complaint will be dismissed. The other aspect of this duty is the obligation to accept reasonable accommodation. This is the aspect referred to by McIntyre J. in *O'Malley*. The complainant cannot expect a perfect solution. If a proposal that would be reasonable in all the circumstances is turned down, the employer's duty is discharged.

In my opinion the member designate did not err in this respect. The complainant did everything that was expected of him with respect to the proposal put forward by the employer. It failed because the union refused consent and the employer refused to proceed unilaterally. The appellant had no obligation to suggest other measures. Moreover, it is not suggested that the appellant turned down any reasonable proposal which was offered to him.

### Conclusion

In this appeal the discriminatory effects have resulted from certain workplace conditions. Both the employer and the union had an impact on setting these conditions and thus both are responsible for remedying any adverse effects caused by those conditions. The member designate found that neither party had discharged its duty to accommodate. These findings were not based on any error of law.

The member designate concluded that the employer was liable for its failure to accommodate. The employer's view that proceeding unilaterally with the Sunday to Thursday shift would result in a grievance may have been justified but it does not satisfy the employer's duty to accommodate. The position of the employer was based on a mistake of law. The union might have grieved but the grievance would have been dismissed. The mere fact that the employer might have been required to defend an ill-founded grievance cannot

proposition qui est raisonnable et qui, si elle était mise en œuvre, remplirait l'obligation d'accommodement, le plaignant est tenu d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'omission du plaignant de prendre des mesures raisonnables est à l'origine de l'échec de la proposition, la plainte sera rejetée. L'autre aspect de cette obligation est le devoir d'accepter une mesure d'accommodement raisonnable. C'est cet aspect que le juge McIntyre a mentionné dans l'arrêt *O'Malley*. Le plaignant ne peut s'attendre à une solution parfaite. S'il y a rejet d'une proposition qui serait raisonnable compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur s'est acquitté de son obligation.

À mon avis, le membre désigné n'a pas commis d'erreur à cet égard. Le plaignant a fait tout ce qu'on s'attendait qu'il fasse à l'égard de la proposition avancée par l'employeur. Celle-ci a échoué en raison du refus du syndicat de consentir et du refus de l'employeur d'agir unilatéralement. L'appelant n'était pas tenu de proposer d'autres mesures. De plus, rien ne laisse entendre que l'appelant a rejeté toute proposition raisonnable qui lui a été faite.

### Conclusion

En l'espèce, les effets discriminatoires ont résulté de certaines conditions de travail. L'employeur et le syndicat ont tous deux joué un rôle dans l'établissement de ces conditions et, par conséquent, ils sont tous deux tenus de remédier à leurs effets préjudiciables. Le membre désigné a conclu qu'aucune partie ne s'était acquittée de son obligation d'accommodement. Ces conclusions ne se fondaient pas sur une erreur de droit.

Le membre désigné a conclu que l'employeur était responsable en raison de son défaut de s'entendre avec l'appelant. L'opinion de l'employeur, selon laquelle la création unilatérale d'un quart s'étalant du dimanche au jeudi provoquerait le dépôt d'un grief, était peut-être justifiée, mais elle ne satisfait pas à l'obligation d'accommodement de l'employeur. La position de l'employeur était fondée sur une erreur de droit. Le syndicat aurait peut-être déposé un grief, mais celui-ci aurait été rejeté. Le simple fait que l'employeur risque

justify failure to accommodate. Fear of employee reprisals was not well grounded.

I agree with the member designate that in this case the union had an original duty to accommodate. By incorporating the work schedule in the collective agreement and insisting in adherence to it, the union contributed to the discrimination. Its conduct was a factor in the formation of the discriminatory rule and in its operation. The union also contributed to the continuation of the discrimination with its refusal to accept the employer-suggested accommodation which was not only reasonable but the most reasonable solution to the problem. It had a duty to co-operate with the employer in arriving at a reasonable solution to the problem which it failed to do.

The complainant appears to have done everything in his power to assist in arriving at an accommodation. He took part in many meetings and discussions with both the school board and the union and actively sought union approval of the proposed accommodation. The complainant fully discharged the duty resting on him.

#### Amendment of Complaint

The respondent union submitted that the member designate erred in amending the complaint to allege that the union was liable under s. 8 as well as s. 9 of the *Human Rights Act*. While not, strictly speaking, an issue upon which leave to appeal was granted, I am satisfied from the record before the Court that the case was presented to the member designate on this basis of liability and the amendment simply brought the complaint into conformity with the proceedings. I agree with the member designate that no prejudice to the union was occasioned by the amendment. I agree with the respondents, however, that the reasons are in error in stating that liability of the respondent union was found also under s. 9. This section has

d'avoir à se défendre contre un grief sans fondement ne saurait justifier l'omission de composer. La crainte de représailles de la part des employés n'était pas bien fondée.

<sup>a</sup> Je conviens avec le membre désigné que le syndicat avait, en l'espèce, une obligation initiale d'accommodement. En insérant l'horaire de travail dans la convention collective et en insistant pour qu'il soit respecté, le syndicat a contribué à la discrimination. Sa conduite a joué un rôle dans l'établissement et l'application de la règle discriminatoire. Le syndicat a également contribué à perpétuer la discrimination en refusant la mesure d'accommodement proposée par l'employeur, qui était non seulement raisonnable, mais encore la solution la plus raisonnable en l'espèce. Il avait l'obligation de collaborer avec l'employeur en vue d'obtenir un règlement raisonnable de la difficulté, ce qu'il a omis de faire.

<sup>e</sup> Le plaignant paraît avoir tout fait en son pouvoir pour qu'on en arrive à un compromis. Il a pris part à de nombreuses réunions et discussions avec le conseil scolaire et le syndicat en plus de solliciter activement le consentement du syndicat à la mesure d'accommodement proposée. Il s'est complètement acquitté de l'obligation qui lui incombait.

#### La modification de la plainte

<sup>g</sup> Le syndicat intimé a soutenu que le membre désigné avait commis une erreur en modifiant la plainte de manière à ce qu'on y allègue que le syndicat était responsable en vertu de l'art. 8 et de l'art. 9 de la *Human Rights Act*. Bien qu'à proprement parler il ne s'agisse pas d'une question relativement à laquelle l'autorisation de pourvoi a été accordée, je suis convaincu, compte tenu du dossier présenté à la Cour, que l'affaire a été soumise au membre désigné en fonction de cette responsabilité et que la modification a simplement rendu la plainte conforme aux procédures. Je suis d'accord avec le membre désigné pour dire que cette modification n'a causé aucun préjudice au syndicat. Toutefois, je conviens avec les intimés qu'elle a tort lorsqu'elle soutient que le syndicat intimé était également responsable en vertu de l'art. 9. Cet arti-

no application in the circumstances. This error did not affect the relief granted.

### Disposition

I would therefore allow the appeal, set aside the orders of Dohm J. and of the Court of Appeal, and restore the decision of the member designate, with costs to the appellant against the respondent board and union, both here and below.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Gaynor, Smith & Scott, Associates, Langley.*

*Solicitors for the respondent Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan): Weddell, Horn & Company, Kelowna.*

*Solicitors for the respondent Canadian Union of Public Employees, Local 523: Baigent & Jackson, Enderby.*

*Solicitor for the respondent British Columbia Council of Human Rights: The Ministry of the Attorney General, Victoria.*

*Solicitor for the intervener Ontario Human Rights Commission: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Seventh-day Adventist Church in Canada: Karnik Doukmetzian and Milner Fenerty, Oshawa.*

*Solicitors for the intervener Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitor for the interveners Disabled People for Employment Equity and Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.*

cle ne s'applique aucunement en l'espèce. Cette erreur n'a pas influé sur la réparation accordée.

### Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les ordonnances du juge Dohm et de la Cour d'appel et de rétablir la décision du membre désigné, ainsi que de condamner le conseil et le syndicat intimés au paiement des dépens de l'appelant dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Gaynor, Smith & Scott, Associates, Langley.*

*Procureurs de l'intimé le Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan): Weddell, Horn & Company, Kelowna.*

*Procureurs de l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 523: Baigent & Jackson, Enderby.*

*Procureur de l'intimé le British Columbia Council of Human Rights: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada: Karnik Doukmetzian et Milner Fenerty, Oshawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureur des intervenants Disabled People for Employment Equity et Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.*

**Canadian Imperial Bank of  
Commerce** *Appellant*

v.

**Pax Management Ltd., Leader Investment Corp., Wesson Holdings Ltd., Thomas Anthony Bruce, Keith Wilfred Dixon, Jonathan Edmund Jones, Richard Gage Moody, Jack Jones Temple, William Gordon Watt, Gary Groves Westover, David Garth Wortman, Glen Donald Rost and Glenonne Holdings Ltd.** *Respondents*

and

**Rost Enterprises Ltd.** *Respondent*

INDEXED AS: PAX MANAGEMENT LTD. v. CANADIAN  
IMPERIAL BANK OF COMMERCE

File No.: 22194.

1992: March 26; 1992: September 24.

Present: La Forest, Sopinka, Cory, Stevenson\* and  
Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Guarantee — Discharge of surety — Creditor deceitful in obtaining guarantors' consent to appointment of receiver — Whether guarantors entitled to be discharged in absence of any prejudice to their interests.*

*Appeal — Role of court of appeal — Appellate court should not interfere with trial judge's findings of fact in absence of palpable and overriding error.*

Appellant Bank financed the purchase of the shares of a company by the individual respondents' holding company. The loan agreement, and subsequent operating and capital loans made by the Bank, were guaranteed by the respondents. The Bank subsequently became concerned with the company's financial health and considered calling the loans. Before making a decision on whether to call the loan and appoint a receiver, the Bank retained a firm of chartered accountants to examine the

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**Banque Canadienne Impériale de  
Commerce** *Appelante*

c.

*a*

**Pax Management Ltd., Leader Investment Corp., Wesson Holdings Ltd., Thomas Anthony Bruce, Keith Wilfred Dixon, Jonathan Edmund Jones, Richard Gage Moody, Jack Jones Temple, William Gordon Watt, Gary Groves Westover, David Garth Wortman, Glen Donald Rost et Glenonne Holdings Ltd.** *Intimés*

*c*

et

**Rost Enterprises Ltd.** *Intimée*

*d*

RÉPERTORIÉ: PAX MANAGEMENT LTD. c. BANQUE  
CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE

N° du greffe: 22194.

*e*

1992: 26 mars; 1992: 24 septembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Cory,  
Stevenson\* et Iacobucci.

*f*

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

*Cautionnement — Libération de la caution — Conduite trompeuse du créancier dans l'obtention du consentement des cautions à la nomination d'un séquestre — Les cautions ont-elles le droit d'être libérées en l'absence de tout préjudice causé à leurs intérêts?*

*g*

*Appel — Rôle d'une cour d'appel — Une cour d'appel ne devrait pas modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.*

*h*

La banque appelante a financé l'achat des actions d'une société par la société de portefeuille des personnes physiques intimées. Le contrat de prêt et les prêts d'exploitation et de capital consentis subséquentement par la banque ont été garantis par les intimés. La banque en est venue par la suite à s'inquiéter de la santé financière de la société et a envisagé de demander le remboursement des emprunts. Avant de déterminer s'il convenait de demander le remboursement des emprunts et de nommer

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

company's affairs. Although the Bank's intention was to ascertain whether to call the loans, the company was told by the Bank's representative that the investigation was to assist with the ongoing relationship between the company and the Bank. Before the accountants submitted their final report, the Bank made the decision to call the loans and to appoint a receiver. The company was insolvent at the time but the Bank was not aware of this. As the company was not in default of payment, and as the Bank had received legal advice that under the loan agreement the demand could not be justified unless the company was insolvent, the Bank sought the company's consent to a receivership. To induce the company's directors to sign the consent, the Bank's representative informed them that if they did not sign, the Bank would "commence proceedings the next day". In doing so, he misrepresented the Bank's intentions. The day after the consent was signed, the Bank served its demand for repayment of the loans, and the company was placed in receivership the next day. The respondents sued the Bank for wrongfully putting the company into receivership among other things. The Bank counterclaimed for the balance due on the loans and personal guarantees.

The Bank's counterclaim was allowed and the respondents' primary claims dismissed. The trial judge found that the Bank was deceitful in misleading the company as to the reason for the independent review of its finances and as to the Bank's intention to commence proceedings the next day if the consent for the appointment of a receiver was not signed. He held that the accountants' attendance at the company's office, without a valid consent, amounted to trespass and awarded damages. With respect to the receivership, he held the consent for the appointment of the receiver invalid because of the Bank's misrepresentations but did not conclude that the Bank's deceitful act entitled the respondents to be discharged from their guarantees. The trial judge found that, under the terms of the loan agreement, the company's insolvency entitled the Bank to call the loans, even though the Bank did not know that the company was insolvent at the time, and that the 24-hour notice to pay the loans was sufficient time in the circumstances. He concluded that the company could not have met the demand even if it had been given more

un séquestre, la banque a retenu les services d'un cabinet de comptables agréés pour examiner les affaires de la société. Quoique l'intention de la banque ait été de vérifier si elle devait demander le remboursement des emprunts, son représentant a dit à la société que cette démarche visait à aider la relation en cours entre la société et la banque. Avant que les comptables présentent leur rapport final, la banque a décidé de demander le remboursement des emprunts et de nommer un séquestre. La société était alors insolvable, mais la banque l'ignorait. Vu que la société n'avait pas cessé de rembourser son emprunt et que la banque avait reçu une opinion juridique l'informant que le contrat de prêt ne pouvait justifier une demande de remboursement à moins que la société ne soit insolvable, la banque a demandé à la société de consentir à une mise sous séquestre. Pour inciter les administrateurs de la société à signer le consentement, le représentant de la banque les a informés que s'ils ne signaient pas, la banque «engagerait des procédures le lendemain». Il a fait ainsi une déclaration inexacte quant aux intentions de la banque. Le lendemain de la signature du consentement, la banque a signifié à la société une demande de remboursement des emprunts et la société a été mise sous séquestre le lendemain. Les intimés ont poursuivi la banque en faisant valoir notamment qu'elle avait eu tort de mettre la société sous séquestre. La banque a réclamé, dans une demande reconventionnelle, le solde exigible en vertu des prêts et des cautionnements personnels.

La demande reconventionnelle de la banque a été accueillie et les demandes principales des intimés ont été rejetées. Le juge de première instance a conclu que la banque s'était conduite de façon trompeuse en induisant la société en erreur quant à la raison de l'examen indépendant de ses finances et quant à son intention d'engager des procédures le lendemain si le consentement à la nomination d'un séquestre n'était pas signé. Il a décidé qu'en l'absence de consentement valide, la présence des comptables au bureau de la société constituait une intrusion, et il a accordé des dommages-intérêts. Quant à la mise sous séquestre, il a jugé que le consentement à la nomination du séquestre était nul à cause des déclarations inexactes de la banque, mais il n'a pas conclu qu'en raison de la conduite trompeuse de celle-ci, les intimés avaient le droit d'être libérés de leurs cautionnements. Le juge de première instance a conclu que, suivant les modalités du contrat de prêt, la banque pouvait, en raison de l'insolvabilité de la société, demander le remboursement des sommes prêtées, même si elle ne savait pas que la société était insolvable à ce moment-là,



time, and that the rapid winding up of the company was in the best interests of the guarantors.

The Court of Appeal allowed respondents' appeal with respect to the Bank's claim against them on their guarantees. The court refused to interfere with the trial judge's findings of deceit and found that the two deceits committed by the Bank had the effect of discharging the respondents from their obligations under their guarantees. The court also dismissed the respondents' claim for damages against the Bank, upholding the trial judge's finding that they had in fact suffered no damages from the receivership.

The Bank appealed and the respondents cross-appealed on the issue of damages for the Bank's deceit.

*Held:* The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

The Court must decline to reconsider the issue of deceit. The trial judge made two separate and specific findings of deceit against the Bank and both findings were the result of his assessment of the credibility of a number of witnesses. Since there was no palpable and overriding error on the findings of fact and the application of the principles of law governing the assessment of the evidence involved, the Court should not interfere with these findings.

As well, in light of the principles for appellate review, the Court should not interfere with the trial judge's findings that the notice period of 24 hours to pay after the Bank called the loans was a reasonable period of time in the circumstances. The trial judge also found that the respondents' liability on their guarantees was reduced by the early receivership. It is thus difficult to see any damage resulting from the immediate appointment of a receiver. Accordingly, the respondents' claim for damages must fail.

et il a décidé que le délai de 24 heures accordé pour rembourser les prêts était suffisant dans les circonstances. Il a statué que la société n'aurait pas pu satisfaire à cette demande même si on lui avait accordé plus de temps, et qu'il était dans le meilleur intérêt des cautions qu'il y ait liquidation rapide de la société.

La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par les intimés relativement à l'action fondée sur les cautionnements qu'ils avaient consentis, que la banque avait intentée contre eux. La cour a refusé de modifier les conclusions de conduite trompeuse tirées par le juge de première instance et a décidé que la conduite trompeuse adoptée à deux reprises par la banque avait pour effet de libérer les intimés des obligations qui leur incombaient en vertu de leurs cautionnements. La cour a également rejeté l'action en dommages-intérêts que les intimés avaient intentée contre la banque, confirmant la conclusion du juge de première instance voulant que la mise sous séquestre n'ait en fait causé aucun préjudice aux intimés.

La banque a formé un pourvoi et les intimés ont formé un pourvoi incident sur la question des dommages-intérêts découlant de la conduite trompeuse de la banque.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

La Cour doit refuser de réexaminer la question de la tromperie. Le juge de première instance a, à deux occasions distinctes, conclu que la banque s'était rendue coupable de tromperie et, dans les deux cas, il l'a fait après avoir évalué la crédibilité d'un certain nombre de témoins. Étant donné qu'aucune erreur manifeste et dominante n'a été commise relativement aux conclusions de fait tirées et à l'application qui a été faite des principes de droit régissant l'appréciation de la preuve présentée, la Cour ne devrait pas modifier ces conclusions.

De même, compte tenu des principes applicables au contrôle par un tribunal d'appel, la Cour ne devrait pas modifier les conclusions du juge de première instance selon lesquelles le délai de paiement de 24 heures accordé après que la banque eut demandé le remboursement des prêts était raisonnable dans les circonstances. Le juge de première instance a également conclu que la mise sous séquestre hâtive a eu pour effet de réduire la responsabilité assumée par les intimés aux termes de leurs cautionnements. Il est donc difficile de constater qu'un préjudice quelconque a résulté de la nomination immédiate d'un séquestre. L'action en dommages-intérêts des intimés doit donc échouer.

The respondents are not entitled to be discharged because of the misrepresentations made to them by the Bank in the absence of any prejudice to their interests. The passage in *Bank of India* relied on by the Court of Appeal to reach its conclusion does not in fact support the discharge of the respondents in this case. A review of the general case law on the discharge of a guarantor's liability resulting from the conduct of the creditor supports the need for some prejudice to the guarantors in order for them to be discharged. A guarantor's liability will generally be fully discharged if a materially different risk from that undertaken is imposed on a guarantor by reason of a variation or breach of the terms of the principal contract. Where the creditor breaches the principal contract but the breach does not prejudice the guarantor, the guarantor will not be discharged. Further, if the creditor impairs the value of the security held in respect of the guarantee, then the guarantor is entitled to be discharged to the extent of the prejudice which he suffers as a result of the loss of the security. Accordingly, a guarantor should not be discharged from the obligation which he has undertaken except by acts which have some impact on the magnitude or likelihood of the materialization of that risk. Other objectionable or wrongful conduct by the creditor towards the guarantor should be dealt with by causes of action that are otherwise appropriate. Here, the Bank made misrepresentations which led to a consent that, as a result of the company's insolvency, was superfluous, and which caused no prejudice to the guarantors. As such, the respondents should not be discharged from their guarantees.

### Cases Cited

**Distinguished:** *Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd. & Patel*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506 (Q.B.), aff'd [1983] 2 Lloyd's Rep. 298 (C.A.); *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551; **applied:** *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; **referred to:** *Royal Bank of Canada v. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Ronald Elwyn Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726; *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198; *Lee v. Jones* (1864), 17 C.B.N.S. 482, 144 E.R. 194; *Rose v. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547; *Bank of Nova Scotia v. Ham*, [1986] 5 W.W.R. 249; *Rosemex Inc. v. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344.

Les déclarations inexactes que la banque a faites aux intimés n'ont pas pour effet de les libérer en l'absence de tout préjudice causé à leurs intérêts. L'extrait de la décision *Bank of India* sur lequel se fonde la Cour d'appel pour arriver à sa conclusion ne justifie pas en fait la libération des intimés en l'espèce. Un examen de la jurisprudence générale relative à la libération d'une caution par suite de la conduite du créancier démontre qu'il est nécessaire que les cautions aient subi un préjudice quelconque pour qu'elles soient libérées. Une caution sera généralement complètement libérée si on lui impose un risque sensiblement différent de celui qu'elle a assumé, en modifiant ou en violant les conditions du contrat principal. La caution n'est pas libérée lorsque le créancier viole le contrat principal, mais que cette violation ne préjudicie pas à la caution. De plus, si le créancier réduit la valeur de la garantie détenue à l'égard du cautionnement, la caution a le droit d'être libérée dans la mesure du préjudice qu'elle subit par suite de la perte de garantie. Par conséquent, une caution ne devrait être libérée de l'obligation contractée que s'il y a eu perpétration d'actes ayant une incidence quelconque sur l'amplitude du risque assumé ou sur la probabilité qu'il se matérialise. Toute autre conduite inacceptable ou répréhensible du créancier envers la caution devrait être traitée au moyen de causes d'action par ailleurs appropriées. En l'espèce, la banque a fait des déclarations inexactes qui ont amené les intimés à donner un consentement que l'insolvabilité de la société rendait superflu et qui n'a causé aucun préjudice aux cautions. Ainsi, il n'y a pas lieu de libérer les intimés de leurs cautionnements.

### Jurisprudence

**Distinction d'avec les arrêts:** *Bank of India c. Trans Continental Commodity Merchants Ltd. & Patel*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506 (Q.B.), conf. par [1983] 2 Lloyd's Rep. 298 (C.A.); *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551; **arrêt appliqué:** *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés:** *Royal Bank of Canada c. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Ronald Elwyn Lister Ltd. c. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 726; *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. c. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198; *Lee c. Jones* (1864), 17 C.B.N.S. 482, 144 E.R. 194; *Rose c. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547; *Bank of Nova Scotia c. Ham*, [1986] 5 W.W.R. 249; *Rosemex Inc. c. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344.

**Authors Cited**

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee: A Treatise on Guarantee, Indemnity and the Standby Letter of Credit*. Toronto: Carswell, 1986.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 195, 1 C.B.R. (3d) 1, 2 B.L.R. (2d) 81, setting aside a judgment of Spencer J. (1988), 1 C.B.R. (3d) 31 and 70, dismissing respondents' action for wrongful appointment of a receiver and granting appellant's counterclaim against the respondents. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

*D. Ross Clark and Rhys Davies*, for the appellant.

*Richard R. Sugden, Q.C.*, and *Peter A. Spencer*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal raises the issue of whether a guarantor will be discharged because of misrepresentations made to the guarantor by the creditor in the absence of any prejudice to the interests of the guarantor.

**I. Facts**

In 1980, all of the individual respondents except Rost purchased 90 percent of the shares of Beaver Transport Ltd. ("Beaver"), through their holding company, the respondent, Pax Management Ltd. ("Pax"). Beaver was a trucking company located in Fort St. John, British Columbia. The individual respondents, except Rost and Wortman, were doctors who practised together. Wortman is their business manager and manager of Pax. Rost is the operations manager of Beaver. The respondents Leader Investment Corp. ("Leader") and Wesson Holdings Ltd. ("Wesson") were owned by Pax. The remaining 10 percent of Beaver's shares were purchased by the respondent Rost through his

**Doctrine citée**

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee: A Treatise on Guarantee, Indemnity and the Standby Letter of Credit*. Toronto: Carswell, 1986.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 195, 1 C.B.R. (3d) 1, 2 B.L.R. (2d) 81, qui a annulé une décision du juge Spencer (1988), 1 C.B.R. (3d) 31 et 70, qui avait rejeté l'action des intimés pour nomination injustifiée d'un séquestre et accueilli la demande reconventionnelle de l'appelante contre les intimés. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

*D. Ross Clark et Rhys Davies*, pour l'appelante.

*Richard R. Sugden, c.r.*, et *Peter A. Spencer*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si des déclarations inexactes faites par le créancier à la caution ont pour effet de libérer cette dernière en l'absence de tout préjudice causé à ses intérêts.

**I. Les faits**

En 1980, toutes les personnes physiques intimées sauf Rost ont acheté 90 pour 100 des actions de Beaver Transport Ltd. («Beaver») par l'entremise de leur société de portefeuille, l'intimée Pax Management Ltd. («Pax»). Beaver était une entreprise de camionnage située à Fort St. John (Colombie-Britannique). Exception faite de Rost et de Wortman, les personnes physiques intimées étaient des médecins qui pratiquaient ensemble. Wortman est leur gérant d'affaires et gestionnaire de Pax. Rost est le directeur de l'exploitation de Beaver. Pour ce qui est des intimés Leader Investment Corp. («Leader») et Wesson Holdings Ltd. («Wesson»), il s'agissait de sociétés appartenant à Pax. Le 10 pour 100 restant des actions de Beaver avait été acheté par l'intimé Rost, par l'intermédiaire de

company, the respondent Glenonne Holdings Ltd. ("Glenonne").

The purchase of the shares was financed by the appellant, CIBC (the "Bank"). The loan agreement, and subsequent operating and capital loans made by the Bank, were structured as loans to Beaver with guarantees of its indebtedness by the respondents. The guarantees were general guarantees on the Bank's standard form providing for the guarantee of current and future liabilities to the Bank.

The Bank subsequently became concerned with the financial health of Beaver, and by 1983 was considering calling the loans. On March 1, 1983, Mr. Holford, the Fort St. John branch manager of the Bank, wrote to his regional office recommending that the loans be called and demand be made on the guarantees. The regional office referred the matter to the head office of the Bank in Toronto. The Bank's head office decided that it should have a firm of chartered accountants examine Beaver's affairs before making the decision to call the loans and appoint a receiver. The local branch of the Bank in Fort St. John was given the task of persuading Beaver to accept an independent review of its affairs. The assistant manager of the branch, Mr. Arthur, told Wortman that the reason for the investigation was to assist with the ongoing relationship between Beaver and the Bank. On that belief, Beaver agreed to the review and agreed to pay the investigation fees of approximately \$10,000. Mr. Meikle, of the accounting firm of Samson, Belair began conducting the review.

After Meikle had begun his investigation, but before he had submitted any formal report to the Bank, the Bank made the decision to call its loans and to appoint a receiver. The Bank made this decision on the basis of an initial oral report from Meikle that Beaver was in financial difficulty and also on the belief that, if a receiver was appointed at this time, any deficiency would be smaller than if the appointment was delayed since Beaver's receivables were at their highest point. Although

sa société, l'intimée Glenonne Holdings Ltd. («Glenonne»).

L'appelante, la Banque Canadienne Impériale de Commerce (la «banque»), avait financé cet achat d'actions. Le contrat de prêt et les prêts d'exploitation et de capital consentis subséquentement par la banque se présentaient sous la forme de prêts à Beaver, assortis de cautionnements de la part des intimés. Il s'agissait de cautionnements généraux, constatés sur une formule type de la banque, qui visaient les dettes actuelles et futures envers la banque.

La banque vint par la suite à s'inquiéter de la santé financière de Beaver et, en 1983, elle envisagea de demander le remboursement des emprunts. Le 1<sup>er</sup> mars 1983, M. Holford, le directeur de la succursale de Fort St. John a, dans une lettre au bureau régional de la banque, recommanda de procéder à la demande de remboursement des emprunts et à l'exécution des contrats de cautionnement. Le bureau régional renvoya la question au siège social de la banque, à Toronto, où il fut décidé de faire examiner les affaires de Beaver par un cabinet de comptables agréés, avant de déterminer s'il convenait de demander le remboursement des emprunts et de nommer un séquestre. La succursale de Fort St. John fut chargée de persuader Beaver de consentir à ce qu'on procède à un examen indépendant de ses affaires. Le directeur-adjoint de la succursale, M. Arthur, expliqua à Wortman que cette démarche visait à aider la relation en cours entre Beaver et la banque. Croyant que c'était le cas, Beaver acquiesça à l'examen et accepta d'en acquitter les frais qui étaient d'environ 10 000 \$. Monsieur Meikle, du cabinet Samson, Bélair commença l'examen.

Après que Meikle eut commencé son examen, mais avant qu'il ait soumis un rapport officiel à la banque, cette dernière décida de demander le remboursement des emprunts et de nommer un séquestre. La banque a pris cette décision en se fondant sur un premier rapport que lui avait fait oralement Meikle, selon lequel Beaver était en difficulté sur le plan financier, et aussi parce qu'elle croyait que si un séquestre était nommé à ce moment-là, tout déficit serait moindre que si la nomination était

Beaver was in fact insolvent at the time, the Bank did not know this. Beaver was not behind in its payments to the Bank. The Bank knew there were problems with the wording of its loan agreement which made it difficult to justify a demand for the loans if Beaver was not in fact insolvent. The crucial section of the contract between the Bank and Beaver was in the following language:

5. The Principal Sum, interest and any other moneys advanced by the Bank hereunder shall become immediately payable and the security taken by the Bank from the Companies shall become enforceable in each and every of the following events:

(d) if the Companies or either of them shall commit or threaten to commit any act of bankruptcy or shall become insolvent or shall make an assignment or proposal under the Bankruptcy Act or a general assignment in favour of their or its creditors or a bulk sale of their or its assets, or if a bankruptcy petition shall be filed or presented against the Companies or either of them; [Emphasis added.]

As Beaver was not in default of payment on the loan, and as the Bank had received legal advice that a demand could not be justified on the basis of the existing loan agreement, there being a question as to whether Beaver was actually insolvent, the Bank decided to seek Beaver's consent to a receivership.

The Bank's solicitors were instructed to prepare the following document which Meikle was to take to a meeting of all the shareholders on April 4, 1983:

We are writing on behalf of the members and directors of Beaver Transport Ltd., Pax Management Ltd., Leader Investment Corp. and Wesson Holdings Limited. As of March 31, 1983, we confirm that the direct principal indebtedness of Pax Management Ltd. stands at \$300,000.00 and the direct principal indebtedness of Beaver Transport Ltd. stands at \$1,700,495.00. We rec-

retardée étant donné que Beaver était au point où ses comptes débiteurs étaient les plus élevés. À ce moment, Beaver était, en fait, insolvable, mais la banque l'ignorait car Beaver n'accusait aucun retard dans ses paiements à la banque. La banque savait que le texte de son contrat de prêt posait des problèmes qui rendaient une demande de remboursement difficile à justifier si Beaver n'était pas effectivement insolvable. La clause fondamentale du contrat passé entre la banque et Beaver était ainsi rédigée:

[TRADUCTION] 5. Le capital, les intérêts et toute autre somme avancée par la banque en vertu du présent contrat deviennent immédiatement exigibles et la banque peut se prévaloir du cautionnement que lui ont consenti les sociétés si l'un ou l'autre des événements suivants se produit:

d) si les sociétés ou l'une d'entre elles commettent ou menacent de commettre un acte de faillite, deviennent insolubles, font une cession ou une proposition concordataire en vertu de la Loi sur la faillite, font une cession générale de leurs biens en faveur de leurs créanciers ou procèdent à une vente en bloc de leurs actifs, ou si une pétition en faillite est déposée ou présentée contre les Sociétés ou l'une d'entre elles; [Je souligne.]

Étant donné que Beaver n'avait pas cessé de rembourser son emprunt et que la banque avait reçu une opinion juridique l'informant que le contrat de prêt existant ne pouvait justifier une demande de remboursement parce que l'insolvabilité de Beaver n'était pas établie, la banque décida de demander à Beaver de consentir à une mise sous séquestre.

Les avocats de la banque se virent chargés de préparer le document suivant que Meikle devait apporter à une assemblée des actionnaires prévue pour le 4 avril 1983:

[TRADUCTION] Nous établissons le présent document au nom des membres et des administrateurs de Beaver Transport Ltd., de Pax Management Ltd., de Leader Investment Corp. et de Wesson Holdings Limited. Nous confirmons qu'en date du 31 mars 1983, le montant en capital de la dette directe de Pax Management Ltd. se chiffre à 300 000 \$ et que le montant en capital de la

ognize that if a demand for payment of these sums is made, we will be unable to satisfy it, either now or in the foreseeable future.

We acknowledge that Beaver Transport Ltd. and Pax Management Ltd. are insolvent, and that therefore we consent to the appointment, which may be contemplated by you to be made in the immediate future, of a receiver or receiver-manager under the terms of your debenture security with respect to the assets of any or all the issuers of the debentures. We also acknowledge that it would be pointless to delay the making of the appointment once demand for the repayment of your accounts has been made and we therefore waive any complaint we might have, if any, regarding the promptness of the appointment.

Beaver Transport Ltd.

Pax Management Ltd.

Although this document contained an acknowledgement that Beaver was insolvent, the subject of insolvency was not discussed at the shareholders' meeting. In convincing Beaver's directors (Drs. Dixon and Temple) to sign the consent and waiver, Holford emphasized the benefit to the guarantors of a speedy wind-up of the failing company and the immediate appointment of a receiver; i.e., such a course would reduce the guarantors' liability by ensuring that incoming accounts receivable would be applied directly to the principal loan with the Bank, which was the subject of the guarantee, rather than to pay trade and other unsecured creditors. On being asked by the directors as to the consequences of failing to sign the consent, Holford said that the Bank would "commence proceedings the next day".

On April 5, 1983, the Bank formally served its demand for repayment of the loan on Beaver. As a result, Beaver was placed in receivership on April 6 and its assets liquidated, leaving a balance in excess of \$1 000 000 owing to the Bank.

dette directe de Beaver Transport Ltd. est de 1 700 495 \$. Nous reconnaissons que si le paiement de ces sommes est demandé, nous serons incapables de l'effectuer, maintenant ou dans un avenir prévisible.

a Nous reconnaissons que Beaver Transport Ltd. et Pax Management Ltd. sont insolvables. En conséquence, nous consentons, conformément aux débetures qui vous ont été données en garantie, à la nomination d'un séquestre ou d'un administrateur séquestre, nomination que vous pouvez envisager de faire sous peu, à l'égard des actifs de l'un ou de l'ensemble des émetteurs des débetures. Nous reconnaissons aussi qu'il ne servirait à rien de retarder la nomination une fois faite la demande de remboursement de vos prêts, et nous renonçons, en conséquence, à toutes doléances que nous pourrions avoir concernant la célérité de la nomination.

Beaver Transport Ltd.

Pax Management Ltd.

e Même si ce document comportait une reconnaissance que Beaver était insolvable, la question de l'insolvabilité ne fut pas abordée à l'assemblée des actionnaires. Pour convaincre les administrateurs de Beaver (les D<sup>rs</sup> Dixon et Temple) de signer le consentement et la renonciation, Holford souligna l'avantage que comportaient, pour les cautions, la liquidation rapide de la société en déclin et la nomination immédiate d'un séquestre, à savoir qu'une telle ligne de conduite diminuerait la responsabilité des cautions en assurant que les comptes débiteurs perçus servent directement à rembourser le prêt principal contracté avec la banque et faisant l'objet du cautionnement, plutôt qu'à payer les fournisseurs et les autres créanciers non garantis. Interrogé par les administrateurs sur les conséquences de l'omission de signer le consentement, Holford répondit que la banque [TRADUCTION] «engagerait des procédures le lendemain».

i Le 5 avril 1983, la banque signifia à Beaver une demande officielle de remboursement du prêt, ce qui entraîna la mise sous séquestre de la société le 6 avril et la liquidation de ses actifs, après quoi il restait encore plus d'un million de dollars à payer à la banque.

The respondents sued the Bank for, among other things, wrongfully putting Beaver into receivership. The Bank counterclaimed for the balance due on the loans and personal guarantees. The Bank's counterclaim was allowed by the trial judge and the primary claims of the respondents dismissed. The respondents' appeal from the judgment on the guarantees was allowed by the British Columbia Court of Appeal.

## II. Judgments

A. *British Columbia Supreme Court* (1988), 1 C.B.R. (3d) 31

After a 38-day trial, Spencer J. delivered an exhaustive and carefully reasoned judgment. The learned trial judge held that the Bank's conduct had been deceitful, and that Beaver was entitled to damages as a result, but that the respondents were liable to the Bank on their guarantees. I will review only those parts of Spencer J.'s judgment (including a supplementary judgment (1988), 1 C.B.R. (3d) 70) which are germane to the present appeal.

Spencer J. held that Beaver had been misled by the Bank as to the reason for the independent review of its finances, and that the Bank's actions were deceitful (at p. 41):

The Fort St. John branch [of the Bank] was given the task of persuading Beaver to accept an independent review of its financial affairs. Mr. Arthur did that. In this case, I find that Mr. Wortman was misled about the reason why the bank wanted an independent accountant to investigate Beaver's affairs. He testified, and I accept, that Arthur told him the reason for the investigation was to assist with the ongoing relationship between Beaver and the bank. Mr. Arthur testified that the bank's reason for the investigation was to see if Beaver was viable and could continue in operation, but that was not what he told Wortman. This was at a time when Arthur knew the branch had recommended liquidation, and knew that his head office wanted to know what effect that would have on the rest of the connection before making its decision. It was deceitful of him to persuade Wortman to agree to an investigation of Beaver's affairs on the basis that it

Les intimés poursuivirent la banque en faisant valoir notamment qu'elle avait eu tort de mettre Beaver sous séquestre. La banque réclama, dans une demande reconventionnelle, le solde exigible en vertu des prêts et des cautionnements personnels. Le juge de première instance accueillit cette dernière demande et rejeta les demandes principales des intimés. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique accueillit l'appel interjeté par ces derniers contre la décision relative aux cautionnements.

## II. Les jugements

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1988), 1 C.B.R. (3d) 31

Après 38 jours de procès, le juge Spencer a rendu une décision complète et soigneusement motivée. Il a jugé que la banque s'était conduite de façon trompeuse et que, par conséquent, Beaver avait droit à des dommages-intérêts, mais que les intimés étaient responsables envers la banque en vertu de leurs cautionnements. Je n'examinerai que les parties de la décision du juge Spencer (y compris un jugement supplémentaire (1988), 1 C.B.R. (3d) 70) qui se rapportent au présent pourvoi.

Le juge Spencer a conclu que la banque avait induit Beaver en erreur quant à la raison de l'examen indépendant des finances de l'entreprise et que les actes de la banque avaient été trompeurs (à la p. 41):

[TRADUCTION] La succursale de Fort St. John [de la banque] fut chargée de persuader Beaver de consentir à ce qu'on procède à un examen indépendant de sa situation financière. Monsieur Arthur obtint le consentement. En l'espèce, j'estime qu'on a trompé M. Wortman au sujet des raisons pour lesquelles la banque voulait qu'un comptable indépendant examine les affaires de Beaver. Ce dernier a témoigné que M. Arthur lui a expliqué que l'enquête avait pour but d'aider la relation en cours entre la banque et Beaver, ce que j'accepte. Monsieur Arthur a témoigné qu'en effectuant cette enquête la banque voulait savoir si Beaver était une entreprise viable qui pouvait continuer ses opérations, mais il a indiqué que ce n'était pas ce qu'il a dit à Wortman. Monsieur Arthur était au courant, à ce moment-là, de la recommandation de liquidation faite par la succursale et il savait que le siège social voulait connaître les consé-

was to assist with an ongoing relationship. [Emphasis added.]

As there was no valid consent to the review by the accountants, their attendance at Beaver's office amounted to a trespass. The trial judge awarded damages against the Bank in the amount of the fees paid by Beaver to the accounting firm which conducted the review.

The trial judge then turned to the question of the receivership. Under the terms of its contract with Beaver, one of the circumstances which entitled the Bank to call its loans was if Beaver was insolvent. The trial judge found as a fact that Beaver was insolvent on April 4, 1983, and that Beaver continued to be insolvent to and beyond April 6, 1983, when the receiver was appointed. However, the trial judge found that, at the time that the Bank called the loan, it did not know that Beaver was insolvent. The Bank called the loan because it was in its financial interest to do so (at pp. 45-46):

Beaver was insolvent, as I shall discuss later, but I find as a fact that the bank decided to call its loans and appoint a receiver not because of any insolvency, but because it could see Beaver was in financial difficulty and it foresaw, correctly, that Beaver's business cycle had led it to the point in time when its receivables were at their highest point and must [*sic*] be used, as they came into the company, to meet the accounts payable, which were also at a high point. The Fort St. John branch knew that Beaver's business and income would drop sharply during the spring break-up, and that historically it would not reach a high point again until the following winter. It foresaw, correctly in my opinion, that Beaver would have great difficulty in paying back the bank loan, which was not then in arrears, unless the full measure of its receivables were to be applied to it. . . . The bank knew that all Beaver's loan payments were up to date, and knew, from its solicitor's advice, that its

quences que cela aurait sur le reste de la relation avant de prendre une décision. Le fait de convaincre Wortman de consentir à un examen des affaires de Beaver pour le motif que cela aiderait une relation en cours constituait une tromperie de sa part. [Je souligne.]

Comme il n'existait pas de consentement valide à l'examen des comptes, leur présence au bureau de Beaver constituait une intrusion. Le juge de première instance a condamné la banque à payer des dommages-intérêts équivalant au montant des honoraires versés par Beaver au cabinet d'experts-comptables qui avait effectué l'examen.

Le juge de première instance a ensuite abordé la question de la mise sous séquestre. Aux termes du contrat passé avec Beaver, l'insolvabilité de cette dernière constituait l'une des circonstances qui permettaient à la banque de demander le remboursement de ses prêts. Le juge de première instance a constaté que Beaver était insolvable le 4 avril 1983 et qu'elle l'était toujours lorsque le séquestre a été nommé le 6 avril suivant, et par la suite. Il a cependant conclu qu'au moment où elle a demandé le remboursement des prêts, la banque ignorait que Beaver était insolvable. Elle a demandé le remboursement des prêts parce qu'il était dans son intérêt de le faire sur le plan financier (aux pp. 45 et 46):

[TRADUCTION] Comme nous le verrons plus loin, Beaver était insolvable, mais je constate que la banque a décidé de demander le remboursement de ses prêts et la nomination d'un séquestre non pas pour cette raison, mais parce qu'elle pouvait voir que Beaver éprouvait des difficultés financières et qu'elle avait prévu, correctement d'ailleurs, que l'entreprise se trouvait au point de son cycle financier où ses comptes débiteurs étaient les plus élevés et qu'ils devaient être utilisés, au fur et à mesure de leur perception, pour acquitter les comptes créditeurs qui étaient également élevés. La succursale de Fort St. John savait que les affaires et les revenus de Beaver diminueraient radicalement à l'arrivée du printemps pour ne remonter, ainsi que l'expérience l'avait démontré, que l'hiver suivant. Elle prévoyait, avec raison selon moi, qu'il serait très difficile à Beaver de rembourser le prêt bancaire, à l'égard duquel il n'y avait alors aucun arriéré, si elle n'appliquait pas la totalité de ses comptes débiteurs au remboursement. [. . .] La banque savait que Beaver était à jour dans ses remboursements de prêt, et son avocat l'avait informée que le texte de son contrat de prêt posait des problèmes qui



loan agreement had problems in its wording which made it difficult to justify a demand of the loan.

However, Spencer J. held that under the terms of the loan agreement, Beaver's insolvency entitled the Bank to call the loans, even though the Bank did not know that Beaver was insolvent at the time it called the loan (at p. 49):

I have found that the bank did not know Beaver to be insolvent when it called the loan but that it took action because of its assessment of Beaver's business risk. The question arises, can the bank rely on insolvency if it is later discovered. In my opinion it can. Paragraph 5(d) of the loan agreement [*supra*], Exhibit 1.12, gave the bank the right to call Beaver's loan and to appoint a receiver if it became insolvent in fact. It would not be a defence to the bank that it thought Beaver to be insolvent if in fact it was not. Honest belief in insolvency is no defence. The issue is to be judged objectively. The corollary is that even if the bank did not think Beaver to be insolvent and did not rely upon insolvency at the time, it may plead the fact of insolvency to justify calling the loan if that is later discovered.

Spencer J. held that the waiver signed by the directors at the April 4th meeting was invalid. Consequently, the Bank's attempt to have Beaver waive any complaint arising from the short period of time between the demand for payment and the appointment of the receiver was of no effect. Spencer J. found that the Bank's representative, Holford, had placed himself in a fiduciary relationship to the directors and to Beaver, by purporting to advise them as to their best business interests. Spencer J. further found that Holford was in breach of his fiduciary duty, and that this breach rendered the waiver invalid. Holford withheld information about the potential liability of the guarantors and about the likely cost of the receivership (at p. 55):

rendaient une demande de remboursement du prêt difficile à justifier.

Le juge Spencer a toutefois statué que, suivant les modalités du contrat de prêt, la banque pouvait, en raison de l'insolvabilité de Beaver, demander le remboursement des sommes prêtées, même si celle-ci ne savait pas que Beaver était insolvable au moment où elle a demandé ce remboursement (à la p. 49):

[TRADUCTION] J'en suis venu à la conclusion que la banque ne savait pas que Beaver était insolvable lorsqu'elle a demandé le remboursement du prêt, mais qu'elle a agi ainsi après avoir évalué le risque que Beaver présentait sur le plan commercial. Il convient alors de se demander si la banque peut invoquer l'insolvabilité découverte par la suite. Je suis d'avis qu'elle le peut. L'alinéa 5d) du contrat de prêt [précité], constituant la pièce 1.12, autorisait la banque à demander le remboursement du prêt consenti à Beaver et à nommer un séquestre si l'entreprise devenait effectivement insolvable. La banque ne pourrait pas invoquer comme moyen de défense qu'elle croyait que Beaver était insolvable alors qu'elle ne l'était pas. La croyance sincère qu'il y avait l'insolvabilité ne constitue pas un moyen de défense. Cette question doit être tranchée objectivement. Il s'ensuit que la banque peut invoquer l'insolvabilité découverte ultérieurement pour justifier sa demande de remboursement, même si elle ne pensait pas que Beaver était insolvable et n'avait pas agi pour ce motif à l'époque.

Le juge Spencer a déclaré nulle la renonciation signée par les administrateurs à l'assemblée du 4 avril. Par conséquent, la tentative de la banque d'obtenir que Beaver renonce à toute plainte découlant du bref intervalle entre la demande de remboursement et la nomination du séquestre était sans effet. Le juge Spencer a conclu qu'en prétendant conseiller les administrateurs et Beaver quant à leur meilleur intérêt sur le plan commercial, le représentant de la banque, Holford, avait engagé avec eux une relation fiduciaire. Il a jugé, en outre, que Holford avait manqué à son obligation fiduciaire et que ce manquement avait rendu nulle la renonciation. Holford a dissimulé des renseignements au sujet de la responsabilité potentielle des cautions et du coût probable de la mise sous séquestre (à la p. 55):

[Holford] did not explain the difficulty Beaver would have in carrying on business in the hands of a receiver, nor, I find, did he tell [the directors] the likely cost of a receivership. Meikle testified he did that, and that he warned the shareholders there might be as much as a \$600,000 deficiency facing them as guarantors. I find him to be mistaken. I reject both his and Holford's evidence on that score. I accept the evidence of the shareholders, particularly Drs. Temple, Moody, Watt and Jones, that they walked out of that meeting with a sense of relief that their exposure would probably be limited to about \$60,000. They had been given the bank's washdown sheet that said so.

Further, Holford lied about the Bank's intention to commence proceedings against Beaver the next day. This misrepresentation was relied upon by the directors who signed the consent and waiver form (at pp. 57-58):

When Dr. Dixon asked what would happen if they did not sign that evening, Holford replied to the effect that the bank would commence proceedings the next day. Dr. Dixon testified that he therefore remarked there was no point in refusing, and he and Dr. Temple accordingly signed. Others at the meeting confirm his recollection, and Holford belatedly admitted he spoke words to that effect. But Holford knew the decision for a receivership lay in Mr. Ellwood's hands at regional office, and that it rested upon the directors consenting. In saying that the bank would commence proceedings the next day, he knew he was lying. It was more than a misrepresentation of the future, it was clearly an implied misrepresentation of the bank's present intention, done to force the directors to sign. Drs. Dixon and Temple relied upon it. [Emphasis added.]

In summary, the consent form prepared by the Bank was invalid for all purposes, whether as an admission of insolvency and consent to a receiver or as a waiver of time to pay following the Bank's demand for payment of the loan.

[TRADUCTION] [Holford] n'a pas expliqué la difficulté qu'éprouverait Beaver à exploiter son entreprise lorsqu'elle serait sous séquestre, pas plus qu'il ne leur a révélé [aux administrateurs] le coût probable d'une mise sous séquestre. Meikle a témoigné l'avoir fait et avoir averti les actionnaires qu'ils pourraient, en leur qualité de cautions, devoir assumer jusqu'à 600 000 \$ de déficit. J'estime qu'il fait erreur. À cet égard, je ne retiens ni son témoignage ni celui de Holford. J'accepte les dépositions des actionnaires, particulièrement celles des Drs Temple, Moody, Watt et Jones, selon lesquelles ils sont sortis soulagés de cette assemblée, en pensant que leur responsabilité en qualité de caution se limiterait probablement à 60 000 \$ environ. Ils avaient reçu une estimation de la banque en ce sens.

De plus, Holford avait menti à propos de l'intention de la banque d'engager des procédures contre Beaver le lendemain. Les administrateurs se sont fondés sur cette déclaration inexacte pour signer la formule de consentement et de renonciation (aux pp. 57 et 58):

[TRADUCTION] Lorsque le Dr Dixon a demandé ce qui arriverait s'ils ne signaient pas ce soir-là, Holford a répondu que la banque engagerait des procédures le lendemain. Suivant le témoignage du Dr Dixon, celui-ci a donc fait remarquer qu'il ne servait à rien de refuser et, en conséquence, le Dr Temple et lui-même ont signé le document. Les autres personnes présentes à l'assemblée ont corroboré cette version des faits, et Holford a reconnu, un peu tard, avoir tenu des propos de ce genre. Mais Holford savait que la décision de mettre sous séquestre incombait à M. Ellwood, du bureau régional, et qu'elle dépendait du consentement des administrateurs. En disant que la banque engagerait des procédures le lendemain, il savait qu'il mentait. Cela constituait quelque chose de plus qu'une description inexacte de ce que réservait l'avenir. Il s'agissait nettement d'une déclaration inexacte implicite de l'intention actuelle de la banque, destinée à forcer les administrateurs à signer. Les Drs Dixon et Temple se sont fiés à cette déclaration. [Je souligne.]

Bref, la formule de consentement préparée par la banque était nulle à toutes fins, que ce soit comme aveu d'insolvabilité et comme consentement à la mise sous séquestre ou comme renonciation à un délai de paiement à la suite de la demande de remboursement du prêt de la banque.

In the absence of a valid waiver, the Bank's actions in calling the loan and appointing a receiver could only be justified if Beaver was in fact given the proper time to pay following the demand. After an exhaustive review of the authorities and the facts, Spencer J. concluded that 24 hours was sufficient time to pay in the circumstances. He relied on his finding that Beaver could not have met the demand even if it had been given a month (at p. 63):

Under all of those circumstances, I find that the lapse of time between the bank's demand, formally served on April 5, 1983, and the entry of the receiver into Beaver's business on April 6, 1983, was sufficient. A longer notice would have made no difference. . . .

Moreover, Spencer J. found that Beaver was bound to fail, and that the rapid winding up of Beaver was in the best interests of the guarantors (at p. 57):

But I think the advice to liquidate Beaver was good advice to the shareholders. Beaver, in my opinion, was bound to fail, probably before the summer. To fail sooner rather than later and apply the receivables to the bank's debt would, to that extent, save the directors and their other companies, Pax, Leader and Wesson, from some liability on their guarantees.

Spencer J. gave judgment against the corporate and personal guarantors (except for the respondents Rost, Rost Enterprises Ltd. and Glenonne whose liability was limited to \$100,000) for the net amount of Beaver's debt owing to the Bank.

*B. British Columbia Court of Appeal (1990), 1 C.B.R. (3d) 1*

The British Columbia Court of Appeal (Macdonald, Cumming and Hinds JJ.A.), unanimously allowed the respondents' appeal with respect to the Bank's claim against the respondents on their guarantees. Again, I will confine my review to

En l'absence de renonciation valide, les actes de la banque consistant à demander le remboursement du prêt et à nommer un séquestre ne pouvaient se justifier que si Beaver se voyait effectivement accorder un délai de paiement suffisant suite à la demande. Après avoir effectué un examen approfondi de la jurisprudence et des faits, le juge Spencer a conclu qu'un délai de paiement de 24 heures était suffisant dans les circonstances. Il s'est appuyé, en cela, sur sa conclusion voulant que Beaver n'aurait pas pu satisfaire à cette demande même si on lui avait accordé un délai d'un mois (à la p. 63):

[TRADUCTION] Compte tenu de toutes ces circonstances, j'estime que le délai qui s'est écoulé entre la signification en bonne et due forme de la demande de la banque, le 5 avril 1983, et la prise en main des affaires de Beaver par le séquestre le 6 avril suivant, était suffisant. Un préavis plus long n'aurait rien changé. . .

Le juge Spencer a conclu en outre que Beaver était vouée à l'échec et qu'il était dans le meilleur intérêt des cautions qu'il y ait liquidation rapide de l'entreprise (à la p. 57):

[TRADUCTION] Je pense toutefois qu'il était judicieux de conseiller aux actionnaires de liquider Beaver. À mon avis, l'entreprise était vouée à l'échec et aurait probablement fermé ses portes avant l'été. Sa fermeture hâtive et l'emploi des comptes débiteurs pour rembourser le montant dû à la banque permettraient, dans cette mesure, de réduire la responsabilité assumée par les administrateurs et leurs autres sociétés, Pax, Leader et Wesson, en vertu de leurs cautionnements.

Le juge Spencer a condamné les cautions, tant les personnes morales que physiques (à l'exception des intimés Rost, Rost Enterprises Ltd. et Glenonne, dont la responsabilité était limitée à 100 000 \$) à payer le montant net dû à la banque par Beaver.

*B. Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 1 C.B.R. (3d) 1*

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Macdonald, Cumming et Hinds) a accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par les intimés relativement à l'action fondée sur les cautionnements qu'ils avaient consentis, que la

those parts of the Court of Appeal's reasons which bear on the present appeal.

The Court of Appeal largely upheld the trial judge's findings. The Court of Appeal noted that the trial judge had made two findings of deceit against the Bank, and that it was not for an appellate court to interfere with such findings (at p. 18):

We intend no disrespect to Mr. Clark [counsel for the Bank] in declining to review his submissions in detail. The learned trial Judge made two separate and specific findings of deceit against officers of the bank. Both findings were the result of his assessment of the credibility of a number of witnesses. Such findings of fact are not to be disturbed by an appellate Court unless it be shown that some palpable or overriding error occurred. We can find none. The respondents in this argument seek to have this Court review the evidence at the trial, and substitute our assessment for that of the trial Judge. Such a course is not open to us. . . .

Nonetheless, the Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the Bank's claim against the respondents on their guarantees of the liability of Beaver. The Court found that the two deceits committed by the Bank were "acts of bad faith and concealment amounting to misrepresentation" (p. 19), which had the effect of discharging the respondents from their obligations under their guarantees. The Court of Appeal relied on *Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd. & Patel*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506 (Q.B. Com. Ct.), (particularly the passage at p. 515) to support their conclusion.

The Court of Appeal declined to interfere with the finding of Spencer J. that there had been sufficient time to pay after the demand for payment had been made. The Court of Appeal upheld the finding of the trial judge that the respondents had in fact suffered no damages from the receivership,

banque avait intentée contre eux. Encore une fois, je restreindrai mon analyse aux parties de l'arrêt de la Cour d'appel qui se rapportent au présent pour-voi.

La Cour d'appel a, dans une large mesure, maintenu les conclusions du juge de première instance. Elle a souligné que ce dernier avait conclu à deux reprises que la banque avait eu une conduite trompeuse et qu'il n'appartenait pas à un tribunal d'appel de modifier ces conclusions (à la p. 18)

[TRADUCTION] Nous ne voulons pas manquer de respect envers M<sup>e</sup> Clark [l'avocat de la banque] en refusant d'examiner en détail ses arguments. Le juge de première instance a, à deux occasions distinctes, conclu que des préposés de la banque s'étaient rendus coupables de tromperie. Dans les deux cas, il l'a fait après avoir évalué la crédibilité d'un certain nombre de témoins. Une cour d'appel ne saurait modifier de telles conclusions de fait, à moins qu'il ne soit établi qu'une erreur manifeste et dominante a été commise. Nous n'en voyons aucune. Les intimés cherchent, par cet argument, à obtenir de la cour qu'elle examine la preuve présentée au procès et qu'elle substitue son appréciation à celle du juge de première instance, ce qu'il ne nous est pas loisible de faire. . . .

La Cour d'appel a néanmoins accueilli l'appel et rejeté l'action de la banque contre les intimés, fondée sur les cautionnements qu'ils avaient consentis à l'égard de la dette de Beaver. La cour a jugé que la conduite trompeuse adoptée à deux reprises par la banque consistait en des [TRADUCTION] «actes de mauvaise foi et de dissimulation équivalant à des déclarations inexactes» (p. 19), ce qui avait pour effet de libérer les intimés des obligations qui leur incombaient en vertu de leurs cautionnements. À l'appui de sa conclusion, la Cour d'appel a cité la décision *Bank of India c. Trans Continental Commodity Merchants Ltd. & Patel*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506 (Q.B. Com. Ct.), et en particulier le passage qui se trouve à la p. 515.

La Cour d'appel a refusé de modifier la conclusion du juge Spencer selon laquelle on avait disposé de suffisamment de temps pour payer après que la demande de remboursement eut été faite. Elle a également maintenu la conclusion du juge de première instance voulant que la mise sous

given that “as a result of consenting to the receivership the guarantors minimized their exposure and Beaver ended its ongoing loss” (p. 20). Therefore the claim for damages against the Bank on this ground failed.

The Bank sought and was granted leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal. The respondents sought and were granted leave to cross-appeal on the issue of damages for the Bank’s deceit.

### III. Issues

#### A. *Issues on the Appeal*

1. Whether the learned trial judge and the Court of Appeal erred in finding that the Bank had been deceitful when its officer told the respondents that, if the consent form were not signed, the Bank would commence proceedings the next day.
2. Whether the Court of Appeal erred in holding that the effect of the deceitful acts was to discharge the guarantors in the absence of any prejudice to the guarantors.

#### B. *Issue on the Cross-appeal*

Whether the learned trial judge and the Court of Appeal erred, in light of the improperly obtained consent and waiver, in finding that there was a reasonable period of time given for repayment of the loan before a receiver was appointed and in therefore holding no claim for damages exists.

### IV. Analysis

I am of the opinion that the appeal should be allowed, and the cross-appeal dismissed. Briefly put, I agree with the courts below that there was deceit by the Bank but disagree with the Court of

séquestre n’ait en fait causé aucun préjudice aux intimés, étant donné que [TRADUCTION] «le consentement à la mise sous séquestre avait eu pour effet de réduire le risque assumé par les cautions et de mettre fin à la perte que subissait alors Beaver» (p. 20). Elle a conséquemment rejeté l’action en dommages-intérêts contre la banque, fondée sur ce motif.

La banque a demandé et obtenu l’autorisation de se pourvoir contre l’arrêt de la Cour d’appel. Les intimés ont demandé et obtenu l’autorisation de former un pourvoi incident sur la question des dommages-intérêts découlant de la conduite trompeuse de la banque.

### III. Les questions

#### a A. *Les questions soulevées dans le pourvoi*

1. Le juge de première instance et la Cour d’appel ont-ils commis une erreur en statuant que la banque s’était rendue coupable de tromperie lorsque son préposé avait dit aux intimés que s’ils ne signaient pas la formule de consentement, la banque engagerait des procédures le lendemain?
2. La Cour d’appel a-t-elle conclu à tort que les actes trompeurs avaient pour effet de libérer les cautions en l’absence de tout préjudice causé à celles-ci?

#### g B. *La question soulevée dans le pourvoi incident*

Le juge de première instance et la Cour d’appel ont-ils commis une erreur, compte tenu de l’obtention irrégulière du consentement et de la renonciation, en jugeant que le délai accordé pour rembourser le prêt avant la nomination d’un séquestre était raisonnable et, par conséquent, que la demande de dommages-intérêts n’était pas fondée?

### IV. Analyse

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rejeter le pourvoi incident. En résumé, je suis d’accord avec les tribunaux d’instance inférieure pour dire qu’il y a eu tromperie de la part de la banque mais,

Appeal that the effect of the deceit was to discharge the guarantors.

I will deal first with the question of deceit, which is raised as the first issue on the appeal, and also on the cross-appeal, as I am of the view that this issue can and should be quickly disposed of. I will then go on to consider the question of the discharge of the guarantors.

#### A. Deceit

Counsel for the Bank made a valiant attempt in argument to encourage us to reconsider the issue of deceit. However, I would not interfere with the trial judge's findings of fact, upheld by the Court of Appeal, on this issue. I would adopt the following passage from the judgment of the Court of Appeal (at p. 18):

The learned trial Judge made two separate and specific findings of deceit against officers of the bank. Both findings were the result of his assessment of the credibility of a number of witnesses. Such findings of fact are not to be disturbed by an appellate Court unless it be shown that some palpable or overriding error occurred. We can find none. The respondents in this argument seek to have this Court review the evidence at the trial, and substitute our assessment for that of the trial Judge. Such a course is not open to us. . . .

This Court has indicated on numerous occasions that an appellate court should not interfere with findings of fact in the absence of some palpable and overriding error. As we said recently in *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, at p. 574:

. . . the rule is that an appellate court should not reverse the trial judge in the absence of palpable and overriding error which affected his or her assessment of the facts: *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2. The rule is all the stronger in the face

contrairement à la Cour d'appel, je ne pense pas que cette tromperie a eu pour effet de libérer les cautions.

J'examinerai d'abord la question de la tromperie qui est le premier point soulevé dans le pourvoi et dont il est également question dans le pourvoi incident, car j'estime qu'elle peut et doit être réglée rapidement. J'examinerai ensuite la question de la libération des cautions.

#### A. La tromperie

Dans sa plaidoirie, l'avocat de la banque nous a incités avec ardeur à réexaminer la question de la tromperie. Je suis toutefois d'avis de ne pas toucher aux conclusions de fait que le juge de première instance a tirées sur ce point et qui ont été maintenues par la Cour d'appel. J'adopte le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel (à la p. 18):

[TRADUCTION] Le juge de première instance a, à deux occasions distinctes, conclu que des préposés de la banque s'étaient rendus coupables de tromperie. Dans les deux cas, il l'a fait après avoir évalué la crédibilité d'un certain nombre de témoins. Une cour d'appel ne saurait modifier de telles conclusions de fait, à moins qu'il ne soit établi qu'une erreur manifeste et dominante a été commise. Nous n'en voyons aucune. Les intimés cherchent, par cet argument, à obtenir de la cour qu'elle examine la preuve présentée au procès et qu'elle substitue son appréciation à celle du juge de première instance, ce qu'il ne nous est pas loisible de faire. . .

Notre Cour a indiqué à maintes reprises qu'une cour d'appel ne devrait pas modifier des conclusions de fait en l'absence d'une erreur manifeste et dominante. Comme elle l'affirmait tout récemment dans l'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, aux pp. 574 et 575:

. . . la règle veut qu'un tribunal d'appel n'infirme pas la décision du juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et prépondérante qui ait influé sur son appréciation des faits: *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2. La règle a d'autant plus de force en présence de conclusions concourantes de deux cours d'instance infé-

of concurrent findings of both courts below. [See also *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351.]

I am in complete agreement with the Court of Appeal that there was no palpable and overriding error in this case on the finding of facts and the application of the principles of law governing the assessment of the evidence involved.

On the cross-appeal, the respondents argued that the trial judge and the Court of Appeal erred in not awarding damages for the Bank's deceit, since the deceit denied Beaver the opportunity of a reasonable time to pay after the Bank called the loans. The trial judge found that the notice period of 24 hours was sufficient based on the relevant factors prescribed by the authorities on the issue, including *Ronald Elwyn Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726, and *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.C.). Moreover, the trial judge found that the respondents' liability on their guarantees was reduced by the early receivership of Beaver so it is difficult to see any damage resulting from the immediate appointment of a receiver assuming the demand to be invalid because it was tainted by the deceitfully obtained consent. The Court of Appeal declined to interfere with either of these findings. I agree with the Court of Appeal that it is inappropriate to interfere with the trial judge's findings in light of the principles for appellate review which I have just set out. Consequently, the cross-appeal should be dismissed.

### B. Discharge of the Guarantors

In holding that the guarantors should be discharged, the Court of Appeal relied on this passage of Bingham J. in *Bank of India, supra*, at p. 515, aff'd [1983] 2 Lloyd's Rep. 298 (C.A.):

rieure. [Voir aussi *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351.]

Je suis entièrement d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'aucune erreur manifeste et dominante n'a été commise en l'espèce relativement aux conclusions de fait tirées et à l'application qui a été faite des principes de droit régissant l'appréciation de la preuve présentée.

Dans leur pourvoi incident, les intimés soutiennent que le juge de première instance et la Cour d'appel ont commis une erreur en n'accordant pas des dommages-intérêts pour la conduite trompeuse de la banque, étant donné que cette conduite trompeuse a eu pour effet d'empêcher Beaver de disposer d'un délai de paiement raisonnable après que la banque eut demandé le remboursement des prêts. Le juge de première instance a décidé que le préavis de 24 heures était suffisant compte tenu des facteurs pertinents prescrits par la jurisprudence en la matière, dont l'arrêt *Ronald Elwyn Lister Ltd. c. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 726, et la décision *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. c. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.C.). Il a en outre conclu que la mise sous séquestre hâtive de Beaver a eu pour effet de réduire la responsabilité assumée par les intimés aux termes de leurs cautionnements, de sorte qu'il est difficile de constater qu'un préjudice quelconque a résulté de la nomination immédiate d'un séquestre, en supposant que l'obtention du consentement par la tromperie a rendu nulle la demande de remboursement. La Cour d'appel a refusé de modifier l'une ou l'autre de ces conclusions. Compte tenu des principes que je viens d'exposer à l'égard du contrôle par un tribunal d'appel, je partage l'avis de la Cour d'appel qu'il ne convient pas de modifier les conclusions du juge de première instance. En conséquence, le pourvoi incident est rejeté.

### i B. La libération des cautions

En statuant qu'il y avait lieu de libérer les cautions, la Cour d'appel a invoqué l'extrait suivant des motifs du juge Bingham dans la décision *Bank of India*, précitée, à la p. 515, conf. par [1983] 2 Lloyd's Rep. 298 (C.A.):

Leaving aside what may be the special case of fidelity guarantees, I consider the true principle to be that while a surety is discharged if the creditor acts in bad faith towards him or is guilty of concealment amounting to misrepresentation or causes or connives at the default by the principal debtor in respect of which the guarantee is given or varies the terms of the contract between him and the principal debtor in a way which could prejudice the interests of the surety, other conduct on the part of the creditor, not having these features, even if irregular, and even if prejudicial to the interests of the surety in a general sense, does not discharge the surety. [Emphasis added by the British Columbia Court of Appeal.]

This same passage was quoted with approval by Wilson J. in *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551, at p. 567.

In my view, neither *Bank of India* nor *Wilder* support the conclusion of the Court of Appeal in the case at bar that, once there is a misrepresentation by the creditor, it is not necessary for there to be any prejudice, actual or potential, to the guarantors for them to be discharged. I find this especially so when one views these decisions in the light of the case law on the discharge of a guarantor's liability resulting from the conduct of the creditor.

With respect to *Bank of India*, looking at the judgment of Bingham J. as a whole, it is clear that, in the emphasized passage of the quotation above, Bingham J. was referring to concealment amounting to misrepresentations at the formation of the contract of guarantee. Bingham J. was not concerned with misrepresentations by the creditor subsequent to the formation of the contract. On the page previous to that from which the quotation in question is taken, Bingham J. said this about misrepresentations by the creditor (at p. 514):

Certain principles are well-established. . . . Non-disclosure at the time when the guarantee is given of facts potentially prejudicial to the surety may be held to amount to and to have the consequences of misrepresentation. (*Lee v. Jones*, (1864) 17 C.B.N.S. 482). [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Si on laisse de côté ce qui peut être le cas spécial des assurances de cautionnement, je considère que le principe véritable qu'il faut appliquer est celui qui veut que, bien qu'une caution soit libérée si le créancier agit de mauvaise foi envers elle ou est coupable de dissimulation qui équivaut à une déclaration inexacte ou cause ou contribue à causer le défaut du débiteur principal à l'égard duquel la caution est donnée ou modifie les conditions d'un contrat entre lui et le débiteur principal d'une manière qui pourrait nuire aux intérêts de la caution, une autre conduite de la part du créancier qui n'a pas ces caractéristiques, même si elle est irrégulière et même si elle nuit aux intérêts de la caution dans un sens général, n'a pas pour effet de libérer la caution. [Les italiques sont de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.]

Le même passage est cité et approuvé par le juge Wilson dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551, à la p. 567.

À mon avis, ni la décision *Bank of India* ni l'arrêt *Wilder* n'appuient la conclusion tirée par la Cour d'appel en l'espèce, à savoir que du moment que le créancier fait une déclaration inexacte, il n'est pas nécessaire que les cautions aient subi ou risquent de subir un préjudice pour qu'elles soient libérées. Cela est particulièrement vrai si on considère ces décisions à la lumière de la jurisprudence relative à la libération d'une caution par suite de la conduite du créancier.

En ce qui concerne la décision *Bank of India*, il ressort clairement de l'ensemble des motifs du juge Bingham que, dans le passage souligné de l'extrait précité, il était question d'actes de dissimulation équivalant à des déclarations inexactes commises au moment de la formation du contrat de cautionnement. Le juge Bingham ne s'intéressait pas à des déclarations inexactes faites par le créancier après la formation du contrat. À la page qui précède celle d'où provient l'extrait en question, le juge Bingham affirme ceci au sujet des déclarations inexactes faites par le créancier (à la p. 514):

[TRADUCTION] Certains principes sont bien établis. [ . . . ] On peut conclure que le fait de ne pas divulguer, au moment où le cautionnement est consenti, des faits susceptibles de causer un préjudice à la caution équivaut à une déclaration inexacte et en a les conséquences. (*Lee v. Jones* (1864), 17 C.B.N.S. 482). [Je souligne.]



An examination of the case relied upon by Bingham J. to support this proposition, *Lee v. Jones* (1864), 17 C.B.N.S. 482 (Ex. Ch.), 144 E.R. 194, settles the question. In that case, the defendant had executed a guarantee. The plaintiff sued the defendant on the guarantee. The defendant pleaded by way of defence that he had been induced to make the contract of guarantee by the fraudulent concealment by the plaintiff of a material fact. The Exchequer Chamber, by a majority, affirmed the judgment of the court below that the guarantor was discharged by the concealment. The following passage from the judgment of Blackburn J. makes it clear that the issue in *Lee v. Jones* was whether the misrepresentation was such that the guarantor would not have entered into the agreement had he known the truth (at p. 204 E.R.):

The improbability that any one could suppose that sureties would have entered into such an agreement if they had known the truth, is so great that the jury might well think that the plaintiffs knew that the defendant was in ignorance of it: and, if the jury so thought, they might from that alone draw the inference that the representation was fraudulently intended to deceive.

Moreover it is clear from the passage excerpted by the British Columbia Court of Appeal that Bingham J.'s main point in *Bank of India*, and in fact the basis on which that case was decided, was that there is no general principle that irregular conduct which is prejudicial to the surety discharges him or her from liability. The "irregular" conduct in *Bank of India* which was held not to discharge the guarantor was the creditor bank's delay in delivery of written confirmations of the principal contract. This position was affirmed on appeal, [1983] 2 Lloyd's Rep. 298. Goff L.J. stated (at p. 302):

[T]here is no general principle that "irregular" conduct on the part of the creditor, even if prejudicial to the interests of the surety, discharges the surety, though there are particular circumstances in which the surety may be discharged, of which the instances specified by the learned Judge provide certainly the most significant, and possibly the only, examples. . . . But that merely irregular conduct on the part of the creditor, even if prej-

L'examen de la décision invoquée par le juge Bingham à l'appui de cette proposition, savoir *Lee c. Jones* (1864), 17 C.B.N.S. 482 (Ex. Ch.), 144 E.R. 194, règle la question. Dans cette affaire, le défendeur avait signé un cautionnement. Le demandeur l'a poursuivi en exécution de la garantie donnée. Le défendeur plaida, en défense, que c'était par suite de la dissimulation frauduleuse d'un fait substantiel par le demandeur qu'il avait passé le contrat de cautionnement. L'Exchequer Chamber confirma à la majorité la décision du tribunal d'instance inférieure, selon laquelle la dissimulation avait pour effet de libérer la caution. L'extrait suivant des motifs du juge Blackburn établit clairement que, dans l'affaire *Lee c. Jones*, il s'agissait de déterminer si la déclaration inexacte était telle que la caution n'aurait pas conclu le contrat si elle avait su la vérité (à la p. 204 E.R.):

[TRADUCTION] Il est si improbable que quelqu'un pouvait supposer que les cautions auraient conclu un tel contrat si elles avaient su la vérité, que le jury pourrait bien penser que les demandeurs savaient que le défendeur l'ignorait; et, si telle était l'opinion du jury, il pourrait conclure, sur ce seul fondement, que la déclaration a été faite dans l'intention frauduleuse de tromper.

De plus, il ressort clairement de l'extrait cité par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que ce que le juge Bingham a dit essentiellement dans l'affaire *Bank of India* et, en fait, ce qui constituait le fondement de la décision, était qu'il n'existe pas de principe général voulant qu'une conduite irrégulière préjudiciable à une caution ait pour effet de la libérer. Dans l'affaire *Bank of India*, la conduite «irrégulière» qui, a-t-on conclu, ne libérait pas la caution était le retard de la banque créancière à délivrer les confirmations écrites du contrat principal. Ce point du vue a été confirmé en appel, [1983] 2 Lloyd's Rep. 298. Le lord juge Goff affirme, à la p. 302:

[TRADUCTION] [I]l n'y a aucun principe général selon lequel la conduite «irrégulière» du créancier, même si elle nuit aux intérêts de la caution, a pour effet de la libérer, quoique la caution puisse être libérée dans des circonstances particulières dont les exemples donnés par le juge sont certainement les plus importants et, peut-être même, les seuls. [ . . . ] Mais il ne fait aucun doute, dans mon esprit, que la simple conduite irrégulière du

udicial to the interests of the surety, does not discharge the surety, there can in my judgment be no doubt. [Emphasis added.]

In *Wilder, supra*, Wilson J. was faced with the question of the effect on the surety's liability of a breach of the principal contract between the creditor and the debtor. Wilson J. began by observing that a variation in the principal contract which prejudices the guarantor will discharge the guarantor (at p. 562):

It is trite law that any material variation of the terms of the contract between the creditor and the principal debtor to the prejudice of the guarantor without the guarantor's consent will discharge the guarantor.

Wilson J. emphasized that a guarantor gives his or her guarantee on the basis of the risk inherent in the contract which is being guaranteed, and that equity will intervene if the guarantor's right of subrogation is impaired by a variation by the creditor of the risk assumed by the guarantor without the guarantor's consent (at p. 566):

In the case of a specific contract it is to be assumed that the guarantor gave his guarantee in contemplation of an ascertainable and clearly identified risk inherent in the contract. The guarantor in such a case is discharged because he is powerless to protect against variation of the principal contract by the parties to that contract. Once he has given his guarantee on the basis of that particular risk equity protects him against any variation of it to which he was not a party.

Wilson J. held therefore that the question to be asked in determining whether a breach of the principal contract discharges the guarantor is whether the breach materially changed the risk assumed by the guarantor, to the guarantor's detriment (at p. 569):

... the key question becomes whether the subsequent breach of [the principal contract] by the Bank materially changed the risk assumed by the guarantors to the guarantors' detriment. I think there can be no doubt that it did. I agree with Lambert J.A. that the Bank's breach caused the Company's default. It materially impaired the value of the security it held for the Company's indebtedness by preventing the Company from continuing as a viable commercial operation. As a consequence,

créancier, même si elle nuit aux intérêts de la caution, n'a pas pour effet de la libérer. [Je souligne.]

Dans *Wilder*, précité, le juge Wilson devait se prononcer sur l'effet qu'une violation du contrat principal liant le créancier et le débiteur a sur la responsabilité de la caution. Elle a commencé par faire observer qu'une modification du contrat principal qui préjudicie à la caution a pour effet de la libérer (à la p. 562):

Il est bien établi en droit que toute modification importante des conditions d'un contrat conclu entre le créancier et le débiteur principal au préjudice du garant sans le consentement de ce dernier a pour effet de libérer le garant.

Le juge Wilson a insisté sur le fait que le cautionnement donné par la caution repose sur le risque inhérent au contrat garanti et que les principes de l'*equity* s'appliquent si une modification par le créancier du risque assumé par la caution, sans le consentement de cette dernière, porte atteinte au droit de subrogation que possède la caution (à la p. 566):

Dans le cas d'un contrat spécifique, il faut présumer que le garant a donné son cautionnement en fonction d'un risque vérifiable et clairement identifié qui est inhérent au contrat. Le garant dans une telle affaire est libéré parce qu'il n'est pas en mesure d'assurer une protection contre la modification du contrat principal par les parties à ce contrat. Lorsqu'il a donné sa garantie en fonction de ce risque particulier, l'*equity* le protège contre toute modification de ce risque à laquelle il n'a pas participé.

Le juge Wilson a donc conclu que, pour déterminer si une violation du contrat principal libère la caution, il faut se demander si cette violation a sensiblement modifié, à son détriment, le risque assumé par la caution (à la p. 569):

... la question principale est de savoir si sa violation subséquente [du contrat principal] par la banque a sensiblement modifié les risques assumés par les garants. Je crois qu'il n'y a aucun doute que cela a été le cas. Je conviens avec le juge Lambert que la violation par la banque a causé le défaut de la société. Elle a diminué sensiblement la valeur de la garantie qu'elle détenait à l'égard de la dette de la société en empêchant la société de continuer à exister comme entreprise commerciale

the guarantors' equitable rights of subrogation and indemnity were seriously interfered with if not effectively destroyed.

Thus the guarantors were discharged in *Wilder*<sup>a</sup> because of the finding of prejudice to them.

I should now like to turn to a brief discussion of other relevant case law on discharge of sureties. In general, once a contract of guarantee has been made, the surety will be discharged entirely only if the principal contract is varied without the guarantor's consent, in a manner not obviously to the benefit of the guarantor, or if the creditor breaches the contract of guarantee. The surety will be partially discharged from his or her obligation under the guarantee if the creditor impairs the value of the security, but only to the extent that the surety's rights of subrogation under the contract of guarantee are affected. This was the position summarized by Laskin J.A. (as he then was) in *Rose v. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547 (C.A.), at p. 554:

In my view, the encompassing principle to be applied is that a surety is discharged if either the principal contract to which he gave his guarantee is varied without his consent in a matter (as the Supreme Court of Canada said in *Holland-Canada Mortgage Co. v. Hutchings*, [1936] S.C.R. 165 at p. 172 . . .), not plainly unsubstantial or necessarily beneficial to the guarantor; or, if the terms of the contract of guarantee between the creditor and the surety are breached by the creditor. Where, as here, there is simply a wrongful dealing with the security taken by the creditor, and it is not shown that the taking (and hence the keeping as well) of the security was a condition of the giving of the guarantee, then the surety cannot be relieved beyond the value of the security lost to him.

To the same effect is the following summary from K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (1986), at p. 282:

[A] surety is entitled to a full release from liability only in two situations: (1) where the effect of the conduct or dealing of the creditor is to vary the risk of default by the principal; and (2) where the creditor violates a con-

viable. Par conséquent, les droits en *equity* que possèdent les garants en matière de subrogation et d'indemnisation ont été gravement compromis, voire même éliminés.

Dans l'affaire *Wilder*, les cautions ont donc été libérées parce qu'on a conclu qu'elles avaient subi un préjudice.

J'aimerais maintenant examiner brièvement d'autres décisions pertinentes relativement à la libération des cautions. En général, une fois qu'un contrat de cautionnement est conclu, la caution n'est libérée complètement que si le contrat principal est modifié, sans son consentement, d'une façon qui ne lui est pas manifestement profitable ou si le créancier viole le contrat de cautionnement. La caution sera partiellement libérée de sa responsabilité en vertu du cautionnement si le créancier diminue la valeur de la garantie, mais seulement dans la mesure où il y a atteinte aux droits de subrogation que la caution possède aux termes du contrat de cautionnement. Tel est le point de vue résumé par le juge Laskin (plus tard Juge en chef du Canada), dans l'affaire *Rose c. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547 (C.A.), à la p. 554:

[TRADUCTION] À mon avis, le principe général qui doit être appliqué porte qu'une caution est libérée si le contrat principal à l'égard duquel elle a donné son cautionnement est modifié sans son consentement dans une affaire (comme la Cour suprême du Canada l'a dit dans l'arrêt *Holland-Canada Mortgage Co. c. Hutchings*, [1936] R.C.S. 165, à la p. 172 [ . . . ]) qui n'est pas clairement insuffisante ou nécessairement avantageuse pour le garant; ou si les conditions du contrat de cautionnement entre le créancier et la caution sont violées par le créancier. Lorsque, comme en l'espèce, on traite simplement de la garantie prise par le créancier de manière injustifiée et qu'il n'est pas démontré que le fait de prendre une garantie (et même de la garder) était une condition de la garantie, alors la caution ne peut être libérée au-delà de la valeur de la garantie qu'elle a perdue.

L'ouvrage de K. P. McGuinness, intitulé *The Law of Guarantee* (1986), contient un résumé similaire, à la p. 282:

[TRADUCTION] [L]a caution ne peut être entièrement libérée que dans deux cas: (1) lorsque le créancier a modifié, par sa conduite ou ses actes, le risque de défaut de la part du débiteur principal et (2) lorsque le créan-

dition of the surety's liability. Where an act by the creditor merely affects the amount for which the surety will be liable in the event of default, discharge is available only to the extent of the prejudice actually suffered.

It is clear therefore that the existing authorities base discharge from liability on two principles. First, that the guarantor has undertaken a particular risk, and should not have a materially different risk imposed upon him or her by the variation or breach of the terms of the principal contract. In such situations, since it should be left to the surety to decide whether to continue as a surety and bear the new risk, he or she is entitled to be discharged absolutely if his or her consent was not obtained. Second, where the surety's risk of being called upon remains the same, but the amount for which he or she will be liable is increased by an act of the creditor, the surety may be entitled to be discharged to the extent of that increase.

However, where the creditor breaches the principal contract but the breach does not prejudice the guarantor, the guarantor will not be discharged. So, in *Royal Bank of Canada v. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634, the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, held that even if the creditor had breached the principal contract by giving the debtor inadequate time to respond to the demand for payment, the guarantor would not have been entitled to be discharged because the debtor could not have responded to the demand in any event. That is, the breach of the principal contract in no way prejudiced the guarantors (at p. 643):

Even assuming that no notice of the demand was given to Coastal [the debtor] or, alternatively, that it was not given reasonable time to respond to the demand before the receiver was appointed and that the latter's entry into Coastal's premises was therefore both premature and wrongful, such, under the circumstances, is not in my opinion the kind of interference with the security arrangement that should discharge the guarantors. I say this because it is clear from the findings of fact of Chief Justice Cowan that it would not have made any practical difference as far as the guarantors and Coastal were concerned if the demand for payment was unobjection-

cier viole une condition du contrat de cautionnement. Si un acte du créancier n'a d'incidence que sur le montant dont répondra la caution en cas de défaut, celle-ci ne peut être libérée que dans la mesure du préjudice réellement subi.

Il est donc clair que la jurisprudence et la doctrine existantes fondent sur deux principes la libération de la caution. Le premier veut que la caution ait assumé un risque donné et qu'on ne doive pas lui en imposer un sensiblement différent en modifiant ou en violant les conditions du contrat principal. Comme il devrait appartenir à la caution de décider si elle maintient son cautionnement et assume le nouveau risque, elle a donc droit, dans une telle situation, à une libération totale si elle n'a pas consenti à la modification. Selon le deuxième principe, lorsque le risque assumé par la caution demeure le même, mais que le montant de sa responsabilité augmente par suite d'un acte du créancier, elle peut avoir droit à une libération dans la mesure de cette augmentation.

Toutefois, la caution n'est pas libérée lorsque le créancier viole le contrat principal, mais que cette violation ne préjudicie pas à la caution. C'est ainsi que la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a jugé, dans l'affaire *Royal Bank of Canada c. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634, que même si le créancier avait violé le contrat principal en ne donnant pas au débiteur un délai suffisant pour répondre à la demande de paiement, les cautions n'auraient pas eu droit à une libération parce que le débiteur aurait de toute façon été incapable de répondre à cette demande. Autrement dit, la violation du contrat principal n'a d'aucune manière préjudicié aux cautions (à la p. 643):

[TRADUCTION] Même en supposant que Coastal [la débitrice] n'ait reçu aucun avis de la demande ou, subsidiairement, qu'on ne lui ait pas accordé un délai raisonnable pour répondre à la demande avant la nomination du séquestre, et qu'en conséquence l'entrée de ce dernier dans les locaux de la société ait été à la fois prématurée et préjudiciable, je ne crois pas qu'il s'agit du genre d'atteinte au contrat de cautionnement qui devrait libérer les cautions. J'affirme cela parce qu'il ressort clairement des conclusions de fait tirées par le juge en chef Cowan que même si la demande de paiement avait été inattaquable, cela n'aurait fait aucune différence par-

able . . . Coastal just couldn't respond to a payment demand.

See also McGuinness, *supra*, at p. 257:

Despite dicta to the contrary in a number of early cases, it now seems fairly clear that an alteration of the principal contract which clearly is not material to the surety's risk and which therefore cannot prejudice the surety, or a departure from the terms of the principal contract which is necessarily beneficial to the surety, will not relieve the surety from liability. As noted above, there would appear to be no doctrinal basis that would justify release in such a case. By definition, a surety is a person who has agreed to assume the risk of the default of another person. If that obligation is changed in such a way that the risk is necessarily reduced, then the burden of the surety is not increased. However, in order for the surety to continue to be bound where the principal contract has been altered, the lack of prejudice or immateriality of the alteration must be self-evident.

Finally, if the creditor impairs the value of the security held in respect of the guarantee, then the surety is entitled to be discharged to the extent of the prejudice which he or she suffers as a result of the loss of the security: *Bank of Nova Scotia v. Ham*, [1986] 5 W.W.R. 249 (Sask. C.A.), and *Rosemex Inc. v. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344 (C.A.). To quote McGuinness, *supra*, at p. 282:

Where an act by the creditor merely affects the amount for which the surety will be liable in the event of a default, discharge is available only to the extent of the prejudice actually suffered. Consequently, an act or default by a creditor that interferes with the right of the surety to the transfer of the security will usually discharge the surety from liability only to the extent of any loss suffered by the surety, since the value of a security (and therefore the prejudice suffered by the surety as a result of its loss or impairment) is in most cases readily capable of measurement.

As I understand their argument, the respondents do not really dispute the above summary of the case law in so far as it relates to conduct of the

tique en ce qui concerne les cautions et Coastal [. . .] Coastal n'était tout simplement pas en mesure de répondre à une demande de paiement.

a Voir aussi McGuinness, *op. cit.*, à la p. 257:

[TRADUCTION] Malgré les opinions incidentes contraires que l'on trouve dans un certain nombre de décisions anciennes, il semble maintenant assez évident qu'une modification du contrat principal qui est manifestement sans importance en ce qui concerne le risque assumé par la caution et qui ne saurait donc préjudicier à cette dernière, ou qu'une dérogation aux conditions du contrat principal qui bénéficie nécessairement à la caution, ne libérera pas la caution de sa responsabilité. Tel que souligné plus haut, il ne semblerait y avoir aucun fondement doctrinal qui justifierait la libération en pareil cas. La caution est, par définition, une personne qui a accepté d'assumer le risque de défaut d'une autre personne. Si cette obligation est modifiée au point que le risque assumé est nécessairement réduit, alors il n'y a pas augmentation du fardeau de la caution. Cependant, pour que la caution continue d'être liée lorsqu'il y a eu modification du contrat principal, l'absence de préjudice ou le peu d'importance de la modification doivent être évidents en soi.

Finalemt, si le créancier réduit la valeur de la garantie détenue à l'égard du cautionnement, la caution a le droit d'être libérée dans la mesure du préjudice qu'elle subit par suite de la perte de garantie: *Bank of Nova Scotia c. Ham*, [1986] 5 W.W.R. 249 (C.A. Sask.), et *Rosemex Inc. c. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344 (C.A.). Pour citer McGuinness, *op. cit.*, à la p. 282:

[TRADUCTION] Si un acte du créancier n'a d'incidence que sur le montant dont répondra la caution en cas de défaut, celle-ci ne peut être libérée que dans la mesure du préjudice réellement subi. En conséquence, un acte ou un manquement du créancier qui porterait atteinte au droit de la caution à la cession de la garantie aura habituellement pour effet de libérer la caution dans la seule mesure de la perte qu'elle a subie, puisque la valeur d'une garantie (et, par conséquent, le préjudice subi par la caution du fait de cette perte ou de cette atteinte) peut, dans la plupart des cas, être déterminée facilement.

Si je comprends bien leur argument, les intimés ne contestent pas vraiment le résumé donné plus haut de la jurisprudence, dans la mesure où il se

creditor directed towards the principal debtor affecting a surety. However, they submit that these principles do not apply where the creditor's wrongful conduct is against the surety directly. In cases where there has been an act of bad faith against the surety, they submit that the surety should be automatically discharged without having to decide what damage or prejudice was suffered. As I have already stated, this position is not supported by the cases cited by the Court of Appeal or the respondents (*Bank of India and Wilder*), so the question becomes whether it is a desirable extension of the principles of discharge of a guarantor's liability? In my view it is not.

Simply put, no serious or compelling reason has been advanced to justify departing from the current state of law in the manner proposed by the respondents. A guarantor should not be discharged from the obligation which he or she has undertaken except by acts which have some impact on the magnitude or likelihood of the materialization of that risk. Other objectionable or wrongful conduct by the creditor towards the guarantor should be dealt with by causes of action that are otherwise appropriate such as the tort of deceit or breach of fiduciary duty. In this respect, the respondents sought to further justify the Court of Appeal's discharge of the impugned guarantees on the basis of a breach of fiduciary duty by the Bank's representative to Beaver's directors. Accepting for the sake of argument that there was a breach of fiduciary duty as found by the trial judge, I do not agree that it should be given the effect proposed by the respondents. In my opinion, the trial judge gave proper effect to the alleged breach of fiduciary duty by the Bank in finding invalid the impugned waiver and consent obtained at the April 4, 1983 meeting.

The conduct of the Bank in this case consisted of misrepresentations made to individuals who where both the principals of the debtor, Beaver,

rapporte à la conduite du créancier envers le débiteur principal, qui touche une caution. Ils soutiennent toutefois que ces principes ne s'appliquent pas lorsque la conduite répréhensible du créancier vise directement la caution. Les intimés font valoir que lorsque la caution a été victime de la mauvaise foi du créancier, elle devrait être automatiquement libérée sans qu'il soit nécessaire de déterminer le préjudice qu'elle a subi. Comme je l'ai déjà dit, ce point de vue n'est pas étayé par la jurisprudence citée par la Cour d'appel ou par les intimés (*Bank of India et Wilder*), de sorte qu'il faut se demander s'il est souhaitable d'étendre ainsi l'application des principes régissant la libération des cautions. À mon avis, ça ne l'est pas.

On n'a tout simplement soumis aucune raison sérieuse de déroger à l'état actuel du droit de la manière proposée par les intimés. Une caution ne devrait être libérée de l'obligation contractée que s'il y a eu perpétration d'actes ayant une incidence quelconque sur l'amplitude du risque assumé ou sur la probabilité qu'il se matérialise. Toute autre conduite inacceptable ou répréhensible du créancier envers la caution devrait être traitée au moyen de causes d'action par ailleurs appropriées, comme le délit de tromperie ou le manquement à une obligation fiduciaire. À cet égard, les intimés ont cherché à justifier davantage la décision de la Cour d'appel d'annuler les cautionnements contestés en raison d'un manquement de la part du représentant de la banque à l'obligation fiduciaire qu'il avait envers les administrateurs de Beaver. Tout en acceptant pour les fins de la discussion que le manquement à une obligation fiduciaire dont le juge de première instance a conclu à l'existence a bel et bien eu lieu, je n'accepte pas qu'il devrait avoir l'effet que proposent les intimés. À mon avis, le juge de première instance a eu raison de conclure que le manquement à une obligation fiduciaire qu'aurait commis la banque a eu pour effet de rendre nuls la renonciation et le consentement contestés qui avaient été obtenus à l'assemblée du 4 avril 1983.

La conduite de la banque, en l'espèce, a consisté à faire des déclarations inexactes à des personnes qui étaient à la fois les dirigeants de la débitrice,

and the guarantors. The result of the misrepresentations was that these individuals consented to placing Beaver in receivership. The misrepresentations had the effect of rendering the consent thereby obtained invalid. If Beaver had not in fact been insolvent at the time the consent was obtained (a finding which is not challenged before this Court), then the ensuing demand and receivership would have constituted a breach of the principal loan agreement. However, I agree with Spencer J. that his finding that Beaver was insolvent at that time provided a justification for the Bank's calling the loan and, when Beaver failed to pay, appointing a receiver.

Spencer J. repeatedly emphasized that not only did placing Beaver in receivership not operate to the detriment of the guarantors, but in fact it was also advantageous to them. For example, he stated (at pp. 57 and 68):

Beaver . . . was bound to fail, probably before the summer. To fail sooner rather than later and apply the receivables to the bank's debt would, to that extent, save the directors and their other companies . . . from some liability on their guarantees.

Because of [the misrepresentation], the receivership probably commenced earlier than it otherwise would have done, with the result the bank was able to reduce the shortfall and therefore the liability on the guarantees by the amount recovered from the accounts receivable which would otherwise have gone to pay down Beaver's trade creditors.

The respondents argue that it is simplistic to assert that, since Beaver was insolvent, the Bank's actions did not either cause damage to or increase the risk of the guarantors. They emphasize that the guarantors were doctors and that they could have personally raised the funds so as to avoid receivership, or attempted to sell the business. In my view, these arguments cannot succeed because they are simply attempts to set aside reasonably supportable findings of facts of the trial judge. The trial judge found not only that Beaver was insolvent, but also that its failure was inevitable. He also addressed the possibility of the guarantors being able to do

Beaver, et les cautions. Les déclarations inexactes ont amené ces personnes à consentir à la mise sous séquestre de Beaver. Ces déclarations inexactes ont eu pour effet d'annuler le consentement ainsi obtenu. Si Beaver n'avait pas été vraiment insolvable à la date du consentement (une conclusion qui n'est pas contestée devant notre Cour), la demande de paiement et la mise sous séquestre qui ont suivi auraient constitué une violation du contrat de prêt principal. Je conviens toutefois avec le juge Spencer que sa conclusion que Beaver était insolvable à l'époque justifiait la banque de demander le remboursement du prêt et de nommer un séquestre par suite du défaut de paiement de Beaver.

Le juge Spencer a souligné à maintes reprises non seulement que la mise sous séquestre de Beaver n'avait pas nui aux cautions, mais encore qu'elle avait en fait été avantageuse pour eux. Il affirme, par exemple, aux pp. 57 et 68:

[TRADUCTION] . . . l'entreprise était vouée à l'échec et aurait probablement fermé ses portes avant l'été. Sa fermeture hâtive et l'emploi des comptes débiteurs pour rembourser le montant dû à la banque permettraient, dans cette mesure, de réduire la responsabilité assumée par les administrateurs et leurs autres sociétés [. . .] en vertu de leurs cautionnements.

À cause [de la déclaration inexacte], le séquestre est probablement entré en fonction plus tôt qu'il ne l'aurait fait autrement, ce qui a permis à la banque de réduire le déficit et, par conséquent, la responsabilité relative aux cautionnements du montant des comptes débiteurs perçus qui, autrement, aurait servi à payer les fournisseurs de Beaver.

Selon les intimés, il est simpliste d'affirmer que, puisque Beaver était insolvable, les actes de la banque n'ont causé aucun préjudice aux cautions et ni augmenté le risque qu'elles assumaient. Ils font valoir que les cautions étaient des médecins et qu'elles auraient pu réunir personnellement les fonds nécessaires pour éviter la mise sous séquestre, ou encore tenter de vendre l'entreprise. À mon avis, ces arguments ne sauraient être retenus, car ils constituent de simples tentatives de faire infirmer des conclusions de fait du juge de première instance que celui-ci était raisonnablement fondé à tirer. Le juge de première instance a non seulement

anything to improve this situation, stating (at p. 62):

Beaver's attempts to raise money, or be sold or find new business had met with failure. At trial, Wortman admitted it would have been difficult to find alternative financing as of April 4, 1983. . . . Although the shareholders say now they could have raised money themselves to add to the company's equity, none of them could have done so without borrowing or negotiating a sale of assets. Most of the shareholders deny that Holford or Meikle suggested that they put in more equity during the April 4 meeting, but I believe there was mention of that and that the suggestion was met with silence.

In short, what occurred in this case was that the Bank made misrepresentations which led to a consent that, as a result of Beaver's insolvency, was superfluous, and which caused no prejudice to the guarantors.

### C. Conclusion

In light of the principles that I have reviewed, I conclude that the respondents are not entitled to be discharged on their guarantees. Since the respondents have not alleged that misrepresentations were made at the time the contracts of guarantee were made (nor is there any evidence of any such misrepresentations), the passage they rely on from *Bank of India* is of no assistance to them. There was no variation of the principal contract between the Bank and Beaver. Even assuming that the Bank did breach the principal contract by giving insufficient time to Beaver to comply with the demand (which is not the case), the respondents suffered no prejudice as a result of such a breach and so *Wilder* does not help their cause. There was no material alteration to their detriment of the risk that they had assumed. In *Royal Bank of Canada v. Nobes*, *supra*, the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, held that a guarantor should not be discharged in such circumstances, even assuming there was a breach of the principal contract, because the debtor could not have complied with the demand for payment even if it had been in

conclu que Beaver était insolvable, mais encore qu'elle était vouée à l'échec. Il a également étudié la possibilité que les cautions aient été en mesure de faire quoi que ce soit pour améliorer cette situation, affirmant (à la p. 62):

[TRADUCTION] Les tentatives de Beaver de recueillir des fonds, de vendre l'entreprise ou d'attirer de nouveaux clients n'avaient pas réussi. Au procès, Wortman a reconnu qu'il aurait été difficile de trouver d'autres sources de financement le 4 avril 1983. [...] Bien que les actionnaires affirment maintenant qu'ils auraient pu réunir eux-mêmes des fonds pour augmenter les capitaux propres de la société, aucun d'eux n'aurait pu le faire sans emprunter ou négocier une vente d'actifs. La plupart d'entre eux nient qu'au cours de l'assemblée du 4 avril, Holford ou Meikle leur ait proposé d'injecter plus de capitaux propres, mais je crois qu'il en a été fait mention et que l'on n'a pas répondu à la proposition.

Bref, ce qui s'est produit en l'espèce, c'est que la banque a fait des déclarations inexactes qui ont amené les intimés à donner un consentement que l'insolvabilité de Beaver rendait superflu et qui n'a causé aucun préjudice aux cautions.

### C. Conclusion

Compte tenu des principes que j'ai examinés, je conclus que les intimés n'ont pas le droit d'être libérés de leurs cautionnements. Comme les intimés n'ont pas soutenu que la banque avait fait des déclarations inexactes au moment de la conclusion des contrats de cautionnement (et il n'existe pas non plus de preuve que de telles déclarations inexactes ont été faites), l'extrait de la décision *Bank of India* qu'ils invoquent ne leur est d'aucun secours. Le contrat principal conclu entre la banque et Beaver n'a pas été modifié. Même à supposer que la banque ait violé le contrat principal en n'accordant pas à Beaver un délai suffisant pour satisfaire à la demande de remboursement (ce qui n'est pas le cas), cette violation n'a causé aucun préjudice aux intimés et ainsi l'arrêt *Wilder* ne leur est d'aucune utilité. Le risque qu'ils avaient assumé n'a pas été modifié sensiblement à leur détriment. Dans l'affaire *Royal Bank of Canada c. Nobes*, précitée, la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a jugé que, dans de telles circonstances, il n'y a pas lieu de libérer la caution même en supposant qu'il y a eu violation



accordance with the contract. The same argument applies *a fortiori* where not only could the debtor not have complied with the demand for payment, but also any breach of the contract by way of insufficient time to pay subsequent to the demand actually increased the value of the security held by the creditor and reduced the risk assumed by the guarantors.

I therefore conclude that the respondents should not be discharged from their guarantees.

#### V. Disposition

Accordingly the appeal is allowed, the judgment of the British Columbia Court of Appeal dismissing the appellant's claim against the respondents on their guarantees is set aside, and the judgment of the trial judge is restored. The cross-appeal is dismissed.

Under the circumstances, the parties should bear their own costs in this Court and in the British Columbia Court of Appeal. I would not disturb the orders made by Spencer J. with respect to costs at trial.

*Appeal allowed and cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Davis & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: Davis, Gourlay, Spencer, Slade, West Vancouver; Sugden, McFee & Roos, Vancouver.*

du contrat principal, car le débiteur n'aurait pas pu se conformer à une demande de remboursement, même faite conformément au contrat. Le même argument s'applique à plus forte raison lorsque le débiteur n'aurait pas pu satisfaire à la demande de remboursement et qu'en plus une violation du contrat, commise en accordant un délai insuffisant pour payer suite à cette demande, a réellement augmenté la valeur de la garantie détenue par le créancier et réduit le risque assumé par les cautions.

Je conclus donc qu'il n'y a pas lieu de libérer les intimés de leurs cautionnements.

#### V. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejetant l'action de l'appelante contre les intimés, fondée sur les cautionnements qu'ils avaient consentis, est infirmé et la décision du juge de première instance est rétablie. Le pourvoi incident est rejeté.

Il y a lieu, dans les circonstances, que chaque partie assume ses propres dépens en notre Cour et en Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Je suis d'avis de ne pas modifier les ordonnances du juge Spencer concernant les dépens au procès.

*Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs de l'appelante: Davis & Company, Vancouver.*

*Procureurs des intimés: Davis, Gourlay, Spencer, Slade, Vancouver ouest; Sugden, McFee & Roos, Vancouver.*

**D.A.Z. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. Z. (D.A.)

File No.: 22620.

1992: April 28.

Rehearing: 1992: June 9; 1992: September 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Young offenders — Definition of “young person” — Accused alleged to have committed offence while under age of 18 — Accused making inculpatory statement when over 18 — Whether provision governing admissibility of statements made by young persons to persons in authority applies — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 2(1), 56(2).*

The accused was charged under the *Young Offenders Act* with theft. He was 17 years old at the time of the alleged offence. He voluntarily made an inculpatory written statement to a person in authority after having been cautioned and advised of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He was 18 when he made the statement. The police treated him as an adult and did not advise him that he had a right to have an adult person in attendance when he made the impugned statement. Section 56(2) of the Act provides that a statement given by a young person to a person in authority is not admissible unless certain conditions are met, including the requirement that the young person be advised of his right to have an adult person in attendance when making the statement. A young person is defined in s. 2 as a person between the ages of 12 and 18 and, “where the context requires”, includes any person charged with having committed an offence while a young person. The trial judge ruled that the accused was entitled to the protection afforded by s. 56(2) and that the statement was therefore inadmissible. Since the only evidence against the accused was this statement, the

**D.A.Z. Appelant**

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. Z. (D.A.)

<sup>b</sup> N° du greffe: 22620.

1992: 28 avril.

Nouvelle audition: 1992: 9 juin; 1992: 24 septembre.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci.

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

<sup>d</sup> *Droit criminel — Jeunes contrevenants — Définition de «adolescent» — Infraction alléguée commise quand l'accusé avait moins de 18 ans — Accusé ayant fait une déclaration incriminante après avoir eu ses 18 ans — La disposition concernant l'admissibilité de déclarations faites par des adolescents à des personnes en autorité s'applique-t-elle? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 2(1), 56(2).*

<sup>e</sup> L'appelant a été accusé de vol en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Au moment de l'infraction reprochée, l'appelant était âgé de 17 ans. Il a volontairement fait par écrit une déclaration incriminante à une personne en autorité après avoir été mis en garde et avisé des droits que lui confère la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant était âgé de 18 ans lorsqu'il a fait la déclaration. Les policiers l'ont traité comme un adulte et ne l'ont pas avisé de son droit à la présence d'un adulte lorsqu'il a fait la déclaration contestée. Le paragraphe 56(2) de la Loi prévoit qu'une déclaration faite par un adolescent à une personne en autorité n'est admissible que si certaines conditions sont remplies, dont l'exigence que l'adolescent soit informé de son droit à la présence d'un adulte lorsqu'il fait une déclaration. L'article 2 de la Loi définit l'adolescent comme une personne ayant entre 12 et 18 ans et, «lorsque le contexte l'exige», ce mot comprend une personne accusée d'avoir commis une infraction alors qu'elle était adolescente. Le juge du procès a conclu que l'accusé avait droit à la protection du par. 56(2) et que, par conséquent, la déclaration n'était pas admissible. La déclaration incriminante constituant le seul élément de preuve contre l'accusé, ce dernier a été acquitté. La cour d'ap-

accused was acquitted. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial.

*Held* (Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Cory JJ.: Section 56(2) of the *Young Offenders Act* does not apply to statements made by an accused 18 years of age or older. Both the express words used by Parliament and the overall scheme and purpose of the Act support this conclusion. The term "young person" is defined in s. 2 as a person at least 12 years old but under 18. The definition is further extended to include any person charged under the Act with having committed an offence while between the ages of 12 and 18, but only "where the context requires". The ordinary meaning of the words "where the context requires" must be given due effect as words of limitation in this case. In defining "young person" as it has done, Parliament has expressly left it with the courts to consider whether the context in which the term is used requires that it be interpreted to include an accused over the age of 18. Neither s. 5(1) nor s. 5(3) of the Act mandates that the term "young person" in s. 56(2) be interpreted to include an adult accused.

Interpreting the words "where the context requires" as words of limitation further accords with the very nature and purpose of the Act, which was enacted specifically to provide for a system to deal with youths separate and distinct from that in place for adults. The concern over ensuring that all accused are similarly held accountable for the mistakes of their youth does not dictate that all of the special protections afforded under the Act apply regardless of the age of an accused. In enacting certain of the Act's special protections, Parliament has sought to address concerns specific to a youth rather than an adult.

There is clearly nothing underlying the purpose of s. 56(2) requiring its application to an adult accused. The aim of s. 56 is to protect adolescents who, by virtue of their lack of maturity, are not likely to fully appreciate their legal rights and the consequences of making a statement to the police. These concerns do not arise with respect to an accused over the age of 18. No further protection beyond that already afforded under the *Charter* and the common law is necessary to ensure that any statement made by an adult accused is truly voluntary. As such, the context of s. 56(2) does not require that the

pel a accueilli l'appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt* (les juges Gonthier et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Cory: Le paragraphe 56(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ne s'applique pas aux déclarations faites par un accusé âgé de 18 ans ou plus. Tant les termes exprès utilisés par le législateur que l'esprit et l'objet généraux de la Loi appuient cette conclusion. «Adolescent» est défini à l'art. 2 comme une personne âgée d'au moins 12 ans et n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans. La définition vise en outre toute personne accusée aux termes de la Loi d'avoir commis une infraction alors qu'elle était âgée de 12 à 18 ans mais seulement «lorsque le contexte l'exige». Il faut donner à l'expression «lorsque le contexte l'exige» son sens ordinaire de restriction en l'espèce. En définissant le terme «adolescent» de cette manière, le législateur a expressément laissé aux tribunaux le soin d'examiner si le contexte dans lequel ce terme est utilisé exige qu'il soit interprété de manière à inclure un accusé de plus de 18 ans. Ni le par. 5(1) ni le par. 5(3) de la Loi n'exigent que le mot «adolescent» au par. 56(2) soit interprété de façon à inclure un accusé adulte.

Interpréter l'expression «lorsque le contexte l'exige» comme une restriction est conforme à la nature même et à l'objet de la Loi qui a été adoptée précisément pour assurer aux adolescents un système séparé et distinct de celui en place pour les adultes. La préoccupation visant à assurer que tous les accusés soient tenus responsables de la même façon pour les erreurs commises au cours de leur adolescence n'exige pas que toutes les protections spéciales conférées aux termes de la Loi s'appliquent peu importe l'âge de l'accusé. En adoptant certaines des protections spéciales énoncées dans la Loi, le législateur visait des préoccupations qui se rapportent précisément aux adolescents plutôt qu'aux adultes.

Rien dans l'objet du par. 56(2) n'exige qu'il s'applique à un accusé adulte. L'article 56 a pour but de protéger des adolescents qui, en raison de leur manque de maturité, ne sont probablement pas en mesure d'évaluer pleinement les droits que leur confère la loi et les conséquences d'une déclaration faite à des policiers. Aucune de ces préoccupations ne concerne un accusé âgé de plus de 18 ans. Aucune autre protection que ce que la *Charte* et la common law confèrent déjà n'est nécessaire pour veiller à ce qu'une déclaration faite par un accusé adulte soit véritablement volontaire. Le contexte du

term “young person” therein be interpreted to include a person over the age of 18.

*Per Gonthier and Iacobucci JJ. (dissenting):* A young person is defined by s. 2 of the Act as a person between the ages of 12 and 18, and, where the context requires, includes any person charged with having committed an offence while a young person. The first part of the definition, the time element, merely refers to numerical age, while the second part, the status element, tells us at what point the time element is to be measured, that is, at what stage of the process a person must be within the parameters of the time element in order to have the status of a young person under the Act. The status element of the definition is preceded by the words “where the context requires”. This clearly means that sometimes the words “young person” will be used in the Act in a way that only involves the time element, and sometimes will be used in a way that includes the status element, and it is the context that is to tell us which is which.

“Context” does not refer to the general purposes of the Act. The phrase “where the context requires” is really nothing more than a plain language version of an old drafter’s tool, “*mutatis mutandis*”. The relevant context is the technical or grammatical context, as befits a technical aid in drafting. To rest the whole crux of the policy of the Act with regard to transitional offenders on “where the context requires” puts more weight on those words than they can reasonably bear. The assumption that Parliament has said nothing concerning the scheme that ought to be applied to transitional offenders and has left the construction of that scheme to the courts is simply wrong. Section 5 clearly provides that transitional offenders are to receive the full benefit of the provisions of the Act, with only two exceptions, namely the system of military courts and the possibility of transfer to adult court. Section 5 is a much better guide to the intention of Parliament with regard to transitional offenders than s. 2. It clearly addresses the policy issue at the heart of this case, which is how to draw the line in giving special protection to young offenders, and clearly offers all the protections of the Act to the transitional offender.

There is nothing in the grammatical context of s. 56(2) to suggest that its use of “young person” is limited to the time element. Parliament has decided to extend this protection to transitional offenders. Subject

par. 56(2) n’exige pas que le terme «adolescent» qu’il contient soit interprété de manière à viser une personne âgée de plus de 18 ans.

*Les juges Gonthier et Iacobucci (dissidents):* L’article 2 de la Loi définit l’adolescent comme une personne ayant entre 12 et 18 ans et, lorsque le contexte l’exige, ce mot comprend une personne accusée d’avoir commis une infraction alors qu’elle était adolescente. La première partie de la définition, l’élément temps, vise simplement l’âge. La seconde, l’élément statut, indique à quel moment l’élément temps doit être mesuré, c’est-à-dire à quelle étape du processus une personne doit s’inscrire dans le cadre de l’élément temps pour se prévaloir du statut d’adolescent aux termes de la Loi. L’élément «statut» de la définition est précédé de l’expression «lorsque le contexte l’exige». De toute évidence, cette expression signifie que le terme «adolescent» sera utilisé dans la Loi parfois d’une façon qui ne comporte que l’élément «temps» et parfois de manière à comprendre l’élément «statut», et cette utilisation sera déterminée par le contexte.

Le terme «contexte» ne renvoie pas aux fins générales de la Loi. L’expression «lorsque le contexte l’exige» n’est rien d’autre qu’une version en langage courant de l’ancien outil des rédacteurs qu’est la maxime «*mutatis mutandis*». Le contexte pertinent est le contexte technique ou grammatical, comme il sied à une aide technique en rédaction. Si l’on fait reposer tout le principe de la Loi en ce qui concerne les contrevenants en transition sur l’expression «lorsque le contexte l’exige», on lui accorde tout simplement plus d’importance qu’elle peut raisonnablement en avoir. L’hypothèse selon laquelle le législateur n’a rien dit au sujet du régime qui devrait s’appliquer aux contrevenants en transition et en a confié l’interprétation aux tribunaux est tout simplement erronée. L’article 5 prévoit clairement que les contrevenants en transition bénéficient pleinement des dispositions de la Loi sauf dans deux cas, c’est-à-dire le système des tribunaux militaires et la possibilité de renvoi à un tribunal pour adultes. L’article 5 est un bien meilleur guide que l’art. 2 de l’intention du législateur relativement aux contrevenants en transition. Il porte clairement sur la question de principe au cœur du présent pourvoi, qui est de savoir où établir la limite de la protection spéciale accordée aux jeunes contrevenants, et il accorde clairement toutes les protections de la Loi au contrevenant en transition.

Le contexte grammatical du par. 56(2) ne donne nullement à penser que l’utilisation du terme «adolescent» se limite à l’élément temps. Le législateur a décidé d’étendre cette protection aux contrevenants en transi-

to the *National Defence Act*, Parliament has entrusted the youth court with exclusive jurisdiction over anyone who has the status of a young person and that person is entitled to all the benefits of the Act until such time as the matter is disposed of by the youth court or the person is transferred to adult court.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Not followed:** *R. v. P. (J.)* (1989), 53 C.C.C. (3d) 24; **followed:** *R. v. G.R.J.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 471; **referred to:** *R. v. Ly* (1991), 73 Man. R. (2d) 294; *R. v. K.F.* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 238; *R. v. J. (J.T.)*, [1990] 2 S.C.R. 755; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618.

By Gonthier J. (dissenting)

*R. v. P. (J.)* (1989), 53 C.C.C. (3d) 24; *R. v. J. (J.T.)*, [1990] 2 S.C.R. 755.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 334(b).  
*Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 2(1) "young person", 3, 5, 56 [am. c. 24 (2nd Supp.), s. 38].

### Authors Cited

Bala, Nicholas. "The Young Offenders Act: A Legal Framework". In Joe Hudson, Joseph P. Hornick and Barbara A. Burrows, eds., *Justice and The Young Offender in Canada*. Toronto: Wall & Thompson, 1988.

Bala, Nicholas and Heino Lilles. *Young Offenders Service*, vol. 2. Edited by Priscilla Platt. Scarborough: Butterworths, 1984.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1992.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Pearson, John C. "Section 56(2) of the Young Offenders Act: Forever Young?" (1990), 76 C.R. (3d) 389.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 117 A.R. 75, 2 W.A.C. 75, 82 Alta. L.R. (2d) 193, 66 C.C.C. (3d) 441, setting aside the accused's acquittal by Landerkin Prov. Ct. J. (1990), 114 A.R. 321, 115 A.R. 354, on a

tion. Sous réserve de la *Loi sur la défense nationale*, le législateur a conféré au tribunal pour adolescents la compétence exclusive à l'égard de toute personne ayant le statut d'adolescent, et cette personne bénéficie des dispositions de la Loi jusqu'à ce que l'affaire soit réglée par le tribunal pour adolescents ou jusqu'à ce que la personne soit renvoyée à un tribunal pour adultes.

### Jurisprudence

<sup>b</sup> Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt non suivi:** *R. c. P. (J.)* (1989), 73 C.R. (3d) 205; **arrêt suivi:** *R. c. G.R.J.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 471; **arrêts mentionnés:** *R. c. Ly* (1991), 73 Man. R. (2d) 294; *R. c. K.F.* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 238; *R. c. J. (J.T.)*, [1990] 2 R.C.S. 755; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

<sup>d</sup> *R. c. P. (J.)* (1989), 73 C.R. (3d) 205; *R. c. J. (J.T.)*, [1990] 2 R.C.S. 755.

### Lois et règlements cités

<sup>e</sup> *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 334(b).  
*Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 2(1) «adolescent», 3, 5, 56 [mod. ch. 24 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 38].

### <sup>f</sup> Doctrine citée

Bala, Nicholas. «The Young Offenders Act: A Legal Framework». In Joe Hudson, Joseph P. Hornick and Barbara A. Burrows, eds., *Justice and The Young Offender in Canada*. Toronto: Wall & Thompson, 1988.

Bala, Nicholas and Heino Lilles. *Young Offenders Service*, vol. 2. Edited by Priscilla Platt. Scarborough: Butterworths, 1984.

<sup>h</sup> Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

<sup>i</sup> Pearson, John C. «Section 56(2) of the Young Offenders Act: Forever Young?» (1990), 76 C.R. (3d) 389.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 117 A.R. 75, 2 W.A.C. 75, 82 Alta. L.R. (2d) 193, 66 C.C.C. (3d) 441, qui a annulé l'acquiescement de l'accusé prononcé par le juge Landerkin de la Cour provinciale (1990),

charge of theft and ordering a new trial. Appeal dismissed, Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting.

*James R. Ferguson*, for the appellant.

*Earl C. Wilson, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J.—This appeal raises the question of whether s. 56(2) of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1 (the “Act”) applies to an accused alleged to have committed an offence while under the age of 18 but making an inculpatory statement when 18 years of age or older. Subsection 56(2) governs the admissibility of written or oral statements made by a young person to a peace officer or other person who is, in law, a person in authority. This provision essentially provides that such statements are not admissible unless the prerequisite conditions set out in s. 56(2) have been fully satisfied. There are conflicting appellate court decisions from Manitoba and Quebec on the application of this provision to statements made by an adult accused regarding alleged offences committed prior to adulthood.

### Facts

The facts in this case are not in dispute. The appellant was charged under the Act with theft under one thousand dollars contrary to s. 334(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The appellant is alleged to have stolen two lights from a gas station on April 15, 1989. At the time of the alleged offence, the appellant was 17 years old. On February 9, 1990, the appellant voluntarily made an inculpatory written statement to a “person in authority” after having been cautioned and advised of his *Charter* rights. The appellant was 18 years old when he made the impugned statement and the police treated him as an adult. As such, he was not advised of his right to have an adult person in

114 A.R. 321, 115 A.R. 354, sur l'accusation de vol et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le pourvoi est rejeté, les juges Gonthier et Iacobucci sont dissidents.

*James R. Ferguson*, pour l'appellant.

*Earl C. Wilson, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il s'agit en l'espèce de déterminer si le par. 56(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1 (la «Loi») s'applique à un accusé qui aurait commis une infraction alors qu'il était âgé de moins de 18 ans mais qui a fait une déclaration incriminante lorsqu'il était âgé de 18 ans ou plus. Le paragraphe 56(2) régit l'admissibilité des déclarations orales ou écrites faites par un adolescent à un agent de la paix ou à toute autre personne en autorité d'après la loi. Cette disposition prévoit essentiellement que de telles déclarations ne sont pas admissibles en preuve, sauf si les conditions préalables qui y sont énoncées ont été entièrement remplies. Il existe des arrêts contradictoires des cours d'appel du Manitoba et du Québec quant à l'application de cette disposition à des déclarations faites par un accusé adulte relativement à des infractions qui auraient été commises pendant l'adolescence.

### Les faits

Les faits en l'espèce ne sont pas contestés. L'appellant a été accusé en vertu de la Loi de vol de moins de mille dollars en contravention de l'al. 334b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. On reproche à l'appellant d'avoir volé deux ampoules électriques à une station-service le 15 avril 1989. Au moment de l'infraction reprochée, l'appellant était âgé de 17 ans. Le 9 février 1990, il a volontairement fait par écrit une déclaration incriminante à une «personne en autorité» après avoir été mis en garde et avisé des droits que lui confère la *Charte*. L'appellant était âgé de 18 ans lorsqu'il a fait la déclaration contestée, et les policiers l'ont traité comme un adulte. À ce titre,

attendance when making the impugned statement. At the time the statement was made, the appellant was accused of the offence.

A *voir dire* was held regarding the admissibility of the inculpatory statement. Landerkin Prov. Ct. J. ruled that the appellant was entitled to the protections afforded under s. 56(2) and therefore the inculpatory statement was inadmissible. Following an application, the appellant was acquitted on October 18, 1990: 114 A.R. 321, 115 A.R. 354. The Crown conceded that the only evidence it had against the appellant was the inculpatory statement. The Crown appealed the acquittal on the ground that the trial judge erred in holding that s. 56(2) mandated the exclusion of the statement from evidence. On August 27, 1991, the Court of Appeal for Alberta allowed the appeal and ordered a new trial: 82 Alta. L.R. (2d) 193, 117 A.R. 75, 2 W.A.C. 75, 66 C.C.C. (3d) 441.

### Statutory Provisions

Whether s. 56(2) extends to an adult accused is strictly a matter of statutory interpretation. The relevant provisions of the Act, for the purposes of this appeal, are as follows:

2. (1) In this Act,

. . .

“young person” means a person who is or, in the absence of evidence to the contrary, appears to be twelve years of age or more, but under eighteen years of age and, where the context requires, includes any person who is charged under this Act with having committed an offence while he was a young person or is found guilty of an offence under this Act;

3. (1) It is hereby recognized and declared that

. . .

(c) young persons who commit offences require supervision, discipline and control, but, because of their state of dependency and level of development

on ne l’a pas avisé qu’il avait droit à la présence d’un adulte au moment de faire la déclaration contestée. Au moment où la déclaration a été faite, l’appelant était accusé de l’infraction.

Un voir-dire a eu lieu sur l’admissibilité de la déclaration incriminante. Le juge Landerkin de la Cour provinciale a statué que l’appelant avait droit à la protection que confère le par. 56(2) et que, par conséquent, la déclaration n’était pas admissible. Par suite d’une demande, l’appelant a été acquitté le 18 octobre 1990: 114 A.R. 321, 115 A.R. 354. Le ministère public a admis que la déclaration incriminante constituait le seul élément de preuve dont il disposait contre l’appelant. Il a interjeté appel contre l’acquittal au motif que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que le par. 56(2) exigeait que la déclaration soit exclue de la preuve. Le 27 août 1991, la Cour d’appel de l’Alberta a accueilli l’appel et a ordonné la tenue d’un nouveau procès: 82 Alta. L.R. (2d) 193, 117 A.R. 75, 2 W.A.C. 75, 66 C.C.C. (3d) 441.

### Les dispositions législatives

La question de savoir si le par. 56(2) vise un accusé adulte relève strictement de l’interprétation législative. Voici les dispositions pertinentes de la Loi aux fins du présent pourvoi:

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

g

«adolescent» Toute personne qui, étant âgée d’au moins douze ans, n’a pas atteint l’âge de dix-huit ans ou qui, en l’absence de preuve contraire, paraît avoir un âge compris entre ces limites, ainsi que, lorsque le contexte l’exige, toute personne qui, sous le régime de la présente loi, est soit accusée d’avoir commis une infraction durant son adolescence, soit déclarée coupable d’une infraction.

3. (1) Les principes suivants sont reconnus et proclamés:

. . .

c) la situation des jeunes contrevenants requiert surveillance, discipline et encadrement; toutefois, l’état de dépendance où ils se trouvent, leur degré de déve-

and maturity, they also have special needs and require guidance and assistance;

loppement et de maturité leur créent des besoins spéciaux qui exigent conseils et assistance;

(e) young persons have rights and freedoms in their own right, including those stated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or in the *Canadian Bill of Rights*, and in particular a right to be heard in the course of, and to participate in, the processes that lead to decisions that affect them, and young persons should have special guarantees of their rights and freedoms;

e) les adolescents jouissent, à titre propre, de droits et libertés, au nombre desquels figurent ceux qui sont énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* ou dans la *Déclaration canadienne des droits*, et notamment le droit de se faire entendre au cours du processus conduisant à des décisions qui les touchent et de prendre part à ce processus, ces droits et libertés étant assortis de garanties spéciales;

(g) young persons have the right, in every instance where they have rights or freedoms that may be affected by this Act, to be informed as to what those rights and freedoms are; . . .

g) les adolescents ont le droit, chaque fois que la présente loi est susceptible de porter atteinte à certains de leurs droits et libertés, d'être informés du contenu de ces droits et libertés;

(2) This Act shall be liberally construed to the end that young persons will be dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1).

(2) La présente loi doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1).

5. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament but subject to the *National Defence Act* and section 16, a youth court has exclusive jurisdiction in respect of any offence alleged to have been committed by a person while he was a young person and any such person shall be dealt with as provided in this Act.

5. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale mais sous réserve de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 16, le tribunal pour adolescents a compétence exclusive pour toute infraction imputée à une personne et qu'elle aurait commise en cours d'adolescence; cette personne bénéficie des dispositions de la présente loi.

(3) Proceedings commenced under this Act against a young person may be continued, after he becomes an adult, in all respects as if he remained a young person.

(3) Les poursuites intentées sous le régime de la présente loi contre un adolescent peuvent, à tous égards, se continuer après qu'il a atteint l'âge adulte, comme s'il était demeuré adolescent.

56. (1) Subject to this section, the law relating to the admissibility of statements made by persons accused of committing offences applies in respect of young persons.

56. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les règles de droit concernant l'admissibilité des déclarations faites par des personnes inculpées s'appliquent aux adolescents.

(2) No oral or written statement given by a young person to a peace officer or other person who is, in law, a person in authority is admissible against the young person unless

(2) La déclaration orale ou écrite faite par un adolescent à un agent de la paix ou à toute autre personne en autorité d'après la loi, n'est pas admissible en preuve contre l'adolescent, sauf si les conditions suivantes sont remplies:

(a) the statement was voluntary;

a) la déclaration est volontaire;

(b) the person to whom the statement was given has, before the statement was made, clearly explained to the young person, in language appropriate to his age and understanding, that

b) la personne à qui la déclaration a été faite a, avant de la recueillir, expliqué clairement à l'adolescent, en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension, que:



(i) the young person is under no obligation to give a statement,

(ii) any statement given by him may be used as evidence in proceedings against him,

(iii) the young person has the right to consult another person in accordance with paragraph (c), and <sup>a</sup>

(iv) any statement made by the young person is required to be made in the presence of the person consulted, unless the young person desires otherwise; <sup>b</sup>

(c) the young person has, before the statement was made, been given a reasonable opportunity to consult with counsel or a parent, or in the absence of a parent, an adult relative, or in the absence of a parent and an adult relative, any other appropriate adult chosen by the young person; and <sup>c</sup>

(d) where the young person consults any person pursuant to paragraph (c), the young person has been given a reasonable opportunity to make the statement in the presence of that person. <sup>d</sup>

(3) The requirements set out in paragraphs (2)(b), (c) and (d) do not apply in respect of oral statements where they are made spontaneously by the young person to a peace officer or other person in authority before that person has had a reasonable opportunity to comply with those requirements. <sup>e</sup>

(4) A young person may waive his rights under paragraph (2)(c) or (d) but any such waiver shall be made in writing and shall contain a statement signed by the young person that he has been apprised of the right that he is waiving. <sup>f</sup>

(5) A youth court judge may rule inadmissible in any proceedings under this Act a statement given by the young person in respect of whom the proceedings are taken if the young person satisfies the judge that the statement was given under duress imposed by any person who is not, in law, a person in authority. <sup>g</sup>

(6) For the purpose of this section, an adult consulted pursuant to paragraph 56(2)(c) shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed not to be a person in authority. <sup>h</sup>

#### Other Provincial Appellate Decisions

In finding the appellant's written statement inadmissible, the provincial court judge essentially adopted the views of the Quebec Court of Appeal <sup>i</sup>

(i) il n'est obligé de faire aucune déclaration,

(ii) toute déclaration par lui faite pourra servir de preuve dans les poursuites intentées contre lui,

(iii) il a le droit de consulter une tierce personne conformément à l'alinéa c),

(iv) toute déclaration faite par lui doit l'être en présence de la personne consultée, sauf s'il en décide autrement;

c) l'adolescent s'est vu donner, avant de faire la déclaration, la possibilité de consulter soit son avocat soit son père ou sa mère, soit, en l'absence du père ou de la mère, un parent adulte, soit, en l'absence du père ou de la mère et du parent adulte, tout autre adulte idoine qu'il aura choisi;

d) l'adolescent s'est vu donner, au cas où il a consulté une personne conformément à l'alinéa c), la possibilité de faire sa déclaration en présence de cette personne.

(3) Les conditions prévues aux alinéas (2)b), c) et d) ne s'appliquent pas aux déclarations orales spontanées faites par l'adolescent à un agent de la paix ou à une autre personne en autorité avant que l'agent ou cette personne n'ait eu la possibilité de se conformer aux dispositions de ces alinéas.

(4) L'adolescent peut renoncer à son droit de consultation prévu aux alinéas (2)c) ou d); la renonciation doit être faite par écrit et comporter une déclaration signée par l'adolescent, attestant qu'il a été informé du droit auquel il renonce. <sup>f</sup>

(5) Dans les poursuites intentées sous le régime de la présente loi, le juge du tribunal pour adolescents peut déclarer inadmissible une déclaration faite par l'adolescent poursuivi, si celui-ci l'a convaincu que la déclaration lui a été extorquée par contrainte exercée par une personne qui n'est pas en autorité selon la loi. <sup>g</sup>

(6) Pour l'application du présent article, l'adulte consulté en application de l'alinéa 56(2)c) est réputé, sauf preuve contraire, ne pas être une personne en autorité. <sup>h</sup>

#### Autres décisions des cours d'appel provinciales

Lorsque le juge de la Cour provinciale a conclu que la déclaration de l'appelant était inadmissible, il a adopté pour l'essentiel l'opinion de la Cour

in *R. v. P. (J.)* (1989), 53 C.C.C. (3d) 24. However, the Alberta Court of Appeal preferred instead the conclusion reached by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. G.R.J.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 471. Likewise, the parties in this appeal have fashioned their submissions closely around the stated views of both the Manitoba and Quebec Courts of Appeal. Therefore, before reviewing the reasons of the courts below and my own views on this matter, it will be useful to first summarize the conflicting opinions of the Manitoba and Quebec Courts of Appeal.

(i) *R. v. G.R.J.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 471 (Man. C.A.)

The accused in this case made an inculpatory statement to the police while an adult in relation to an offence that occurred when he was 16 years old. As in the case at hand, the police gave the accused the standard caution and advised him of his right to retain and instruct counsel without delay. However, the police did not comply with all of the conditions set out in s. 56(2) of the Act. The statement was held to be inadmissible by the trial judge. The Crown appealed submitting that the trial judge erred in treating the accused as a “young person” under the Act notwithstanding that the accused was 18 years old when he gave the statement.

Monnin C.J.M., writing for the court, held the statement to be admissible. He held that in defining “young person” as it did, namely in using the words “where the context requires”, Parliament did not intend to deem all persons charged or convicted under the Act to be a “young person” for all purposes under the Act. He commented that, “[i]f that had been Parliament’s intention, it would have been a simple matter to do so in clear and unequivocal words” (p. 474). Although he found the context of other sections, such as s. 16 (transfer to ordinary court) and s. 20 (dispositions), required an adult accused to be deemed a young person, in his opinion there was nothing in the context of s. 56 requiring the same to be true for the purposes

d’appel du Québec dans l’arrêt *R. c. P. (J.)* (1989), 73 C.R. (3d) 205. Toutefois, la Cour d’appel de l’Alberta a plutôt préféré la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d’appel du Manitoba dans *R. c. G.R.J.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 471. De même, les parties au présent pourvoi ont rédigé leurs arguments en s’inspirant de très près des opinions des cours d’appel du Manitoba et du Québec. Par conséquent, avant d’examiner les motifs des tribunaux d’instance inférieure et de donner ma propre opinion sur cette question, il sera utile de résumer d’abord les opinions contraires des cours d’appel du Manitoba et du Québec.

(i) *R. c. G.R.J.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 471 (C.A. Man.)

Dans cette affaire, l’accusé a, une fois devenu adulte, fait une déclaration incriminante aux policiers relativement à une infraction qui s’était produite lorsqu’il était âgé de 16 ans. Comme en l’espèce, les policiers ont donné à l’accusé la mise en garde normale et l’ont avisé de son droit d’avoir recours aux services d’un avocat dans les plus brefs délais. Toutefois, les policiers ne se sont pas conformés à toutes les conditions établies au par. 56(2) de la Loi. Le juge du procès a conclu que la déclaration était inadmissible. Le ministère public a interjeté appel et a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en traitant l’accusé comme un «adolescent» aux termes de la Loi, nonobstant le fait qu’il était âgé de 18 ans au moment où il a fait la déclaration.

Le juge en chef Monnin du Manitoba a conclu, au nom de la cour, que la déclaration était admissible. Il a dit que lorsque le législateur a défini le terme «adolescent» comme il l’a fait, c’est-à-dire en utilisant l’expression «lorsque le contexte l’exige», il n’avait pas l’intention que toutes les personnes accusées ou déclarées coupables aux termes de la Loi soient réputées être des «adolescents» pour toutes les fins de la Loi. Il a fait remarquer que, [TRADUCTION] «[s]i telle avait été l’intention du législateur, il aurait été simple de le dire en des termes clairs et non équivoques» (à la p. 474). Bien qu’il ait conclu que d’autres articles, comme l’art. 16 (renvoi à la juridiction normalement compétente) et l’art. 20 (décisions), exigeaient par leur

of that section. Monnin C.J.M. observed that the special conditions set out in s. 56(2) are intended to protect youths between the ages of 12 and 18 who are deemed not to be in the same position to make decisions as an adult and, therefore, require the guidance and protection of a parent or other adult person. As such, he concluded at p. 474:

I am of the view that there is nothing in the context of s. 56 that requires an adult to be deemed to be a "young person". There is no apparent justification or need to extend to an adult person the protection that is accorded to a "young person" by the special requirements of s. 56. An adult, even a young adult, does not require the protective interpretation of a parent, an adult relative, or another appropriate adult. A distinction between the admissibility of the statement of an adult charged with an offence committed while he was a "young person" and that of an adult charged with a similar offence committed when he was an adult, is difficult, if not impossible, to rationalize.

Leave to appeal to this Court was denied, [1986] 1 S.C.R. x. The decision was recently followed by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Ly* (1991), 73 Man. R. (2d) 294, to find admissible statements made by an adult accused in relation to offences allegedly committed while the accused was 17 years old. Leave to appeal in *Ly, supra*, was granted by this Court on February 6, 1992, [1992] 1 S.C.R. ix. However, the appeal has yet to be heard.\*

(ii) *R. v. P. (J.)* (1989), 53 C.C.C. (3d) 24 (Que. C.A.)

The accused was charged with the commission of an indictable offence before reaching the age of 18. Six days after the accused turned 18, he gave an incriminating statement to the police. In questioning the accused, the police did not comply with s. 56(2) of the Act. The trial judge held the statement to be inadmissible and the accused was acquitted. The Court of Appeal dismissed the

\* A notice of discontinuance was filed on November 5, 1992.

contexte qu'un accusé adulte soit réputé être un adolescent, à son avis le contexte de l'art. 56 ne l'exigeait pas. Le juge en chef Monnin a souligné que les conditions spéciales prévues au par. 56(2) visent à protéger les jeunes âgés de 12 à 18 ans que l'on juge ne pas être en mesure de prendre des décisions comme les adultes et qui, par conséquent, ont besoin des conseils et de la protection de leur père ou de leur mère ou d'un autre adulte. Ainsi, il a conclu à la p. 474:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que rien dans le contexte de l'art. 56 n'exige qu'un adulte soit réputé être un «adolescent». Il n'y aucune justification ou aucun besoin apparents d'étendre à un adulte la protection qui est accordée à un «adolescent» par les conditions spéciales de l'art. 56. Un adulte, même un jeune adulte, n'a pas besoin de l'interprétation protectrice du père ou de la mère, d'un parent adulte ou d'un autre adulte. Il est difficile, voire impossible, de trouver une explication logique à une distinction entre l'admissibilité de la déclaration faite par un adulte accusé d'une infraction commise alors qu'il était un «adolescent» et celle d'un adulte accusé d'une infraction semblable commise alors qu'il était un adulte.

L'autorisation de pourvoi à notre Cour a été refusée, [1986] 1 R.C.S. x. L'arrêt a récemment été suivi par la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Ly* (1991), 73 Man. R. (2d) 294, qui a jugé admissibles les déclarations faites par un adulte accusé d'infractions qu'il aurait commises alors qu'il était âgé de 17 ans. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi à l'égard de l'arrêt *Ly*, précité, le 6 février 1992, [1992] 1 R.C.S. ix. Toutefois, le pourvoi n'a pas encore été entendu.\*

(ii) *R. c. P. (J.)* (1989), 73 C.R. (3d) 205 (C.A. Qué.)

L'accusé a été inculpé d'un acte criminel qu'il aurait commis avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans. Six jours après avoir atteint cet âge, l'accusé a fait une déclaration incriminante aux policiers. Lors de l'interrogatoire, les policiers ne se sont pas conformés au par. 56(2) de la Loi. Le juge du procès a conclu que la déclaration était inadmissible et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel a rejeté l'ap-

\* Un avis de désistement a été déposé le 5 novembre 1992.

appeal. Two concurring reasons were given by Tourigny and Fish JJ.A. Gendreau J.A. concurred with both.

Tourigny J.A. observed that s. 5(1) of the Act confers on an adult, alleged to have committed an offence while between the ages of 12 and 18, the benefit of all of the provisions of the Act. She noted that if Parliament had intended to create exceptions to this rule it would have done so explicitly. As such, in the absence of any clear and specific exceptions excluding the application of s. 56(2) to an adult accused, she held the accused should have the benefit of the safeguards afforded under s. 56. In support of her conclusion, Tourigny J.A. further noted that s. 3(2) mandates that the Act be liberally construed.

Fish J.A. agreed with the conclusion reached by Tourigny J.A. but offered the following additional reasons. Fish J.A. emphasized that, through s. 5(1), Parliament has specified that everyone charged with an offence alleged to have been committed before the accused turned 18 shall be dealt with as provided by the Act. He found nothing in the Act to suggest that Parliament intended s. 5(1) to be read other than in accordance with its clear terms. Fish J.A. further noted that, by virtue of s. 3(2), the Act mandates a liberal interpretation of its provisions so that a young person will be dealt with in accordance with the principles set out in s. 3(1). He reasoned that since s. 56(2) necessarily embraces those principles, it should be liberally construed to include any person falling within the scope of the definition of "young person". In so doing, he rejected the Crown's argument that a person over the age of 18 should be excluded from the ambit of s. 56(2) on the basis that an adult does not require the same degree of protection as a youth. Fish J.A. stated at p. 34:

To that suggestion, my short and simple reply is that *Parliament*, by ss. 3(2) and 5(1), *has expressly provided that protection to everyone charged as a young offender* and has not, by the definition of young person in s. 2,

pel. Les juges Tourigny et Fish ont rédigé des motifs concordants, et le juge Gendreau a souscrit aux motifs de ses deux collègues.

<sup>a</sup> Le juge Tourigny a fait remarquer que le par. 5(1) de la Loi confère à un adulte qui aurait commis une infraction alors qu'il était âgé de 12 à 18 ans, la possibilité de se prévaloir de toutes les dispositions de la Loi. Elle a souligné que si le législateur avait eu l'intention de créer des exceptions à cette règle, il l'aurait fait de façon explicite. Donc, en l'absence de toute exception claire et précise excluant un accusé adulte de l'application du par. 56(2), elle a conclu que l'accusé devrait pouvoir jouir des garanties conférées par l'art. 56. À l'appui de sa conclusion, le juge Tourigny a souligné en outre que le par. 3(2) exige que la Loi <sup>a</sup> fasse l'objet d'une interprétation large.

Le juge Fish a souscrit à la conclusion du juge Tourigny mais a ajouté les motifs suivants. Il a insisté sur le fait que, par le par. 5(1), le législateur a précisé que tout accusé qui aurait commis une infraction avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans doit être traité selon les dispositions de la Loi. À son avis, rien dans la Loi ne donne à entendre que le législateur a voulu que le par. 5(1) soit interprété autrement que suivant son texte clair. Le juge Fish a en outre souligné que, en vertu du par. 3(2), la Loi doit faire l'objet d'une interprétation large de manière à ce qu'un adolescent soit traité conformément aux principes énoncés au par. 3(1). Il a conclu que, puisqu'il englobe nécessairement ces principes, le par. 56(2) devait recevoir une interprétation large de manière à viser toute personne qui s'inscrit dans la définition d'«adolescent». Ce faisant, il a rejeté l'argument du ministère public selon lequel une personne âgée de plus de 18 ans devrait être exclue de la portée du par. 56(2) au motif qu'un adulte n'exige pas le même degré de protection qu'un adolescent. Le juge Fish a dit à la p. 215:

[TRADUCTION] À cette suggestion, je répons de manière succincte et simple que le législateur, par les par. 3(2) et 5(1), a expressément prévu que cette protection s'appliquerait à quiconque est accusé à titre de jeune contreve-

invited the courts to pronounce on its wisdom in doing so. [Emphasis in original.]

Fish J.A. interpreted the phrase “where the context requires” as simply providing a “necessary syntactical bridge”. In his opinion, the phrase does not provide for judicial scrutiny as to the applicability of each of the provisions in the Act. More specifically, he stated at p. 34:

By using the words “where the context requires” Parliament has simply provided a necessary syntactical bridge. It has not launched individual judges on an uncharted odyssey through the various sections of the Act to determine which of its safeguards, *in their view*, are unnecessary or inappropriate where the alleged offender is over rather than under 18.

Nor has Parliament invited a judicial *value judgment* regarding the applicability to over-age defendants of s. 56, or of the alternative measures provided in s. 4, or of the special right to counsel created by s. 11, or of the unique dispositions permitted under s. 20, or—in the name of “context”—of any other protection or safeguard provided to young persons as part of the general scheme of the Act. [Emphasis in original.]

Nevertheless, Fish J.A. held that even if one accepts the meaning ascribed to the words “where the context requires” by the Crown, he would still find s. 56(2) applicable to statements made by an adult accused. In his opinion, the context of s. 56 requires that s. 56(2) be interpreted as applying to an accused both over and under the age of 18. Fish J.A. reasoned that since “young person” in s. 56(1) must be interpreted as also referring to an adult accused charged under the Act the same must be true for the other subsections of s. 56. Fish J.A. stated at p. 35:

Does “young persons” in [s. 56(1)] not apply to the respondent? Surely it does. On what basis, then, can it be argued that other subsections have a shorter reach? Is a court to hold that “young person”, which from a grammatical point of view applies to all paragraphs in s. 56(2), includes an over-age offender for the purpose

*nant et n’a pas, par la définition d’adolescent à l’art. 2, invité les tribunaux à se prononcer sur sa sagesse à cet égard. [En italique dans l’original.]*

*Le juge Fish a interprété l’expression «lorsque le contexte l’exige» comme constituant simplement un [TRADUCTION] «enchaînement syntaxique nécessaire». À son avis, l’expression ne prévoit pas un examen judiciaire de l’applicabilité de chacune des dispositions de la Loi. Plus précisément, il a dit à la p. 215:*

[TRADUCTION] Par l’utilisation des termes «lorsque le contexte l’exige» le législateur a simplement prévu un enchaînement syntaxique nécessaire. Il n’a pas lancé les juges dans un périple sans balise à travers les divers articles de la Loi pour déterminer quelles garanties sont, *à leur avis*, inutiles et inopportunes lorsque le contrevenant a plus de 18 ans plutôt que moins que cet âge.

Le législateur n’a pas non plus invité les juges à poser un *jugement de valeur* en ce qui concerne l’application de l’art. 56 à des défendeurs qui ont dépassé l’âge maximal, des mesures de rechange prévues à l’art. 4, du droit spécial aux services d’un avocat créé par l’art. 11, des décisions spéciales permises aux termes de l’art. 20 ou, au nom du «contexte», de toute autre protection ou garantie assurée aux adolescents dans le cadre de l’esprit général de la Loi. [En italique dans l’original.]

Néanmoins, le juge Fish a conclu que même si l’on accepte le sens attribué par le ministère public à l’expression «lorsque le contexte l’exige», il serait encore d’avis de conclure que le par. 56(2) s’applique aux déclarations faites par un accusé adulte. À son avis, le contexte de l’art. 56 exige que le par. 56(2) soit interprété comme s’appliquant à la fois aux accusés de moins et de plus de 18 ans. Il était d’avis que puisque le terme «adolescent» au par. 56(1) doit être interprété comme visant également un adulte accusé aux termes de la Loi, la même conclusion devrait s’appliquer aux autres paragraphes de l’art. 56. Il a dit à la p. 216:

[TRADUCTION] Le terme «adolescents» [au par. 56(1)] ne s’applique-t-il pas à l’intimé? Il s’y applique sûrement. Alors, sur quel fondement peut-on soutenir que les autres paragraphes ont une portée plus restreinte? Un tribunal peut-il conclure que le terme «adolescent» qui, d’un point de vue grammatical, s’applique à tous les ali-

of s-s. (2)(a) but not for the purpose of s-s. (2)(b), (c) or (d)?

The specific subsections to which the Crown refers must be read in the context of s. 56(1), which clearly uses "young persons" in a sense applicable to offenders under and over 18. That context would thus require that "young person" in s-ss. (2)(c), (2)(d) and (4) be given the same meaning. The Crown's submission therefore fails even if the definition of "young person" in s. 2 is interpreted as the Crown urges. [Emphasis in original.]

Fish J.A. agreed with the Manitoba Court of Appeal that it was difficult to rationalize different rules for the admissibility of statements made by persons of the same age. However, he noted that it was equally difficult, and counter to common sense, to say that the accused in that case was not entitled to the same protection he had been entitled to just six days earlier. Fish J.A. observed that while Parliament has drawn a distinction between young and adult offenders, it also has ensured that adults, alleged to have committed an offence while under the age of 18, will be dealt with as a young person. In this regard, he commented, at p. 35:

Any line drawn between young and adult offenders, I again acknowledge, is necessarily arbitrary and some anomaly is an inevitable result. It is one thing, however, to accept an anomalous but inevitable result dictated by clear law; it is quite another to deprive a young defendant of a procedural safeguard which is part of the legal system to which he has been expressly made subject. [Emphasis in original.]

Finally, Fish J.A. raised s. 5(3) in support of his position that the Act creates a single regime applicable to everyone alleged to have committed an offence while under the age of 18. He interpreted the words "in all respects", found in s. 5(3), as ensuring a person charged while under the age of 18 the protection of s. 56 in respect of any statement he might give after he becomes an adult. In his opinion, it would make no sense to deny a per-

néas du par. 56(2), vise un contrevenant de plus de 18 ans aux fins de l'al. (2)a) mais non aux fins des al. (2)b), c) ou d)?

Les paragraphes précis que mentionne le ministère public doivent être interprétés dans le contexte du par. 56(1), qui utilise clairement le terme «adolescents» dans un sens qui s'applique aux contrevenants âgés de moins et de plus de 18 ans. En vertu de ce contexte, il serait par conséquent nécessaire de donner le même sens au terme «adolescent» aux al. (2)c), (2)d) et au par. (4). Par conséquent on ne peut faire droit à l'argument du ministère public même si la définition d'«adolescent» donnée à l'art. 2 est interprétée comme l'entend le ministère public. [En italique dans l'original.]

Le juge Fish a convenu avec la Cour d'appel du Manitoba qu'il était difficile de justifier des règles différentes pour l'admissibilité de déclarations faites par des personnes du même âge. Toutefois, il a souligné qu'il était également difficile, voire contraire au bon sens, de dire que l'accusé dans cette affaire n'avait pas droit à la même protection à laquelle il avait droit six jours plus tôt. Le juge Fish a fait remarquer que bien que le législateur ait établi une distinction entre les contrevenants adultes et adolescents, il a également fait en sorte que l'adulte qui aurait commis une infraction alors qu'il était âgé de moins de 18 ans soit traité comme un adolescent. À cet égard, il a dit à la p. 216:

[TRADUCTION] Je reconnais encore une fois que toute distinction établie entre les contrevenants adultes et adolescents est nécessairement arbitraire et il en résulte inévitablement une certaine anomalie. Toutefois, c'est une chose d'admettre un résultat anormal mais inévitable qui découle d'une loi claire; c'en est une tout autre de priver un jeune contrevenant d'une garantie procédurale qui s'inscrit dans un système juridique auquel il a été expressément assujéti. [En italique dans l'original.]

Enfin, le juge Fish s'est appuyé sur le par. 5(3) pour dire que la Loi crée un seul régime qui s'applique à quiconque aurait commis une infraction alors qu'il était âgé de moins de 18 ans. Il a interprété l'expression «à tous égards» au par. 5(3) comme assurant à une personne accusée alors qu'elle était âgée de moins de 18 ans la protection de l'art. 56 relativement à toute déclaration qu'il pourrait faire une fois devenu adulte. À son avis, il

son the same protection merely because he was charged after he had turned 18. Moreover, he added that if "young person" is interpreted as suggested by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. G.R.J.*, *supra*, grammatically, s. 5(3) would not make sense.

The reasons of the Quebec Court of Appeal were followed in *R. v. K.F.* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 238 (Nfld. Prov. Ct.) to find statements made by an accused over the age of 18 inadmissible. The judge in that case reasoned that s. 5(1) confers on a young person, who has become an adult, the benefit of all of the provisions within the Act, including s. 56, except where the Act itself provides for clear and specific exceptions.

#### Judgments Below

(i) *Provincial Court of Alberta, Youth Division* (1990), 114 A.R. 321

Landerkin Prov. Ct. J. examined the contrasting views of the Manitoba and Quebec Courts of Appeal and found the reasoning of Fish J.A. in *R. v. P. (J.)*, *supra*, to be persuasive. He highlighted that s. 5(1) provides that any person alleged to have committed an offence while between the ages of 12 and 18 shall "be dealt with as provided in this Act." As such, he held that any reference to "young person" in the Act necessarily includes an adult accused of such an offence. He further referred to the wording of s. 5(3), particularly the phrase "in all respects", in support of his interpretation of the applicability of the whole of the Act to an accused over the age of 18.

Landerkin Prov. Ct. J. agreed with Fish J.A. that the words "where the context requires" merely provide a "syntactical bridge", adding further that these words are necessary because of the very nature of the Act itself and, in particular, s. 5 of the Act. In this regard, he commented that Parliament added the words "where the context requires" to take into account the two exceptions to a youth court's exclusive jurisdiction, namely, matters

ne serait pas logique de refuser à une personne la même protection simplement parce qu'elle a été accusée après avoir atteint l'âge de 18 ans. Qui plus est, il a ajouté que si le terme «adolescent» est interprété comme le propose la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R. c. G.R.J.*, précité, le par. 5(3) n'aurait plus de sens grammaticalement.

Les motifs de la Cour d'appel du Québec ont été suivis dans l'arrêt *R. c. K.F.* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 238 (C.P.T.-N.), où l'on conclut à l'inadmissibilité des déclarations faites par un accusé âgé de plus de 18 ans. Le juge dans cette affaire était d'avis que le par. 5(1) confère à un adolescent, qui est devenu un adulte, l'avantage de toutes les dispositions de la Loi, incluant l'art. 56, sauf lorsque la Loi elle-même prévoit des exceptions claires et précises.

#### Jugements des tribunaux d'instance inférieure

(i) *Cour provinciale de l'Alberta, Section de la jeunesse* (1990), 114 A.R. 321

Le juge Landerkin a examiné les opinions contraires des cours d'appel du Manitoba et du Québec et a conclu que les motifs du juge Fish dans l'arrêt *R. c. P. (J.)*, précité, étaient convaincants. Il a souligné que le par. 5(1) prévoit que toute personne qui aurait commis une infraction alors qu'elle était âgée de 12 à 18 ans «bénéficie des dispositions de la présente loi.» Cela étant, il a conclu que toute mention d'«adolescent» dans la Loi comprend nécessairement un adulte accusé d'une telle infraction. Il a invoqué en outre le texte du par. 5(3), particulièrement l'expression «à tous égards», à l'appui de son interprétation en faveur de l'applicabilité de l'ensemble de la Loi à un accusé âgé de plus de 18 ans.

Le juge Landerkin a convenu avec le juge Fish que les termes «lorsque le contexte l'exige» représentent simplement un «enchaînement syntaxique», et il a en outre ajouté que ces termes sont nécessaires en raison de la nature même de la Loi et en particulier de son art. 5. À cet égard, il a dit que le législateur a ajouté les termes «lorsque le contexte l'exige» pour tenir compte des deux exceptions à la compétence exclusive du tribunal

coming under the *National Defence Act* and transfers under s. 16 of the Act and the fact that the protection afforded under s. 56(2) would not arise in either case. In so holding, he distinguished this Court's decision in *R. v. J. (J.T.)*, [1990] 2 S.C.R. 755, on the grounds that the issue of the applicability of s. 56 to ordinary court proceedings was merely assumed by this Court, without any argument on the point, thereby leaving the issue open. In his opinion, s. 16 transfers provide a means by which any "anomalous" results arising from applying s. 56(2) to a now adult accused could be alleviated.

Landerkin Prov. Ct. J. concluded that the Act required that the appellant be dealt with, in all respects, as provided within the Act. As such, since the impugned statement was taken contrary to certain of the conditions set out in s. 56(2), the statement was held to be inadmissible. The appellant was acquitted of the charge.

(ii) *Court of Appeal of Alberta* (1991), 66 C.C.C. (3d) 441

Kerans J.A., writing for the court, also examined the contrasting views of the Manitoba and Quebec Courts of Appeal and expressed his preference for the conclusion drawn by the Manitoba Court of Appeal. Kerans J.A. noted that s. 5(1) of the Act was not determinative of the issue since it merely required that an accused be dealt with "as provided" in the Act. Therefore, in determining what was provided in the Act for an adult accused, one was left to consider the other provisions within the Act including the definition of the term "young person". Kerans J.A. dismissed the argument that the words "where the context requires" merely serve as a "syntactical bridge". Rather, he interpreted these words to be equivalent to the expression "*mutatis mutandis*" and further noted that the presence of these words indicates that the deeming provision cannot sensibly work in some circumstances. In failing to expressly specify those exact circumstances within the Act, Kerans J.A. observed that Parliament left it to the courts to

pour adolescents, c'est-à-dire les questions qui relèvent de la *Loi sur la défense nationale* et les renvois aux termes de l'art. 16 de la Loi, ainsi que du fait que la protection accordée par le par. 56(2) ne s'appliquerait pas dans ces cas. Ainsi, il a établi une distinction d'avec l'arrêt de notre Cour *R. c. J. (J.T.)*, [1990] 2 R.C.S. 755, sur le fondement que la question de l'applicabilité de l'art. 56 aux procédures de la juridiction normalement compétente était simplement présumée par notre Cour, sans argument sur ce point, et qu'elle ne s'était donc pas prononcée sur la question. À son avis, les renvois prévus à l'art. 16 permettent d'atténuer toute conséquence «anormale» résultant de l'application du par. 56(2) à un accusé devenu adulte.

Le juge Landerkin a conclu que la Loi exige que l'appelant soit traité, à tous égards, selon ses dispositions. Ainsi, étant donné que la déclaration en litige a été obtenue contrairement à certaines des conditions prévues au par. 56(2), elle a été jugée inadmissible. L'appelant a été acquitté.

(ii) *Cour d'appel de l'Alberta* (1991), 66 C.C.C. (3d) 441

Le juge Kerans, au nom de la cour, a également examiné les opinions contraires des cours d'appel du Manitoba et du Québec et a préféré la conclusion adoptée par la Cour d'appel du Manitoba. Il a fait remarquer que le par. 5(1) de la Loi n'est pas déterminant en ce qui concerne la question puisqu'il exige simplement qu'un accusé bénéficie «des dispositions» de la Loi. Par conséquent, pour déterminer les dispositions de la Loi dont bénéficie un accusé adulte, il faut en examiner les autres dispositions, y compris la définition du terme «adolescent». Le juge Kerans a rejeté l'argument selon lequel l'expression «lorsque le contexte l'exige» sert simplement d'«enchaînement syntaxique». Il a plutôt interprété ces termes comme équivalant à l'expression «*mutatis mutandis*» et a en outre fait remarquer que la présence de ces termes indique que la présomption ne peut raisonnablement s'appliquer dans certaines circonstances. Il a fait remarquer que, comme le législateur a omis de préciser de façon expresse ces circonstances dans



determine whether the deeming provision should apply to s. 56.

Kerans J.A. expressed the view that, in interpreting a statute, words should be interpreted in a manner that best fits the object of the statute provided that the words are capable of reasonably bearing that construction. Kerans J.A. noted that the mischief s. 56 was intended to address was the immaturity of young persons and their vulnerability during questioning. In determining at what age one could assume that a person was mature enough not to need this special protection, Kerans J.A. observed that the debate in Parliament centred on whether the age of adulthood, for purposes of the Act, should be lower than 18 and not whether it extended beyond that age. Moreover, he drew from this Court's decision in *R. v. J. (J.T.)*, *supra*, the view that Parliament had accepted 18 as the cut-off age for deemed immaturity.

Kerans J.A. returned to s. 5(1) of the Act and held that provision was largely directed towards dealing with the possibility that the authorities might attempt to defeat the scheme of the Act by delaying charging an accused until he reached the age of 18. However, he held that it did not necessarily follow that s. 5(1) was also intended to ensure the continued application of all of the special protections provided under the Act. Kerans J.A. stated at pp. 446-47:

I therefore conclude that s. 5(1) assures those nearing the age of 18 that, if by chance or design they slip across that line before charge, they nevertheless can benefit from the special rules about disposition in the Act.

It does not follow that they also can expect all the special protection in the Act. P. Platt, in *Young Offenders Law in Canada* (Toronto: Butterworths, 1989) at p. 2-1, suggests that one can classify the operating principles of the Act, and it seems to me also its special protection rules, into two groups: accountability and due process. The accountability aspect leads to special rules about dispositions for young offenders, and the due process side leads to special rules to assure due process for

la Loi, il a laissé aux tribunaux le soin de déterminer si la présomption devrait s'appliquer à l'art. 56.

Selon le juge Kerans, les termes d'une loi devraient être interprétés de la manière qui convient le mieux à l'objet de la loi, à la condition qu'ils puissent raisonnablement soutenir une telle interprétation. Le juge Kerans a souligné que le problème auquel visait à remédier l'art. 56 était l'immatunité des adolescents et leur vulnérabilité lors d'un interrogatoire. Pour déterminer l'âge auquel on peut présumer qu'une personne a la maturité suffisante pour ne pas avoir besoin de cette protection spéciale, le juge Kerans a fait remarquer que le débat au Parlement portait sur la question de savoir si l'âge adulte aux fins de la Loi devait être inférieur à 18 ans et non pas de savoir s'il devait être augmenté au-delà de cet âge. Qui plus est, il a déduit de l'arrêt de notre Cour *R. c. J. (J.T.)*, précité, que le Parlement avait accepté l'âge de 18 ans comme la limite pour la présomption d'immatunité.

Le juge Kerans est revenu au par. 5(1) de la Loi et a conclu que la disposition portait principalement sur la possibilité que les autorités tentent de contourner l'esprit de la Loi en négligeant d'accuser une personne avant qu'elle ait atteint l'âge de 18 ans. Toutefois, il a conclu qu'il n'en découle pas nécessairement que le par. 5(1) vise également à ce que toutes les protections spéciales prévues dans la Loi continuent de s'appliquer. Il a dit aux pp. 446 et 447:

[TRADUCTION] Je conclus donc que le par. 5(1) assure à ceux qui ont presque 18 ans que, s'ils sont accusés, par hasard ou volontairement, après avoir atteint cet âge, ils peuvent néanmoins profiter des règles spéciales de la Loi concernant les décisions.

Il n'en découle pas qu'ils peuvent également s'attendre à l'application de toutes les protections spéciales de la Loi. P. Platt, dans *Young Offenders Law in Canada* (Toronto: Butterworths, 1989) à la p. 2-1, dit que l'on peut classer les principes d'application de la Loi et, à mon avis, également ses règles de protection spéciales, en deux groupes: responsabilité et application régulière de la loi. L'aspect responsabilité entraîne des règles spéciales en matière de décisions pour les jeunes contrevenants, et l'aspect relatif à l'application régulière de la loi entraîne des règles spéciales pour assurer l'application

the immature. Just because the Act applies itself to one does not mean that it applies itself to the other.

This analysis reconciles ss. 5 and 56: The first extends the jurisdiction of the youth court to adults who committed crimes as youths with a view to offering young adults the approach to accountability they would have received if they had been charged as youths. The second extends special protection to the immature in the investigation process. I therefore conclude that nothing in s. 5 offends the purposive interpretation I propose for s. 56.

Finally, Kerans J.A. disagreed with the position taken by the Quebec Court of Appeal that by virtue of s. 5 the Act creates a unified system applicable in all respects to an adult accused except where there is a transfer to military court or to adult court. He noted that under the Quebec Court of Appeal's analysis, an accused would lose his s. 56 rights once the youth court lost its jurisdiction on a transfer, even if the accused was under the age of 18. In his opinion, this not only offended the purpose of s. 56 but was also counter to the implicit reasons of this Court in *R. v. J. (J.T.)*, *supra*, which applied s. 56(2) to exclude statements made by a 17-year-old accused transferred to adult court.

Therefore, the Court of Appeal concluded that the application of s. 56 was not governed by s. 5 but stood on its own, limited only by its special purpose. The Court found that purpose would not be served by according the appellant, after the law presumes him to be mature, those rights intended to protect persons under the age of 18 deemed in law to be immature and in need of special protection. As such, the Court allowed the appeal and ordered a new trial.

### Analysis

The specific question before this Court is whether the Court of Appeal erred in holding that

régulière à l'égard des personnes immatures. Le simple fait que la Loi s'applique à l'un ne signifie pas qu'elle s'applique à l'autre.

Cette analyse concilie les art. 5 et 56: le premier étend la compétence du tribunal pour adolescents aux adultes qui ont commis des crimes lorsqu'ils étaient adolescents en vue d'offrir aux jeunes adultes l'approche en matière de responsabilité dont ils auraient bénéficié s'ils avaient été accusés à titre d'adolescents. Le second étend la protection spéciale à la personne immature dans le processus d'enquête. Par conséquent, je conclus que l'art. 5 n'exclut pas l'interprétation fondée sur l'objet que je propose pour l'art. 56.

Enfin, le juge Kerans a exprimé son désaccord avec la position adoptée par la Cour d'appel du Québec selon laquelle, en vertu de l'art. 5, la Loi crée un système intégré applicable dans toutes les circonstances à un accusé adulte, sauf en cas de renvoi à un tribunal militaire ou à un tribunal pour adultes. Il a souligné que, selon l'analyse de la Cour d'appel du Québec, un accusé perdrait les droits que lui confère l'art. 56 lorsque le tribunal pour adolescents n'est plus compétent lors d'un renvoi, même si l'accusé est âgé de moins de 18 ans. À son avis, non seulement cette interprétation va à l'encontre de l'objet de l'art. 56 mais elle est également contraire aux motifs implicites de notre Cour dans l'arrêt *R. c. J. (J.T.)*, précité, qui appliquait le par. 56(2) pour exclure les déclarations faites par un accusé âgé de 17 ans qui avait été renvoyé à un tribunal pour adultes.

Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que l'application de l'art. 56 n'était pas régie par l'art. 5 mais qu'elle était indépendante et n'était limitée que par son objet spécial. La cour a conclu que l'objet ne serait pas respecté si l'on accordait à l'appellant, après que la loi présume qu'il a atteint l'âge de la maturité, les droits destinés à protéger les personnes âgées de moins de 18 ans que le droit considère comme immatures et ayant besoin d'une protection spéciale. Cela étant, la cour a accueilli l'appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

### Analyse

La question précise posée à notre Cour est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur lors-

the written confession given by the appellant was admissible notwithstanding that some of the conditions set out in s. 56(2) had not been complied with. In answering this question, this appeal affords this Court an opportunity to resolve the more general question of whether s. 56(2) applies to statements made by a person 18 years of age or older. It is not disputed that the appellant was 18 years old when he gave the statement. Nor is it disputed that the appellant was not advised of his right to have an adult person present when making the impugned statement. Counsel for the appellant essentially adopted the views of the Quebec Court of Appeal in *R. v. P. (J)*, *supra*, in submitting that this Court should find the appellant entitled to all of the safeguards set out in the Act, including those contained in s. 56. The position advanced by the Crown was largely akin to that taken by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. G.R.J.*, *supra*, and the Alberta Court of Appeal in the case at hand. I find myself in complete agreement with the conclusion reached by both the Alberta and Manitoba Courts of Appeal as to the inapplicability of s. 56(2) to statements made by an accused 18 years of age or older.

Whether s. 56(2) extends to an adult accused is strictly a matter of statutory interpretation. In interpreting the relevant provisions of an Act, the express words used by Parliament must be interpreted not only in their ordinary sense but also in the context of the scheme and purpose of the legislation: *R. v. S. (S)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at p. 275; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, at p. 626; Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1992), at pp. 323-24; and Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. I am of the view that the Court of Appeal properly proceeded on this basis when it stated that the best approach to the interpretation of words in a statute is to place upon them the meaning that best fits the object of the statute, provided that the words themselves can reasonably bear that construction. In my opinion, both the express words used by Parliament and the overall scheme and purpose of the Act support the conclusion that Parliament did not

qu'elle a conclu que l'aveu écrit fait par l'appelant était admissible même si certaines des conditions établies au par. 56(2) n'avaient pas été respectées. Le présent pourvoi fournit à notre Cour l'occasion de trancher la question plus générale de savoir si le par. 56(2) s'applique aux déclarations faites par une personne de 18 ans ou plus. Il est admis que l'appelant était âgé de 18 ans lorsqu'il a fait la déclaration. Il est également admis que l'appelant n'a pas été avisé de son droit à la présence d'un adulte lorsqu'il a fait la déclaration en litige. L'avocat de l'appelant a adopté pour l'essentiel l'opinion de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. P. (J.)*, précité, pour soutenir que notre Cour devrait conclure que l'appelant a droit à toutes les garanties énoncées dans la Loi, y compris à celles qui figurent à l'art. 56. La position avancée par le ministère public ressemble dans une large mesure à celle adoptée par la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R. c. G.R.J.*, précité, et par la Cour d'appel de l'Alberta en l'espèce. Je suis entièrement d'accord avec les conclusions des cours d'appel de l'Alberta et du Manitoba quant à l'inapplicabilité du par. 56(2) aux déclarations faites par un accusé âgé de 18 ans ou plus.

La question de savoir si le par. 56(2) s'applique à un accusé adulte relève strictement de l'interprétation législative. Les termes exprès utilisés par le législateur dans les dispositions pertinentes d'une loi, doivent être interprétés non seulement selon leur sens ordinaire mais également dans le contexte de l'esprit et de l'objet de la loi: *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, à la p. 275; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, à la p. 626; Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 365 et 366, et Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 87. Je suis d'avis que la Cour d'appel a bien appliqué ces principes lorsqu'elle a dit que la meilleure méthode pour interpréter les termes d'une loi est de leur accorder le sens qui correspond le mieux à l'objet de la loi, à la condition que les termes eux-mêmes puissent raisonnablement être interprétés de cette manière. À mon avis, tant les termes exprès utilisés par le législateur que l'esprit et l'objet généraux de la Loi appuient la conclusion que

intend s. 56(2) to apply to statements made by an adult accused.

Section 56(2) mandates that no oral or written statement given by a young person to a peace officer or other person in authority be held admissible unless the enumerated conditions set out therein have been fully met. As is evident from the express words of the provision, s. 56(2) only applies with respect to statements made by a "young person". The question then becomes whether a person over the age of 18, at the time the impugned statement is made, is a "young person". Young person is a statutorily defined term within the Act. Normally, this would end the need for any further inquiry. Unfortunately, this is not the case given the manner in which Parliament has chosen to define the term. For convenience, it is worth repeating this definition:

"young person" means a person who is or, in the absence of evidence to the contrary, appears to be twelve years of age or more, but under eighteen years of age and, where the context requires, includes any person who is charged under this Act with having committed an offence while he was a young person or is found guilty of an offence under this Act; [Emphasis added.]

As is evident, the definition of "young person" has two components. The principal component of the definition defines a young person as a person who is or appears to be at least 12 years old but under 18 years of age. The definition is further extended to include any person charged under the Act with having committed an offence while between the ages of 12 and 18 or found guilty of an offence under the Act. This latter component reflects the fact that, by virtue of s. 5(1), a person who is over the age of 18 can nevertheless be charged under the Act for offences occurring while he or she was between the ages of 12 and 18. However, Parliament has made it clear that the term "young person" should be extended to include someone over the age of 18 only "where the context requires" that that person be deemed to be in

le législateur n'avait pas l'intention que le par. 56(2) s'applique aux déclarations faites par un accusé adulte.

Le paragraphe 56(2) prévoit qu'aucune déclaration orale ou écrite faite par un adolescent à un agent de la paix ou à une personne en autorité ne sera jugée admissible à moins que les conditions qui y sont énumérées n'aient été remplies. Il ressort des termes exprès de la disposition que le par. 56(2) ne s'applique qu'aux déclarations faites par un «adolescent». La question devient donc de savoir si une personne âgée de plus de 18 ans au moment où la déclaration en litige est faite est un «adolescent». Le terme «adolescent» est défini dans la Loi. Normalement, il ne serait pas nécessaire de procéder à un examen plus approfondi. Malheureusement, ce n'est pas le cas étant donné la manière dont le législateur a choisi de définir le terme. Par souci de commodité, il convient de répéter cette définition:

«adolescent» Toute personne qui, étant âgée d'au moins douze ans, n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans ou qui, en l'absence de preuve contraire, paraît avoir un âge compris entre ces limites, ainsi que, lorsque le contexte l'exige, toute personne qui, sous le régime de la présente loi, est soit accusée d'avoir commis une infraction durant son adolescence, soit déclarée coupable d'une infraction. [Je souligne.]

Comme cela ressort de façon évidente, la définition d'«adolescent» a deux composantes. La principale définit un adolescent comme étant une personne qui est ou qui paraît être âgée d'au moins 12 ans mais de moins de 18 ans. La définition vise en outre toute personne accusée aux termes de la Loi d'avoir commis une infraction alors qu'elle était âgée de 12 à 18 ans ou qui a été déclarée coupable d'une infraction aux termes de la Loi. Cette dernière composante reflète le fait que, en vertu du par. 5(1), une personne âgée de plus de 18 ans peut néanmoins être accusée aux termes de la Loi d'une infraction commise alors qu'elle avait entre 12 et 18 ans. Toutefois, le législateur a prévu clairement que le terme «adolescent» devrait être étendu pour viser une personne âgée de plus de 18 ans seulement lorsque le contexte exige que cette personne

the same position as a youth between the ages of 12 and 18. As one would expect, most of the conflict over the applicability of s. 56(2) turns on what effect should be given to the words "where the context requires".

The Court of Appeal in this case interpreted these words as limiting the applicability of certain parts of the Act to an accused over the age of 18. More specifically, Kerans J.A. reasoned that the presence of these words indicated Parliament's recognition that the extension of the definition of "young person" to an adult accused cannot sensibly work in some circumstances. Likewise, the Manitoba Court of Appeal in *R. v. G.R.J.*, *supra*, held that, in so defining the term "young person", Parliament did not intend to deem an adult charged under the Act to be a "young person" for all purposes under the Act. The Crown urged this Court to adopt this position.

The appellant took issue with this interpretation. He submitted that the definition of "young person" should be interpreted as deeming any person charged under the Act a "young person" for all purposes of the Act. Adopting the view of Fish J.A. in *R. v. P. (J.)*, *supra*, the appellant submitted that the words "where the context requires" merely serve as a "syntactic bridge" allowing for the insertion of either of the disjunctively defined categories of "young person" wherever that term is used in the Act (i.e. (a) a person between 12 and 18 years of age; or (b) a person charged with having committed an offence when between the ages of 12 and 18). As such, he submitted that Kerans J.A. incorrectly used the words "where the context requires" as a means to import the need for judicial review of the applicability of the individual provisions of the Act and therefore to engage in unwarranted judicial interference with the protections afforded under the Act.

soit présumée être dans la même position qu'un jeune de 12 à 18 ans. Comme on pourrait s'y attendre, la plupart des litiges relativement à l'applicabilité du par. 56(2) portent sur l'effet qu'il y a lieu d'accorder à l'expression «lorsque le contexte l'exige».

La Cour d'appel en l'espèce a interprété cette expression comme restreignant l'applicabilité à un accusé âgé de plus de 18 ans de certaines parties de la Loi. Plus précisément, le juge Kerans a conclu que la présence de cette expression indique que le législateur reconnaît qu'étendre la définition d'«adolescent» à un accusé adulte peut ne pas être logique dans certaines circonstances. De même, la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. G.R.J.*, précité, a conclu que, en définissant ainsi le terme «adolescent», le législateur n'avait pas l'intention qu'un adulte accusé aux termes de la Loi soit réputé être un «adolescent» pour toutes les fins de la Loi. Le ministère public invite notre Cour à adopter cette position.

L'appellant s'est opposé à cette interprétation. Il a soutenu que la définition d'«adolescent» devrait être interprétée comme présument que toute personne accusée aux termes de la Loi est un «adolescent» pour toutes les fins de la Loi. L'appellant a adopté l'opinion du juge Fish dans l'arrêt *R. c. P. (J.)*, précité, et a soutenu que l'expression «lorsque le contexte l'exige» n'est qu'un «enchaînement syntaxique» qui permet d'insérer l'une ou l'autre des deux catégories d'«adolescent», définies de façon disjonctive, chaque fois que ce terme est utilisé dans la Loi (c.-à-d., a) une personne entre 12 et 18 ans ou b) une personne accusée d'avoir commis une infraction alors qu'elle avait entre 12 et 18 ans). Cela étant, il a soutenu que le juge Kerans avait incorrectement interprété l'expression «lorsque le contexte l'exige» pour conclure à la nécessité d'exercer un contrôle judiciaire quant à l'applicabilité des diverses dispositions de la Loi et, par conséquent, pour se lancer dans une intervention judiciaire injustifiée à l'égard de la protection que confère la Loi.

In my opinion, the interpretation sought to be given to the words “where the context requires” by the appellant cannot be accepted. The argument that Parliament intended the term “young person” to include an accused over the age of 18 wherever that term appears in the Act ignores the reality that in various provisions of the Act “young person” can only be understood to mean a person between the ages of 12 and 18. One need go no further than the definition of “young person” itself to demonstrate this point. Reference to the term “young person” in the latter component of the definition clearly speaks only of a person at least 12 years of age but under 18. The same interpretation must be given to the term as it is used in s. 5(1) and (3). Therefore, it is evident that Parliament did not intend “young person” to always include an adult accused wherever that term appears in the Act.

Moreover, the interpretation proposed by the appellant would render “where the context requires” superfluous. If Parliament had intended to define “young person” in the manner suggested by the appellant, there would have been no need for Parliament to have inserted the words “where the context requires” to effect this result. “Where the context requires” clearly carries a broader connotation than that of a mere disjunctive. The interpretation proposed by the appellant would have this Court essentially ignore the words “where the context requires” found in the definition of “young person”.

It is trite to say that, in interpreting a statute, due regard must be given to the ordinary meaning of words used by Parliament; in this case the words “where the context requires”. In defining “young person” in this manner, Parliament has expressly left it with the courts to consider whether the context in which the term “young person” is used requires that it be interpreted to include an accused over the age of 18. In this regard, contrary to the views of Fish J.A. of the Quebec Court of Appeal,

À mon avis, l'interprétation que l'appelant cherche à donner à l'expression «lorsque le contexte l'exige» est inacceptable. L'argument selon lequel le législateur avait l'intention que le terme «adolescent» comprenne un accusé âgé de plus de 18 ans chaque fois qu'il est utilisé dans la Loi ne tient pas compte du fait que dans diverses dispositions de la Loi le terme «adolescent» peut seulement être interprété comme désignant une personne qui a entre 12 et 18 ans. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin que la définition d'«adolescent» elle-même pour démontrer ce point. La mention d'«adolescence» dans la dernière composante de la définition ne vise clairement qu'une personne âgée de 12 à 18 ans. Il y a lieu de donner la même interprétation au terme tel qu'il est utilisé dans les par. 5(1) et (3). Par conséquent, il est évident que le législateur n'avait pas l'intention que le terme «adolescent» vise toujours un accusé adulte toutes les fois que ce terme figure dans la Loi.

Qui plus est, l'interprétation proposée par l'appelant rendrait l'expression «lorsque le contexte l'exige» superflue. Si le législateur avait eu l'intention de définir le terme «adolescent» de la manière que propose l'appelant, il ne lui aurait pas été nécessaire d'ajouter l'expression «lorsque le contexte l'exige» pour arriver à ce résultat. L'expression «lorsque le contexte l'exige» a clairement une connotation plus large que celle d'une simple disjonction. L'interprétation que propose l'appelant amènerait notre Cour à faire abstraction pour l'essentiel de l'expression «lorsque le contexte l'exige» qui se trouve dans la définition d'«adolescent».

C'est un truisme de dire que, pour interpréter une loi, il faut tenir compte du sens ordinaire des mots employés par le législateur; en l'espèce l'expression «lorsque le contexte l'exige». En définissant le terme «adolescent» de cette manière, le législateur a expressément laissé aux tribunaux le soin d'examiner si le contexte dans lequel ce terme est utilisé exige qu'il soit interprété de manière à inclure un accusé de plus de 18 ans. À cet égard, contrairement à l'opinion du juge Fish de la Cour

Parliament has indeed launched the courts on an "odyssey" through the various sections of the Act to determine their applicability to an alleged offender who is over 18 years of age. The ordinary meaning of the words "where the context requires" cannot be ignored and must be given due effect as words of limitation in this case.

Both the Quebec Court of Appeal in *R. v. P. (J)*, *supra*, and the trial judge in this case placed a great deal of emphasis on s. 5(1) and (3) of the Act as mandating the application of s. 56(2) to an adult accused. The appellant likewise emphasized that s. 5(1) of the Act provides that any person alleged to have committed an offence while between the ages of 12 and 18 shall be dealt with as provided in the Act regardless of their current age. The appellant adopted the view of Fish J.A. in *R. v. P. (J)*, *supra*, that the Act creates a "system unto itself" in which all of the strictness of the Act's procedures and benefits of its safeguards extend to every person charged under the Act. This interpretation of the effect of s. 5 of the Act has also been advanced by Bala and Lilles, in *Young Offenders Service*, vol. 2 (1984), who state at p. 5:6 (Issue 29, March 92):

Any adult who is being dealt with by a youth court for an offence committed while he or she was a young person shall, in the language of subs. 5(1), "be dealt with as provided in this Act." This means that any references to "young person" throughout the Y.O.A. should be read as if they applied to this adult. Similarly, under subs. 5(3) of the Y.O.A., a youth who becomes an adult in the course of a youth court proceeding or disposition is to be treated "in all respects as if he remained a young person." In *R. v. Gary J.*, (1986), 39 Man. R. (2d) 5 (C.A.), however, the Manitoba Court of Appeal, apparently without having regard to these words in s. 5, ruled that the evidentiary protections in s. 56 of the Y.O.A. did not extend to an adult who was being charged in youth court for an offence allegedly committed while he was a young person. [Emphasis in original.]

d'appel du Québec, le législateur a en fait lancé les tribunaux dans un «périple» à travers les divers articles de la Loi pour déterminer s'ils s'appliquent à un contrevenant qui a plus de 18 ans. On ne peut faire abstraction du sens ordinaire de l'expression «lorsque le contexte l'exige», qui doit s'appliquer comme une restriction en l'espèce.

La Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. P. (J)*, précité, et le juge du procès en l'espèce ont accordé beaucoup d'importance aux par. 5(1) et (3) de la Loi pour justifier l'application du par. 56(2) à un accusé adulte. De même, l'appelant a souligné que le par. 5(1) de la Loi prévoit que toute personne qu'on accuse d'avoir commis une infraction alors qu'elle avait entre 12 et 18 ans doit être traitée comme le prévoit la Loi peu importe son âge actuel. L'appelant a fait sienne l'opinion du juge Fish dans *R. c. P. (J)*, précité, selon laquelle la Loi crée un [TRADUCTION] «système en lui-même» dans lequel toute la rigidité de ses procédures et le bénéfice de ses garanties s'appliquent à toute personne accusée aux termes de la Loi. Cette interprétation de l'art. 5 a également été proposée par Bala and Lilles dans *Young Offenders Service*, vol. 2 (1984), qui ont dit à la p. 5:6 (n° 29, mars 1992):

[TRADUCTION] Tout adulte qui est jugé par un tribunal pour adolescents relativement à une infraction qu'il aurait commise alors qu'il était adolescent, «bénéficie des dispositions de la présente loi» selon le texte du par. 5(1). Cela signifie que toute mention d'«adolescent» dans la L.J.C. devrait être interprétée comme si elle s'appliquait à cet adulte. De même, aux termes du par. 5(3) de la L.J.C., un jeune qui atteint l'âge adulte pendant une instance devant le tribunal pour adolescents doit être traité «à tous égards comme s'il était demeuré adolescent.» Toutefois, dans l'arrêt *R. c. Gary J.* (1986), 39 Man. R. (2d) 5 (C.A.), la Cour d'appel du Manitoba, apparemment sans avoir tenu compte de ces mots à l'art. 5, a jugé que les protections en matière de preuve que confère l'art. 56 de la L.J.C. ne s'applique pas à un adulte qui a été accusé devant un tribunal pour adolescents d'une infraction qu'il aurait commise alors qu'il était adolescent. [En italique dans l'original.]

I agree entirely with Kerans J.A. that s. 5(1) of the Act is not dispositive of the issue. Subsection 5(1) merely provides that a person alleged to have committed an offence while a young person shall be dealt with "as provided in this Act". As such, s. 5(1) requires a court to go back to the Act to determine what, in fact, is provided within the Act for an adult accused. Due regard therefore must be given to any words of limitation found elsewhere in the Act restricting the applicability of certain of the Act's provisions to an adult accused. The same is true even if one adopts the French text of s. 5(1) which provides that "*cette personne bénéficie des dispositions de la présente loi.*" As such, I am of the view that the Quebec Court of Appeal in *R. v. P. (J.)*, *supra*, and the trial judge erred in placing too great an emphasis on s. 5(1) and ignoring the express words of limitation found within the definition of "young person".

I further do not consider s. 5(3) to dictate the application of s. 56 to statements made by an adult accused. Section 5(3) provides that proceedings commenced against a young person may be continued, after he becomes an adult, in all respects as if he remained a young person. The Quebec Court of Appeal and the trial judge placed considerable emphasis on the fact that this provision provides for the continuation of proceedings "in all respects" should an accused, in the course of the proceedings, reach adulthood. The fact that this provision allows for the continued application of the procedures surrounding a youth court trial is of no real import to the applicability of s. 56. The applicability of these special evidentiary rules does not turn on whether the accused remains within the youth court system but rather the age of the accused when the statement was made. This point is evident from *R. v. J. (J.T.)*, *supra*, in which this Court applied s. 56(2) to exclude various statements made by a youth subsequently transferred to ordinary court. As such, I agree with Kerans J.A.

Je souscris entièrement à l'opinion du juge Kerans que le par. 5(1) de la Loi n'est pas déterminant en ce qui concerne la question qui nous occupe. Le paragraphe 5(1) prévoit simplement qu'une personne qui aurait commis une infraction alors qu'elle était adolescente «bénéficie des dispositions de la présente loi». Cela étant, le par. 5(1) exige qu'un tribunal revienne à la Loi pour déterminer ce qui, en fait, y est prévu relativement à un accusé adulte. Il faut donc tenir compte de toute restriction qui se trouve ailleurs dans la Loi et qui restreint l'application à un accusé adulte de certaines dispositions. La situation est la même si l'on adopte le texte anglais du par. 5(1) qui prévoit que «*such person shall be dealt with as provided in this Act*». Je suis donc d'avis que la Cour d'appel du Québec dans *R. c. P. (J.)*, précité, et le juge du procès ont commis une erreur en accordant trop d'importance au par. 5(1) et en faisant abstraction de la restriction expresse qui se trouve dans la définition d'«adolescent».

En outre, je ne suis pas d'avis que le par. 5(3) exige que l'on applique l'art. 56 aux déclarations faites par un accusé adulte. Le paragraphe 5(3) prévoit que les poursuites intentées contre un adolescent peuvent à tous égards se continuer après qu'il a atteint l'âge adulte comme s'il était demeuré adolescent. La Cour d'appel du Québec et le juge du procès ont accordé une importance considérable au fait que cette disposition prévoit que les poursuites se continuent «à tous égards» si, pendant qu'elles sont en cours, un accusé atteint l'âge adulte. Le fait que cette disposition permette que les procédures devant un tribunal pour adolescents se continuent n'a pas réellement d'importance quant à l'applicabilité de l'art. 56. L'applicabilité de ces règles spéciales de preuve ne repose pas sur la question de savoir si l'accusé reste dans le système judiciaire réservé aux adolescents mais plutôt sur l'âge de l'accusé lorsque la déclaration a été faite. Ce point ressort clairement de l'arrêt *R. c. J. (J.T.)*, précité, dans lequel notre Cour a appliqué le par. 56(2) pour exclure diverses déclarations faites par un jeune qui a par la suite été renvoyé à la juridiction normalement compétente. Cela étant,



that the application of s. 56 is not governed by s. 5 but stands on its own.

In my opinion, interpreting “where the context requires” in its ordinary sense, as words of limitation, accords with the very nature and purpose of the Act. To state the obvious, the Act was enacted specifically to provide for a system to deal with youths separate and distinct from that in place for adults. In so doing, the Act establishes a code of unique procedural and evidentiary requirements as well as substantive provisions providing for special dispositions different from the sentencing provisions under the *Criminal Code*. In enacting s. 5(1) and (3), Parliament recognized the possibility that an accused might not be charged or tried until after reaching adulthood. By making the relevant point of reference the age of the accused at the time of the alleged offence, it has guarded against an accused being subjected to a different standard of accountability merely because of the time at which he or she was charged or ultimately tried. No doubt Parliament was concerned, as Kerans J.A. identified, that if jurisdiction turned on the age of an accused on the date of being charged the substantive provisions of the Act pertaining to accountability could easily be evaded by deliberate delays in charging an accused. In this regard, Parliament has sought, through provisions such as s. 5(1) and (3), to ensure that systemic or deliberate delays in the charging or prosecution of youths do not undermine the principle that a person should not, in all instances, be held accountable in the same manner and suffer the same consequences as an adult for acts committed while still a youth. It would be unjust to subject a person to a higher standard of accountability merely because of his or her age at the time of the trial. The fact that an accused is now an adult cannot take away from the fact that he or she is being held accountable to society for the acts committed while still a youth. On this point, however, I wish to pause to express, with respect, my disagreement with the suggestion put forward by Kerans J.A. that the older the accused the less persuasive is the claim to the special dispositions set out in the Act. It is the age of an accused at the time of the offence which must

je fais mienne l’opinion du juge Kerans que l’application de l’art. 56 n’est pas régie par l’art. 5, mais qu’elle est indépendante.

À mon avis, interpréter l’expression «lorsque le contexte l’exige» selon son sens ordinaire, comme une restriction, est conforme à la nature même et à l’objet de la Loi. Il est évident que la Loi a été adoptée précisément pour assurer aux jeunes un système séparé et distinct de celui en place pour les adultes. De cette façon, la Loi établit un code d’exigences uniques en matière de procédure et de preuve ainsi que des dispositions de fond qui prévoient des décisions spéciales différentes des dispositions relatives à la détermination de la peine du *Code criminel*. Par l’adoption des par. 5(1) et (3), le législateur a reconnu la possibilité qu’un accusé puisse ne pas être inculqué ou jugé avant d’avoir atteint l’âge adulte. En établissant que l’âge de l’accusé au moment de l’infraction reprochée constitue le point de référence, il a fait en sorte que l’accusé ne soit pas assujéti à une norme différente en matière de responsabilité simplement en raison du moment où il a été inculqué ou en fin de compte où il a subi son procès. Il est évident que le législateur s’est préoccupé, comme l’a mentionné le juge Kerans, du fait que si la compétence devait dépendre de l’âge d’un accusé à la date de l’accusation, il serait facile de contourner les dispositions de fond en matière de responsabilité en retardant délibérément le dépôt d’accusations contre le contrevenant. À cet égard, le législateur a cherché, par des dispositions comme les par. 5(1) et (3), à faire en sorte que des retards délibérés ou attribuables au système en matière d’inculpation ou de poursuite des jeunes ne minent pas le principe selon lequel une personne ne devrait pas, dans tous les cas, être tenue responsable de la même manière et subir les mêmes conséquences qu’un adulte relativement à des actes commis alors qu’elle était encore adolescente. Il serait injuste d’assujéti une personne à une norme de responsabilité supérieure simplement en raison de son âge au moment du procès. Le fait qu’un accusé soit maintenant un adulte ne peut écarter le fait qu’il est tenu responsable envers la société des actes qu’il a commis alors qu’il était encore un adolescent. Toutefois, sur ce point je tiens à m’arrêter

determine the appropriate measure of accountability and not his or her age at the time of being charged or tried.

This concern over ensuring that all accused are similarly held accountable for the mistakes of their youth does not dictate that all of the special protections afforded under the Act apply regardless of the age of an accused. In enacting certain of the special protections set out in the Act, Parliament has sought to address concerns specific to the very fact that the accused being brought through our judicial system is a youth rather than an adult. As such, special rules and procedures were enacted to take into account the unique needs and problems associated with dealing with a youth. It would be illogical to extend the application of these rules and procedures to an adult accused. One need only think of the requirement in the Act that a young person be detained separate from any adult. It would be absurd to hold that this requirement applies to a 35-year-old accused who absconded while a youth. It is clear that the concerns underlying some of the special procedures and rules within the Act no longer arise once an accused reaches adulthood. Therefore, in my opinion, interpreting Parliament's use of the words "where the context requires" as imposing the need for reasoned consideration into the appropriateness of applying the Act's special evidentiary rules to an adult accused accords with the very nature of the Act.

In making the above comments, I do not mean to suggest that only those provisions governing the dispositions available to an accused will continue to apply to an adult accused and not the other special protections afforded under the Act. In this regard, I do not believe that the distinction drawn by Kerans J.A. between accountability and due

pour exprimer, avec égards, mon désaccord avec la proposition du juge Kerans que plus l'accusé est âgé moins la demande d'application des dispositions spéciales énoncées dans la Loi est convaincante. C'est l'âge d'un accusé au moment de l'infraction qui doit déterminer la mesure appropriée de responsabilité et non son âge au moment où il est accusé ou jugé.

*a* Cette préoccupation visant à assurer que tous les accusés soient tenus responsables de la même façon pour les erreurs commises au cours de leur adolescence n'exige pas que toutes les protections spéciales conférées aux termes de la Loi s'appliquent peu importe l'âge de l'accusé. En adoptant certaines des protections spéciales énoncées dans la Loi, le législateur a voulu prendre en considération des préoccupations qui se rapportent précisément au fait que l'accusé qui est amené devant notre système judiciaire est un adolescent plutôt qu'un adulte. Des règles et procédures spéciales ont donc été adoptées pour tenir compte des problèmes et des besoins uniques liés aux adolescents. Il serait illogique d'étendre l'application de ces règles et procédures à un accusé adulte. Il suffit simplement de penser à l'exigence dans la Loi selon laquelle un adolescent ne doit pas être détenu avec un adulte. Il serait absurde de conclure que cette exigence s'applique à un accusé âgé de 35 ans qui s'est esquivé alors qu'il était adolescent. Il est clair que les préoccupations à la base de certaines des règles et procédures spéciales dans la Loi ne se posent plus lorsqu'un accusé atteint l'âge adulte. Par conséquent, à mon avis, il est conforme à la nature même de la Loi d'interpréter l'utilisation par le législateur de l'expression «lorsque le contexte l'exige» comme imposant l'obligation d'examiner de façon logique s'il convient d'appliquer les règles spéciales de preuve à un accusé adulte.

*i* Par les observations qui précèdent, je ne veux pas dire que seules les dispositions qui régissent les décisions applicables à un accusé continueront de s'appliquer à un accusé adulte et non les autres protections spéciales conférées par la Loi. À cet égard, je ne crois pas que la distinction établie par le juge Kerans entre la responsabilité et l'applica-

process should be interpreted as suggesting that all of the special procedural provisions in the Act should be found inapplicable to an adult accused. The applicability of the various special protections set out in the Act to an adult accused will have to be considered over time on an individual basis by the courts. Certainly, various of the other special provisions in the Act going to procedural matters may also be found to remain applicable to an adult accused. An obvious example is the prohibition set out in s. 38 of the Act against the publication of information serving to identify a young person. The concern underlying this provision of minimizing the stigma associated with the mistakes of a person's youth continues to apply notwithstanding the accused is no longer under the age of 18.

Having accepted that "where the context requires" should be interpreted as words of limitation, I am left to consider whether the actual context of s. 56 requires the term "young person" in s. 56(2) to be held to apply to a person over the age of 18. In *R. v. P. (J.)*, *supra*, Fish J.A. reasoned that since "young person" in s. 56(1) must be interpreted to include both an accused under and over the age of 18, that term also must be given a similar interpretation throughout the other subsections of s. 56. I do not agree. Fish J.A.'s argument rests on the initial premise that "young person" in s. 56(1) must also refer to a person over the age of 18. With respect, this argument ignores the fact that s. 56 was enacted specifically to provide for special evidentiary rules for persons under the age of 18. The general law relating to the admissibility of statements will apply to an adult as a matter of course and is not dependent upon s. 56(1). The need to clarify the applicability of this body of law arises only because of the existence of the special requirements in s. 56(2). Accordingly, it seems more appropriate to find that the meaning of "young person" in s. 56(1) is governed by the meaning attributable to that term in s. 56(2) rather than the other way around. Moreover, Fish J.A. chose to interpret "context" in too narrow a manner. He failed, in my respectful view, to appreciate

tion régulière de la loi devrait être interprétée comme signifiant que toutes les dispositions spéciales en matière de procédure dans la Loi devraient être jugées inapplicables à un accusé adulte. Les tribunaux devront examiner en temps opportun et au cas par cas la possibilité d'appliquer à un accusé adulte les diverses protections spéciales énoncées dans la Loi. De toute évidence, il se peut que l'on conclue que diverses autres dispositions spéciales de la Loi en matière de procédure s'appliquent également à un accusé adulte. L'interdiction prévue à l'art. 38 de la Loi contre la publication de renseignements permettant d'établir l'identité d'un adolescent en est un exemple évident. La préoccupation sur laquelle se fonde cette disposition, la réduction des stigmates liées aux erreurs de jeunesse d'une personne, continue de s'appliquer même si l'accusé est désormais âgé de plus de 18 ans.

Après avoir admis que l'expression «lorsque le contexte l'exige» doit être interprétée comme une restriction, il me reste à examiner si le contexte de l'art. 56 entraîne la conclusion que le terme «adolescent» au par. 56(2) s'applique à une personne âgée de plus de 18 ans. Suivant le raisonnement du juge Fish dans l'arrêt *R. c. P. (J.)*, précité, puisque le terme «adolescents» au par. 56(1) doit être interprété de manière à comprendre les accusés âgés de moins de 18 ans et ceux qui ont dépassé cet âge, ce terme doit recevoir la même interprétation dans les autres paragraphes de l'art. 56. Je ne suis pas d'accord. L'argument du juge Fish repose sur la prémisse selon laquelle le terme «adolescents» au par. 56(1) doit également viser les personnes âgées de plus de 18 ans. Avec égards, cet argument ne tient pas compte du fait que l'art. 56 a été adopté précisément pour fournir des règles de preuve spéciales pour les personnes âgées de moins de 18 ans. Le droit général en matière d'admissibilité des déclarations s'appliquera évidemment à un adulte et cela ne dépend pas du par. 56(1). Le besoin de clarifier le caractère applicable de cette législation ne se pose qu'en raison de l'existence des exigences spéciales du par. 56(2). En conséquence, il semble plus à propos de conclure que le sens d'«adolescent» au par. 56(1) est régi par le sens que l'on attribue à ce terme au par. 56(2) plutôt

that a crucial part of any contextual analysis involves consideration of the specific purpose underlying the impugned statutory provision.

The purpose of s. 56 has been noted by several commentators. For example, Nicholas Bala, in "The Young Offenders Act: A Legal Framework", in Hudson, Hornick and Burrows, eds., *Justice and The Young Offender in Canada* (1988), at p. 17, has characterized the objective of s. 56 in the following manner:

Section 56 is based on the recognition that young persons may lack the sophistication and maturity to fully appreciate the legal consequences of making a statement, and so require special protection when being questioned by police. It is also premised on the notion that some youths are easily intimidated by adult authority figures, and may make statements that they believe those authority figures expect to hear, even if the statements are false. It is hoped that consultation with a parent or lawyer will preclude the making of such false statements.

This view was echoed by John C. Pearson, "Section 56(2) of the Young Offenders Act: Forever Young?" (1990), 76 C.R. (3d) 389, who states at pp. 390-91:

In determining how broad a reach s. 56(2) of the Y.O.A. should have, it must be remembered that the subsection codifies principles articulated in a substantial body of pre-Y.O.A. case law dealing with the confessions of juveniles. This case law recognizes that most minors do not possess the capability to understand their rights as well as adults and have reduced capacity to protect themselves in contacts with authority figures. From this recognition sprang the requirements in s. 56(2) for enhanced explanations and expanded consultation opportunities. The rationale for these additional obligations disappears when the statement is taken from an adult.

In *R. v. J. (J.T.)*, *supra*, this Court expressly considered the purpose of s. 56. One of the issues in that case was whether statements made by a 17-year-old were admissible. At the time the state-

que l'inverse. Qui plus est, le juge Fish a choisi d'interpréter le mot «contexte» d'une manière trop étroite. À mon humble avis, il n'a pas tenu compte du fait qu'une partie importante de toute analyse contextuelle comporte un examen de l'objet précis de la disposition législative contestée.

Plusieurs commentateurs ont souligné l'objet de l'art. 56. Par exemple, Nicholas Bala, dans «The Young Offenders Act: A Legal Framework», dans Hudson, Hornick et Burrows, dir., *Justice and The Young Offender in Canada* (1988), à la p. 17, a qualifié le but de l'art. 56 de la manière suivante:

[TRADUCTION] L'article 56 est fondé sur la reconnaissance du fait que les adolescents peuvent manquer de subtilité et de maturité pour évaluer pleinement les conséquences juridiques d'une déclaration et qu'ils ont donc besoin d'une protection spéciale lorsqu'ils sont interrogés par les policiers. Il est également fondé sur la notion que certains jeunes peuvent être facilement intimidés par des adultes en situation d'autorité et peuvent faire des déclarations que, selon eux, ces adultes veulent entendre, même si elles sont fausses. On espère que la consultation du père ou de la mère ou d'un avocat empêchera que de telles déclarations soient faites.

Cette opinion a été reprise par John C. Pearson, dans «Section 56(2) of the Young Offenders Act: Forever Young?» (1990), 76 C.R. (3d) 389, qui dit aux pp. 390 et 391:

[TRADUCTION] Pour déterminer quelle portée le par. 56(2) de la L.J.C. devrait avoir, il faut se rappeler que le paragraphe codifie des principes énoncés dans une jurisprudence importante antérieure à la L.J.C. qui traite des aveux des jeunes. Il ressort de cette jurisprudence que la plupart des mineurs ne sont pas en mesure de comprendre quels sont leurs droits aussi bien que les adultes et sont moins en mesure de se protéger lors de contacts avec des personnes en situation d'autorité. De cette reconnaissance découlent les exigences du par. 56(2) relatives aux explications accrues et aux plus grandes possibilités de consultation. La justification de ces obligations additionnelles disparaît lorsque la déclaration provient d'un adulte.

Dans l'arrêt *R. c. J. (J.T.)*, précité, notre Cour a expressément examiné l'objet de l'art. 56. L'une des questions soulevées était de savoir si les déclarations faites par une personne âgée de 17 ans

ments were made, several of the requirements set out in s. 56(2) had not been complied with by the police. A majority of this Court found s. 56(2) to mandate the exclusion of these statements from evidence. The majority decision emphasized that s. 56 exists to protect all young persons and that principles of fairness require that the section be applied uniformly without regard to the characteristics of the particular young person. However, it is important to realize that, in that case, this Court was only concerned with the applicability of s. 56 to statements made by an accused under the age of 18 and did not consider whether this provision applied to an adult accused given the definition of "young person" in the Act.

Cory J., writing for the majority of this Court, acknowledged that the aim of s. 56 is to protect adolescents who, by virtue of their lack of maturity, are not likely to fully appreciate their legal rights and the consequences of making a statement to the police. Cory J. stated, at pp. 766-67:

By its enactment of s. 56, Parliament has recognized the problems and difficulties that beset young people when confronted with authority. It may seem unnecessary and frustrating to the police and society that a worldly wise, smug 17-year-old with apparent anti-social tendencies should receive the benefit of this section. Yet it must be remembered that the section is to protect all young people of 17 years or less. A young person is usually far more easily impressed and influenced by authoritarian figures. No matter what the bravado and braggadocio that young people may display, it is unlikely that they will appreciate their legal rights in a general sense or the consequences of oral statements made to persons in authority; certainly they would not appreciate the nature of their rights to the same extent as would most adults. Teenagers may also be more susceptible to subtle threats arising from their surroundings and the presence of persons in authority. A young person may be more inclined to make a statement, even though it is false, in order to please an authoritarian figure. It was no doubt in recognition of the additional pressures and problems faced by young people that led

étaient admissibles. Au moment où les déclarations ont été faites, les policiers n'avaient pas respecté plusieurs exigences établies au par. 56(2). Notre Cour, à la majorité, a conclu que le par. 56(2) exigeait que ces déclarations soient exclues de la preuve. L'arrêt de la majorité soulignait que l'art. 56 vise à protéger tous les adolescents et que les principes d'équité exigent que l'article s'applique de façon uniforme sans tenir compte des caractéristiques d'un adolescent en particulier. Toutefois, il est important de comprendre que, dans cet arrêt, notre Cour ne faisait qu'examiner si l'art. 56 s'appliquait à des déclarations faites par un accusé âgé de moins de 18 ans et non pas si cette disposition s'appliquait à un accusé adulte suivant la définition d'«adolescent» dans la Loi.

Le juge Cory, au nom de notre Cour à la majorité, a reconnu que l'art. 56 a pour but de protéger les adolescents qui, en raison de leur manque de maturité, ne sont probablement pas en mesure d'évaluer pleinement les droits que leur confère la loi et les conséquences d'une déclaration faite à des policiers. Le juge Cory a dit aux pp. 766 et 767:

Par l'adoption de l'art. 56, le législateur a reconnu les problèmes et les difficultés qu'affrontent les adolescents qui sont aux prises avec les autorités. Il peut sembler inutile et frustrant pour la police et pour la société qu'un jeune de 17 ans averti et suffisant, démontrant des tendances anti-sociales, profite des avantages de cet article. Toutefois, il faut rappeler que l'article vise à protéger tous les adolescents de 17 ans ou moins. Un adolescent est habituellement beaucoup plus facile à impressionner et à influencer par des personnes en situation d'autorité. Peu importe l'attitude de bravade et d'arrogance que peuvent afficher les jeunes, ils n'évalueront vraisemblablement pas leurs garanties juridiques, dans un sens général, ni les conséquences de déclarations verbales faites à des personnes en situation d'autorité; ils n'apprécieront certainement pas la nature de leurs droits dans la même mesure que le feraient la plupart des adultes. Les adolescents peuvent également être plus sensibles à des menaces subtiles provenant de leur entourage et de la présence de personnes en situation d'autorité. Un adolescent peut être plus porté à faire une déclaration, même si elle est fautive, pour plaire à une personne en situation d'autorité. De toute évidence c'est parce qu'il a reconnu les pressions et les problèmes sup-

Parliament to enact this code of procedure. [Emphasis in original.]

This same objective was further highlighted by <sup>a</sup> L'Heureux-Dubé J., writing in dissent, who wrote, at p. 777:

The importance of the dispositions of the *Young Offenders Act* cannot be overemphasized. Police must be particularly vigilant to observe the rights of suspected young offenders, recognizing their tender years and susceptibility to influence. Furthermore, young persons are characteristically more prone to intimidation when facing police interrogators. Their restraint and abilities to preserve and act in their own best interest are somewhat attenuated. It is the responsibility of the police and other authority figures to appreciate this discrepancy, and conduct themselves accordingly.

The *Young Offenders Act* serves a dual role in this regard. It establishes critical guidelines and principles that direct police behaviour and gives practical meaning to youth protection from potential transgressions in the evidence gathering process. The Act also formulates its own exclusionary rules—clearly delineating what standards must be complied with in addition to the existing constitutional controls. These directives acknowledge that young persons are not adults; their naivety and relative lack of experience mandate that their rights be preserved with an extra measure of protection.

None of these concerns, however, arise with respect to an accused over the age of 18. No further protection beyond that already afforded under the *Charter* and the common law is necessary to ensure that any statement made by an adult accused is truly voluntary. It is evident from the absence of similar provisions in the *Criminal Code* <sup>h</sup> that Parliament has not deemed it necessary to afford an adult accused the right to consult with an adult relative prior to being questioned by police nor the right to have that relative present during questioning. Persons over the age of 18 have long been deemed to possess sufficient maturity and control over the situation they may find themselves in to no longer require the watchful eye of a parent or adult relative to ensure any statement made is voluntary and made with full knowledge of their legal rights. It would be absurd to say that a state-

plémentaires auxquels font face les adolescents que le législateur a adopté ce code de procédure. [Souligné dans l'original.]

Ce même objet a également été souligné par le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, à la p. 777:

On ne saurait trop insister sur l'importance des dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Les policiers doivent être particulièrement vigilants pour respecter, en raison de leur jeune âge, les droits des jeunes contrevenants qu'on considère comme suspects, compte tenu en outre du risque qu'ils se laissent influencer. De plus, les jeunes sont sans aucun doute plus susceptibles d'intimidation par les interrogateurs de la police. Leur réserve et leur capacité d'agir dans leur meilleur intérêt sont quelque peu atténuées. C'est la responsabilité des policiers et des personnes en autorité d'apprécier cette différence et d'agir en conséquence.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* a une double fonction à cet égard. Elle établit les principes et les règles essentielles qui régissent la conduite des policiers et qui assurent concrètement la protection des jeunes contre la possibilité d'atteinte à leurs droits dans la cueillette de la preuve. La Loi énonce aussi ses propres règles d'exclusion en définissant les normes qu'il faut respecter outre celles qui existent déjà en vertu de la Constitution. Ces règles reconnaissent que les adolescents ne sont pas adultes; que leur naïveté et leur manque d'expérience justifient la préservation de leurs droits par des mesures supplémentaires de protection.

Toutefois, aucune de ces préoccupations ne concerne un accusé âgé de plus de 18 ans. Aucune autre protection que celles que la *Charte* et la common law confèrent déjà n'est nécessaire pour veiller à ce qu'une déclaration faite par un accusé adulte soit véritablement volontaire. L'absence de dispositions semblables dans le *Code criminel* <sup>h</sup> montre à l'évidence que le législateur n'a pas jugé nécessaire d'accorder à un accusé adulte le droit de consulter un parent adulte avant d'être interrogé par des policiers ou le droit à la présence de ce parent lors de l'interrogatoire. Les personnes âgées de plus de 18 ans sont depuis longtemps réputées avoir assez de maturité et aussi un contrôle suffisant de la situation dans laquelle elles peuvent se trouver pour ne pas avoir besoin de la surveillance du père ou de la mère ou d'un parent adulte pour veiller à ce qu'une déclaration soit volontaire et

ment made by a 25-year-old accused, for example, cannot be deemed to be made by a person having sufficient maturity because it was in regard to an offence he or she allegedly committed at a time when the law deemed him or her not to possess such maturity. There is clearly nothing underlying the purpose of s. 56(2) requiring its application to an adult accused. As such, I am in complete agreement with both the Manitoba and Alberta Courts of Appeal that the context of s. 56(2) does not require that the term "young person" therein be interpreted to include a person, such as the appellant, who is over the age of 18.

Finally, it was submitted by the appellant that s. 3(2) supports interpreting s. 56(2) as equally applying to an adult accused. Section 3(2) provides that the Act shall be liberally construed to the end that young persons will be dealt with in accordance with the guiding principles set out in s. 3(1). This argument fails to appreciate that the s. 3(1) principles underlying the special protection afforded under s. 56(2), namely those set out in s. 3(1)(c), (e), and (g), respond to concerns arising out of the fact that the accused is still a youth. As already noted, persons over the age of 18 are deemed to possess a sufficient level of maturity and knowledge so as to no longer evoke these same concerns. Moreover, as this Court has noted in the past, s. 3(2) does not preclude resort to normal principles of statutory interpretation nor to the ordinary meaning of words in interpreting the Act: *R. v. S. (S.)*, *supra*, at p. 274. In other words, s. 3(2) cannot be used as a basis for ignoring the clear words of limitation found in the definition of the term "young person".

### Conclusion

In my opinion, the Court of Appeal in this case correctly found s. 56 not to apply to the appellant. The special protections afforded a young person under s. 56(2) bear no application to a person 18 years of age or older. The admissibility of any

faite en pleine connaissance des droits que leur confère la loi. Il serait absurde de dire par exemple que la déclaration faite par un accusé âgé de 25 ans ne peut être réputée avoir été faite par une personne ayant une maturité suffisante parce qu'elle portait sur une infraction qu'il aurait commise à un moment où le droit présumait qu'il ne possédait pas une telle maturité. De toute évidence, l'objet du par. 56(2) n'exige nullement qu'il s'applique à un accusé adulte. Cela étant, je suis entièrement d'accord avec les cours d'appel du Manitoba et de l'Alberta que le contexte du par. 56(2) n'exige pas que le terme «adolescent» qu'il contient soit interprété de manière à viser une personne comme l'appelant qui est âgé de plus de 18 ans.

Enfin, l'appelant a soutenu que le par. 3(2) appuie l'interprétation selon laquelle le par. 56(2) s'applique également à un accusé adulte. Le paragraphe 3(2) prévoit que la Loi doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au par. 3(1). Cet argument ne tient pas compte du fait que les principes du par. 3(1) sur lesquels est fondée la protection spéciale que confère le par. 56(2), c.-à-d. ceux établis aux al. 3(1)c), (e) et g), répondent à des préoccupations qui découlent du fait que l'accusé est encore un adolescent. Comme je l'ai mentionné précédemment, les personnes âgées de plus de 18 ans sont réputées avoir un niveau suffisant de maturité et de connaissances pour ne plus être visées par ces mêmes préoccupations. Qui plus est, comme notre Cour l'a déjà fait remarquer, le par. 3(2) n'empêche pas que l'on puisse avoir recours à des principes normaux d'interprétation législative ou au sens ordinaire des mots pour interpréter la Loi: *R. c. S. (S.)*, précité, à la p. 274. En d'autres termes, le par. 3(2) ne peut être utilisé comme fondement pour écarter la restriction claire qui se trouve dans la définition du terme «adolescent».

### Conclusion

À mon avis, la Cour d'appel en l'espèce a conclu à bon droit que l'art. 56 ne s'applique pas à l'appelant. Les protections spéciales que confère le par. 56(2) à un adolescent ne s'appliquent pas à une personne âgée de 18 ans ou plus. L'admissibi-

statement made by such a person should be determined according to the law governing statements made by adults and not by s. 56(2). Accordingly, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in finding the impugned statement made by the appellant inadmissible by reason of s. 56(2) of the Act. The appeal is dismissed.

The reasons of Gonthier and Iacobucci JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting)—This case concerns the definition of “young person” in the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1 (the “Act”), in the particular context of the special protection given by s. 56(2) of that Act with regard to the statements of young persons. I need not repeat the facts and procedural history of this case, as they have been stated by the Chief Justice. However, I have reached a different conclusion as to the interpretation of the legislation and would allow the appeal.

The *Young Offenders Act* sets up a special scheme with which to deal with offences committed by young persons. To this end, the Act gives jurisdiction over young offenders to the youth court, provides special rules of procedure and evidence, special forms of disposition and rights and procedures after disposition, and in general sets up an entire system applicable to young offenders.

Each section of the Act contributes in some manner to the overall structure by which young offenders are to be dealt with, with each section outlining some specific procedure or right or jurisdiction. Virtually every section of the Act uses the words “young person” as defining the ambit of the section. Therefore, only persons who are “young persons” may take advantage of each of the special provisions of the Act.

A young person is defined by s. 2 of the Act as a person between the ages of 12 and 18, and, where

lité de toute déclaration faite par une telle personne devrait être déterminée selon le droit régissant les déclarations faites par les adultes et non selon le par. 56(2). Par conséquent, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la déclaration contestée faite par l'appelant était inadmissible en raison du par. 56(2) de la Loi. Le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs des juges Gonthier et Iacobucci rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident)—Le présent pourvoi porte sur la définition d'«adolescent» dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1 (la «Loi»), dans le contexte particulier de la protection spéciale que confère le par. 56(2) de cette loi en ce qui concerne les déclarations des adolescents. Il n'est pas nécessaire que je répète les faits et l'historique de la procédure de cette affaire, car le Juge en chef l'a fait. Toutefois, je suis arrivé à une conclusion différente quant à l'interprétation de la Loi et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* établit un régime spécial qui traite des infractions commises par des adolescents. À cette fin, la Loi accorde au tribunal pour adolescents la compétence en matière de jeunes contrevenants, prévoit certaines règles de procédure et de preuve, des formes spéciales de décisions et de droits et procédures après la décision et, en général, établit un système complet qui s'applique aux jeunes contrevenants.

Chaque article de la Loi contribue d'une certaine façon à la structure générale qui s'applique aux jeunes contrevenants, et chacun prévoit certaines procédures, certaines compétences ou certains droits précis. Presque chaque article de la Loi utilise le terme «adolescent» pour déterminer la portée de l'article. Par conséquent, seules les personnes qui sont des «adolescents» peuvent bénéficier de chacune des dispositions spéciales de la Loi.

L'article 2 de la Loi définit l'adolescent comme une personne ayant entre 12 et 18 ans et, lorsque le



the context requires, includes any person charged with having committed an offence while a young person.

2. (1) In this Act,

“young person” means a person who is or, in the absence of evidence to the contrary, appears to be twelve years of age or more, but under eighteen years of age and, where the context requires, includes any person who is charged under this Act with having committed an offence while he was a young person or is found guilty of an offence under this Act;

This definition of “young person” has two elements, which I will refer to as the “time” element and the “status” element. The first part of the definition, the time element, refers merely to numerical age. The second part, the status element, tells us at what point the time element is to be measured, that is, at what stage of the process a person must be within the parameters of the time element in order to have the status of a young person under the Act.

In order to understand the function of the “status” element better, it is useful to discuss what would happen if it were removed from the definition. Each of the references to “young person” in the Act is made in the context of some specific right, procedure or jurisdiction. For instance, some sections deal with the trial of young persons, others deal with the rights of young persons after a disposition has been made, some with procedures before trial and so on. If there were no status element to the definition of young person, then the application of each of these sections would be controlled by the age of the offender at the time the sections would be applied.

Such a situation would cause difficulties in the case of persons who age past the time boundary while the Act is being applied to them. I will refer to such persons as “transitional” offenders. Suppose an offender is 17 at the time the offence is committed, but 18 when the trial takes place, and turns 19 while in custody due to the eventual dis-

contexte l'exige, ce mot comprend une personne accusée d'avoir commis une infraction alors qu'elle était adolescente.

a 2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

b «adolescent» Toute personne qui, étant âgée d'au moins douze ans, n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans ou qui, en l'absence de preuve contraire, paraît avoir un âge compris entre ces limites, ainsi que, lorsque le contexte l'exige, toute personne qui, sous le régime de la présente loi, est soit accusée d'avoir commis une infraction durant son adolescence, soit déclarée coupable d'une infraction.

c Cette définition comporte deux éléments, que je désignerai comme l'élément «temps» et l'élément «statut». La première partie de la définition, l'élément temps, vise simplement l'âge. La seconde, l'élément statut, indique à quel moment l'élément temps doit être mesuré, c'est-à-dire à quelle étape du processus une personne doit s'inscrire dans le cadre de l'élément temps pour se prévaloir du statut d'adolescent aux termes de la Loi.

d Afin de mieux comprendre la fonction de l'élément «statut», il est utile d'examiner ce qui se produirait s'il était retiré de la définition. Chacune des mentions du terme «adolescent» dans la Loi est faite dans le contexte d'un droit, d'une procédure ou d'une compétence en particulier. Par exemple, certains articles traitent du procès d'adolescents, d'autres traitent des droits des adolescents après qu'une décision a été rendue, certains traitent des procédures préalables au procès et ainsi de suite. Si la définition d'adolescent ne comportait aucun élément relatif au statut alors l'application de chacun de ces articles serait contrôlée par l'âge du contrevenant au moment de l'application des articles.

e Une telle situation poserait des difficultés dans le cas de personnes auxquelles la Loi s'applique et qui atteignent et dépassent la limite d'âge qui y est prévue. J'appellerai ces personnes des contrevenants «en transition». Prenons le cas d'un contrevenant qui est âgé de 17 ans lorsque l'infraction est commise, de 18 ans au moment du procès et qui

position of the case. If the status of such a transitional offender is determined anew at each stage of the process, and in the context of each particular section of the Act that governs that part of the process, then the transitional offender could lose his status partway through.

The “status” element of the definition prevents these difficulties by fixing the status of the offender according to the offender’s age at the time of the offence. If this age is within the time element, then the offender is within the scheme of the Act despite any delays which may occur.

Of course, the matter is not quite that simple, as the “status” element of the definition is preceded by the words “where the context requires”. This clearly means that sometimes the words “young person” will be used in the Act in a way that only involves the “time” element, and sometimes will be used in a way that includes the “status” element, and it is the context that is to tell us which is which.

It is argued that “context” refers to the general purposes of the *Young Offenders Act*, and that this context requires that the protections of the Act be available to the transitional offender where the purposes of the Act are served by doing so.

I find myself unable to agree with this argument. I begin with the observation that the logical consequences of this interpretation are startling, to say the least. As I pointed out above, the words “young person” occur in virtually every section of the Act. Therefore, it would be the responsibility of the courts to examine virtually every provision of the Act in order to determine on a general policy basis whether it is suitable to being applied to transitional offenders or not. In this way, the courts are to construct whatever scheme to deal with transitional offenders seems best to them, by picking and choosing amongst the various procedures, jurisdictions and protections of the Act.

This consequence was recognized by Fish J.A. in *R. v. P. (J.)* (1989), 53 C.C.C. (3d) 24 (Que.

atteint 19 ans alors qu’il est sous garde en raison de la décision qui est rendue. Si le statut d’un tel contrevenant en transition est déterminé de nouveau à chaque étape du processus, et dans le contexte de chaque article de la Loi en particulier qui régit cette partie du processus, alors il pourrait perdre son statut au cours de ce processus.

L’élément «statut» de la définition permet de prévenir ces difficultés par l’établissement du statut du contrevenant selon son âge au moment de l’infraction. Si cet âge s’inscrit dans l’élément temps, alors le contrevenant est assujéti à la Loi malgré tous les retards qui pourraient survenir.

La question n’est cependant pas aussi simple car l’élément «statut» de la définition est précédé de l’expression «lorsque le contexte l’exige». De toute évidence cette expression signifie que le terme «adolescent» sera utilisé dans la Loi parfois d’une façon qui ne comporte que l’élément «temps» et parfois de manière à comprendre l’élément «statut», et cette utilisation sera déterminée par le contexte.

On soutient que le terme «contexte» renvoie aux fins générales de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et que ce contexte exige que le contrevenant en transition puisse jouir de la protection de la Loi lorsque cela est conforme à ses fins.

Je suis incapable de souscrire à cet argument. Tout d’abord, je tiens à souligner que les conséquences logiques de cette interprétation sont à tout le moins étonnantes. Comme je l’ai mentionné précédemment, on retrouve le terme «adolescent» dans presque tous les articles de la Loi. Par conséquent, il incomberait aux tribunaux d’examiner pratiquement chaque disposition de la Loi pour déterminer, selon des principes généraux, s’il convient ou non de l’appliquer aux contrevenants en transition. De cette manière les tribunaux sont tenus d’adopter le régime qui leur semble le meilleur pour traiter les contrevenants en transition, en choisissant parmi les diverses procédures, compétences et protections de la *Loi*.

Le juge Fish a reconnu cette conséquence dans l’arrêt *R. c. P. (J.)* (1989), 73 C.R. (3d) 205 (C.A.

C.A.), at p. 34. He thought that Parliament could not have intended such a consequence:

It [Parliament] has not launched individual judges on an uncharted odyssey through the various sections of the Act to determine which of its safeguards, *in their view*, are unnecessary or inappropriate where the alleged offender is over rather than under 18.

Nor has Parliament invited a judicial *value judgment* regarding the applicability to over-age defendants of s. 56, or of the alternative measures provided in s. 4, or of the special right to counsel created by s. 11, or of the unique dispositions permitted under s. 20, or—in the name of “context”—of any other protection or safeguard provided to young persons as part of the general scheme of the Act. [Emphasis in original.]

I suppose that if Parliament had truly entrusted the courts with such a task, it would not be impossible to undertake the legal odyssey that this would entail. However, it seems rather strange that Parliament would have absolutely nothing to say about the scheme that ought to be applied to transitional offenders, and would leave the construction of such a scheme to whatever the courts thought best.

Indeed, the words chosen by Parliament are hardly conducive to the conclusion that Parliament meant to delegate such an enterprise to the courts. As Kerans J.A. pointed out in his judgment in the Court of Appeal, the phrase “where the context requires” is really nothing more than a plain language version of an old drafter’s tool, *mutatis mutandis*. Often, a particular kind of definition will be convenient from a drafting point of view, though in certain cases the context will indicate that something else is meant. It is expedient in such cases to include a general definition, acknowledging that the context will indicate certain exceptions, without the need to indicate each one.

However, the relevant context is the technical or grammatical context, as befits a technical aid in drafting. If the context is to be a matter of substantive policy, then we have moved far from drafting and are instead addressing the central policy of the Act. To rest the whole crux of the policy of the Act

Qué.), à la p. 215. Il était d’avis que le législateur ne pouvait avoir voulu une telle conséquence:

[TRADUCTION] Il [le législateur] n’a pas lancé les juges dans un périple sans balise à travers les divers articles de la Loi pour déterminer quelles garanties sont, à leur avis, inutiles et inopportunes lorsque le contrevenant a plus de 18 ans plutôt que moins que cet âge.

Le législateur n’a pas non plus invité les juges à poser un *jugement de valeur* en ce qui concerne l’application de l’art. 56 à des défendeurs qui ont dépassé l’âge maximal, des mesures de rechange prévues à l’art. 4, du droit spécial aux services d’un avocat créé par l’art. 11, des décisions spéciales permises aux termes de l’art. 20 ou, au nom du «contexte», de toute autre protection ou garantie assurée aux adolescents dans le cadre de l’esprit général de la Loi. [En italique dans l’original.]

Sans doute que si le législateur avait vraiment confié une telle tâche aux tribunaux, il ne serait pas impossible d’entreprendre le périple juridique qu’une telle situation entraînerait. Toutefois, il semble plutôt étrange que le législateur n’ait absolument rien à dire au sujet du régime qui devrait s’appliquer aux contrevenants en transition et qu’il laisse aux tribunaux le soin de déterminer ce qui constitue le meilleur régime.

En fait, on peut difficilement conclure des termes choisis par le législateur qu’il voulait déléguer une telle entreprise aux tribunaux. Comme le souligne le juge Kerans dans son arrêt de la Cour d’appel, l’expression «lorsque le contexte l’exige» n’est rien d’autre qu’une version en langage courant de l’ancien outil des rédacteurs, qu’est la maxime *mutatis mutandis*. Il arrive souvent qu’une certaine définition puisse convenir d’un point de vue rédactionnel, bien que, dans certains cas, le contexte appellera un autre sens. Il est indiqué dans de tels cas de donner une définition générale, reconnaissant que le contexte fera ressortir certaines exceptions, sans qu’il soit nécessaire d’indiquer chacune d’entre elles.

Toutefois, le contexte pertinent est le contexte technique ou grammatical, comme il sied à une aide technique en rédaction. Si l’on fait du contexte une question de fond, alors nous nous éloignons de la rédaction, nous touchons plutôt au principe même de la Loi. Si l’on fait reposer tout le

with regard to transitional offenders on "where the context requires" simply puts more weight on those words than they can reasonably bear.

Despite one's surprise that Parliament would have delegated the construction of a scheme with regard to transitional offenders to the courts, and despite the inadequacy of the language said to achieve this result, such a conclusion might be inescapable if one could find in the Act no specific decision by Parliament as to how transitional offenders should be treated. However, when one examines the rest of the Act, one discovers that the assumption that Parliament has said nothing concerning the scheme that ought to be applied to transitional offenders and has left the construction of that scheme to the courts is, in my view, simply wrong.

Section 5 of the Act clearly provides that transitional offenders are to receive the full benefit of the provisions of the Act, with only two exceptions, which are the system of military courts and the possibility of transfer to adult court. The French text clearly refers to the benefits of the Act, and since it is more favourable to the accused than the English text (which says that the transitional offender shall be "dealt with" according to the Act), it should be followed.

5. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament but subject to the *National Defence Act* and section 16, a youth court has exclusive jurisdiction in respect of any offence alleged to have been committed by a person while he was a young person and any such person shall be dealt with as provided in this Act.

(3) Proceedings commenced under this Act against a young person may be continued, after he becomes an adult, in all respects as if he remained a young person.

In the Court of Appeal, Kerans J.A. argued that the statement in s. 5 that the transitional offender shall receive the benefits of the Act does not literally dispose of the issue, since one must look at the Act to see what its benefits are, and the definition

principe de la Loi en ce qui concerne les contrevenants en transition sur l'expression «lorsque le contexte l'exige», on lui accorde tout simplement plus d'importance qu'elle peut raisonnablement en avoir.

Même s'il est surprenant que le législateur ait laissé aux tribunaux le soin d'interpréter un régime relatif aux contrevenants en transition et malgré le caractère inadéquat du texte qui entraînerait un tel résultat, il est possible qu'on ne puisse éviter une telle conclusion si la Loi ne fait état d'aucune disposition précise du législateur sur la manière de traiter les contrevenants en transition. Toutefois, si l'on examine le reste de la Loi, on découvre, à mon avis, qu'est tout simplement erronée l'hypothèse selon laquelle le législateur ne s'est pas prononcé sur le régime applicable aux contrevenants en transition et en a confié l'interprétation aux tribunaux.

L'article 5 de la Loi prévoit clairement que les contrevenants en transition bénéficient pleinement des dispositions de la Loi sauf dans deux cas, soit le système des tribunaux militaires et la possibilité de renvoi à un tribunal pour adultes. Le texte français dit clairement que l'intéressé bénéficie des dispositions de la Loi et, comme il est plus favorable à l'accusé que le texte anglais (qui prévoit que le contrevenant en transition doit être traité («*dealt with*») conformément à la Loi), il doit prévaloir.

5. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale mais sous réserve de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 16, le tribunal pour adolescents a compétence exclusive pour toute infraction imputée à une personne et qu'elle aurait commise en cours d'adolescence; cette personne bénéficie des dispositions de la présente loi.

(3) Les poursuites intentées sous le régime de la présente loi contre un adolescent peuvent, à tous égards, se continuer après qu'il a atteint l'âge adulte, comme s'il était demeuré adolescent.

À la Cour d'appel, le juge Kerans a soutenu que le fait que l'art. 5 mentionne que le contrevenant en transition doit bénéficier des dispositions de la Loi ne règle pas réellement la question puisqu'il faut examiner la Loi pour voir quels bénéfices

of "young person" is itself part of the Act. Therefore, if in the application of the definition a transitional offender is not a young person with regard to a particular benefit, then that benefit is not a benefit of the Act for such a person.

If this argument is accepted, then the exception for s. 16 is superfluous. Section 16, like the definition of young person, would simply be part of the Act to which the offender was subject, and would require no specific exception. Indeed, the fact that there are two specific exceptions gives some indication that Parliament put its mind to the question of transitional offenders, and decided that they should have all the benefits of the Act, save those specifically mentioned.

In any event, s. 5 is a much better guide to the intention of Parliament with regard to transitional offenders than is s. 2. Section 5 clearly addresses the policy issue at the heart of this case, which is how to draw the line in giving special protection to young offenders, and clearly offers all the protections of the Act to the transitional offender. The flexibility inherent in the language of the definition in s. 2 is best understood not as a question of policy, but as an aid in drafting.

In holding that "where the context requires" is merely a drafting aid, rather than a tool of policy, I do not mean to accept the argument of the appellant that those words are merely a syntactical bridge, equivalent to the word "or". To accept such an argument would make the words "where the context requires" themselves superfluous. Instead, there are some examples in the Act where it is clear as a matter of drafting, rather than policy, that "young person" does not include the status element of the definition. This is apparent in s. 2 itself. It says, and I repeat it for convenience:

offrent ses dispositions et puisque la définition d'«adolescent» fait elle-même partie de la Loi. Par conséquent, si selon l'application de la définition un contrevenant en transition n'est pas un adolescent en ce qui concerne un bénéfice en particulier, il ne s'agit pas d'un bénéfice offert par une disposition de la Loi à l'égard d'une telle personne.

Si l'on accepte cet argument, l'exception relative à l'art. 16 est inutile. Cet article, comme la définition d'adolescent, serait simplement une partie de la Loi à laquelle le contrevenant est assujéti et n'exigerait aucune exception précise. En fait, l'existence de deux exceptions précises indique que le législateur s'est penché sur la question des contrevenants en transition et a décidé qu'ils devraient bénéficier de toutes les dispositions de la Loi, sous réserve des exceptions prévues expressément.

De toute façon, l'art. 5 est un bien meilleur guide que l'art. 2 de l'intention du législateur relativement aux contrevenants en transition. L'article 5 porte clairement sur la question de principe au cœur du présent pourvoi, qui est de savoir où établir la limite de la protection spéciale accordée aux jeunes contrevenants, et il accorde clairement toutes les protections de la Loi au contrevenant en transition. Il convient d'interpréter la souplesse inhérente à l'énoncé de la définition de l'art. 2 non pas comme englobant les principes mais comme une aide à la rédaction.

En concluant que l'expression «lorsque le contexte l'exige» n'est qu'une aide à la rédaction plutôt qu'un instrument de mise en œuvre de principes, je ne veux pas dire que j'accepte l'argument de l'appelant que ces termes sont simplement un enchaînement syntaxique qui équivaut à la conjonction «ou». Si l'on accepte un tel argument, l'expression «lorsque le contexte l'exige» deviendrait elle-même inutile. La Loi comporte plutôt certains exemples où il est clair sur le plan de la rédaction, plutôt que des principes, que le mot «adolescent» ne comprend pas l'élément de la définition relatif au statut. L'article 2 lui-même le fait ressortir clairement. En voici le texte, et je le répète par souci de commodité:

“young person” means a person who is or, in the absence of evidence to the contrary, appears to be twelve years of age or more, but under eighteen years of age and, where the context requires, includes any person who is charged under this Act with having committed an offence while he was a young person or is found guilty of an offence under this Act;

«adolescent» Toute personne qui, étant âgée d'au moins douze ans, n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans ou qui, en l'absence de preuve contraire, paraît avoir un âge compris entre ces limites, ainsi que, lorsque le contexte l'exige, toute personne qui, sous le régime de la présente loi, est soit accusée d'avoir commis une infraction durant son adolescence, soit déclarée coupable d'une infraction.

When this section refers to “any person who is charged under this Act with having committed an offence while he was a young person”, it is clear that the reference to young person is to the “time” element only, not the “status” element. That is, when the definition refers to an offence being committed while the person was a young person, it means only that the offence was committed when the person was between 12 and 17, and not an offence that was committed while the person was charged with committing an offence when between 12 and 17.

Lorsque cet article mentionne «toute personne qui, sous le régime de la présente loi, est [...] accusée d'avoir commis une infraction durant son adolescence», il est clair que la mention d'adolescence ne vise que l'élément «temps» et non l'élément «statut». C'est-à-dire que lorsque la définition fait mention d'une infraction commise durant l'adolescence, il est question seulement d'une infraction commise lorsque la personne avait entre 12 et 17 ans et non d'une infraction commise alors que la personne était accusée d'avoir commis une infraction pendant qu'elle avait entre 12 et 17 ans.

Section 5 is a second example. It reads:

L'article 5 constitue un deuxième exemple:

5. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament but subject to the *National Defence Act* and section 16, a youth court has exclusive jurisdiction in respect of any offence alleged to have been committed by a person while he was a young person and any such person shall be dealt with as provided in this Act.

5. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale mais sous réserve de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 16, le tribunal pour adolescents a compétence exclusive pour toute infraction imputée à une personne et qu'elle aurait commise en cours d'adolescence; cette personne bénéficie des dispositions de la présente loi.

(3) Proceedings commenced under this Act against a young person may be continued, after he becomes an adult, in all respects as if he remained a young person.

(3) Les poursuites intentées sous le régime de la présente loi contre un adolescent peuvent, à tous égards, se continuer après qu'il a atteint l'âge adulte, comme s'il était demeuré adolescent.

In s. 5(1), the exclusive jurisdiction in respect of an offence committed by a person while a young person must refer only to the time element. This is even more obvious in s. 5(3). Subsection 3 deals with a young person who becomes an adult after proceedings have been commenced. If young person in this section included a person charged with having committed an offence under the Act, then such a young person could never become an adult after proceedings had been commenced, since adult is defined as someone who is neither a young

Au paragraphe 5(1), la compétence exclusive relativement à une infraction commise par une personne alors qu'elle était adolescente ne doit viser que l'élément temps. Cela est encore plus évident au par. 5(3). Ce paragraphe traite d'un adolescent qui atteint l'âge adulte après le début des poursuites. Si le terme adolescent dans cet article visait une personne accusée d'avoir commis une infraction aux termes de la Loi, un tel adolescent ne pourrait jamais devenir un adulte après le début des procédures, puisque l'adulte est défini comme

person nor a child. Thus, young person must only refer to the time element here.

There are other examples in the Act where as a grammatical matter it is clear that "young person" cannot include a person charged with having committed an offence while between 12 and 17. This is not a matter of policy, however, and has nothing to do with any substantive rights under the Act. It instead is merely a grammatical aid which, perhaps, it was thought would simplify the drafting of the Act (though it would appear not to have simplified its understanding).

Having settled upon this interpretation of the definition of "young person", it remains only to apply it to the section at hand in this case, which is s. 56(2), and reads as follows:

56. . . .

(2) No oral or written statement given by a young person to a peace officer or other person who is, in law, a person in authority is admissible against the young person unless

(a) the statement was voluntary;

(b) the person to whom the statement was given has, before the statement was made, clearly explained to the young person, in language appropriate to his age and understanding, that

(i) the young person is under no obligation to give a statement,

(ii) any statement given by him may be used as evidence in proceedings against him,

(iii) the young person has the right to consult another person in accordance with paragraph (c), and

(iv) any statement made by the young person is required to be made in the presence of the person consulted, unless the young person desires otherwise;

(c) the young person has, before the statement was made, been given a reasonable opportunity to consult with counsel or a parent, or in the absence of a parent, an adult relative, or in the absence of a parent and an adult relative, any other appropriate adult chosen by the young person; and

une personne qui n'est plus dans l'adolescence. Par conséquent, en l'espèce, le terme adolescent ne doit viser que l'élément temps.

La Loi comporte d'autres exemples où, grammaticalement, il est clair que le mot «adolescent» ne peut viser une personne accusée d'avoir commis une infraction alors qu'elle avait entre 12 et 17 ans. Toutefois, il ne s'agit pas d'une question de principe et cela n'a rien à voir avec les droits substantifs que confère la Loi. Il s'agit plutôt d'un simple moyen grammatical qui pouvait peut-être, pensait-on, simplifier la rédaction de la Loi (bien qu'il ne semble pas en avoir simplifié la compréhension).

Cette interprétation de la définition d'«adolescent» étant établie, il ne reste plus qu'à l'appliquer à la disposition visée en l'espèce, le par. 56(2), dont voici le texte:

56. . . .

(2) La déclaration orale ou écrite faite par un adolescent à un agent de la paix ou à toute autre personne en autorité d'après la loi, n'est pas admissible en preuve contre l'adolescent, sauf si les conditions suivantes sont remplies:

a) la déclaration est volontaire;

b) la personne à qui la déclaration a été faite a, avant de la recueillir, expliqué clairement à l'adolescent, en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension, que:

(i) il n'est obligé de faire aucune déclaration,

(ii) toute déclaration par lui faite pourra servir de preuve dans les poursuites intentées contre lui,

(iii) il a le droit de consulter une tierce personne conformément à l'alinéa c),

(iv) toute déclaration faite par lui doit l'être en présence de la personne consultée, sauf s'il en décide autrement;

c) l'adolescent s'est vu donner, avant de faire la déclaration, la possibilité de consulter soit son avocat soit son père ou sa mère, soit, en l'absence du père ou de la mère, un parent adulte, soit, en l'absence du père ou de la mère et du parent adulte, tout autre adulte idoine qu'il aura choisi;

(d) where the young person consults any person pursuant to paragraph (c), the young person has been given a reasonable opportunity to make the statement in the presence of that person.

I can certainly see that there is a policy argument concerning whether transitional offenders require the protection of s. 56(2) after turning 18. However, I need not say anything on either side of such an argument, for in my view it has been settled by the choice made by Parliament in s. 5 of the Act. There is nothing in the grammatical context of s. 56(2) to suggest that its use of "young person" is limited to the time element. Parliament has decided to extend this protection to transitional offenders,

Subject to the *National Defence Act*, Parliament has entrusted the youth court with exclusive jurisdiction over anyone who has the status of a young person and that person is entitled to all the benefits of the Act until such time as the matter is disposed of by the youth court or the person is transferred to adult court. (This does not contradict the assumption in *R. v. J. (J.T.)*, [1990] 2 S.C.R. 755, that the protection of s. 56(2) survives a transfer to adult court, since the statement in that case was taken at a time when the accused was under the jurisdiction of the youth court.) The latter alternative is likewise under the control of the youth court and is available whenever the provisions of the *Young Offenders Act* are found inappropriate for dealing with the circumstances of the young person, having regard to the factors stated in the Act, which include the age, maturity, character and background of the young person, the adequacy of the *Young Offenders Act* and the *Criminal Code* that would apply to the young person in the event of a transfer and any factor the court considers relevant.

In this way, Parliament has placed persons charged with an offence under the Act under the protection of the youth court and attributed to that judicial authority rather than police or

d) l'adolescent s'est vu donner, au cas où il a consulté une personne conformément à l'alinéa c), la possibilité de faire sa déclaration en présence de cette personne.

Je peux certes comprendre qu'il existe un argument de principe à savoir si les contrevenants en transition doivent être protégés par le par. 56(2) après avoir atteint l'âge de 18 ans. Toutefois, je n'ai pas à me prononcer sur le bien-fondé d'un tel argument car, à mon avis, il a été réglé par le choix qu'a fait le législateur à l'art. 5 de la Loi. Le contexte grammatical du par. 56(2) ne donne nullement à penser que l'utilisation du terme «adolescent» se limite à l'élément temps. Le législateur a décidé d'étendre cette protection aux contrevenants en transition.

Sous réserve de la *Loi sur la défense nationale*, le législateur a conféré au tribunal pour adolescents la compétence exclusive à l'égard de toute personne ayant le statut d'adolescent, et cette personne bénéficie des dispositions de la Loi jusqu'à ce que l'affaire soit réglée par le tribunal pour adolescents ou jusqu'à ce que la personne soit renvoyée à un tribunal pour adultes. (Cette situation ne contredit pas l'hypothèse énoncée dans l'arrêt *R. c. J. (J.T.)*, [1990] 2 R.C.S. 755, selon laquelle la protection du par. 56(2) survit à un renvoi à un tribunal pour adultes, étant donné que la déclaration dans cette affaire a été faite à un moment où l'accusé relevait de la compétence du tribunal pour adolescents.) Cette dernière possibilité relève également du tribunal pour adolescents et s'applique lorsque les dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* sont jugées inadéquates compte tenu des circonstances qui s'appliquent à l'adolescent relativement aux éléments énoncés dans la Loi, qui comprennent l'âge, le degré de maturité, le caractère et les antécédents de l'adolescent, de l'opportunité de soumettre l'adolescent à la *Loi sur les jeunes contrevenants* et au *Code criminel* dans le cas d'un renvoi et de tous autres éléments que le tribunal considère pertinents.

De cette façon, le législateur a placé les personnes accusées d'une infraction aux termes de la Loi sous la protection du tribunal pour adolescents et a chargé cette autorité judiciaire, et non la police



prosecutorial authorities the responsibility of determining, having regard to the factors and circumstances referred to, whether the accused should continue to benefit from the provisions of the Act or be transferred to adult court. The Act makes no distinction between provisions dealing with accountability and those dealing with due process. The scope of the protection afforded by the Act is all encompassing but whether it is to be continued in any given case is to be determined by the judicial authority of the youth court.

I would therefore allow the appeal and restore the acquittal entered by the trial judge.

*Appeal dismissed, GONTHIER and IACOBUCCI JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Code Hunter, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Calgary.*

ou le ministère public, de déterminer, compte tenu des éléments et des circonstances mentionnés précédemment, si l'accusé devrait continuer à bénéficier des dispositions de la Loi ou être renvoyé à un tribunal pour adultes. La Loi n'établit aucune distinction entre les dispositions qui traitent de la responsabilité et celles qui traitent de l'application régulière de la loi. La protection conférée par la Loi s'applique dans tous les cas mais la question de savoir si elle doit être maintenue dans un cas en particulier relève de la compétence du tribunal pour adolescents.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement prononcé par le juge du procès.

*Pourvoi rejeté, les juges GONTHIER et IACOBUCCI sont dissidents.*

*Procureurs de l'appellant: Code Hunter, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 7, 1992 Vol. 2**

and Tables

Cited as [1992] 2 S.C.R. { i-xlviii  
1065-1211

**7<sup>e</sup> cahier, 1992 Vol. 2**

et Tables

Renvoi [1992] 2 R.C.S. { i-xlviii  
1065-1211

---

**NOTICE**

**There will be a Volume 3 of the Supreme Court Reports [1992] and it will contain six parts.**

**January 1993**

**AVIS**

**Il y aura un troisième volume du Recueil des arrêts de la Cour suprême [1992] et il comprendra six cahiers.**

**Janvier 1993**

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

## CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xiii
Table of Cases Cited.....	xxi
Statutes and Regulations Cited.....	xxxvii
Authors Cited.....	xli
Index.....	1199

**Dickason v. University of Alberta..... 1103**

Civil rights — Equality rights — Mandatory retirement — Provincial legislation prohibiting discrimination on basis of age — Employer may show that alleged contravention "reasonable and justifiable in the circumstances" — Whether universi-

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

## SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Tables des jugements.....	xvii
Table de la jurisprudence.....	xxi
Lois et règlements cités.....	xxxix
Doctrine citée.....	xli
Index.....	1205

**Dickason c. Université de l'Alberta..... 1103**

Libertés publiques — Droits à l'égalité — Retraite obligatoire — Loi provinciale interdisant la discrimination en raison de l'âge — L'employeur peut démontrer que la violation alléguée est «raisonnable et justifiable, eu égard aux circonstances» —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

ty's policy of mandatory retirement at age 65 justified — Whether criteria for limiting Charter rights under s. 1 apply — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, ss. 7, 11.1.

Courts — Appellate review — Findings of fact — Curial deference — Whether appellate court should disturb findings of fact made by board of inquiry and Court of Queen's Bench.

### **Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc. .... 1065**

Civil procedure — Contempt of court — Non-compliance with injunction — Compellability — Whether person cited for contempt can be compelled to testify — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 49 to 54, 295, 302, 309, 761 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 33.1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(c).

Civil rights — Prohibited testimony — Contempt of court — Non-compliance with injunction — Compellability — Whether person cited for contempt can be compelled to testify — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 33.1 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 295, 302, 309.

Constitutional law — Charter of Rights — Compellability — Contempt of court — Non-compliance with injunction — Whether person cited for contempt can be compelled to testify — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(c) — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 295, 302, 309.

## SOMMAIRE (Fin)

La politique de l'université fixant l'âge de la retraite obligatoire à 65 ans est-elle justifiée? — Les critères permettant de limiter en vertu de l'article premier les droits garantis par la Charte s'appliquent-ils? — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 7, 11.1.

Tribunaux — Révision en appel — Conclusions de fait — Retenue judiciaire — La cour d'appel doit-elle modifier les conclusions de fait tirées par une commission d'enquête et la Cour du Banc de la Reine?

### **Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc. .... 1065**

Procédure civile — Outrage au tribunal — Non-respect d'une injonction — Contraignabilité — La personne citée pour outrage est-elle contraignable à témoigner? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 49 à 54, 295, 302, 309, 761 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 33.1 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c).

Libertés publiques — Témoignages interdits — Outrage au tribunal — Non-respect d'une injonction — Contraignabilité — La personne citée pour outrage est-elle contraignable à témoigner? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 33.1 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 295, 302, 309.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Contraignabilité — Outrage au tribunal — Non-respect d'une injonction — La personne citée pour outrage est-elle contraignable à témoigner? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c) — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 295, 302, 309.



## 1992 Volume 2

### **Canada Supreme Court Reports**

*Published pursuant to Statute by*

ANNE ROLAND  
*Registrar of the Court*

*Deputy Registrar*  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

*Director of Publications*  
Odile Calder

*Law Editors*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Revisors*  
Richard Berberi  
Liliane Baribeau

*Manager, Editorial Services*  
Gisèle Boulay

*Technical Revisors*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty

*Secretaries*  
Suzanne Giguère  
Lyne Renaud

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

*Publié conformément à la Loi par*

ANNE ROLAND  
*Registraire de la Cour*

*Registraire adjoint*  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

*Directrice des publications*  
Odile Calder

*Arrêtistes*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Réviseurs*  
Richard Berberi  
Liliane Baribeau

*Gestionnaire, Service de l'édition*  
Gisèle Boulay

*Réviseurs techniques*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty

*Secrétaires*  
Suzanne Giguère  
Lyne Renaud

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

On the 5th day of June 1992, the Honourable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 13th day of November 1992, the Honourable JOHN CHARLES MAJOR, a Judge from the Alberta Court of Appeal, was appointed Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.



**JUGES  
DE LA  
COUR SUPRÊME DU CANADA**

**Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada***

**L'honorable GÉRARD V. LA FOREST**

**L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ**

**L'honorable JOHN SOPINKA**

**L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER**

**L'honorable PETER DECARTERET CORY**

**L'honorable BEVERLEY McLACHLIN**

**L'honorable FRANK IACOBUCCI**

**L'honorable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 5 juin 1992.**

**Le 13 novembre 1992, l'honorable JOHN CHARLES MAJOR, juge de la Cour d'appel de l'Alberta, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.**

## ERRATA

[1989] 2 S.C.R. at p. 1067, line *i*-6 of the English version. Read “March 15, 1984” instead of “March 15, 1989”.

[1989] 2 R.C.S. à la p. 1067, ligne *i*-6 de la version anglaise. Lire «March 15, 1984» au lieu de «March 15, 1989».

## MOTIONS—REQUÊTES

- 123021 Canada Inc. c. Amos Development Corporation Inc.* (Qué.), 22959, leave to appeal refused with costs, 20.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A. G. W. v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 22856, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Alegria v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 23012, leave to appeal refused, 3.9.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Alex Couture Inc. c. Procureur général du Canada* (Qué.), 22706, leave to appeal refused with costs, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Allard Contractors Ltd. v. Corporation of the District of Coquitlam* (B.C.), 22829, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Anastasiadis v. Johnson* (Man.), 22881, leave to appeal refused, 9.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Attorney General of Canada v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 22758, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Bassaga c. Université du Québec à Montréal* (Qué.), 22741, leave to appeal refused with costs, 11.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bélair c. Procureure générale du Canada* (Crim.)(Qué.), 22841, leave to appeal refused, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Bell Asbestos Mines Ltd. v. Bushell* (B.C.), 23091 leave to appeal refused with costs, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bennett v. British Columbia Securities Commission* (B.C.), 23105, leave to appeal refused with costs, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bessette c. Pavage et Aménagement paysager Antonio Borsellino Inc.* (Qué.), 22854, leave to appeal refused with costs, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boisvert-Mael c. Fiset* (Qué.), 22969, leave to appeal refused with costs, 20.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Branch v. British Columbia Securities Commission* (B.C.), 22978, leave to appeal granted, 24.9.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Brault-Clément Inc. c. La Reine* (C.A.F.)(Qué.), 22970, leave to appeal refused with costs, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- British Columbia Egg Marketing Board v. Delight* (B.C.), 22756, leave to appeal refused with costs, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Callahan v. Jabs* (B.C.), 22973, leave to appeal refused with costs, 3.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Association of Regulated Importers v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 22871, leave to appeal refused with costs, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Broadcasting Corporation v. Bank of British Columbia* (B.C.), 22945, leave to appeal refused with costs, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Canadian Marconi Co. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 22806, leave to appeal refused with costs, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carr v. Levitt* (B.C.), 23034, leave to appeal refused with costs, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chanachowicz v. Bryan* (Ont.), 22987, leave to appeal refused, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Chand v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22766, leave to appeal refused, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Charchun v. Daniels* (Alta.), 22834, leave to appeal refused with costs, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cicconi v. Groch* (Alta.), 22931, leave to appeal refused with costs, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cicero c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22869, leave to appeal refused, 20.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Constructions du St-Laurent Ltée c. Banque Nationale du Canada* (Qué.), 22902, leave to appeal refused with costs, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Peterborough v. Ramsden* (Ont.), 22787, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Coyoy v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 22891, leave to appeal refused, 11.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Cumberland Drugs (Merivale) Ltd. c. L'Ordre des Optométristes du Québec* (Crim.)(Qué.), 23028, leave to appeal refused, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée.
- D. V. c. Lavoie* (Qué.), 22954, leave to appeal refused, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- DeAcetis v. DeAcetis* (Ont.), 22996, leave to appeal refused with costs, 3.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Derrickson v. M. D. Sloan Consultants Ltd.* (B.C.), 22835, leave to appeal refused, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Desbiens c. Corporation municipale de Saint-Jean de Boischatel* (Qué.), 22950, leave to appeal refused with costs, 23.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dimitrov c. Minister of Employment and Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 23017, leave to appeal refused, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Donaldson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22911, leave to appeal refused, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Doyle v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 22796, leave to appeal refused, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Duchesne c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22983, leave to appeal refused, 6.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Duchesne c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22984, leave to appeal refused, 6.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Dunphy Leasing Enterprises Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (Alta.), 22819, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Duodo v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23013, leave to appeal refused, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Duron Ottawa Ltd. v. Sarnafil Canada Ltd.* (Ont.), 22763, leave to appeal refused with costs, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- E. T. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22873, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.* (B.C.), 22429, leave to appeal granted, 2.7.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Fédération des employés et employés de services publics Inc. c. St-Jacques* (Qué.), 22339, notice of discontinuance filed, 30.7.92, avis de désistement produit.
- Flieger v. Province of New Brunswick* (N.B.), 22875, leave to appeal granted, 2.7.92, autorisation de pourvoi accordée.

- Ford Credit Canada Ltd. v. Crosbie Realty Ltd.* (Nfld.), 22951, leave to appeal refused with costs, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Forsythe v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 22928, leave to appeal refused, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Franks v. King* (B.C.), 22866, leave to appeal refused with costs, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Friedberg v. The Queen* (Ont.), 22990, leave to appeal refused with costs, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Friends of the Oldman River Society v. The Queen* (Alta.), 22976, leave to appeal refused, 6.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Garcia c. Société Nationale d'Assurances* (Qué.), 22855, leave to appeal refused with costs, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gateway Industries Ltd. v. MacMillan Bathurst Inc.* (Man.), 22842, leave to appeal refused with costs, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gesser v. The Queen* (C.A.F.)(Qué.), 22965, leave to appeal refused with costs, 20.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gill v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 19528, notice of discontinuance filed, 5.8.92, avis de désistement produit.
- Gougeon & Frères Ltée c. L'Association des employés de garage de Drummondville (CSN)* (Qué.), 23070, notice of discontinuance filed, 15.7.92, avis de désistement produit.
- Grand Council of the Crees (of Quebec) c. Attorney General of Quebec* (F.C.A.)(Qué.), 22705, leave to appeal granted, 11.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Greganti v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22876, notice of discontinuance filed, 16.7.92, avis de désistement produit.
- Grewal v. Salama Enterprises (1988) Inc.* (B.C.), 23032, leave to appeal refused with costs, 20.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hamway v. Regional Realty* (Ont.), 22912, leave to appeal refused with costs, 30.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hanzlik v. The Queen*, (Crim.)(Ont.), 23011, leave to appeal refused, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Harrigan v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23005, leave to appeal refused, 20.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Harrison v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22734, leave to appeal refused, 11.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Hofmann v. Moses* (B.C.), 22894, leave to appeal refused, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Hongkong Bank of Canada v. Philip's Manufacturing Ltd.* (B.C.), 23004, leave to appeal refused with costs, 3.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hughes v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 22972, leave to appeal refused, 30.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Jamieson c. Directeur du Centre de Prévention Parthenais* (Crim.)(Qué.), 22879, leave to appeal refused, 11.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Jensen v. Jensen* (N.S.), 22910, leave to appeal refused with costs, 23.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jocelyn c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 22831, leave to appeal refused with costs, 11.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jordan v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22884, leave to appeal refused, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Kadar v. Ede* (Alta.), 22900, leave to appeal refused, 9.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corporation* (Alta.), 22906, leave to appeal refused with costs, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kennedy v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22899, leave to appeal refused, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée.

- Kenny v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22840, leave to appeal refused, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Kieling v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 23069, leave to appeal refused, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Lafrance v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22993, notice of discontinuance filed, 22.6.92, avis de désistement produit.
- Lakeway Heights Developments Inc. v. Royal Bank of Canada* (B.C.), 22957, leave to appeal refused, 30.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Lambert v. Council of the College of Physicians and Surgeons* (Sask.), 23042, leave to appeal refused with costs, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lavoie c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22982, leave to appeal refused, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Lawson v. Solicitor-General Angus Ree* (B.C.), 22919, leave to appeal refused with costs, 10.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lefebvre c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22909, leave to appeal refused, 18.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Leibovici c. Barclay Stores Equipment Ltd.* (Qué.), 22963, leave to appeal refused with costs, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Levogiannis v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22953, leave to appeal granted, 2.7.92, autorisation de pourvoi accordée.
- London Life, Compagnie d'Assurance-vie c. Berthiaume* (Qué.), 23002, leave to appeal refused with costs, 10.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Luitjens v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 23036, leave to appeal refused, 10.9.92, autorisation de pourvoi refusée.
- MacDonald v. Council of the College of Physicians and Surgeons of New Brunswick* (N.B.), 23015, leave to appeal refused with costs, 9.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacPhee v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 23029, leave to appeal refused, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Maguelone Construction Ltée c. Jacobson* (Qué.), 22828, leave to appeal refused, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Maletta v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22904, leave to appeal refused, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Manek c. Malenfant* (Qué.), 22823, leave to appeal refused with costs, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marcoux c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22938, leave to appeal refused, 11.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Marquard v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22940, leave to appeal granted, 2.7.92, autorisation de pourvoi accordée.
- McJannet v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 22898, leave to appeal refused with costs, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McManus v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22893, leave to appeal refused, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Merger Restaurants v. Lakeview Development of Canada Ltd.* (Man.), 22861, leave to appeal refused, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Mero v. Regional Municipality of Waterloo* (Ont.), 22955, leave to appeal refused, 6.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Miron v. Trudel* (Ont.), 22744, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Mohawk Oil Co. v. The Queen* (Crim.)(F.C.A.)(B.C.), 22918, leave to appeal refused with costs, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Montreal Trust Co. of Canada v. Lopushinsky* (B.C.), 22847, leave to appeal refused with costs, 11.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nanaimo Shipyard (1985) Ltd. v. MacKinnon* (B.C.), 23007, leave to appeal refused with costs, 3.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nathan D. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22665, notice of discontinuance filed, 10.7.92, avis de désistement produit.

- Northern Sales Co. v. Compania Maritima Villa Nova* (F.C.A.)(Man.), 22809, leave to appeal refused with costs, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Northern Telecom Ltée c. Cité de Lachine* (Qué.), 22818, leave to appeal refused with costs, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ogilvie Mills Ltd. v. National Transportation Agency* (F.C.A.)(Ont.), 22927, notice of discontinuance filed, 30.7.92, avis de désistement produit.
- Olympus Optical Co. v. Canadian Olympic Association — Association olympique canadienne* (F.C.A.)(Ont.), 22708, leave to appeal refused with costs, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Osolin v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22826, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Oxy Petrochemicals Inc. v. Beresford Packaging Inc.* (Ont.), 22880, leave to appeal refused with costs, 9.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paul Magder Furs Ltd. v. Attorney General for Ontario* (Ont.), 22883, leave to appeal refused with costs, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pelletier c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22914, leave to appeal refused, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Penteluk v. Penteluk* (Sask.), 22995, leave to appeal refused, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Poitras c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22979, leave to appeal refused, 23.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Augustine* (N.B.), 22889, notice of discontinuance filed, 22.6.92, avis de désistement produit.
- R. v. Bernard* (Crim.)(P.E.I.), 22930, leave to appeal refused, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Davy* (Crim.)(Ont.), 22808, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Engels* (Crim.)(Qué.), 22932, leave to appeal refused, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Gulf Canada Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 22895, leave to appeal refused with costs, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Litchfield* (F.C.A.)(Crim.)(Alta.), 22896, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Soucy* (Crim.)(Qué.), 23038, leave to appeal refused, 13.8.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Ram v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 18976, notice of discontinuance filed, 5.8.92, avis de désistement produit.
- Rheaume v. Attorney General for Ontario* (Ont.), 22935, leave to appeal refused, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Rhodes v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22977, leave to appeal refused, 16.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Ripley v. Pommier* (N.S.), 22814, leave to appeal refused with costs, 18.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rivas v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 23081, leave to appeal refused, 3.9.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Royal Insurance Co. of Canada v. The Queen* (B.C.), 22773, leave to appeal refused, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Rumack v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 22925, leave to appeal refused with costs, 20.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rural Dignity of Canada v. Canada Post Corporation* (F.C.A.)(Ont.), 22905, leave to appeal refused with costs, 30.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rural Municipality of Springfield v. Provincial Municipal Assessor* (Man.), 22857, leave to appeal refused with costs, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- S. G. Combustion Products Ltd. v. Francis Fuels Ltd.* (Ont.), 22858, leave to appeal refused with costs, 23.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Saint John Shipbuilding Ltd. c. Groupe Mil Inc.* (Qué.), 22696, leave to appeal refused with costs, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Selig v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 22968, leave to appeal refused, 16.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Shell Canada Products Ltd. v. City of Vancouver* (B.C.), 22789, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Sheridan v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22994, leave to appeal refused, 23.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Shinkaruk v. Toronto-Dominion Bank* (Sask.), 22271, leave to appeal refused with costs, 23.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Singh (Bakshish) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 18684, notice of discontinuance filed, 5.8.92, avis de désistement produit.
- Singh (Gurcharan) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 18513, notice of discontinuance filed, 5.8.92, avis de désistement produit.
- Singh (Navtej) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 17980, notice of discontinuance filed, 5.8.92, avis de désistement produit.
- Singh (Santokh) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 18711, notice of discontinuance filed, 5.8.92, avis de désistement produit.
- Slattery v. Doane Raymond Ltd.* (N.B.), 22618, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Smith v. Cumis Life Insurance Co.* (Sask.), 22991, leave to appeal refused with costs, 3.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat général du cinéma et de la télévision c. National Film Board* (C.A.F.)(Qué.), 22967, leave to appeal refused with costs, 3.9.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Szep v. Smyth* (B.C.), 22913, leave to appeal refused with costs, 20.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 22767, leave to appeal refused with costs, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tapaquon v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22926, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Tarantino v. Franczak* (Ont.), 22868, leave to appeal refused with costs, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tardi c. Banque Nationale du Canada* (Qué.), 22986, leave to appeal refused with costs, 20.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tardi c. Lebel* (Qué.), 22985, leave to appeal refused with costs, 20.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Téléphone Guévremont Inc. c. Régie des Télécommunications du Québec* (Qué.), 22920, leave to appeal refused with costs, 13.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Téléphone Guévremont Inc. c. Régie des Télécommunications du Québec* (Qué.), 22921, leave to appeal refused with costs, 13.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Teresinski v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22939, leave to appeal refused, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Thomas Equipment Ltd. v. Kavanaugh* (N.B.), 22886, leave to appeal refused with costs, 2.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Toronto General Hospital v. Ontario Nurses' Association* (Ont.), 22907, leave to appeal refused with costs, 9.7.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vaillancourt v. Attorney General for the province of Ontario* (Crim.)(Ont.), 22922, leave to appeal refused, 16.6.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Webb v. Ernst* (Man.), 22848, leave to appeal refused with costs, 25.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.



*Witter v. Municipality of the County of Kings* (N.S.), 22862, leave to appeal refused with costs, 20.8.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

*Wong v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23062, leave to appeal refused, 27.8.92, autorisation de pourvoi refusée.

*Wood v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22998, leave to appeal refused, 24.9.92, autorisation de pourvoi refusée.

*Wustefeld v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 22850, leave to appeal refused with costs, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

*Zeitel v. Ellscheid* (Ont.), 22792, leave to appeal granted, 4.6.92, autorisation de pourvoi accordée.

*Zubi v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22923, leave to appeal refused, 4.6.92, autorisation de pourvoi refusée.



## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Alberta (Human Rights Commission), University of Alberta v. ....	1103	Canadian Imperial Bank of Commerce, Pax Management Ltd. v. ....	998
Arnold, R. v. ....	208	Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp. ....	7
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud .....	970
		Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal).....	394
		Commission hydroélectrique du Québec, Bank of Montreal v. ....	554
		Commission see also "Canada" or the name of province	
<b>B</b>			
Bail Ltée, Bank of Montreal v. ....	554	<b>D</b>	
Bank of Montreal v. Bail Ltée .....	554	D. (S.), R. v. ....	161
Bank of Montreal v. Commission hydroélectrique du Québec .....	554	Deruelle, R. v. ....	663
Bank of Montreal v. Hydro-Québec.....	554	DeSousa, R. v. ....	944
Barbeau, R. v. ....	845	Dickason v. University of Alberta .....	1103
Bennett, R. v. ....	168	Director of Investigation and Research v. Canada (Competition Tribunal) .....	394
Bovey v. Gananoque (Town).....	5	Downey, R. v. ....	10
<b>C</b>			
Canada (Competition Tribunal), Chrysler Canada Ltd. v. ....	394	<b>G</b>	
Canada (Competition Tribunal), Director of Investigation and Research v. ....	394	Gananoque (Town), Bovey v. ....	5
Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank .....	3	Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co. ....	499
Canada, Schachter v. ....	679	Guthrie, R. v. ....	222
Canadian Broadcasting Corp., Canadian Union of Public Employees v. ....	7	<b>H</b>	
Canadian Commercial Bank, Canada Deposit Insurance Corp. v. ....	3	Hydro-Québec, Bank of Montreal v. ....	554

	PAGE		PAGE
<b>I</b>		<b>Q</b>	
Industries Microlec Produits Électroniques Inc., Vidéotron Ltée v. ....	1065	Queen see also "R."	
<b>J</b>		<b>R</b>	
J. (M.A.), R. v. ....	166	R. v. Arnold.....	208
<b>K</b>		R. v. Barbeau.....	845
Kelly, R. v. ....	170	R. v. Bennett.....	168
<b>M</b>		R. v. D. (S.).....	161
MacDonald, McInerney v. ....	138	R. v. Deruelle.....	663
McInerney v. MacDonald.....	138	R. v. DeSousa.....	944
Minister see also "Canada" or the name of prov- ince		R. v. Downey.....	10
Murdock, R. v. ....	164	R. v. Guthrie.....	222
<b>N</b>		R. v. J. (M.A.).....	166
Norberg v. Wynrib.....	226	R. v. Kelly.....	170
Norberg v. Wynrib (Application).....	224	R. v. Murdock.....	164
Norberg v. Wynrib (Re-hearing).....	318	R. v. Nova Scotia Pharmaceutical.....	606
Nova Scotia Pharmaceutical Society, R. v. ....	606	R. v. Parks.....	871
<b>O</b>		R. v. Sims.....	858
Office see also "Canada" or the name of province		R. v. Smith.....	915
Ontario (Human Rights Commission), Zurich In- surance Co. v. ....	321	R. v. W. (R.).....	122
<b>P</b>		R. v. Z. (D.A.).....	1025
Parks, R. v. ....	871	R. v. Zundel.....	731
Pax Management Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce.....	998	Re Canada Labour Code.....	50
<b>Q</b>		Reference-Re Bill C-62, an Act to amend Excise Tax Act (Canada).....	445
<b>R</b>		Reference Re Goods and Services Tax.....	445
<b>S</b>		Renaud, Central Okanagan School District No. 23 v. ....	970
<b>T</b>		Royal Trust Co., Garcia Transport Ltée v. ....	499
<b>P</b>		<b>S</b>	
Parks, R. v. ....	871	Schachter v. Canada.....	679
Pax Management Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce.....	998	Sims, R. v. ....	858
<b>Q</b>		Smith R. v. ....	915
<b>R</b>		Strang v. Strang.....	112
<b>S</b>		<b>T</b>	
<b>T</b>		The Queen see also "R."	

	PAGE		PAGE
<b>U</b>			
Union see also under abbreviated name		Wynrib, Norberg v. ....	226
University of Alberta v. Alberta (Human Rights Commission).....	1103	Wynrib, Norberg (Application) v. ....	224
University of Alberta, Dickason v. ....	1103	Wynrib, Norberg (Re-hearing) v. ....	318
<b>V</b>			
Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc. ....	1065	<b>Z</b>	
<b>W</b>			
W. (R.), R. v.....	122	Z. (D.A.), R. v.....	1025
		Zundel, R. v.....	731
		Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission).....	321



## 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
<b>A</b>			
Alberta (Human Rights Commission), Université de l'Alberta c. ....	1103	Cie Trust Royal, Garcia Transport Ltée c.....	499
Arnold, R. c. ....	208	Commission hydroélectrique du Québec, Banque de Montréal c. ....	554
		Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province	
<b>B</b>			
Bail Ltée, Banque de Montréal c. ....	554		
Banque Canadienne Impériale de Commerce, Pax Management Ltd. c. ....	998		
Banque de Montréal c. Bail Ltée .....	554		
Banque de Montréal c. Commission hydroélectrique du Québec.....	554		
Banque de Montréal c. Hydro-Québec.....	554		
Barbeau, R. c. ....	845		
Bennett, R. c. ....	168		
Bovey c. Gananoque (Ville) .....	5		
<b>C</b>			
Canada, Schachter c. ....	679		
Canada (Tribunal de la concurrence), Chrysler Canada Ltd. c. ....	394		
Canada (Tribunal de la concurrence), Directeur des enquêtes et recherches c. ....	394		
Canadian Commercial Bank, Société d'assurance-dépôts du Canada c.....	3		
Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud .....	970		
Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence) .....	394		
<b>D</b>			
		D. (S), R. c. ....	161
		Deruelle, R. c. ....	663
		DeSousa, R. c. ....	944
		Dickason c. Université de l'Alberta .....	1103
		Directeur des enquêtes et recherches c. Canada (Tribunal de la concurrence.....	394
		Downey, R. c. ....	10
<b>G</b>			
		Gananoque (Ville), Bovey c. ....	5
		Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal.....	499
		Guthrie, R. c. ....	222
<b>H</b>			
		Hydro-Québec, Banque de Montréal c.....	554
<b>I</b>			
		Industries Microlec Produits Électroniques Inc., Vidéotron Ltée c. ....	1065

	PAGE		PAGE
<b>J</b>		<b>R</b>	
J. (M.A.), R. c. ....	166	R. c. Arnold.....	208
<b>K</b>		R. c. Barbeau.....	845
Kelly, R. c. ....	170	R. c. Bennett.....	168
<b>L</b>		R. c. D. (S.).....	161
La Reine voir aussi «R.»		R. c. Deruelle .....	663
<b>M</b>		R. c. DeSousa.....	944
MacDonald, McInerney c. ....	138	R. c. Downey.....	10
McInerney c. MacDonald .....	138	R. c. Guthrie.....	222
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. J. (M.A.).....	166
Murdock, R. c.....	164	R. c. Kelly .....	170
<b>N</b>		R. c. Murdock.....	164
Norberg c. Wynrib.....	226	R. c. Nova Scotia Pharmaceutical .....	606
Norberg c. Wynrib (Nouvelle audition) .....	318	R. c. Parks .....	871
Norberg c. Wynrib (Requête) .....	224	R. c. Sims .....	858
Nova Scotia Pharmaceutical Society, R. c.....	606	R. c. Smith.....	915
<b>O</b>		R. c. W. (R.).....	122
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Z (D.A.).....	1025
Ontario (Commission des droits de la personne), Zurich Insurance Co. c. ....	321	R. c. Zundel.....	731
<b>P</b>		Re Code canadien du travail.....	50
Parks, R. c. ....	871	Reference Re Bill C-62, an Act to amend Excise Tax Act (Canada).....	445
Pax Management Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce.....	998	Reine voir aussi «R.»	
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province		Renaud, Central Okanagan School District No. 23 c. ....	970
		Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services	445
		<b>S</b>	
		Schachter c. Canada.....	679
		Sims, R. c. ....	858
		Smith, R. c.....	915
		Société d'assurance-dépôts du Canada c. Canadian Commercial Bank .....	3
		Société Radio-Canada, Syndicat canadien de la fonction publique c. ....	7
		Strang c. Strang .....	112
		Syndicat canadien de la fonction publique c. Société Radio-Canada .....	7
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
		<b>U</b>	
		Université de l'Alberta c. Alberta (Human Rights Commission).....	1103
		Université de l'Alberta, Dickason c. ....	1103



	PAGE		PAGE
<b>V</b>			
		Wynrib, Norberg (Nouvelle audition) c. ....	318
		Wynrib, Norberg (Requête) c. ....	224
Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc. ....	1065		
<b>W</b>		<b>Z</b>	
		Z. (D.A.), R. c. ....	1025
		Zundel, R. c. ....	731
W. (R.), R. c. ....	122	Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne) .....	321
Wynrib, Norberg c. ....	226		



## TABLE OF CASES CITED

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>A</b>		
AFPC c. Canada.....	[1987] 1 R.C.S. 424.....	1160
Aetna Insurance Co. v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 731.....	646
Affaire Barthold.....	Cour Eur. D. H., arrêt du 25 mars 1985, série A n° 90 .....	641
Affaire Huvig.....	Cour Eur. D. H., arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-B .....	637
Affaire Kruslin.....	Cour Eur. D. H., arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-A.....	637
Affaire Leander.....	Cour Eur. D. H., arrêt du 26 mars 1987, série A n° 116 .....	642
Affaire Malone .....	Cour Eur. D. H., arrêt du 2 août 1984, série A n° 82 .....	637
Affaire Müller et autres .....	Cour Eur. D. H., arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133 .....	641
Affaire Silver et autres.....	Cour Eur. D. H., arrêt du 25 mars 1983, série A n° 61 .....	639
Affaire Sunday Times .....	Cour Eur. D. H., arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30 .....	637
Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.....	[1989] 1 R.C.S. 1554.....	585
Alliance Assurance Co. c. Dominion Electric Protection Co. ....	[1970] R.C.S. 168.....	584
Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board).....	[1988] 1 S.C.R. 897.....	78
Amanat Khan v. Fredson Travel Inc. (No. 2).....	(1982), 36 O.R. (2d) 17.....	104
American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)....	[1989] 2 C.F. 88 .....	418
American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal).....	[1989] 2 F.C. 88 .....	418
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	695, 817, 116
Ansonia Board of Education v. Philbrook.....	479 U.S. 60 (1986).....	983
Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd. ....	[1988] 3 F.C. 277 .....	1079
Ares v. Venner.....	[1970] S.C.R. 608.....	931
Association québécoise des pharmaciens propriétaires c. Canada (Procureur général) .....	[1991] R.J.Q. 205 .....	652
Atlantic Sugar Refineries Co. c. Procureur général du Canada.....	[1980] 2 R.C.S. 644.....	618

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Atlantic Sugar Refineries Co. v. Attorney General of Canada .....	[1980] 2 S.C.R. 644.....	618
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada.....	[1947] A.C. 503.....	697
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario.....	[1937] A.C. 355.....	491
Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co. ....	[1926] A.C. 715.....	483
Attorney-General of Nova Scotia v. Phillips.....	(1986), 34 D.L.R. (4th) 633.....	701
<b>B</b>		
B.C. Motor Vehicle Act, Re .....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	618, 956
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 214.....	1088
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 214.....	1088
Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd. & Patel.....	[1982] 1 Lloyd's Rep. 506.....	1011
Bank of Montreal v. Hall.....	[1990] 1 S.C.R. 121.....	492
Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng.....	[1989] 2 S.C.R. 429.....	582
Bank of Montreal v. Wilder .....	[1986] 2 S.C.R. 551.....	1015
Bank of Nova Scotia v. Ham .....	[1986] 5 W.W.R. 249.....	1020
Banque de Montréal c. Hall.....	[1990] 1 R.C.S. 121.....	492
Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng.....	[1989] 2 R.C.S. 429.....	582
Banque de Montréal c. Wilder.....	[1986] 2 R.C.S. 551.....	1015
Banque Nationale du Canada c. Soucisse.....	[1981] 2 R.C.S. 339.....	582
Baril c. Industrielle (L'), Compagnie d'assurances sur la vie .....	[1991] R.R.A. 196 .....	586
Barthold case .....	Eur. Court H. R., judgment of 25 March 1985, Series A No. 90 .....	641
Beaudoin-Daigneault c. Richard.....	[1984] 1 R.C.S. 2.....	572
Beaver v. The Queen .....	[1957] S.C.R. 531 .....	957
Belgo-Fisher (Canada) Inc. c. Lindsay .....	[1988] R.J.Q. 1223 .....	524
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécom- munications canadiennes).....	[1989] 1 R.C.S. 1722.....	338, 361, 1125, 1151
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommu- nications Commission).....	[1989] 1 S.C.R. 1722.....	338, 361, 1125, 1151
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 S.C.R. 749.....	78
Bérard c. Barrette .....	(1874), 5 R.L. 703.....	535
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada... ..	[1985] 2 R.C.S. 561.....	339, 359, 979
Bhinder v. Canadian National Railway Co.....	[1985] 2 S.C.R. 561.....	339, 359, 979
Black v. Law Society of Alberta.....	[1989] 1 S.C.R. 591.....	1160
Black v. Wilcox.....	(1976), 70 D.L.R. (3d) 192.....	261
Blainey and Ontario Hockey Association, Re .....	(1986), 54 O.R. (2d) 513.....	714
Boileau c. Procureur général du Québec .....	[1957] R.C.S. 463 .....	536
Boucher c. Drouin.....	[1959] B.R. 814 .....	582
Boulet v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 332.....	864
Boyle and The Queen, Re .....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 193 .....	40
Brandt Plumbing Co. c. Nozetz.....	[1984] R.D.J. 219 .....	545
Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland .....	[1963] A.C. 386.....	882, 896
Brewer v. Socialist People's Republic of Iraq.....	890 F.2d 97 (1989).....	102

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Broadrick v. Oklahoma.....	413 U.S. 601 (1973).....	629
Broomes and The Queen, Re.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 220.....	892
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 S.C.R. 279.....	339, 359, 1121, 1157, 1196
Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 S.C.R. 279.....	339, 359, 1121, 1157, 1196
Brousseau c. Hamel.....	[1968] B.R. 129.....	524

## C

C.T.C.U.M. c. Syndicat du transport de Montréal (C.S.N.).....	[1977] C.A. 476.....	1074
Caccamo c. La Reine.....	[1976] 1 R.C.S. 786.....	854
Cadillon (S.A.) v. Firma Höss Maschinenbau K.G., Case 1/71.....	[1971] E.C.R. 351.....	655
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd. ....	[1989] 2 S.C.R. 983.....	337, 362
Caisse populaire de St-Eustache c. Entreprises Blainville Ltée.....	[1989] R.D.I. 355.....	540
Caldwell v. Stuart.....	[1984] 2 S.C.R. 603.....	360
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1991] 1 S.C.R. 614.....	362
Canada (Attorney General) v. Rosin.....	[1991] 1 F.C. 391.....	367
Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd. ....	[1983] 1 S.C.R. 452.....	262
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor.....	[1990] 3 R.C.S. 892.....	624
Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions) c. Newfoundland Telephone Co. ....	[1987] 2 R.C.S. 466.....	410
Canada (Director of Investigation and Research under the Combines Investigation Act) v. Newfoundland Telephone Co. ....	[1987] 2 S.C.R. 466.....	410
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor.....	[1990] 3 S.C.R. 892.....	624
Canada Investment and Agency Co. c. McGregor.....	(1892), 1 B.R. 197.....	538
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada.....	[1991] 1 R.C.S. 614.....	362
Canada (Procureur général) c. Rosin.....	[1991] 1 C.F. 391.....	367
Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley.....	[1974] S.C.R. 592.....	274
Canadian Broadcasting Corp. v. Attorney-General for Ontario.....	[1959] S.C.R. 188.....	954
Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission.....	[1979] 2 S.C.R. 618.....	401, 421, 1073, 1096
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 1114.....	1120, 1155
Canadian National Railway Co. v. Courtois.....	[1988] 1 S.C.R. 868.....	78
Cannell v. Medical and Surgical Clinic.....	315 N.E.2d 278 (1974).....	150
Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.....	[1991] 3 S.C.R. 534.....	149, 274
Cartier Building Inc. c. E. Séguin & Fils Ltée.....	[1985] C.A. 649.....	593
Case of Müller and others.....	Eur. Court H. R., judgment of 24 May 1988, Series A No. 133.....	641
Case of Silver and others.....	Eur. Court H. R., judgment of 25 March 1983, Series A No. 61.....	639
Cass. Ass. plén. ....	12 juillet 1991, J.C.P.1991.II.21743.....	580

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Cass. Ass. plén. ....	12 juillet 1991, Bull. civ. 1991. Ass. plén., n° 5 .....	580
Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)	[1990] 2 S.C.R. 489.....	341, 365, 976, 1158
Charlebois c. Bourbeau .....	[1979] C.A. 545 .....	1078
Chouinard c. Landry .....	[1987] R.J.Q. 1954 .....	586
Chrysler Canada Ltd. v. Director of Investigation and Research, Competition Act.....	(1991), 129 N.R. 77.....	400
Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc. ....	[1977] 2 R.C.S. 67.....	1080
Ciment Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd. ....	[1983] 1 R.C.S. 452.....	262
Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co. ....	[1919] S.C. (H.L.) 35 .....	1148
Cloutier v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 709.....	939
College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Gillen.....	(1990), 1 O.R. (3d) 710.....	278
Comet Products U.K. Ltd. v. Hawkex Plastics Ltd.....	[1971] 2 Q.B. 67.....	1079
Comité — Infirmières et infirmiers — 8.....	[1983] D.D.C.P. 295.....	1101
Comité pour la République du Canada c. Canada .....	[1991] 1 R.C.S. 139.....	625
Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke.....	[1982] 1 R.C.S. 202.....	332, 362, 979, 1121, 1146, 1196
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	339, 358, 1155
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpson-Sears Ltd. ....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	976
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada .....	[1991] 1 S.C.R. 139.....	625
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne).....	[1987] 1 R.C.S. 1114.....	1120, 1155
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois	[1988] 1 R.C.S. 868.....	78
Construction Glomar Inc. c. Cie de construction Omega Canada Ltée .....	J.E. 90-1656 .....	572
Container Materials Ltd. v. The King.....	[1942] S.C.R. 147 .....	646
Contenants Industriels Ltée c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec.....	[1988] R.J.Q. 1345 .....	1101
Cooper v. Slade.....	(1858), 6 H.L.C. 746, 10 E.R. 1488.....	188
Cooper v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 1149.....	880, 899
Corbett v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 275.....	129
Corpex (1977) Inc. c. La Reine .....	[1982] 2 R.C.S. 643.....	591
Cotroni c. Commission de police du Québec .....	[1978] 1 R.C.S. 1048.....	1096
Cotroni v. Quebec Police Commission .....	[1978] 1 S.C.R. 1048.....	1096
Coughlin v. Ontario Highway Transport Board .....	[1968] S.C.R. 569.....	484, 495
County Court of Ulster County v. Allen .....	442 U.S. 140 (1979).....	43
Cowan v. Brushett.....	(1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195.....	304
Crevier c. Procureur général du Québec.....	[1981] 2 R.C.S. 220.....	405
Crevier v. Attorney General of Quebec.....	[1981] 2 S.C.R. 220.....	405

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>D</b>		
Daigle c. St-Gabriel de Brandon (Corp. municipale de la paroisse de).....	J.E. 91-195.....	1078
Danson c. Ontario (Procureur général).....	[1990] 2 R.C.S. 1086.....	954
Danson v. Ontario (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1086.....	954
Davidson v. Three Spruces Realty Ltd. ....	(1977), 79 D.L.R. (3d) 481.....	308
Davie Shipbuilding Ltd. c. Cargill Grain Co. ....	[1978] 1 R.C.S. 570.....	592
Davis c. Royal Trust Co. ....	[1932] R.C.S. 203.....	544
De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua.....	770 F.2d 1385 (1985).....	74
Devine c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 790.....	710
Devine v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 790.....	710
Director of Public Prosecutions v. Daley.....	(1978), 69 Cr. App. R. 39.....	959
Director of Public Prosecutions v. Newbury.....	(1976), 62 Cr. App. R. 291.....	959
Dominion Textile Co. c. Skaife.....	[1926] R.C.S. 310.....	545
Droit de la famille — 728.....	[1989] R.D.F. 671.....	1078
Dubois v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 350.....	23
Dufresne c. Dixon.....	(1889), 16 R.C.S. 596.....	541
Duquette c. Zellers Inc.....	C.S. Montréal, n° 500-05-000747-863, le 6 juillet 1987.....	1073
Dyer c. Bradbury-Parry.....	[1976] C.A. 106.....	536
<b>E</b>		
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	752
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	752
Emmett v. Eastern Dispensary and Casualty Hospital.....	396 F.2d 931 (1967).....	150
<b>F</b>		
Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists.....	476 U.S. 447 (1986).....	655
Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba.....	[1990] 3 R.C.S. 191.....	337
Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.....	[1990] 3 S.C.R. 191.....	337
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	756
Ford v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 712.....	756
Fort Garry Trust Co. c. Roberts Sprinkler Ltd.....	[1981] C.S. 905.....	540
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99.....	274
Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal c. Ville de Montréal.....	[1980] 1 R.C.S. 740.....	545
Freeman v. Home Office.....	[1984] 1 All E.R. 1036.....	304
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport).....	[1992] 1 S.C.R. 3.....	491
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports).....	[1992] 1 R.C.S. 3.....	491

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>G</b>		
Garrison v. Louisiana.....	379 U.S. 64 (1964).....	828
Gathercole's Case.....	(1838), 2 Lewin 237, 168 E.R. 1140.....	795
Gburek c. Cohen.....	[1988] R.J.Q. 2424.....	586
Gélinas c. Caisse populaire de St-Sévère.....	[1990] R.R.A. 566.....	528
Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057.....	[1990] 1 R.C.S. 1298.....	337, 362, 1125
Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057.....	[1990] 1 S.C.R. 1298.....	337, 362, 1125
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing.....	[1989] 1 S.C.R. 641.....	461, 648
Genier c. Kerr.....	(1893), 3 C.S. 409.....	539
Girard c. Groupe Desjardins assurances générales.....	[1989] R.R.A. 153.....	528
Girardet v. Crease & Co.....	(1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361.....	312
Glendale v. Drozdziak.....	[1990] B.C.W.L.D. 1839.....	265
Gobeil c. Cie H. Fortier.....	[1982] 1 R.C.S. 988.....	537
Goethe House New York, German Cultural Center v. N.L.R.B.....	685 F.Supp. 427 1988.....	67
Goethe House New York, German Cultural Center v. N.L.R.B. ...	869 F.2d 75 (1989).....	110
Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne	[1969] Que. Q.B. 818.....	103
Gralewicz v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 493.....	951
Grayned v. City of Rockford.....	408 U.S. 104 (1972).....	632
Griggs v. Duke Power Co. ....	401 U.S. 424 (1971).....	340
Groupe Desjardins assurances générales c. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor).....	J.E. 91-1599.....	573
Guenette c. Prévost.....	[1987] R.D.J. 56.....	604
Guerin v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 335.....	154, 289
<b>H</b>		
H. M. Advocate v. Fraser.....	(1878), 4 Couper 70.....	883
Halls v. Mitchell.....	[1928] S.C.R. 125.....	148
Harder v. Brown.....	(1989), 50 C.C.L.T. 85.....	265, 298
Harrison v. University of British Columbia.....	(1986), 30 D.L.R. (4th) 206.....	1142
Harry v. Kreutziger.....	(1978), 9 B.C.L.R. 166, 95 D.L.R. (3d) 231.....	256, 308
Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania.....	482 A.2d 542 (1984).....	351, 372
Hegarty v. Shine.....	(1878), 4 L.R. Ir. 288.....	316
Henderson v. Johnston.....	[1956] O.R. 789.....	149
Hills c. Canada (Procureur général).....	[1988] 1 R.C.S. 513.....	660, 771, 806
Hills v. Canada (Attorney General).....	[1988] 1 S.C.R. 513.....	660, 770, 806
Home v. Corbeil.....	[1955] 4 D.L.R. 750.....	926
Houle c. Banque Canadienne Nationale.....	[1990] 3 R.C.S. 122.....	580
Houle v. Canadian National Bank.....	[1990] 3 S.C.R. 122.....	580



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen .....	[1957] S.C.R. 403 .....	618
Hunter v. Southam Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 145 .....	705
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd. ....	[1989] 1 S.C.R. 426 .....	308
Huvig case .....	Eur. Court H. R., judgment of 24 April 1990, Series A, No. 176-B .....	637

## I

I Congreso del Partido .....	[1983] A.C. 244 .....	71, 102
Immeubles Maude Inc. c. Farazli .....	[1991] R.D.I. 616 .....	604
Imperial Oil Ltd. c. Tanguay .....	[1971] C.A. 109 .....	1077, 1099
Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink .....	[1982] 2 S.C.R. 145 .....	359, 985, 1154
Interprovincial Building Credits Ltd. c. Pelletier .....	[1970] C.S. 94 .....	549
Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie .....	[1978] 1 C.F. 601 .....	410
Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board .....	[1978] 1 F.C. 601 .....	410
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 927 .....	622, 752, 1122, 1160, 1196
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General) .....	[1989] 1 S.C.R. 927 .....	622, 752, 1122, 1160, 1196
Italian Trade Union for Embassy and Consular Staff v. United States .....	(1981), 65 I.L.R. 338 .....	84

## J

Janelle c. Champagne .....	[1981] C.S. 898 .....	540
Johnson v. The Queen .....	[1975] 2 S.C.R. 160 .....	840
Joseph v. Office of Consulate General of Nigeria .....	830 F.2d 1018 (1987) .....	75

## K

Kane v. Church of Jesus Christ Christian — Aryan Nations .....	[1992] A.W.L.D. No. 302 .....	809
Kayimbakis v. United States, Norway .....	Unreported/Inédit, Eidsivating App. Ct., May 29, 1989 .....	79
Kenny v. Lockwood .....	[1932] O.R. 141 .....	149
Klimashewski v. Klimashewski Estate .....	[1987] 2 S.C.R. 754 .....	1125, 1149
Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission) .....	(1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 .....	698
Knox Contracting Ltd. v. Canada .....	[1990] 2 S.C.R. 338 .....	618
Kolender v. Lawson .....	461 U.S. 352 (1983) .....	635
Kruslin case .....	Eur. Court H. R., judgment of 24 April 1990, Series A No. 176-A .....	637

## L

Labine c. Viau .....	[1942] B.R. 406 .....	516
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd. ....	[1989] 2 S.C.R. 574 .....	274, 312
Lafaille c. Banque nationale du Canada .....	[1987] R.J.Q. 1509 .....	547

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Laferrrière c. Lawson .....	[1991] 1 R.C.S. 541.....	586
Laforge c. White .....	[1990] R.J.Q. 2124 .....	545
Landry c. Cunial.....	[1977] C.A. 501 .....	524
Lapierre c. Procureur général du Québec .....	[1985] 1 R.C.S. 241.....	1080
Lapierre v. Attorney General of Quebec .....	[1985] 1 S.C.R. 241.....	1080
Lapointe c. Hôpital Le Gardeur .....	[1992] 1 R.C.S. 351.....	572; 1014, 1150, 1197
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville).....	[1989] 1 R.C.S. 705.....	1097, 1149
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City) .....	[1989] 1 S.C.R. 705.....	1097, 1149
Layher c. Continental Holding Inc.....	C.A.P. 87C-116.....	604
Leander case .....	Eur. Court H. R., judgment of 26 March 1987, Series A No. 116 .....	642
Leclerc c. Phillips.....	(1894), 4 B.R. 288.....	540
Lee v. Jones.....	(1864), 17 C.B.N.S. 482, 144 E.R. 194 ...	1016
Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie. des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740 .....	[1990] 3 R.C.S. 644.....	337, 361, 1125, 1151
Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740.....	[1990] 3 S.C.R. 644.....	337, 361, 1125, 1151
Letellier c. Century 21 Citadelle Ltée.....	[1990] R.D.I. 42.....	528
Libyan Arab Jamahiriya v. Trobbiani .....	(1990), 73 Riv. Dir. Int. 402.....	83
Linton v. Linton .....	(1990), 1 O.R. (3d) 1.....	120
Lloyds Bank Ltd. v. Bundy .....	[1975] Q.B. 326.....	248, 282, 309
Lymburner c. Courtois .....	(1922), 34 B.R. 341.....	535
Lyth v. Dagg.....	(1988), 46 C.C.L.T. 25 .....	254, 305
<b>M</b>		
M. (M.E.) c. L. (P.).....	[1992] 1 R.C.S. 183.....	572
Mack v. Enns.....	(1981), 30 B.C.L.R. 337.....	316
Mackenzie v. Martin .....	[1954] S.C.R. 361 .....	892, 911
MacNeil v. MacNeil.....	(1975), 67 D.L.R. (3d) 114 .....	1079
Malone case.....	Eur. Court H. R., judgment of 2 August 1984, Series A No. 82 .....	637
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd. ....	[1987] 1 S.C.R. 110.....	758, 955
Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen .....	[1979] 1 S.C.R. 101.....	474
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd. ....	[1987] 1 R.C.S. 110.....	758, 955
Martel c. Martel.....	[1967] B.R. 805 .....	524
Maynard v. Cartwright.....	486 U.S. 356 (1988).....	631
Mazza v. Huffaker.....	300 S.E.2d 833 (1983) .....	280
McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick .....	[1983] 1 R.C.S. 704.....	443, 485
McEvoy v. Attorney General for New Brunswick.....	[1983] 1 S.C.R. 704.....	443, 486
McInerney v. MacDonald .....	[1992] 2 S.C.R. 138.....	271
McKibbon c. La Reine.....	[1984] 1 R.C.S. 131.....	856
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	1118, 1145, 1194
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	1118, 1145, 1194

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Mills v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	954
Ministre du Revenu national v. Lafleur.....	[1964] S.C.R. 412.....	1074
Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal.....	(1979), 25 O.R. (2d) 198.....	1014
Mitchell and St. Michael's Hospital, Re.....	(1980), 112 D.L.R. (3d) 360.....	151
Mongrain c. Auger.....	[1967] B.R. 332.....	524
Montréal-Est (Ville de) c. Labrosse .....	[1985] C.S. 960.....	1101
Morrison v. Coast Finance Ltd.....	(1965), 55 D.L.R. (2d) 710.....	248, 308
Morrow v. Hôpital Royal Victoria .....	(1989), 3 C.C.L.T. (2d) 87.....	304
Moysa v. Alberta (Labour Relations Board) .....	[1989] 1 S.C.R. 1572.....	954
Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie .....	[1982] 2 R.C.S. 9.....	482, 495
Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon.....	145 U.S. 285 (1892).....	922
Myers v. Director of Public Prosecutions.....	[1965] A.C. 1001.....	931
Myers v. Haroldson.....	[1989] 3 W.W.R. 604.....	266, 298
<b>N</b>		
N. (J.L.) v. L. (A.M.).....	(1988), 47 C.C.L.T. 65.....	263
NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma .....	468 U.S. 85 (1984).....	654
N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada .....	[1987] 1 S.C.R. 1247.....	1125, 1149
National Bank of Canada v. Soucisse.....	[1981] 2 S.C.R. 339.....	582
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations).....	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	337, 360, 1125, 1151
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	337, 360, 1125, 1151
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police .....	[1979] 1 S.C.R. 311.....	418
<b>O</b>		
Ocean Accident & Guarantee Corp. c. Air Canada .....	[1975] R.P. 193.....	521
Office and Professional Employees International Union, Local 267 v. Domtar Inc.....	Unreported/Inédit, Ont. Div. Ct., March 19, 1992.....	990
Office du crédit agricole du Québec c. Gauvin.....	[1977] C.S. 589.....	540
Ollman v. Evans.....	750 F.2d 970 (1984).....	833
Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation.....	[1991] 2 S.C.R. 570.....	1013, 1197
Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke .....	[1982] 1 S.C.R. 202.....	332, 362, 979, 1121, 1146, 1196
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd. ....	[1985] 2 S.C.R. 536.....	339, 358, 1155
Ontario Human Rights Commission and City of North Bay, Re....	(1977), 17 O.R. (2d) 712.....	362, 1151
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simp- son-Sears Ltd.....	[1985] 2 S.C.R. 536.....	975
Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation .....	[1991] 2 R.C.S. 570.....	1013, 1197
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	625, 707
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69.....	625, 707
Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec	[1981] 2 R.C.S. 113.....	603

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>P</b>		
Papachristou v. City of Jacksonville .....	405 U.S. 156 (1972) .....	635
Pappajohn v. The Queen .....	[1980] 2 S.C.R. 120 .....	789, 964
Parent c. Perreault .....	[1979] C.A. 237 .....	1078
Patton c. Morin .....	(1865), 16 L.C.R. 267 .....	536
Pauzé c. Gauvin .....	[1954] R.C.S. 15 .....	523
Peiffer c. Lafrance .....	[1987] R.J.Q. 2616 .....	541
Pennsylvania National Organization for Women v. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department .....	551 A.2d 1162 (1988) .....	351, 379
Perka v. The Queen .....	[1984] 2 S.C.R. 232 .....	621
Perrault c. Mousseau .....	(1896), 6 B.R. 474 .....	536
Pettkus v. Becker .....	[1980] 2 S.C.R. 834 .....	291, 476
Phillips v. City of Sault Ste. Marie .....	[1954] S.C.R. 404 .....	480
Placements Monga Inc. c. Lalonde .....	[1986] R.L. 264 .....	548
Placements Racine Inc. c. Trust général du Canada .....	[1989] R.J.Q. 2287 .....	517
Poje v. Attorney General for British Columbia .....	[1953] 1 S.C.R. 516 .....	1088
Pomerleau c. 2319-8419 Québec Inc. ....	[1989] R.J.Q. 137 .....	528
Pouliot c. Cie Trust Royal .....	[1980] C.A. 157 .....	524
PSAC v. Canada .....	[1987] 1 S.C.R. 424 .....	1160
<b>Q</b>		
Q. v. Minto Management Ltd. ....	(1985), 15 D.L.R. (4th) 581 .....	265
Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec ....	[1992] 1 R.C.S. 426 .....	604
<b>R</b>		
R. c. Ville de Sault Ste-Marie .....	[1978] 2 R.C.S. 1299 .....	956
R. v. Abitibi Power & Paper Co. ....	(1960), 131 C.C.C. 201 .....	654
R. v. Adkins .....	(1987), 39 C.C.C. (3d) 346 .....	959
R. v. Anthes Business Forms Ltd. ....	(1975), 26 C.C.C. (2d) 349 .....	651
R. v. Appleby .....	[1972] S.C.R. 303 .....	19
R. v. Arnold .....	(1991), 65 C.C.C. (3d) 171 .....	190
R. v. Askov .....	[1990] 2 S.C.R. 1199 .....	162
R. v. B. (G.) .....	[1990] 2 S.C.R. 30 .....	133
R. v. Bernard .....	[1988] 2 S.C.R. 833 .....	965
R. v. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 S.C.R. 295 .....	703, 761, 816
R. v. Blastland .....	[1986] A.C. 41 .....	926
R. v. Brown .....	(1956), 116 C.C.C. 287 .....	180, 195
R. v. Burgess .....	[1991] 2 All E.R. 769 .....	883, 906
R. v. Burnison .....	(1979), 70 C.C.C. (2d) 38 .....	674
R. v. Butler .....	[1992] 1 S.C.R. 452 .....	626, 753, 805, 1196
R. v. Canadian Coat and Apron Supply Ltd. ....	[1967] 2 Ex. C.R. 53 .....	651
R. v. Canadian General Electric Co. ....	(1976), 34 C.C.C. (2d) 489 .....	651
R. v. Carrier .....	(1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75 .....	746, 799

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Celebrity Enterprises Ltd.....	(1977), 41 C.C.C. (2d) 540.....	32
R. v. Chabot .....	[1980] 2 R.C.S. 985.....	854
R. v. Chase .....	[1987] 2 S.C.R. 293.....	851, 967
R. v. Chaulk .....	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	35
R. v. Church .....	(1965), 49 Cr. App. R. 206.....	959
R. v. City of Sault Ste. Marie .....	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	956
R. v. Clarke .....	[1976] 2 All E.R. 696.....	37
R. v. Cole .....	(1981), 64 C.C.C. (2d) 119.....	959
R. v. Cook .....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 18.....	953
R. v. Copeland.....	(1986), 27 C.C.C. (3d) 186.....	856
R. v. Côté .....	[1978] 1 R.C.S. 8.....	953
R. v. Cottle .....	[1958] N.Z.L.R. 999.....	883
R. v. Creighton .....	(1991), 66 C.C.C. (3d) 317.....	959
R. v. De Berenger .....	(1814), 3 M. & S. 67, 105 E.R. 536.....	796
R. v. Denton .....	(1990), 100 N.S.R. (2d) 174.....	953
R. v. Docherty .....	[1989] 2 S.C.R. 941.....	963
R. v. Dyment .....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	148
R. v. Edgar .....	(1913), 109 L.T. 416.....	909
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	816, 1160
R. v. Elliott.....	(1905), 9 C.C.C. 505.....	646
R. v. Fringe Product Inc. ....	(1990), 53 C.C.C. (3d) 422.....	822
R. v. G.R.J.....	(1986), 26 C.C.C. (3d) 471.....	1033
R. v. Gallagher .....	(1985), 16 A. Crim. R. 215.....	188
R. v. Gallagher .....	(1987), 29 A. Crim. R. 33.....	197
R. v. Gamble .....	[1988] 2 S.C.R. 595.....	955
R. v. Goltz .....	[1991] 3 S.C.R. 485.....	630
R. v. Goodyear .....	(1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 256.....	669
R. v. Gosset .....	(1991), 6 C.R. (4th) 239.....	959
R. v. Green .....	[1992] 1 S.C.R. 614.....	676
R. v. Grilo.....	(1991), 64 C.C.C. (3d) 53.....	32, 45
R. v. Gross.....	(1945), 86 C.C.C. 68.....	198
R. v. Hall.....	(1961), 45 Cr. App. R. 366.....	959
R. v. Hamm .....	(1973), 15 C.C.C. (2d) 32.....	670
R. v. Hartridge.....	[1967] 1 C.C.C. 346.....	882
R. v. Hebb .....	(1989), 69 C.R. (3d) 1.....	712
R. v. Hennessy .....	[1989] 2 All E.R. 9.....	902
R. v. Hess .....	[1990] 2 S.C.R. 906.....	618, 965
R. v. Hitchner.....	(1989), 13 M.V.R. (2d) 37.....	669
R. v. Hoaglin .....	(1907), 12 C.C.C. 226.....	755, 799
R. v. Howard .....	[1989] 1 S.C.R. 1337.....	130
R. v. J. J. Beamish Construction Co. ....	(1967), 65 D.L.R. (2d) 260.....	646
R. v. J. (J.T.) .....	[1990] 2 S.C.R. 755.....	1039, 1063
R. v. J. W. Mills & Son Ltd. ....	[1968] 2 Ex. C.R. 275.....	651
R. v. Jobidon .....	[1991] 2 S.C.R. 714.....	251
R. v. K.F.....	(1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 238.....	1038
R. v. Kearley .....	[1992] 2 All E.R. 345.....	926

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....328, 624, 743, 797, 1196	
R. v. Kelly.....	[1992] 2 S.C.R. 170.....211, 217	
R. v. Khan.....	[1990] 2 S.C.R. 531.....928	
R. v. Kirby.....	(1970), 1 C.C.C. (2d) 286.....755, 800	
R. v. Kitching.....	(1976), 32 C.C.C. (2d) 159.....959	
R. v. Kowlyk.....	[1988] 2 S.C.R. 59.....27	
R. v. Larkin.....	(1942), 29 Cr. App. R. 18.....958	
R. v. Lavallee.....	[1990] 1 S.C.R. 852.....291	
R. v. Leese.....	London Times, September 22, 1936, p. 11.....796	
R. v. Lelievre.....	(1962), 132 C.C.C. 288.....959	
R. v. Littlejohn and Tirabasso.....	(1978), 41 C.C.C. (2d) 161.....866	
R. v. Lock.....	(1872), L.R. 2 C.C.R. 10.....252	
R. v. Ly.....	(1991), 73 Man. R. (2d) 294.....1034	
R. v. M. (S.H.).....	[1989] 2 S.C.R. 446.....131, 363	
R. v. MacDougall.....	[1982] 2 S.C.R. 605.....633	
R. v. MacLean and MacLean (No. 2).....	(1982), 1 C.C.C. (3d) 412.....805	
R. v. Martineau.....	[1990] 2 R.C.S. 633.....963	
R. v. May.....	(1971), 16 C.R.N.S. 392.....674	
R. v. McCraw.....	[1991] 3 S.C.R. 72.....264	
R. v. McGavin Bakeries Ltd. (No. 6).....	(1951), 3 W.W.R. 289.....655	
R. v. Metro News Ltd.....	(1986), 29 C.C.C. (3d) 35.....963	
R. v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association.....	(1984), 3 C.P.R. (3d) 233.....652	
R. v. Moore.....	(1984), 15 C.C.C. (3d) 541.....922	
R. v. Morgentaler.....	[1988] 1 S.C.R. 30.....622, 710, 953	
R. v. Morin.....	[1992] 1 S.C.R. 771.....162, 164, 167, 168	
R. v. Morris.....	(1988), 64 Sask. R. 98.....180, 196	
R. v. Ngang.....	[1960] 3 S.A.L.R. 363.....883	
R. v. Northern Electric Co.....	[1955] 3 D.L.R. 449.....656	
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society.....	[1992] 2 S.C.R. 606.....803, 955	
R. v. Oakes.....	(1983), 40 O.R. (2d) 660.....41	
R. v. Oakes.....	[1986] 1 S.C.R. 103.....21, 40, 624, 702, 729, 761, 803, 1122, 1143, 1196	
R. v. Olan.....	[1978] 2 S.C.R. 1175.....805	
R. v. Osborne.....	(1732), 2 Swans. 532, 36 E.R. 717.....795	
R. v. P. (J.).....	(1989), 53 C.C.C. (3d) 24, 73 C.R. (3d) 205.....1033, 1057	
R. v. P. (R.).....	(1990), 58 C.C.C. (3d) 334.....922	
R. v. Palmer.....	[1970] 3 C.C.C. 402.....863	
R. v. Paré.....	[1987] 2 S.C.R. 618.....1042	
R. v. Pavel.....	(1989), 53 C.C.C. (3d) 296.....669	
R. v. Peremiczky (Zoly).....	(1973), 25 C.R.N.S. 399.....953	
R. v. Proudlock.....	[1979] 1 S.C.R. 525.....20	
R. v. Prue.....	[1979] 2 S.C.R. 547.....957	
R. v. Quick.....	[1973] 3 All E.R. 347.....901	

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. R.I.C. (1986) .....	17 O.A.C. 354.....	953
R. v. Rahey .....	[1987] 1 S.C.R. 588.....	954
R. v. Rees .....	[1956] S.C.R. 640.....	964
R. v. S. (P.L.) .....	[1991] 1 S.C.R. 909.....	130
R. v. S. (S.) .....	[1990] 2 S.C.R. 254.....	1042
R. v. Salituro .....	[1991] 3 S.C.R. 654.....	771, 806
R. v. Sarson .....	(1992), 73 C.C.C. (3d) 1 .....	953
R. v. Seaboyer .....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	708
R. v. Shubley .....	[1990] 1 S.C.R. 3.....	645
R. v. Smith .....	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	630, 955
R. v. Springer .....	(1975), 24 C.C.C. (2d) 56.....	805
R. v. Sullivan.....	[1983] 2 All E.R. 673, [1984] A.C. 156... 883, 905	
R. v. Swain.....	[1991] 1 S.C.R. 933.....	708, 900
R. v. Tennant .....	(1975), 23 C.C.C. (2d) 80 .....	959
R. v. Tennen .....	[1959] O.R. 77 .....	953
R. v. Therens .....	[1985] 1 S.C.R. 613.....	676
R. v. Thomsen .....	[1988] 1 S.C.R. 640.....	676
R. v. Tolson .....	(1889), 23 Q.B.D. 168.....	883
R. v. Vaillancourt .....	[1987] 2 S.C.R. 636.....	25, 617
R. v. Villeneuve.....	(1984), 54 A.R. 265.....	953
R. v. White, Ex p. Chohan .....	[1969] 1 C.C.C. 19 .....	911
R. v. Wholesale Travel Group Inc. ....	[1991] 3 S.C.R. 154.....	659, 765, 810
R. v. Whyte .....	[1988] 2 S.C.R. 3.....	26, 42
R. v. Wigglesworth .....	[1987] 2 S.C.R. 541.....	189, 645, 1074, 1100
R. v. Willis .....	(1974), 5 Nfld. & P.E.I.R. 398 .....	668
R. v. Wilmot.....	(1940), 74 C.C.C. 1 .....	956
R. v. Wong.....	[1990] 3 S.C.R. 36.....	728
R. v. Wysochan .....	(1930), 54 C.C.C. 172 .....	926
R. v. Yebes .....	[1987] 2 S.C.R. 168.....	129
R. v. Zundel.....	(1987), 58 O.R. (2d) 129.....	630
R. v. Zundel.....	Unreported/Inédit, Ont. Prov. Ct., Septem- ber 18, 1987 .....	838
Rabey v. The Queen .....	[1980] 2 S.C.R. 513.....	881, 896
Reading v. Attorney-General .....	[1951] A.C. 507 .....	276
Reference re Agricultural Products Marketing Act .....	[1978] 2 S.C.R. 1198.....	487
Reference re Alberta Statutes .....	[1938] S.C.R. 100.....	752
Reference re Angliers Railway Crossing .....	[1937] S.C.R. 451 .....	486
Reference re Anti-Inflation Act.....	[1976] 2 S.C.R. 373.....	492
Reference re Authority of Parliament in Relation to the Upper House.....	[1980] 1 S.C.R. 54.....	486
Reference re Education System in Montreal .....	[1926] S.C.R. 246.....	486
Reference re Exported Natural Gas Tax .....	[1982] 1 S.C.R. 1004.....	469, 494
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act .....	[1955] S.C.R. 529.....	78
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	715
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	618, 956

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.) .....	[1987] 1 S.C.R. 313.....	811, 1160
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.) .....	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	203, 617, 768
Reference re The Employment and Social Insurance Act .....	[1936] S.C.R. 427.....	468
Reference re Troops in Cape Breton.....	[1930] S.C.R. 554.....	482, 494
Reference re Waters and Water-Powers .....	[1929] S.C.R. 200.....	486
Reference re Young Offenders Act (P.E.I.) .....	[1991] 1 S.C.R. 252.....	415, 442
Regina and Shaben, Re.....	[1972] 3 O.R. 613.....	911
Regional Municipality of Peel v. MacKenzie.....	[1982] 2 S.C.R. 9.....	482, 495
Reibl v. Hughes.....	[1980] 2 S.C.R. 880.....	150, 303
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	203, 617, 768
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle.....	[1981] 1 R.C.S. 714.....	415
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles.....	[1978] 2 R.C.S. 1198.....	487
Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É) .....	[1991] 1 R.C.S. 252.....	415
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.) .....	[1987] 1 R.C.S. 313.....	811
Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté.....	[1982] 1 R.C.S. 1004.....	469, 494
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba .....	[1985] 1 R.C.S. 721.....	715
Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute .....	[1980] 1 R.C.S. 54.....	486
Renvoi: Loi anti-inflation .....	[1976] 2 R.C.S. 373.....	492
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	618, 956
Réserves du Nord (1973) Ltée, In re: Biega c. Druker.....	[1982] C.A. 181.....	524
Residential Tenancies Act, 1979, Re.....	[1981] 1 S.C.R. 714.....	415, 442
Restaurant Faubourg St-Denis Inc. c. Durand .....	[1990] R.J.Q. 1218 .....	1077
Roberge c. Bolduc.....	[1991] 1 R.C.S. 374.....	543, 587
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	706
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario .....	[1990] 2 S.C.R. 232.....	706
Ronald Elwyn Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd. ....	[1982] 1 S.C.R. 726.....	1014
Rose v. Aftenberger .....	[1970] 1 O.R. 547.....	1018
Rosemex Inc. v. Banque de Montréal.....	[1990] R.J.Q. 344 .....	1020
Ross c. Dunstall.....	(1921), 62 R.C.S. 393.....	585
Roy c. Lavallée .....	[1960] B.R. 438 .....	540
Royal Bank of Canada v. Nobes.....	(1982), 49 N.S.R. (2d) 634 .....	1019
Royal Trust Co. c. Tucker .....	[1982] 1 R.C.S. 250.....	1097
Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center v. Hellenic Republic .....	690 F.Supp. 682 (1988).....	102
Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center v. Hellenic Republic .....	877 F.2d 574 .....	75 (1989)
Russow v. B.C. (A.G.).....	(1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29.....	712
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd. ....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	1100
Ryan v. The Queen .....	(1967), 40 A.L.J.R. 488.....	883
<b>S</b>		
S.A. Cadillon c. Firma Höss Maschinenbau K.G., Affaire 1/71 .....	[1971] C.J.C.E. Rec. 351.....	655
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City) ...	[1989] 2 S.C.R. 1297.....	341, 364, 1146
Schuldt v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 592.....	23



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Scott's Case .....	(1778), 5 New Newgate Calendar 284 .....	796
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd. ....	[1986] 2 R.C.S. 573.....	1100
Segni v. Commercial Office of Spain.....	650 F.Supp. 1042 (1986).....	79
Segni v. Commercial Office of Spain.....	835 F.2d 160 (1987).....	100
Shaw v. Director of Public Prosecutions .....	(1961), 45 Cr. App. R. 113.....	32
Simard c. Pavillon Charleroi Royer Inc.....	J.E. 79-188 .....	1077
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	720, 771, 806
Smith v. Goguen .....	415 U.S. 566 (1974).....	635
Smithers v. The Queen .....	[1978] 1 S.C.R. 506.....	959
Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans .....	[1989] 1 S.C.R. 238.....	415, 433
Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec .....	[1979] 2 R.C.S. 618.....	401, 421, 1073, 1096
Sporting Club du Sanctuaire Inc. c. 2320-4365 Québec Inc. ....	[1989] R.D.J. 596 .....	1078
St-Gelais c. Banque de Montréal.....	[1968] R.C.S. 183 .....	537
State Bank of India v. N.L.R.B.....	808 F.2d 526 (1986).....	85, 110
Stein c. Le navire "Kathy K" .....	[1976] 2 R.C.S. 802.....	1124, 1149, 1197
Stein v. The Ship "Kathy K" .....	[1976] 2 S.C.R. 802.....	1124, 1149, 1197
Stern c. G.S.A. Management Inc.....	Unreported/Inédit, C.A. Montréal, n° 500-09-000485-813, le 19 décembre 1983 .....	524
Stevenson v. Saskatchewan (Minister of Justice).....	Unreported/Inédit, Sask. Q.B., June 8, 1987 .....	911
Stewart v. Stonehouse .....	[1926] 2 D.L.R. 683 .....	264
Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King.....	[1929] S.C.R. 276.....	646
Stoffman v. Vancouver General Hospital.....	[1990] 3 S.C.R. 483.....	1163
Storgoff, In re .....	[1945] S.C.R. 526 .....	1074
Strazdins v. Orthopaedic & Arthritic Hospital Toronto .....	(1978), 7 C.C.L.T. 117 .....	156
Subramaniam v. Public Prosecutor.....	[1956] 1 W.L.R. 965 .....	924
Sunday Times case .....	Eur. Court H. R., judgment of 26 April 1979, Series A No. 30 .....	637
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285 .....	752
Syndicat des employés de l'Hôpital St-Augustin (CSN) c. Procureur général du Québec .....	[1977] C.A. 539.....	1073
Szarfer v. Chodos .....	(1986), 54 O.R. (2d) 663.....	299

## T

Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	709, 728
Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission) .....	[1991] 2 S.C.R. 22.....	709, 728
Texas Trading & Mill. Corp. v. Federal Republic of Nigeria .....	647 F.2d 300 (1981).....	66, 100
The Queen v. Waterous Engine Works Co.....	(1893), 3 Que. Q.B. 222.....	473
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du com- merce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	1099

NAME OF CASE INITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission) .....	[1990] 1 S.C.R. 425.....	1099
Toupin c. Longchamps .....	J.E. 90-818 .....	1077
Town of Anjou v. C.A.C. Realty Ltd. ....	[1978] 1 S.C.R. 819.....	537
Trans World Airlines, Inc. v. Hardison.....	432 U.S. 63 (1977).....	982
Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria .....	[1977] Q.B. 529 .....	89, 102, 529
<b>U</b>		
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	[1992] 1 S.C.R. 901.....	1075, 1088
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général) .....	[1992] 1 R.C.S. 901.....	1075, 1088
United States v. Schwimmer .....	279 U.S. 644 (1929).....	753
<b>V</b>		
Vachliotis v. Exodus Link Corp. ....	(1987), 23 C.P.C. (2d) 72.....	440
Valin v. Langlois .....	(1879), 3 S.C.R. 1.....	484, 495
Van der Hulst v. United States.....	Unreported/Inédit, Supreme Court of the Netherlands, No. 13.696, December 22, 1989 .....	79
Veilleux c. B. Trudel et Cie.....	(1933), 55 B.R. 481.....	539
Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole) .....	[1989] 1 R.C.S. 880.....	521
Vézina c. Lafortune.....	(1917), 56 R.C.S. 246.....	541
Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc. ....	455 U.S. 489 (1982).....	628
Ville d'Anjou c. C.A.C. Realty Ltd. ....	[1978] 1 R.C.S. 819.....	537
Ville de St. Jean c. Molleur.....	(1908), 40 R.C.S. 139.....	545
Völk c. Établissements J. Vervaecke S.p.r.l., Affaire 5/69 .....	[1969] C.J.C.E. Rec. 295.....	655
Völk v. Établissements J. Vervaecke S.p.r.l., Case 5/69.....	[1969] E.C.R. 295.....	655
Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1085.....	262
<b>W</b>		
W. (B.) v. Mellor .....	[1989] B.C.J. No. 1393 (QL Systems) .....	252, 298
Waters v. Donnelly.....	(1884), 9 O.R. 391.....	249
Weidman v. Shragge .....	(1912), 46 S.C.R. 1.....	646
Welsh v. United States.....	398 U.S. 333 (1970).....	712
Weltover, Inc. v. Republic of Argentina.....	941 F.2d 145 (1991).....	102
Whitbread v. Walley.....	[1990] 3 S.C.R. 1273.....	491
White v. The King .....	[1947] S.C.R. 268.....	131
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton.....	[1985] 2 S.C.R. 150.....	1130, 1168
<b>Z</b>		
Zaidan Group Ltd. v. London (City).....	[1991] 3 S.C.R. 593.....	478, 493
Zodiac International Products Inc. v. Polish People's Republic.....	[1977] C.A. 366.....	104
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission) .....	[1992] 2 S.C.R. 321.....	1151

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Agreements Concerning Leased Bases in Newfoundland, [1952] Can. T.S. No. 14		art. 698.....	499
art. I.....	50	art. 699.....	499
art. XXIX.....	50	art. 700.....	499
		art. 761.....	1065
		Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23	
		s. 32(1)(c).....	606
		s. 32(1.1).....	606
<b>C</b>			
Canadian Charter of Rights and Freedoms		Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34	
s. 1.....	679, 731	s. 45(1)(c).....	606
s. 2(b).....	731	s. 45(2).....	606
s. 7.....	606, 679, 871, 944	Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.)	
s. 11(c).....	1065	s. 8.....	394
s. 11(d).....	944	Constitution Act, 1867	
s. 15.....	731	s. 91(3).....	445
s. 15(1).....	679	s. 92(13).....	445
s. 24(1).....	679	s. 103.....	445
s. 24(2).....	208	s. 125.....	445
s. 27.....	731	s. 126.....	445
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12		Constitution Act, 1982	
s. 33.1.....	1065	s. 52(1).....	679
Civil Code of Lower Canada		Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	
art. 1024.....	554	s. 177.....	731
art. 1053.....	554	s. 245.3.....	944
art. 1056c.....	554	s. 383(1)(a).....	170, 208
arts. 1202a to 1202l.....	499	Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
art. 1241.....	499	s. 16(4).....	871
art. 2232.....	554	s. 181.....	731
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25		s. 254(3).....	663
art. 49 to 54.....	1065	s. 269.....	944
art. 295.....	1065	s. 426(1)(a).....	170, 208
art. 302.....	1065	s. 577.....	845
art. 309.....	1065	s. 686(1)(a)(i).....	122
art. 523.....	554	s. 686(1)(b)(iii).....	915
		s. 691(2).....	208

	PAGE		PAGE
<b>D</b>		<b>I</b>	
Divorce Act, 1985, S.C. 1986, c. 4		Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980,	
s. 17.....	112	c. I-2	
		s. 7.....	1103
		s. 11.1.....	1103
<b>E</b>		<b>R</b>	
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX		Rules of the Supreme Court of Canada,	
s. 122.....	445	SOR/83-74	
s. 123.....	445	r. 29(1).....	606
s. 221.....	445	r. 29(2).....	606
s. 222.....	445		
s. 240.....	445		
s. 346.....	445		
<b>F</b>		<b>U</b>	
Federal Court Act, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)		Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-	
s. 28(4).....	50	71-72, c. 48	
		s. 32(1).....	679
<b>H</b>		<b>Y</b>	
Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22		Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1 ....	161, 166
s. 8(1)(a).....	970	s. 2(1).....	1025
s. 8(1)(b).....	970	s. 56.....	1025
s. 8(4).....	970		
s. 9(a).....	970		
s. 9(b).....	970		
s. 9(c).....	970		

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Accords concernant les bases de Terre-Neuve cédées à bail, R.T. Can. 1952 n° 14		art. 426(1)a.....	170, 208
art. I.....	50	art. 577.....	845
art. XXIX.....	50	art. 686(1)a(i)695.....	122
		art. 686(1)b(iii).....	915
		art. 691(2).....	208
<b>C</b>			
Charte canadienne des droits et libertés		Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34	
art. 1.....	679, 731	art. 177.....	731
art. 2b).....	731	art. 245.3.....	944
art. 7.....	606, 679, 871, 944	art. 383(1)a.....	170, 208
art. 11c).....	1065		
art. 11d).....	944	Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25	
art. 15.....	731	art. 49 à 54.....	1065
art. 15(1).....	679	art. 295.....	1065
art. 24(1).....	679	art. 302.....	1065
art. 24(2).....	208	art. 309.....	1065
art. 27.....	731	art. 523.....	554
		art. 698.....	499
		art. 699.....	499
		art. 700.....	499
		art. 761.....	1065
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12			
art. 33.1.....	1065	<b>H</b>	
Code civil du Bas-Canada		Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22	
art. 1024.....	554	art. 8(1)a.....	970
art. 1053.....	554	art. 8(1)b).....	970
art. 1056c.....	554	art. 8(4).....	970
art. 1202a à 1202l.....	499	art. 9a).....	970
art. 1241.....	499	art. 9b).....	970
art. 2232.....	554	art. 9c).....	970
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		<b>I</b>	
art. 16(4).....	871	Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2	
art. 181.....	731	art. 7.....	1103
art. 254(3).....	663	art. 11.1.....	1103
art. 269.....	944		

	PAGE		PAGE
<b>L</b>			
Loi constitutionnelle de 1867		Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, Partie IX	
art. 91(3) .....	445	art. 122 .....	445
art. 92(13) .....	445	art. 123 .....	445
art. 103 .....	445	art. 221 .....	445
art. 125 .....	445	art. 222 .....	445
art. 126 .....	445	art. 240 .....	445
		art. 346 .....	445
Loi constitutionnelle de 1982		Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2 <sup>e</sup> suppl.)	
art. 52(1) .....	679	art. 8 .....	394
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970- 71-72, ch. 48		Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1 .....	161, 166
art. 32(1) .....	679	art. 2(1) .....	1025
Loi de 1985 sur le divorce, S.C. 1986, ch. 4		art. 56 .....	1025
art. 17 .....	112		
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23		<b>R</b>	
art. 32(1)c) .....	606	Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74	
art. 32(1.1) .....	606	r. 29(1) .....	606
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34		r. 29(2) .....	606
art. 45(1)c) .....	606		
art. 45(2) .....	606		
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, ch. 10 (2 <sup>e</sup> suppl.)			
art. 28(4) .....	50		

## AUTHORS CITED

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Alberta Hansard, May 21, 1985, p. 1085 .....	1121
American Law Institute. <i>Restatement of the Law, Second, Torts 2d</i> , vol. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1979 .....	304
Amselek, Paul. "La teneur indécise du droit" (1991), 107 <i>Rev. dr. publ.</i> 1199 .....	638
Areeda, Phillip E. <i>Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application</i> , vol. 7. Boston: Little, Brown & Co., 1987 .....	650
Areeda, Phillip E., and Herbert Hovenkamp. <i>Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application (1990 Supplement)</i> . Boston: Little, Brown & Co., 1990 .....	650
Association du Barreau canadien. <i>Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred</i> . Par Ken Norman, John D. McAlpine and Hymie Weinstein, 1984 .....	809
Azard, Pierre. "Le contrat d'adhésion" (1960), 20 <i>R. du B.</i> 337 .....	521
Bala, Nicholas, and Heino Lilles. <i>Young Offenders Service</i> , vol. 2. Edited by Priscilla Platt. Scarborough: Butterworths, 1984 .....	1046
Bala, Nicholas. "The Young Offenders Act: A Legal Framework". In Joe Hudson, Joseph P. Hornick and Barbara A. Burrows, eds., <i>Justice and The Young Offender in Canada</i> . Toronto: Wall & Thompson, 1988 .....	1051
Baudouin, Jean-Louis. <i>Les obligations</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989 .....	523, 633, 1090
Baudouin, Jean-Louis. "The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec". In Joseph Dainow, ed., <i>The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions</i> . Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1974 .....	1097
Beatty, Harry. "The Consumer's Right of Access to Health Care Records" (1986), 3:4 <i>Just Cause</i> 3 .....	158
Beaupré, Michael. <i>Interpreting Bilingual Legislation</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1986 .....	434
Beaupré, Rémi Michael. <i>Interprétation de la législation bilingue</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1986 .....	434
Blaau, Loammi C. "The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights" (1990), 107 <i>S. Afr. L.J.</i> 76 .....	640
<i>Black's Law Dictionary</i> , 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "automatism" .....	881
Blackburn, Robert T., and Janet H. Lawrence. "Aging and the Quality of Faculty Job Performance" (1986), 23 <i>Review of Educational Research</i> 265 .....	1136
Blackstone, sir William. <i>Commentaires sur les lois anglaises</i> , t. 5. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823 .....	964

Blackstone, sir William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769	964
<i>Bowstead on Agency</i> , 14th ed. By F. M. B. Reynolds and B. J. Davenport. London: Sweet & Maxwell, 1976	184
Boyle, Christine, and David R. Percy. <i>Contracts: Cases and Commentaries</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 1989	249
Brierley, John E. C. "Quebec's 'Common Laws' ( <i>Droits communs</i> ): How Many Are There?". In <i>Mélanges Louis-Philippe Pigeon</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1989	109, 1080
Brisson, Jean-Maurice. <i>La formation d'un droit mixte: L'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867</i> . Montréal: Thémis, 1986	1080, 1097
Brown, Raymond E. <i>The Law of Defamation in Canada</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 1987	833
Burbridge, George Wheelock. <i>A Digest of the Criminal Law of Canada</i> . Toronto: Carswell, 1890	745
Caminker, Evan. "A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes" (1986), 95 <i>Yale L.J.</i> 1185	701
Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne. <i>L'égalité ça presse!</i> Ottawa: Approvisionnement et Services, 1984	764, 809
Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. <i>La pornographie et la prostitution au Canada</i> , vol. 2. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985	32, 48
Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada. <i>Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966	763, 829
Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. <i>Infractions sexuelles à l'égard des enfants</i> , vol. 2. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984	17, 32
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 20. <i>Droit pénal: L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977	1088
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 50. <i>La propagande haineuse</i> . Ottawa: La Commission, 1986	764
Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. <i>Sexual Offences Against Children</i> , vol. 2. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984	17, 32
Canada. Conseil économique du Canada. <i>Rapport provisoire sur la politique de concurrence</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969	406
Canada. Economic Council of Canada. <i>Interim Report on Competition Policy</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969	406
Canada. House of Commons. Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society. <i>Equality Now!</i> Ottawa: Supplies and Services, 1984	763, 809
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 20. <i>Criminal Law: Contempt of Court — Offences Against the Administration of Justice</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1977	1088
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 50. <i>Hate Propaganda</i> . Ottawa: The Commission, 1986	764
Canada. Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Livre IV. <i>L'apport culturel des autres groupes ethniques</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1970	816
Canada. Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. <i>L'ordinateur et la vie privée</i> . Ottawa: Information Canada, 1972	148
Canada. Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Book IV. <i>The Cultural Contribution of the Other Ethnic Groups</i> . Ottawa: Information Canada, 1970	816
Canada. Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice. <i>Privacy and Computers</i> . Ottawa: Information Canada, 1972	148



Canada. Sénat du Canada. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles</i> , fascicule n° 10, 19 mars 1981.....	105
Canada. Senate of Canada. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , Issue No. 10, March 19, 1981.....	105
Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. <i>Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1966.....	763, 829
Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. <i>Pornography and Prostitution in Canada</i> , vol. 2. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985.....	32, 48
Canadian Bar Association. <i>Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred</i> . By Ken Norman, John D. McAlpine and Hymie Weinstein, 1984.....	809
Carbonnier, Jean. <i>Droit civil</i> , t. 4, <i>Les obligations</i> , 15 <sup>e</sup> éd. Paris: P.U.F., 1991.....	522
Carr, Edward Hallett. <i>What is History?</i> London: MacMillan & Co., 1961.....	748
Carré de Malberg, R. <i>Contribution à la théorie générale de l'État</i> , t. 1. Paris: Sirey, 1920.....	640
Chevallier, Jacques. "L'État de droit" (1988), 104 <i>Rev. dr. publ.</i> 313.....	640
<i>Chitty on Contracts: General Principles</i> , 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.....	633
Ciotola, Pierre. "Aperçu des conditions illicites et immorales" (1970), 72 <i>R. du N.</i> 315 et 407.....	522
"Coercive (The) Function of Civil Contempt" (1965), 33 <i>U. Chi. L. Rev.</i> 120.....	1094
Coipel, Michel. "La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile" (1990), 24 <i>R.J.T.</i> 485.....	521
Cole, Stephen. "Age and Scientific Performance" (1979), 84 <i>Am. J. Soc.</i> 958.....	1183
Coleman, Phyllis. "Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex" (1988), 53 <i>Alb. L. Rev.</i> 95.....	255
College of Physicians and Surgeons of Ontario. Task Force on Sexual Abuse of Patients. <i>The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients</i> . Toronto: College of Physicians and Surgeons of Ontario, 1991.....	258, 279
Colvin, Eric. "Criminal Law and The Rule of Law". In Patrick Fitzgerald, ed., <i>Crime, Justice &amp; Codification: Essays in commemoration of Jacques Fortin</i> . Toronto: Carswell, 1986, 125.....	633
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> , 2nd ed. Calgary: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.....	900, 967
Cope, Malcolm. "The Review of Unconscionable Bargains in Equity" (1983), 57 <i>Aust. L.J.</i> 279.....	310
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.....	405, 431, 523, 1042, 1097
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1992.....	405, 431, 523, 1042, 1097
Côté-Harper, Gisèle, Antoine D. Manganas et Jean Turgeon. <i>Droit pénal canadien</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.....	884
Couturier, Gérard. "L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve". Dans <i>Études offertes à Jacques Flour</i> . Paris: Répertoire du notariat defrénois, 1979, 95.....	522
Crépeau, Paul-André. "Contrat d'adhésion et contrat type". Dans Adrian Popovici, dir., <i>Problèmes de droit contemporain</i> (Mélanges Louis Baudouin). Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1974, 67.....	521
Cromwell, Thomas A. "Proving Guilt: The Presumption of Innocence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms". In William H. Charles, Thomas A. Cromwell and Keith B. Jobson, eds., <i>Evidence and the Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Butterworths, 1989.....	22
Cross, Sir Rupert. <i>Evidence</i> , 5th ed. London: Butterworths, 1979.....	22

Dawidowicz, Lucy S. "Lies About the Holocaust" (1980), 70:6 <i>Commentary</i> 31 .....	838
Dorland, William Alexander Newman. <i>Dorland's Illustrated Medical Dictionary</i> , 27th ed. Philadelphia: Saunders, 1988 .....	260
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983 .....	1042
Ducharme, Léo. <i>Précis de la preuve</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986 .....	543
Duclos, Nitya, and Kent Roach. "Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on <i>R. v. Schachter</i> " (1991), 36 <i>McGill L.J.</i> 1.....	701
Dunlop, Bruce, David McQueen and Michael Trebilcock. <i>Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis</i> . Toronto: Canada Law Book, 1987 .....	648
Durry, Georges. <i>La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle</i> . Montréal: Centre de recherche en droit privé et en droit comparé du Québec, 1986.....	585
Ellis, Mark Vincent. <i>Fiduciary Duties in Canada</i> . Don Mills, Ont.: Richard DeBoo, 1988 .....	149, 277
Emanuelli, C. "Commentaire: La Loi sur l'immunité des États" (1985), 45 <i>R. du B.</i> 81 .....	76
Emson, H. E. <i>The Doctor and the Law: A Practical Guide for the Canadian Physician</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1989 .....	153
Erbe, Nancy. "Prostitutes: Victims of Men's Exploitation and Abuse" (1984), 2 <i>Law &amp; Inequality</i> 609 .....	34
Fairall, Paul. "Automatism", [1981] 5 <i>Crim. L.J.</i> 335 .....	884
Farjat, Gérard. <i>L'ordre public économique</i> . Paris: L.G.D.J., 1963.....	522
Feldman-Summers, Shirley. "Sexual Contact in Fiduciary Relationships". In Glen O. Gabbard, ed. <i>Sexual Exploitation in Professional Relationships</i> . Washington, D.C.: American Psychiatric Press, 1989 .....	279
Fenwick, Peter. "Somnambulism and the Law: A Review" (1987), 5 <i>Behav. Sci. &amp; L.</i> 343.....	908
Ferland, Denis, Benoît Emery et Jocelyne Tremblay. <i>Précis de procédure civile du Québec</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1992.....	1087
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.....	246, 304
Ford, Robert C., and Myron D. Fottler. "Flexible Retirement: Slowing Early Retirement of Productive Older Employees", [1985] <i>Human Resource Planning</i> 147 .....	1184
Frankel, Tamar. "Fiduciary Law" (1983), 71 <i>Calif. L. Rev.</i> 795 .....	272
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Agency</i> , 5th ed. London: Butterworths, 1983.....	183, 475
Ghestin, Jacques. <i>Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français: principes directeurs, consentement, cause et objet</i> . Montréal: Institut de droit comparé, 1982 .....	520
Ghestin, Jacques. <i>Traité de droit civil</i> , t. 2, <i>Les obligations — Le contrat: formation</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1988 .....	522, 588
Gillies, Peter. <i>Criminal Law</i> . Sydney: Law Book Co., 1985 .....	884
<i>Grand dictionnaire encyclopédique médical</i> , vol 1. Paris, 1986.....	260
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 44, 4th ed. London: Butterworths, 1983 .....	410
Henry, Jean-Pierre. "Vers la fin de l'État de droit?" (1977), 93 <i>Rev. dr. publ.</i> 1207.....	640
Holdsworth, William, Sir. <i>A History of English Law</i> , vol. III, 5th ed. London: Methuen & Co., 1942 .....	745
Hopper, Alvin. "The Medical Man's Fiduciary Duty" (1973), 7 <i>Law Teacher</i> 73.....	149
Howard, Colin. <i>Howard's Criminal Law</i> , 5th ed. By Brent Fisse. Sydney: Law Book Co., 1990.....	884
Jeffries, John Calvin, Jr. "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 <i>Va. L. Rev.</i> 189 .....	633
Jobin, Pierre-Gabriel. <i>Les contrats de distribution de biens techniques</i> . Québec: Presses de l'Université Laval, 1975 .....	585

Jorgenson, Linda, and Rebecca M. Randles. "Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases" (1991), 44 <i>Okla. L. Rev.</i> 181 .....	272
Josserand, Louis. "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats" (1937), 36 <i>Rev. trim. dr. civ.</i> 1 .....	522
Jukier, Rosalie. " <i>Banque Nationale du Canada v. Houle</i> (S.C.C.): Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law" (1992), 37 <i>McGill L.J.</i> 221 .....	521
<i>Juris-classeur civil</i> , Art. 6, fasc. 1 et 2, par Maurice Gégout.....	522
Kallen, Evelyn. "Multiculturalism, Minorities, and Motherhood: A Social Scientific Critique of Section 27". In <i>Multiculturalism and the Charter: A Legal Perspective</i> . Toronto: Carswell, 1987, 123 .....	818
Klippert, George B. <i>Unjust Enrichment</i> . Toronto: Butterworths, 1983 .....	247
Knoppers, Bartha. "Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis" (1982), 12 <i>R.D.U.S.</i> 395 .....	153
Krashinsky, Michael. "The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict" (1988), XIV <i>Canadian Public Policy</i> 40.....	1134, 1173
Lajoie, Andrée. "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 <i>R.D. McGill</i> 1338.....	709
Larroumet, Christian. "L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels", J.C.P.1991.I.3531.....	580
Lasson, Kenneth. "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 <i>Colum. Hum. Rts. L. Rev.</i> 11 .....	813
Le Tourneau, Philippe. "De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil", D. 1987. Chron., p. 101 .....	587
LeBel, Louis. "L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise" (1986), 17 <i>R.G.D.</i> 391	544
Legrand, Pierre, jr. "Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien" (1981), 26 <i>R.D. McGill</i> 207.....	585
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988 .....	264, 304
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1988 .....	264, 304
Marler, William deMontmollin. <i>The Law of Real Property</i> . Toronto: Burroughs & Co., 1932 .....	535
Martin, Goldwin Arthur. "Criminal Law — Voluntary and Involuntary Manslaughter — Lawful and Unlawful Acts" (1943), 21 <i>R. du B. can.</i> 503 .....	960
Martin, Goldwin Arthur. "Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark Ben-Aron, eds., <i>Mental Disorder and Criminal Responsibility</i> . Toronto: Butterworths, 1981.....	884
Matsuda, Mari J. "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 <i>Mich. L. Rev.</i> 2320 .....	808
McGuinness, Kevin Patrick. <i>The Law of Guarantee: A Treatise on Guarantee, Indemnity and the Standby Letter of Credit</i> . Toronto: Carswell, 1986.....	1019
McLeod, Roderick M., John D. Takach and Murray D. Segal. <i>Breathalyzer Law in Canada</i> , vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1986 .....	674
Meagher, Arthur J., Peter J. Marr and Ronald A. Meagher. <i>Doctors and Hospitals: Legal Duties</i> . Toronto: Butterworths, 1991 .....	149
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985 .....	884
Miller, Robert D. <i>Problems in Hospital Law</i> , 4th ed. Rockville, Md.: Aspen Systems Corp., 1983.....	151

Milman, Barbara. "New Rules for the Oldest Profession: Should We Change Our Prostitution Laws?" (1980), 3 <i>Harv. Women's L.J.</i> 1 .....	34
National Association of Insurance Commissioners. <i>Report of the Rates and Rating Procedures Task Force of the Automobile Insurance (D3) Subcommittee</i> , November, 1978.....	372
Necheles-Jansyn, Ruth F. "Retirement in Academe: Special Case or Social Model?," [1983] <i>Aging and Work</i> 175 .....	1179
Neumann, Franz. <i>The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society</i> . Leamington Spa, Warwickshire: Berg Publishers Ltd., 1986.....	641
New South Wales. Parliament. Report of the Select Committee of the Legislative Assembly Upon Prostitution, 1986.....	34
Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. <i>Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information</i> , vol. 2. Toronto: The Commission, 1980.....	156
Ontario. Commission on the Future Development of the Universities of Ontario. <i>Ontario Universities: Options and Futures</i> . Toronto: The Commission, 1984.....	1136
Ontario. Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario. <i>Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario</i> . (The "Osborne Report".) Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1988 .....	349
Pace, Alessandro. "Constitutional Protection of Freedom of Expression in Italy" (1990), 2 <i>European Review of Public Law</i> 71 .....	812
Partlett, David. "From Red Lion Square to Skokie to the Fatal Shore: Racial Defamation and Freedom of Speech" (1989), 22 <i>Vand. J. Transnat'l L.</i> 431 .....	826
Pearson, John C. "Section 56(2) of the Young Offenders Act: Forever Young?" (1990), 76 C.R. (3d) 389	1051
Perrault, Antonio. "Ordre public et bonnes m[oe]urs" (1949), 9 <i>R. du B.</i> 1 .....	525
Picard, Ellen I. <i>Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984 .....	149
Picod, Yves. <i>Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat</i> . Paris: L.G.D.J., 1989 .....	586
Pigeon, Louis-Philippe. <i>Drafting and Interpreting Legislation</i> . Toronto: Carswell, 1988 .....	1097
Pigeon, Louis-Philippe. <i>Rédaction et interprétation des lois</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Québec: Publications du Québec, 1986	1097
Pineau, Jean, et Danielle Burman. <i>Théorie des obligations</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1988.....	1090
Popovici, Adrian. <i>L'outrage au tribunal</i> . Montréal: Thémis, 1977 .....	1095
Popovici, Adrian. "Les contrats d'adhésion: un problème dépassé?" Dans Adrian Popovici, dir., <i>Problèmes de droit contemporain</i> (Mélanges Louis Baudouin). Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1974 .....	161, 521
Prujiner, Alain. "Origines historiques de l'injonction en droit québécois" (1979), 20 <i>C. de D.</i> 249.....	1093
Quebec. <i>Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report</i> . Québec: George Desbarats, 1865 .....	1093
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code</i> , vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978 .....	524
Québec. <i>Code civil du Bas Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire</i> . Québec: George Desbarats, 1865 .....	1093
Québec. Office de révision du Code civil. <i>Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil</i> , vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978 .....	524
Quebec. <i>Rapport préliminaire des commissaires à la révision du Code de procédure civile</i> , 1962.....	1098
Reid, Frank. <i>Economic Aspects of Mandatory Retirement</i> . Toronto: Centre for Industrial Relations and Department of Economics, University of Toronto, 1987.....	1135, 1180

Ripert, Georges. "L'ordre public et la liberté contractuelle". Dans <i>Mélanges François Gény</i> . Paris, 1936	528
Roadburg, Alan. <i>Aging: Retirement, Leisure and Work in Canada</i> . Toronto: Methuen, 1984.....	1191
Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In Robert J. Sharpe, ed., <i>Charter Litigation</i> . Toronto: Butterworths, 1987, 233 .....	629, 696
Roth, Sir Martin. "Modern Neurology and Psychiatry and the Problem of Criminal Responsibility". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., <i>Mental Disorder and Criminal Responsibility</i> . Toronto: Butterworths, 1981 .....	903
Rousseau-Houle, Thérèse. <i>Les contrats de construction en droit public et privé</i> . Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.....	591
Royer, Jean-Claude. <i>La preuve civile</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1987.....	543
Rozovsky, Lorne Elkin, and Fay Adrienne Rozovsky. <i>The Canadian Law of Patient Records</i> . Toronto: Butterworths, 1984.....	146
Ryan, Stephen R. "The Elimination of Gender Discrimination in Insurance Pricing: Does Automobile Insurance Rate Without Sex?" (1986), 61 <i>Notre Dame L. Rev.</i> 748.....	379
Salhany, Roger E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1989.....	864
Salmond, Sir John William. <i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987 .....	247
Sansfaçon, Daniel. <i>Accords et conventions des Nations-Unies sur la pornographie et la prostitution</i> . Ottawa: Ministère de la Justice, Section de la recherche et de la statistique, 1984.....	35
Sansfaçon, Daniel. <i>Agreements and Conventions of the United Nations with respect to Pornography and Prostitution</i> . Ottawa: Department of Justice, Research and Statistics Section, 1984.....	35
Sansfaçon, Daniel. <i>La prostitution au Canada: une synthèse des résultats de recherche</i> . Ottawa: Ministère de la Justice, Section de la recherche et de la statistique, 1984.....	35
Sansfaçon, Daniel. <i>Prostitution in Canada: A Research Review Report</i> . Ottawa: Department of Justice, Research and Statistics Section, 1984.....	35
Savoie, Réginald, et Louis-Philippe Taschereau. <i>Procédure civile</i> , t. I. Montréal: Guérin, 1973.....	1092
Scott, F. R. "Publishing False News" (1952), 30 <i>Can. Bar Rev.</i> 37.....	745, 795
Seidel, Gill. <i>The Holocaust Denial: Antisemitism, Racism &amp; the New Right</i> . Leeds, England: Beyond the Pale Collective, 1986 .....	836
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> . Toronto: Canada Law Book, 1983 .....	1094
Silbert, Mimi H., and Ayala M. Pines, "Occupational Hazards of Street Prostitutes" (1981), 8 <i>Crim. Just. &amp; Behavior</i> 395 .....	34
Smith, John Cyril. <i>Criminal Law</i> , 6th ed. By J. C. Smith and Brian Hogan. London: Butterworths, 1988	884
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992.....	1099
Spencer, J. R. "Criminal Libel — A Skeleton in the Cupboard", [1977] <i>Crim. L.R.</i> 383 .....	795
Stanbury, W. T. <i>Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform</i> . National Conference on the Centenary of Competition Law and Policy in Canada, October 1989.....	652
Stanbury, W. T., and G. B. Reschenthaler. "Reforming Canadian Competition Policy: Once More unto the Breach" (1981), 5 <i>Can. Bus. L.J.</i> 381.....	652
<i>Starkie's Treatise on the Law of Slander and Libel</i> , 3rd ed. By Henry Coleman Folkard. London: Butterworths, 1869.....	795

Stein, Eric. "History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz" — and other — "Lies"" (1986), 85 <i>Mich. L. Rev.</i> 277.....	813
Stephen, Sir James Fitzjames. <i>Digest of the Criminal Law</i> . St. Louis: Thomas, 1878 .....	797
Stuart, Don. "Annotation to <i>R. v. Wigglesworth</i> " (1984), 38 C.R. (3d) 388.....	1100
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.....	902
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations: contrat et responsabilité</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988...	516
Teyssie, Bernard. <i>Les groupes de contrats</i> . Paris: L.G.D.J., 1975 .....	580
<i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 8 bis, par Léon Faribault. Montréal: Wilson & Lafleur, 1959.....	515
Tribe, Laurence H. <i>American Constitutional Law</i> , 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, Inc., 1988...	628
Trudel, Gérard. "Des frontières de la liberté contractuelle". Dans Adrian Popovici, dir., <i>Problèmes de droit contemporain</i> (Mélanges Louis Baudouin). Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1974, 217	521
[1976] <i>U.S. Cong. &amp; Admin. News</i> 6604.....	64, 99
United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Seventeenth Report. <i>Prostitution: Off-street activities</i> . London: H.M.S.O., 1985 .....	34
United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Working Paper on Offences relating to Prostitution and allied Offences. London: H.M.S.O., 1982.....	34
United Kingdom. Law Commission. Working Paper No. 84. <i>Criminal Libel</i> . London: H.M.S.O., 1982	794
Veeder, Van Vechten. "The History and Theory of the Law of Defamation I" (1903), 3 <i>Colum. L. Rev.</i> 546	793
Veeder, Van Vechten. "The History and Theory of the Law of Defamation II" (1904), 4 <i>Colum. L. Rev.</i> 33	793
Viney, Geneviève. <i>Traité de droit civil</i> , t. IV, <i>Les obligations — La responsabilité: conditions</i> . Paris: L.G.D.J., 1982 .....	581
Waddams, S. M. "Unconscionability in Contracts" (1976), 39 <i>Mod. L. Rev.</i> 369.....	310
Walker, James W., and Harriet L. Lazer. <i>The End of Mandatory Retirement: Implications for Management</i> . New York: John Wiley & Sons, 1978 .....	1184
Walton, Frederick Parker. <i>Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada</i> . Traduction par Maurice Tancelin. Toronto: Butterworths, 1980 .....	1098
Walton, Frederick Parker. <i>The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1980.....	1098
Waters, Donovan. "Banks, Fiduciary Obligations and Unconscionable Transactions" (1986), 65 <i>Can. Bar Rev.</i> 37 .....	309
Weisberg, D. Kelly. "Children Of The Night: The Adequacy Of Statutory Treatment Of Juvenile Prostitution" (1984), 12 <i>Am. J. Crim. L.</i> 1 .....	34
Weller, Malcolm P. I. "Perchance to Dream" (1987), 137 <i>New L.J.</i> 52 .....	884
Westin, Alan. F. <i>Computers, Health Records, and Citizen Rights</i> . New York: Petrocelli Book, 1976.....	147
Wigmore, John Henry. <i>A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923, §§ 1420-22 .....	929
Wilford, Bonnie Baird. <i>Drug Abuse, A Guide for the Primary Care Physician</i> . Chicago: American Medical Association, 1981 .....	285
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.....	883, 902

**Vidéotron Ltée and Premier Choix: TVEC Inc.** *Appellants*

v.

**Industries Microlec Produits Électroniques Inc., Microlec Group Inc., Microlec Circuits Inc., Microlec Distributors Inc., André Duplessis, Jean-François Duplessis, Réjean Grondin, Jean Daigneault and René Gilbert** *Respondents*

INDEXED AS: VIDÉOTRON LTÉE v. INDUSTRIES MICROLEC PRODUITS ÉLECTRONIQUES INC.

File No.: 21882.

1992: March 26; 1992: September 24.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Stevenson\*JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Civil procedure — Contempt of court — Non-compliance with injunction — Compellability — Whether person cited for contempt can be compelled to testify — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 49 to 54, 295, 302, 309, 761 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 33.1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(c).*

*Civil rights — Prohibited testimony — Contempt of court — Non-compliance with injunction — Compellability — Whether person cited for contempt can be compelled to testify — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 33.1 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 295, 302, 309.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Compellability — Contempt of court — Non-compliance with injunction — Whether person cited for contempt can be compelled to testify — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(c) — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 295, 302, 309.*

The Superior Court allowed the appellants' action for a permanent injunction and ordered the respondents to cease distributing decoders which make it possible to descramble the appellants' pay television signals. The

\*Stevenson J. took no part in the judgment.

**Vidéotron Ltée et Premier Choix: TVEC Inc.** *Appelantes*

c.

**Industries Microlec Produits Électroniques Inc., Groupe Microlec Inc., Circuits Microlec Inc., Distributeurs Microlec Inc., André Duplessis, Jean-François Duplessis, Réjean Grondin, Jean Daigneault et René Gilbert** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: VIDÉOTRON LTÉE c. INDUSTRIES MICROLEC PRODUITS ÉLECTRONIQUES INC.

N° du greffe: 21882.

1992: 26 mars; 1992: 24 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Stevenson\*.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Procédure civile — Outrage au tribunal — Non-respect d'une injonction — Contraignabilité — La personne citée pour outrage est-elle contraignable à témoigner? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 49 à 54, 295, 302, 309, 761 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 33.1 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c).*

*Libertés publiques — Témoignages interdits — Outrage au tribunal — Non-respect d'une injonction — Contraignabilité — La personne citée pour outrage est-elle contraignable à témoigner? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 33.1 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 295, 302, 309.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Contraignabilité — Outrage au tribunal — Non-respect d'une injonction — La personne citée pour outrage est-elle contraignable à témoigner? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c) — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 295, 302, 309.*

La Cour supérieure a accueilli l'action en injonction permanente demandée par les appelantes et ordonné aux intimés de cesser de distribuer des décodeurs permettant de débrouiller les signaux de télévision payante. Les

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

appellants then filed an application for a special rule ordering the respondents to appear under art. 53 C.C.P., alleging that they had committed a contempt of court by failing to comply with the injunction. At the hearing they called one of the respondents to testify. He objected to testifying, on the ground that he was not compellable in a proceeding in which he was himself cited for contempt. The Superior Court upheld the objection and the Court of Appeal affirmed that decision.

**Held** (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

**Per** Lamer C.J. and La Forest and Gonthier JJ.: A person cited for contempt under the *Code of Civil Procedure* cannot be compelled to testify. The penalty for contempt of court, even when it is used to enforce a purely private order, still involves an element of "public law", because respect for the role and authority of the courts, one of the foundations of the rule of law, and the proper administration of justice are always at issue. This public law aspect and the special rules governing contempt in the *Code of Civil Procedure* make contempt of court a highly specific institution within the Code. Rules specific to contempt have also been developed by the courts to supplement these exceptional rules created by the Code. In Quebec law contempt of court is *strictissimi juris* and quasi-penal in nature, given the possible consequences, including imprisonment. It would therefore be contrary to the fundamental principle of Quebec penal law expressly recognized in s. 33.1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms* if a person cited for contempt could be compelled to testify. The effect of this would also be to facilitate the task of proving contempt beyond a reasonable doubt, a burden which the applicant must scrupulously discharge. Non-compellability corresponds to the approach adopted in common law, from which the Quebec law of contempt of court derives, and is consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects the right against self-incrimination.

While the *Code of Civil Procedure* sets out in general terms the procedure which applies to contempt of court proceedings, when provisions of such broad application as arts. 295, 302 and 309 C.C.P. conflict with a rule as fundamental to the special rules of contempt as the non-compellability of the person cited for contempt, these provisions cannot prevail. The absence of any express exception in the Code is not a deciding factor.

appelantes ont par la suite déposé une requête pour la délivrance d'une ordonnance spéciale de comparaître, en vertu de l'art. 53 C.p.c., alléguant que les intimés avaient commis un outrage au tribunal en ne respectant pas l'injonction. Lors de l'enquête, elles ont cité à la barre l'un des intimés. Ce dernier s'est objecté à témoigner, au motif qu'il n'était pas contraignable dans une instance où il était lui-même cité pour outrage. La Cour supérieure a accueilli l'objection et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

**Arrêt** (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest et Gonthier: La personne citée pour un outrage en vertu du *Code de procédure civile* ne peut être contrainte à témoigner. La sanction de l'outrage au tribunal, même lorsqu'elle sert à assurer l'exécution d'une ordonnance purement privée, comporte toujours un élément de «droit public», car elle met en jeu le respect du rôle et de l'autorité des tribunaux, un des fondements de l'État de droit, et la bonne marche de l'administration de la justice. Ce rapprochement avec le droit public et les règles propres à l'outrage prévues au *Code de procédure civile* font de l'outrage au tribunal une institution hautement spécifique au sein du Code. À ce régime d'exception créé par le Code sont également venues se greffer des règles d'inspiration jurisprudentielle. L'outrage au tribunal est en droit québécois *strictissimi juris* et de nature quasi pénale, vu les conséquences possibles, notamment l'emprisonnement. Il serait donc contraire au principe fondamental du droit pénal du Québec, expressément reconnu à l'art. 33.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, que la personne citée pour outrage soit contraignable à témoigner. Cela aurait également pour effet de faciliter la preuve au-delà du doute raisonnable, dont le requérant doit par ailleurs scrupuleusement s'acquitter. La non-contraignabilité correspond à la solution qui a été retenue en common law, d'où le droit québécois de l'outrage au tribunal tire sa source, et elle s'inscrit dans la foulée de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protège le droit à la non-incrimination.

Bien que le *Code de procédure civile* dicte généralement la procédure applicable aux recours pour outrage au tribunal, lorsque des dispositions aussi générales que les art. 295, 302 et 309 C.p.c. entrent en conflit avec une règle aussi primordiale au régime spécial de l'outrage que la non-contraignabilité de la personne citée pour outrage, ces dispositions ne peuvent avoir préséance. L'absence d'une exception expresse au Code n'est pas déterminante.



*Per Lamer C.J.:* It is clear from reading art. 50 *C.C.P.* that for all practical purposes the legislature has created an offence. The fact that it chose to deal with contempt of court in the *Code of Civil Procedure* does not in any way alter the fact that, having regard to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, a person cited for contempt is a person charged with an offence within the meaning of s. 11 of the *Charter* and enjoys the constitutional guarantee contained in s. 11(c), which specifically provides that a person charged with an offence may not be compelled to testify. As to arts. 295, 302 and 309 *C.C.P.*, if there is any scope for interpretation, the interpretation that does not offend the *Charter* is the one that should be adopted.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* Although respect for the function and authority of the courts is a common denominator of civil and criminal contempt, it is important to preserve the distinction between these two types of contempt and not to give a public law dimension to a purely civil contempt. While in criminal matters contempt is essentially of a punitive and deterrent character and intended to protect collective interests, contempt in purely civil matters is primarily coercive and intended to protect individual interests. In this case, the primary function of the contempt of court proceeding provided for in art. 761 *C.C.P.* is to prevent and penalize any breach of an order for an injunction recognizing the private rights of one of the parties. If priority had to be given to respect for the function and authority of the court, this would amount to relegating to the background the private rights which the injunction order seeks to protect. The primary objective of private law should be the enforcement of private rights. Like the injunction of which it is an adjunct, the civil contempt proceeding is a means by which the private rights of a party are enforced. The fact that the possibility of imprisonment is associated with it does not alter its private nature since coercion is the objective sought by the imprisonment. The relationship between the injunction order, the art. 761 *C.C.P.* contempt proceeding and the possibility of imprisonment are not only compatible but closely complementary.

Articles 295, 302 and 309 *C.C.P.* make it clear that compellability of the parties is the general rule in civil matters, and these provisions are applicable to a person charged with contempt of court pursuant to art. 761 *C.C.P.* The section devoted to contempt (arts. 49 to 54 *C.C.P.*) cannot be interpreted as if it were an enclave within the *Code of Civil Procedure*. That Code consti-

*Le juge en chef Lamer:* À la lecture de l'art. 50 *C.p.c.*, il est évident que le législateur a, à toutes fins pratiques, créé une infraction. Le fait qu'il ait choisi de traiter de l'outrage au tribunal dans le *Code de procédure civile* ne change rien au fait que, en regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la personne citée pour outrage est une inculpée au sens de l'art. 11 de la *Charte*, et qu'elle jouit de la garantie constitutionnelle prévue à l'al. 11c) qui prévoit spécifiquement la non-contrainabilité d'un inculpé. Quant aux art. 295, 302 et 309 *C.p.c.*, s'il y a place à interprétation, l'interprétation qui ne viole pas la *Charte* est celle que l'on doit adopter.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* Bien que le respect du rôle et de l'autorité des tribunaux soit le dénominateur commun des outrages civils et criminels, il est important de préserver la distinction entre ces deux types d'outrages et de ne pas conférer une dimension publique à un outrage purement civil. Alors qu'au criminel l'outrage est avant tout punitif et dissuasif et vise à protéger les intérêts collectifs, l'outrage en matières purement civiles est avant tout coercitif et vise la protection des intérêts individuels. Dans la présente affaire, la fonction première de la procédure d'outrage au tribunal prévue à l'art. 761 *C.p.c.* est de prévenir et de sanctionner toute contravention à l'ordonnance d'injonction, qui a reconnu des droits de nature privée à l'une des parties. S'il fallait dans ce contexte accorder une place prépondérante au respect du rôle et de l'autorité du tribunal, cela équivaudrait à reléguer à l'arrière-plan les droits privés que vise à protéger l'ordonnance d'injonction. Or, l'objectif premier du droit judiciaire privé doit demeurer la sanction des droits subjectifs. Tout comme l'injonction dont elle est l'accessoire, la procédure de l'outrage civil constitue un véhicule par l'intermédiaire duquel les droits subjectifs d'une partie sont mis en application. La possibilité d'emprisonnement dont l'outrage civil est assorti n'altère pas son caractère privé puisque la coercition est l'objectif visé par l'emprisonnement. Dans ces conditions, les relations entre l'ordonnance d'injonction, la procédure de l'outrage de l'art. 761 *C.p.c.* et la possibilité d'emprisonnement sont non seulement compatibles, mais étroitement complémentaires.

Les articles 295, 302 et 309 *C.p.c.* posent clairement la contraignabilité des parties comme étant la règle générale en matière civile et ces dispositions sont applicables à une personne poursuivie pour outrage au tribunal en vertu de l'art. 761 *C.p.c.* La section relative à l'outrage (art. 49 à 54 *C.p.c.*) ne peut s'interpréter comme une enclave à l'intérieur du *Code de procédure*

tutes a set of interdependent rules that must be considered as a whole. Since the section dealing with contempt is silent as to the compellability of a person cited for contempt, reference must be made to the general rules. These rules are clear and there is no reason for excluding them from consideration and referring to other sources. Further, the application of the non-compellability rule in a purely private context is incompatible with the underlying values which that rule and the privilege against self-incrimination are designed to protect. Moreover, the imposition of these hurdles on a private party who has obtained an injunction is open to objection: first, it would make the enforcement of the private rights protected by the order much more difficult, and second, it would amount to transforming a purely private action into a criminal proceeding, thereby rendering meaningless the terms, conditions and purposes appropriate to civil contempt resulting from the breach of an injunction order.

Finally, even assuming that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies, the respondents cannot benefit from the protection of s. 11(c) since the focus of the contempt penalty arising from a civil injunction order is coercion rather than punishment and deterrence. Moreover, the word "accused" in s. 11 refers to a prosecution, which necessarily goes beyond the purely private setting in which an action for an injunction and a civil contempt proceeding take place. The same conclusion applies in respect of s. 33.1 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*.

#### Cases Cited

By Gonthier J.

**Referred to:** *Syndicat des employés de l'Hôpital St-Augustin (CSN) v. Procureur général du Québec*, [1977] C.A. 539; *Duquette v. Zellers Inc.*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-000747-863, July 6, 1987; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Cotroni v. Quebec Police Commission*, [1978] 1 S.C.R. 1048; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *C.T.C.U.M. v. Syndicat du transport de Montréal (C.S.N.)*, [1977] C.A. 476; *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *Ministre du Revenu national v. Lafleur*, [1964] S.C.R. 412; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Imperial Oil Ltd. v. Tanguay*, [1971] C.A. 109; *Toupin v. Longchamps*, J.E. 90-818; *Simard v. Pavillon Charleroi Royer Inc.*, J.E. 79-188; *Restaurant Faubourg St-Denis Inc. v. Durand*, [1990] R.J.Q. 1218; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. v. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596; *Charlebois v. Bourbeau*, [1979] C.A. 545; *Parent*

*civile*. Ce Code constitue un ensemble de règles interdépendantes que l'on doit considérer comme un tout. Puisque la section relative à l'outrage est silencieuse sur la question de la contraignabilité d'une personne citée pour outrage, il faut donc se référer aux règles générales. Ces règles sont claires et il n'y a pas lieu de les écarter en se référant à d'autres sources. Par ailleurs, l'application du principe de la non-contraignabilité dans un contexte purement privé est incompatible avec les valeurs sous-jacentes que cette règle et le privilège contre l'auto-incrimination visent à protéger. De plus, imposer cet obstacle procédural à une partie privée ayant obtenu une injonction est doublement contestable: d'une part, l'application de ce principe rendrait beaucoup plus difficile la sanction des droits subjectifs protégés par l'ordonnance et, d'autre part, cela équivaldrait à transformer en procédure criminelle une poursuite purement privée en niant les modalités et finalités qui sont propres à l'outrage civil consécutif à une ordonnance d'injonction.

Finalement, même en assumant que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique, les intimés ne peuvent bénéficier de la protection de l'al. 11c) puisque la sanction de l'outrage consécutif à une ordonnance d'injonction civile a une dimension purement coercitive et non punitive. De plus, le terme «inculpé» à l'art. 11 renvoie à une poursuite qui dépasse nécessairement le cadre purement privé à l'intérieur duquel évoluent le recours en injonction et la procédure d'outrage civil. La même conclusion s'impose à l'égard de l'art. 33.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

**Arrêts mentionnés:** *Syndicat des employés de l'Hôpital St-Augustin (CSN) c. Procureur général du Québec*, [1977] C.A. 539; *Duquette c. Zellers Inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-000747-863, le 6 juillet 1987; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Cotroni c. Commission de police du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 1048; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *C.T.C.U.M. c. Syndicat du transport de Montréal (C.S.N.)*, [1977] C.A. 476; *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *Ministre du Revenu national c. Lafleur*, [1964] R.C.S. 412; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, [1971] C.A. 109; *Toupin c. Longchamps*, J.E. 90-818; *Simard c. Pavillon Charleroi Royer Inc.*, J.E. 79-188; *Restaurant Faubourg St-Denis Inc. c. Durand*, [1990] R.J.Q. 1218; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. c. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596; *Charlebois c. Bourbeau*, [1979] C.A.

*v. Perreault*, [1979] C.A. 237; *Droit de la famille — 728*, [1989] R.D.F. 671; *Daigle v. St-Gabriel de Brandon (Corp. municipale de la paroisse de)*, J.E. 91-195; *Comet Products U.K. Ltd. v. Hawkex Plastics Ltd.*, [1971] 2 Q.B. 67; *MacNeil v. MacNeil* (1975), [1971] 2 Q.B. 67; *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 3 F.C. 277; *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67; *Lapierre v. Attorney General of Quebec*, [1985] 1 S.C.R. 241.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Cotroni v. Quebec Police Commission*, [1978] 1 S.C.R. 1048; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Royal Trust Co. v. Tucker*, [1982] 1 S.C.R. 250; *Imperial Oil Ltd. v. Tanguay*, [1971] C.A. 109; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Montréal-Est (Ville de) v. Labrosse*, [1985] C.S. 960; *Contenants Industriels Ltée v. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, [1988] R.J.Q. 1345; *Comité — Infirmières et infirmiers — 8*, [1983] D.D.C.P. 295.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the Code of Civil Procedure of Lower Canada*, S. Prov. C. 1866, 29-30 Vict., c. 25.  
*Act respecting the Code of Civil Procedure of the Province of Quebec*, S.Q. 1897, c. 48.  
*Act to provide for the issue of the Writ of Injunction in certain cases, and to regulate the procedure in relation thereto*, S.Q. 1878, 41 Vict., c. 14.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(c).  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. I-12, ss. 33, 33.1 [ad. 1982, c. 61, s. 12].  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1053, 1065, 2273 (old).  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 1, 2, 20, 26, para. 5, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 54 [am. 1990, c. 4, s. 222], 295, 302, 309, 313, 751, 761, 944 et seq., 996, 1051.

545; *Parent c. Perreault*, [1979] C.A. 237; *Droit de la famille — 728*, [1989] R.D.F. 671; *Daigle c. St-Gabriel de Brandon (Corp. municipale de la paroisse de)*, J.E. 91-195; *Comet Products U.K. Ltd. c. Hawkex Plastics Ltd.*, [1971] 2 Q.B. 67; *MacNeil c. MacNeil* (1975), 67 D.L.R. (3d) 114; *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 3 C.F. 277; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67; *Lapierre c. Procureur général du Québec*, [1985] 1 R.C.S. 241.

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

*United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Cotroni c. Commission de police du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 1048; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250; *Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, [1971] C.A. 109; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Montréal-Est (Ville de) c. Labrosse*, [1985] C.S. 960; *Contenants Industriels Ltée c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, [1988] R.J.Q. 1345; *Comité — Infirmières et infirmiers — 8*, [1983] D.D.C.P. 295.

#### Lois et règlements cités

*Acte concernant le Code de Procédure Civile du Bas Canada*, S. Prov. C. 1866, 29-30 Vict., ch. 25.  
*Acte de Québec* (1774).  
*Acte pourvoyant à ce que le bref d'injonction puisse être obtenu en certains cas, et réglant la procédure à cette fin*, S.Q. 1878, 41 Vict., ch. 14.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11(c).  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 33, 33.1 [ad. 1982, ch. 61, art. 12].  
*Code civil du Bas-Canada*, art. 1053, 1065, 2273 (ancien).  
*Code de procédure civile*, S.Q. 1965, ch. 80, art. 1.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 1, 2, 20, 26, al. 5, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 54 [mod. 1990, ch. 4, art. 222], 295, 302, 309, 313, 751, 761, 944 et suiv., 996, 1051.

*Code of Civil Procedure*, S.Q. 1965, c. 80, art. 1.  
*Code of Civil Procedure of Lower Canada* (1867),  
 art. 1360.  
*Code of Civil Procedure of the Province of Quebec*  
 (1897), arts. 1, 834.  
*Code of Penal Procedure*, R.S.Q., c. 25.1, chap. XIII.  
*Quebec Act* (1774).

#### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.  
 Baudouin, Jean-Louis. «The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec». In Joseph Dainow, ed., *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1974. <sup>c</sup>  
 Brierley, John E. C. «Quebec's 'Common Laws' (*Droits communs*): How Many Are There?». In *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 109. <sup>d</sup>  
 Brisson, Jean-Maurice. *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*. Montréal: Thémis, 1986. <sup>e</sup>  
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 20. *Criminal Law: Contempt of Court — Offences Against the Administration of Justice*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1977.  
 «Coercive (The) Function of Civil Contempt» (1965), 33 *U. Chi. L. Rev.* 120. <sup>f</sup>  
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1992.  
 Ferland, Denis, Benoît Emery et Jocelyne Tremblay. *Précis de procédure civile du Québec*. Cowansville: Yvon Blais, 1992. <sup>g</sup>  
 Pigeon, Louis-Philippe. *Drafting and Interpreting Legislation*. Toronto: Carswell, 1988.  
 Pineau, Jean, et Danielle Burman. *Théorie des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1988. <sup>h</sup>  
 Popovici, Adrian. *L'outrage au tribunal*. Montréal: Thémis, 1977.  
 Prujiner, Alain. «Origines historiques de l'injonction en droit québécois» (1979), 20 *C. de D.* 249.  
 Quebec. *Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report*. Québec: George Desbarats, 1865. <sup>i</sup>  
 Québec. *Rapport préliminaire des commissaires à la révision du Code de procédure civile*, 1962.  
 Savoie, Réginald, et Louis-Philippe Taschereau. *Procédure civile*, t. I. Montréal: Guérin, 1973. <sup>j</sup>

*Code de procédure civile de la province de Québec* (1897), art. 1, 834.  
*Code de procédure civile du Bas Canada* (1867), art. 1360.  
*Code de procédure pénale*, L.R.Q., ch. 25.1, chap. XIII.  
*Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec*, S.Q. 1897, ch. 48.

#### Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.  
 Baudouin, Jean-Louis. «The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec». In Joseph Dainow, ed., *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1974.  
 Brierley, John E. C. «Quebec's «Common Laws» (*Droits communs*): How Many Are There?». In *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 109.  
 Brisson, Jean-Maurice. *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*. Montréal: Thémis, 1986. <sup>e</sup>  
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 20. *Droit pénal: L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1977.  
 «Coercive (The) Function of Civil Contempt» (1965), 33 *U. Chi. L. Rev.* 120.  
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.  
 Ferland, Denis, Benoît Emery et Jocelyne Tremblay. *Précis de procédure civile du Québec*. Cowansville: Yvon Blais, 1992.  
 Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Québec: Publications du Québec, 1986.  
 Pineau, Jean, et Danielle Burman. *Théorie des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1988.  
 Popovici, Adrian. *L'outrage au tribunal*. Montréal: Thémis, 1977.  
 Prujiner, Alain. «Origines historiques de l'injonction en droit québécois» (1979), 20 *C. de D.* 249.  
 Québec. *Code civil du Bas Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire*. Québec: George Desbarats, 1865.  
 Québec. *Rapport préliminaire des commissaires à la révision du Code de procédure civile*, 1962.  
 Savoie, Réginald, et Louis-Philippe Taschereau. *Procédure civile*, t. I. Montréal: Guérin, 1973.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Stuart, Don. "Annotation to *R. v. Wigglesworth*" (1984), 38 C.R. (3d) 388.

Walton, Frederick Parker. *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 703, 69 D.L.R. (4th) 519, 56 C.C.C. (3d) 436, affirming a judgment of the Superior Court.\*\* Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Luc Huppé*, for the appellants.

*Danielle Barot*, as *amicus curiae*, for the respondents.

English version of the reasons delivered by

LAMER C.J.—I have read the reasons of my colleague Justice Gonthier and concur in them without reservation. Although the reasons he gives are sufficient to dispose of this appeal, I should like to add a few comments in support of a different approach. It is clear from reading art. 50 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, that, for all practical purposes, the Quebec legislature has created an offence. The fact that it chose to deal with contempt of court in the *Code of Civil Procedure* does not in any way alter the fact that, having regard to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, a person cited for contempt of court is a person charged with an offence within the meaning of s. 11 of the *Charter* and enjoys the constitutional guarantee contained in s. 11(c), which specifically provides that a person charged with an offence may not be compelled to testify.

As to arts. 295, 302 and 309 *C.C.P.*, in addition to the reasons mentioned by my colleague for making special provision in the Code for contempt of court, there is the consideration that, if a statute or body of legislation is to be interpreted, the inter-

\*\* Sup. Ct. St-François, No. 450-05-000518-858, August 31, 1989.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Stuart, Don. «Annotation to *R. v. Wigglesworth*» (1984), 38 C.R. (3d) 388.

Walton, Frederick Parker. *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*. Traduction par Maurice Tancelin. Toronto: Butterworths, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 703, 69 D.L.R. (4th) 519, 56 C.C.C. (3d) 436, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure\*\*. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Luc Huppé*, pour les appelantes.

*Danielle Barot*, en qualité d'*amicus curiae*, pour les intimés.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue, le juge Gonthier, et je les partage sans réserve. Quoique les motifs qu'il invoque soient suffisants pour disposer de ce pourvoi, je me permets d'ajouter quelques commentaires au soutien d'une approche différente. À la lecture de l'art. 50 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, il est évident que le législateur québécois a, à toutes fins pratiques, créé une infraction. Le fait qu'il ait choisi de traiter de l'outrage au tribunal dans le *Code de procédure civile* ne change en rien le fait que, en regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la personne citée pour outrage au tribunal est une inculpée au sens de l'art. 11 de la *Charte*, et qu'elle jouit de la garantie constitutionnelle prévue à l'al. 11c) qui prévoit spécifiquement la non-contrainctibilité d'un inculpé.

Quant aux art. 295, 302 et 309 *C.p.c.*, aux raisons énoncées par mon collègue pour reconnaître au Code un régime spécial pour l'outrage au tribunal, s'ajoute celle à l'effet que, s'il y a place à l'interprétation d'une loi ou à un ensemble de lois,

\*\* C.S. St-François, n° 450-05-000518-858, le 31 août 1989.

pretation that does not offend the *Charter* is the one that should be adopted.

English version of the judgment of La Forest and Gonthier JJ. delivered by

GONTHIER J.—This appeal raises the issue of whether the respondent in a motion for contempt of court based on failure to comply with an injunction may be compelled to testify.

### I. Facts

On December 4, 1987, the Superior Court allowed the appellants' action for a permanent injunction, and ordered the respondents to cease distributing decoders which make it possible to descramble the appellants' pay television signals: [1988] R.J.Q. 546. On January 6, 1989, the appellants filed an application for a special rule ordering the respondents to appear under art. 53 *C.C.P.* They alleged that the respondents had committed a contempt of court by failing to comply with the permanent injunction. At the hearing, they called the respondent André Duplessis to testify. Mr. Duplessis objected to testifying, on the ground that he was not compellable in a proceeding in which he was himself cited for contempt. On August 31, 1989, the Superior Court upheld the respondent's objection. The Court of Appeal dismissed an appeal from that decision on February 6, 1990: [1990] R.J.Q. 703, 69 D.L.R. (4th) 519, 56 C.C.C. (3d) 436. On November 8, 1990, this Court gave the appellants leave to appeal the judgment of the Court of Appeal, [1990] 2 S.C.R. xi.

### II. Relevant Legislation

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

295. All persons are competent to testify except those who, because of their physical or mental condition, are not in a fit state to report the facts of which they had knowledge, and any person competent to testify may be compelled to do so.

302. Any person present at the trial may be required to testify and is bound to answer as if he had been regularly summoned.

309. A witness cannot refuse to answer for the reason that his reply might tend to incriminate him or to expose

l'interprétation qui ne viole pas la *Charte* est celle que l'on doit adopter.

Le jugement des juges La Forest et Gonthier a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Ce litige soulève la question de la contraignabilité de l'intimé lors d'une requête pour outrage au tribunal fondé sur le non-respect d'une injonction.

### I. Les faits

Le 4 décembre 1987, la Cour supérieure accueillait l'action en injonction permanente des appelantes, et ordonnait aux intimés de cesser de distribuer des décodeurs permettant de débrouiller les signaux de télévision payante des appelantes: [1988] R.J.Q. 546. Le 6 janvier 1989, celles-ci déposaient une requête pour l'émission d'une ordonnance spéciale de comparaître en vertu de l'art. 53 *C.p.c.* Elles alléguaient que les intimés avaient commis un outrage au tribunal, en ne respectant pas l'injonction permanente. Lors de l'enquête, elles ont cité à la barre l'intimé André Duplessis. Ce dernier s'est objecté à témoigner, au motif qu'il n'était pas contraignable dans une instance où il était lui-même cité pour outrage. Le 31 août 1989, la Cour supérieure a accueilli l'objection de l'intimé. La Cour d'appel a rejeté un appel de cette décision le 6 février 1990: [1990] R.J.Q. 703, 69 D.L.R. (4th) 519, 56 C.C.C. (3d) 436. Cette Cour a autorisé les appelantes à se pourvoir contre le jugement de la Cour d'appel le 8 novembre 1990, [1990] 2 R.C.S. xi.

### II. Les dispositions pertinentes

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

295. Toute personne est apte à déposer en justice, sauf si, en raison de sa condition physique ou mentale, elle n'est pas en état de rapporter des faits dont elle a eu connaissance; et toute personne apte à déposer peut être contrainte de le faire.

302. Toute personne présente à l'audience peut être requise de rendre témoignage, et elle est tenue de répondre comme si elle avait été régulièrement assignée.

309. Un témoin ne peut refuser de répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à

him to a legal proceeding of any kind; but if he objects on that ground, his reply cannot be used against him in any penal proceedings instituted under any law of Québec.

### III. Judgments Below

#### *Superior Court*

Galipeau J. of the Superior Court did not follow the decisions of the Court of Appeal, which had held in *Syndicat des employés de l'Hôpital St-Augustin (CSN) v. Procureur général du Québec*, [1977] C.A. 539, that a person who was cited for contempt was compellable. Rather, he followed Lévesque J. of the Superior Court, who had held to the contrary in *Duquette v. Zellers Inc.*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-000747-863, July 6, 1987, unreported, relying on the common law (in *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618) and on the decisions of the Court of Appeal which had held that, even in civil contempt cases, there had to be proof beyond a reasonable doubt.

#### *Court of Appeal*

Brossard J.A., for the court, noted that the judgment of Lévesque J. in *Duquette v. Zellers Inc.*, *supra*, had moved away from the prevailing opinion of the Superior Court and Court of Appeal. Brossard J.A. took two points from that decision: it was based on the common law, and it applied the rules of criminal law to a civil contempt case. He agreed with the first proposition, in view of *Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, and *Cotroni v. Quebec Police Commission*, [1978] 1 S.C.R. 1048. Moreover, art. 309 C.C.P. cannot be regarded as derogating from the common law in respect of contempt of court. He then reviewed the common law authorities, and found that today, even in civil contempt cases, a person cited for contempt is not compellable in the contempt proceedings.

Brossard J.A. further held that compellability in such a case would be inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Contempt of court proceedings go beyond mere private litigation, and fall within the realm of the public interest

l'exposer à une poursuite, de quelque nature qu'elle puisse être; mais s'il fait une objection en ce sens, sa réponse ne pourra servir contre lui dans aucune poursuite pénale intentée en vertu de quelque loi du Québec.

### III. Les jugements des instances inférieures

#### *La Cour supérieure*

Le juge Galipeau de la Cour supérieure s'écarte de la jurisprudence de la Cour d'appel, qui dans *Syndicat des employés de l'Hôpital St-Augustin (CSN) c. Procureur général du Québec*, [1977] C.A. 539, avait conclu à la contraignabilité de la personne recherchée pour outrage. Il suit plutôt le juge Lévesque de la Cour supérieure, qui avait conclu au contraire dans *Duquette c. Zellers Inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-000747-863, le 6 juillet 1987, inédit, se basant sur la common law (selon *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618) et sur les décisions de la Cour d'appel qui avaient reconnu que, même en matière d'outrage civil, la preuve devait être faite au-delà de tout doute raisonnable.

#### *La Cour d'appel*

Le juge Brossard, pour la cour, note que le jugement du juge Lévesque dans *Duquette c. Zellers Inc.*, précité, s'éloignait de la jurisprudence majoritaire de la Cour supérieure et de la Cour d'appel. Le juge Brossard retient deux éléments de cette décision: elle s'appuie sur la common law, et elle applique les règles du droit pénal à un cas d'outrage civil. Il est d'accord avec la première proposition, considérant *Radio-Canada*, précité, et *Cotroni c. Commission de police du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 1048. L'article 309 C.p.c. ne peut d'ailleurs être considéré comme une disposition dérogatoire à la common law en matière d'outrage au tribunal. Il revoit ensuite la jurisprudence de la common law, et constate que maintenant, même quant aux outrages civils, la personne citée pour outrage n'y est pas contraignable.

Le juge Brossard déclare en outre que la contraignabilité dans ce cas serait incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les procédures pour outrage au tribunal dépassent le simple litige privé, et ils relèvent de l'intérêt public et

and the proper administration of justice. Accordingly, the *Charter* should apply. Moreover, following *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, the possibility of imprisonment would bring contempt of court proceedings within the ambit of s. 11 of the *Charter*, which protects the respondent against self-incrimination.

#### IV. Issue

Can the respondent, who has been cited for contempt of court as a result of an alleged failure to comply with an order, be compelled to testify?

#### V. Analysis

##### A. *The Special Nature of Contempt of Court*

The appellants made much before us of the distinction between “civil contempt” and “criminal contempt”. They argued that, when the main proceedings in which the order allegedly violated was made are civil in nature, it follows that the contempt itself may be characterized as civil contempt, and that it is then governed by the rules in the *Code of Civil Procedure*. In support of this proposition, the appellants relied on the decision of the Court of Appeal in *C.T.C.U.M. v. Syndicat du transport de Montréal (C.S.N.)*, [1977] C.A. 476, at p. 482:

[TRANSLATION] . . . the subsequent proceedings were of the same nature as those which preceded them, and they became, if I may use the expression, chameleon proceedings which took on the colour and nature of those which preceded them, to which they were connected.

The Court of Appeal relied on two decisions of this Court: *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526, and *Ministre du Revenu national v. Lafleur*, [1964] S.C.R. 412. The issue in those two cases was whether prerogative writs, *habeas corpus* in the first and prohibition in the second, fell within the realm of criminal procedure (federal) or civil procedure (provincial). This Court held that whether such writs are governed by federal or provincial rules will depend on the nature of the proceedings to which they are connected.

Without wishing to express an opinion on the relevance of these two decisions to the issue of

de la bonne marche de l'administration de la justice. Il y a donc matière à appliquer la *Charte*. Par ailleurs, suivant *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, la possibilité d'emprisonnement rendrait les procédures pour outrage au tribunal sujettes à l'art. 11 de la *Charte*, qui protège l'intimé contre l'auto-incrimination.

#### IV. La question en litige

L'intimé, cité pour outrage au tribunal suite au manquement allégué à une ordonnance, est-il contraignable à témoigner?

#### V. Analyse

##### A. *L'unicité de l'outrage au tribunal*

Les appelantes ont beaucoup insisté devant nous sur la distinction entre l'«outrage civil» et l'«outrage criminel». Elles prétendent que, lorsque la procédure principale où l'ordonnance dont violation est alléguée a été émise est de nature civile, il s'ensuit que l'outrage lui-même peut être qualifié d'outrage civil, et qu'il obéit alors aux règles du *Code de procédure civile*. À l'appui, les appelantes invoquent la décision de la Cour d'appel dans *C.T.C.U.M. c. Syndicat du transport de Montréal (C.S.N.)*, [1977] C.A. 476, à la p. 482:

. . . la procédure subséquente participe de la nature de celle qui l'a précédée, elle devient, si l'on me permet l'expression, une procédure caméléon qui emprunte la couleur et la nature de celle qui l'a précédée et à laquelle elle est rattachée.

La Cour d'appel s'était basée sur deux arrêts de cette Cour, soit *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, et *Ministre du Revenu national c. Lafleur*, [1964] R.C.S. 412. Dans ces deux affaires, il s'agissait de déterminer si des brefs de prérogative, l'*habeas corpus* dans la première et la prohibition dans la seconde, relevaient de la procédure criminelle (fédérale) ou de la procédure civile (provinciale). Cette Cour a décidé que ces brefs sont assujettis aux règles fédérales ou provinciales selon la nature de la procédure à laquelle ils se rattachent.

Sans vouloir me prononcer sur la pertinence de ces deux arrêts en matière d'outrage au tribunal, je



contempt of court, I agree that the case at bar indeed involves civil contempt, which is governed by the *Code of Civil Procedure*. This does not in any way assist the appellants, however; affixing the qualifier "civil" to a contempt of court does not mean that we are relieved of the task of examining the foundation on which the power to punish contempt of court rests, in order to determine what rules apply to it.

Article 50 *C.C.P.* defines contempt as follows:

50. Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the court or of a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the court.

This definition clearly establishes the characteristics common to all types of contempt covered by the *Code of Civil Procedure*, characteristics which may be unduly masked by too great an insistence on the distinction between civil contempt and criminal contempt. The penalty for contempt of court, even when it is used to enforce a purely private order, still involves an element of "public law", in a sense, because respect for the role and authority of the courts, one of the foundations of the rule of law, is always at issue. In *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, McLachlin J. established a direct connection between contempt of court and the rule of law, at p. 931:

The rule of law is at the heart of our society; without it there can be neither peace, nor order nor good government. The rule of law is directly dependent on the ability of the courts to enforce their process and maintain their dignity and respect. To maintain their process and respect, courts since the 12th century have exercised the power to punish for contempt of court.

As the fact that arts. 49 to 54 *C.C.P.*, concerning contempt of court, are included in the chapter entitled "Powers of Courts and Judges" clearly indicates, the power to punish for contempt of court is an integral part of the inherent powers of the courts (see *Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*), and as such it constitutes an essential element in the proper administration of justice.

suis d'accord qu'il s'agit bien en l'espèce d'un cas d'outrage civil, régi par le *Code de procédure civile*. Toutefois, cela n'avance en rien les appelantes; l'apposition du qualificatif «civil» à un outrage au tribunal ne dispense pas pour autant d'étudier les fondements du pouvoir de punir pour outrage au tribunal, afin de déterminer quelles sont les règles applicables à celui-ci.

L'article 50 *C.p.c.* définit ainsi l'outrage:

50. Est réputé coupable d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal.

Cette définition met bien en évidence les traits communs à tous les types d'outrage couverts par le *Code de procédure civile*, traits communs qui peuvent être indûment masqués par une trop forte insistance sur la distinction entre outrage civil et outrage criminel. La sanction de l'outrage au tribunal, même lorsqu'elle sert à assurer l'exécution d'une ordonnance purement privée, comporte toujours un élément de «droit public», en quelque sorte, car elle met toujours en jeu le respect du rôle et de l'autorité des tribunaux, un des fondements de l'État de droit. Dans *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, le juge McLachlin établit un lien direct entre l'outrage au tribunal et la primauté du droit à la p. 931:

La primauté du droit est le fondement de notre société; sans elle, la paix, l'ordre et le bon gouvernement n'existent pas. La primauté du droit est directement tributaire de la capacité des tribunaux de faire observer leur procédure et de maintenir leur dignité et le respect qui leur est dû. Pour ce faire, les tribunaux ont, depuis le XII<sup>e</sup> siècle, exercé le pouvoir de punir pour outrage au tribunal.

Comme le montre bien l'inclusion des art. 49 à 54 *C.p.c.*, concernant l'outrage au tribunal, au chapitre intitulé «Des pouvoirs des tribunaux et des juges», le pouvoir de punir pour outrage au tribunal fait partie intégrante des pouvoirs inhérents des tribunaux (voir *Radio-Canada*, précité), et à ce titre constitue un élément essentiel pour la bonne marche de la justice.

This public law aspect of contempt of court is of course reflected in the sanctions which are attached to it. Any contempt of court, even a civil contempt, may result in punishment by imprisonment for one year, under art. 51 *C.C.P.* Contempt of court has moved somewhat out of the realm of private law and into that of public law, thereby acquiring a special place within what is essentially a code of private law like the *Code of Civil Procedure*. As we shall see, contempt of court is subject to very special rules in Quebec law.

### B. *The Special Nature of Contempt of Court in Quebec Law*

Among the various types of procedure governed by the *Code of Civil Procedure*, contempt of court occupies a highly specific, and even exceptional position. The special nature of contempt is apparent from art. 1 of the *Code*:

1. Notwithstanding any contrary provision of any general law or special act, imprisonment in civil matters is abolished, except in cases of contempt of court.

The fact that contempt of court is made an exception in the very first article of the *Code* shows the extent to which it departs from the rules of private procedural law. Moreover, the fact that the distinguishing feature which makes contempt appear as an exception, that is, the possibility of imprisonment, is itself dealt with in art. 1 of the *Code* also indicates the importance of this factor in determining which law applies to contempt of court. The essence of the unique nature of contempt is already found in art. 1.

In practice, arts. 49 to 54 *C.C.P.* lay the foundation for a set of special rules for contempt of court. Article 52 requires that the respondent be given the opportunity to justify his behaviour in the case of contempt *in facie*. For contempt of court committed *ex facie*, art. 53 provides that the respondent must be personally served with a rule ordering him to appear. Article 54 requires that a judge who makes a condemnation for contempt of court must specifically state the punishment imposed and set forth the reasons for the decision. Moreover, that article makes execution of the judgment subject to

Cet aspect de droit public de l'outrage au tribunal se traduit bien sûr dans les sanctions qui l'accompagnent. Tout outrage au tribunal, même s'il s'agit d'un outrage civil, peut entraîner une peine de prison d'un an, aux termes de l'art. 51 *C.p.c.* L'outrage au tribunal s'éloigne quelque peu du droit privé pour se rapprocher du droit public, ce qui lui confère une place d'exception au sein d'un code essentiellement de droit privé comme le *Code de procédure civile*. Comme nous le verrons, en droit québécois, l'outrage au tribunal fait l'objet d'un régime très spécial.

### B. *La spécificité de l'outrage au tribunal en droit québécois*

Parmi les diverses institutions de droit judiciaire régies par le *Code de procédure civile*, l'outrage au tribunal occupe une place hautement spécifique, voire même exceptionnelle. Dès l'article premier, cette spécificité est marquée:

1. Nonobstant toute disposition contraire d'une loi générale ou spéciale, l'emprisonnement est supprimé en matière civile, sauf le cas d'outrage au tribunal.

Que l'outrage au tribunal soit une exception au tout premier article du *Code* montre à quel point il s'agit d'une institution exorbitante du droit judiciaire privé. De plus, que la raison pour laquelle l'outrage fait figure d'exception, en l'occurrence la possibilité d'emprisonnement, soit elle-même l'objet de l'article premier du *Code* indique également l'importance de cette considération lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable à l'outrage au tribunal. L'article premier contient déjà l'essence de la spécificité de l'outrage.

En pratique, les art. 49 à 54 *C.p.c.* jettent les bases d'un régime spécial pour l'outrage au tribunal. L'article 52 exige que l'intimé ait la chance de se justifier dans les cas d'outrage *in facie*. Pour l'outrage au tribunal commis *ex facie*, l'art. 53 prévoit qu'une ordonnance de comparaître doit être signifiée personnellement à l'intimé. L'article 54 impose au juge qui condamne pour outrage au tribunal d'énoncer précisément la peine imposée et de motiver sa décision. De plus, il soumet l'exécu-

Chapter XIII of the *Code of Penal Procedure*, R.S.Q., c. C-25.1.

Other articles of the *Code of Civil Procedure* also contribute to the uniqueness of contempt of court. For example, art. 761 C.C.P., which deals with contempt of court for failing to obey an order of injunction, limits the liability of persons not named in the order to those cases in which such persons knowingly contravene it. Article 313 C.C.P. allows a witness who refuses to answer to provide a valid reason to excuse his or her refusal. Finally, as additional protection, para. 5 of art. 26 C.C.P. provides that an appeal will always lie from any final judgment in matters of contempt of court.

Rules specific to contempt have been developed by the courts to supplement the exceptional rules created by the *Code of Civil Procedure* itself. The best known and most important of these rules is undoubtedly the requirement that contempt of court be proved beyond a reasonable doubt, an exceptional burden in civil law (*Imperial Oil Ltd. v. Tanguay*, [1971] C.A. 109, followed in subsequent judgments). In cases of failure to obey an order, when there is a doubt as to the legal effect of the order which has allegedly been violated, the respondent is to be given the benefit of that doubt (*Toupin v. Longchamps*, C.A. Montréal, Nos. 500-09-001674-860, 500-09-001675-867, 500-09-001676-865, April 11, 1990, J.E. 90-818). The judge must allow the respondent a certain degree of latitude in respect of the relevance of the evidence presented in attempting to justify himself or herself (*Simard v. Pavillon Charleroi Royer Inc.*, C.A. Montréal, No. 500-09-000310-789, February 9, 1979, J.E. 79-188).

Similarly, the courts have been very strict with respect to the evidence that the respondent was indeed subject to a court order. Thus an arbitration award which merely recognizes a settlement reached by the parties does not constitute an order the contravention of which could give rise to contempt of court (*Restaurant Faubourg St-Denis Inc. v. Durand*, [1990] R.J.Q. 1218 (C.A.)). In the same vein, an order to comply with a contract cannot be the basis for a citation for contempt of court, when

tion du jugement au chapitre XIII du *Code de procédure pénale*, L.R.Q., ch. C-25.1.

D'autres articles du *Code de procédure civile* contribuent également à la spécificité de l'outrage au tribunal. Par exemple, l'art. 761 C.p.c., qui traite de l'outrage au tribunal pour manquement à une ordonnance d'injonction, limite la responsabilité des personnes non nommées à l'ordonnance aux seuls cas où celles-ci y ont sciemment contrevenu. L'article 313 C.p.c. permet au témoin qui refuse de répondre d'opposer une raison valable pour être excusé de son défaut. Enfin, protection additionnelle, l'al. 5 de l'art. 26 C.p.c. assure qu'il y aura toujours possibilité d'appeler d'un jugement final en matière d'outrage au tribunal.

Au régime d'exception créé par le *Code de procédure civile* lui-même sont venues se greffer des règles d'inspiration jurisprudentielle particulières à l'outrage. La plus connue et la plus importante de ces règles reste sans doute la nécessité de prouver l'outrage au tribunal au-delà du doute raisonnable, fardeau exceptionnel en droit civil (*Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, [1971] C.A. 109, suivi depuis lors). Dans les cas de manquement à une ordonnance, lorsqu'il subsiste un doute quant à la portée juridique de l'ordonnance qui aurait été violée, celui-ci doit bénéficier à l'intimé (*Toupin c. Longchamps*, C.A. Montréal, nos 500-09-001674-860, 500-09-001675-867, 500-09-001676-865, le 11 avril 1990, J.E. 90-818). Le juge doit laisser une certaine latitude à l'intimé quant à la pertinence de la preuve présentée pour tenter de se justifier (*Simard c. Pavillon Charleroi Royer Inc.*, C.A. Montréal, n° 500-09-000310-789, le 9 février 1979, J.E. 79-188).

De même, les tribunaux se montrent très exigeants quant à la preuve que l'intimé était bien sous le coup d'une ordonnance du tribunal. Ainsi une sentence arbitrale qui ne fait que donner acte à un règlement intervenu entre les parties ne formule aucun ordre dont la contravention pourrait donner lieu à un outrage au tribunal (*Restaurant Faubourg St-Denis Inc. c. Durand*, [1990] R.J.Q. 1218 (C.A.)). Dans la même veine, l'ordonnance de respecter un contrat ne peut fonder un recours pour

the contract is long and complex and would really be interpreted only at the stage of the contempt proceedings (*Sporting Club du Sanctuaire Inc. v. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596 (C.A.)). Nor is a judgment which establishes the non-custodial parent's access rights an order against the custodial parent (*Charlebois v. Bourbeau*, [1979] C.A. 545).

The courts are also particularly reluctant to hold someone in contempt of court who has not complied with an order to pay a sum of money, since imprisonment for debt has been abolished. The conduct of the debtor must indicate a certain degree of intention to evade his or her obligations (*Parent v. Perreault*, [1979] C.A. 237, and *Droit de la famille—728*, [1989] R.D.F. 671 (C.A.)). As the Court of Appeal has observed, contempt of court cannot be reduced to a mere means of enforcing judgments (*Daigle v. St-Gabriel de Brandon (Corp. municipale de la paroisse de)*, C.A. Montréal, No. 500-09-000520-874, January 22, 1991, J.E. 91-195).

In summary, the special rules for contempt of court in Quebec law proceed from the following principle: contempt of court is *strictissimi juris* and quasi-penal in nature, given the possible consequences. In my opinion, it would be inconsistent at the least if a respondent cited for contempt could be compelled to testify. This would be contrary to a fundamental principle of Quebec penal law, which is expressly recognized in s. 33.1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. The effect of this would be to facilitate greatly the task of proving contempt beyond a reasonable doubt, a burden which the applicant must scrupulously discharge. I therefore conclude that the respondent must not be held to be compellable, in the context of the exceptional character of the contempt of court process in the *Code of Civil Procedure*.

This approach, moreover, corresponds to the approach adopted in common law, from which the Quebec law of contempt of court derives, as this Court noted in *Canadian Broadcasting Corp.*,

outrage au tribunal, dès lors que le contrat est long et complexe et que son interprétation ne se ferait véritablement qu'au stade du recours pour outrage (*Sporting Club du Sanctuaire Inc. c. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596 (C.A.)). Le jugement qui règle les droits de visite du parent n'ayant pas la garde de l'enfant ne constitue pas non plus une ordonnance à l'endroit du parent gardien (*Charlebois c. Bourbeau*, [1979] C.A. 545).

Les tribunaux font également preuve d'une réticence notable à condamner pour outrage au tribunal l'intimé qui ne s'est pas conformé à une ordonnance de payer une somme d'argent, l'emprisonnement pour dettes ayant été aboli. Il faut que la conduite du débiteur démontre une certaine volonté de se soustraire à ses obligations (*Parent c. Perreault*, [1979] C.A. 237, et *Droit de la famille—728*, [1989] R.D.F. 671 (C.A.)). Comme la Cour d'appel l'a déjà souligné, l'outrage au tribunal ne peut être réduit à un simple moyen d'exécution des jugements (*Daigle c. St-Gabriel de Brandon (Corp. municipale de la paroisse de)*, C.A. Montréal, n° 500-09-000520-874, le 22 janvier 1991, J.E. 91-195).

En somme, le régime spécial de l'outrage au tribunal en droit québécois procède du principe suivant: l'outrage au tribunal est *strictissimi juris* et de nature quasi pénale, étant donné les conséquences possibles. À mon avis, il serait à tout le moins incohérent que l'intimé cité pour outrage soit contraignable à témoigner. Ce serait contraire à un principe fondamental du droit pénal du Québec, expressément reconnu à l'art. 33.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. Cela aurait pour effet de faciliter singulièrement la preuve au-delà du doute raisonnable, dont le requérant doit par ailleurs scrupuleusement s'acquitter. Je conclus donc que l'intimé ne doit pas être tenu pour contraignable, dans le cadre du régime exceptionnel de l'outrage au tribunal au sein du *Code de procédure civile*.

Cette solution correspond d'ailleurs à celle qui a été retenue en common law, d'où le droit québécois de l'outrage au tribunal tire sa source, comme cette Cour l'a rappelé dans *Radio-Canada*, précité

*supra* (see *Comet Products U.K. Ltd. v. Hawkex Plastics Ltd.*, [1971] 2 Q.B. 67 (C.A.), *MacNeil v. MacNeil* (1975), 67 D.L.R. (3d) 114 (N.S.C.A.), and *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 3 F.C. 277 (C.A.)). The non-compellability of the respondent is also consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects the right against self-incrimination.

The appellants argued that if it is impossible to compel the respondent in contempt of court proceedings it will be very difficult to prove the contempt, and in the long term the respect shown for court orders will be undermined. In the case at bar, this argument appears to me to be of little weight, since the appellants have already succeeded in obtaining one finding of contempt of court against one of the respondents, on the basis of evidence they had gathered themselves (*Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, Sup. Ct. St-François, No. 450-05-000518-858, October 11, 1988, unreported). The appellants did not submit any decision, study or commentary in support of this argument. Since it has been a rule in common law for many years that the accused is not compellable, if the problems foreseen by the appellants had developed in common law, they would certainly have come to the attention of the courts or of legal authors. Furthermore, because of the public law aspects of contempt of court, particularly that of imprisonment, it must be subject to certain rules of fundamental justice, even if its effectiveness might thereby be reduced. I entirely share the opinion of the Court of Appeal that contempt of court cannot be reduced to a simple means of enforcing judgments. If contempt of court (and the attendant possibility of imprisonment) were found to be inadequate in some cases, precisely because it is being used essentially to enforce judgments, it would then be for the legislature to provide for other means of enforcement, if necessary.

*C. Articles 295, 302 and 309 of the Code of Civil Procedure*

These three articles set out the general rule as to the compellability of witnesses in Quebec judicial

(voir *Comet Products U.K. Ltd. c. Hawkex Plastics Ltd.*, [1971] 2 Q.B. 67 (C.A.), *MacNeil c. MacNeil* (1975), 67 D.L.R. (3d) 114 (C.A.N.-É.), et *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 3 C.F. 277 (C.A.)). La non-contraignabilité de l'intimé s'inscrit également dans la foulée de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protège le droit à la non-incrimination.

*b*

Les appelantes ont soutenu que l'impossibilité de contraindre l'intimé lors d'un recours pour outrage au tribunal rend l'outrage très difficile à prouver, et mine à la longue le respect accordé aux ordonnances du tribunal. En l'espèce, cet argument me paraît peu convaincant, car les appelantes ont déjà pu obtenir une première condamnation pour outrage au tribunal d'un des intimés, sur la base de preuves qu'elles avaient elles-mêmes recueillies (*Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, C.S. St-François, n° 450-05-000518-858, le 11 octobre 1988, inédit). Les appelantes n'ont présenté aucune décision, étude ou commentaire à l'appui de cet argument. Or, la non-contraignabilité de l'intimé étant la règle en common law depuis de nombreuses années, si les problèmes pressentis par les appelantes s'y étaient manifestés, ils auraient certainement attiré l'attention de la jurisprudence ou de la doctrine. En outre, il reste que l'outrage au tribunal, de par les éléments de droit public qu'il comporte, dont en particulier l'emprisonnement, doit être soumis à certaines règles de justice fondamentale, même si son efficacité pourrait en être diminuée. Je partage entièrement l'avis de la Cour d'appel que l'outrage au tribunal ne peut se réduire à un simple moyen d'exécution des jugements. S'il était constaté que l'outrage au tribunal (et la possibilité d'emprisonnement qui l'accompagne) est inadéquat dans certains cas où justement il est employé essentiellement pour assurer l'exécution des jugements, il appartiendrait plutôt au législateur d'y pourvoir au besoin.

*C. Les articles 295, 302 et 309 du Code de procédure civile*

Ces trois articles énoncent la règle générale de contraignabilité des témoins en droit judiciaire

law. The appellants submit that these articles should also apply to contempt of court proceedings under the *Code of Civil Procedure*, in the absence of any provision to the contrary in the Code itself.

It is well settled that specific rules prevail over general rules. Here, arts. 295, 302 and 309 *C.C.P.* must give way to the rule that a respondent cited for contempt of court is not compellable, which applies within the framework of a very special process under the *Code of Civil Procedure* itself.

The absence of any express exception in the *Code of Civil Procedure* is not a deciding factor. This Court has recognized that “[t]he *Civil Code* does not contain the whole of civil law. It is based on principles that are not all expressed there, which it is up to case law and doctrine to develop” (*Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67, at p. 76; see also *Lapierre v. Attorney General of Quebec*, [1985] 1 S.C.R. 241). As J. E. C. Brierley stated in “Quebec’s ‘Common Laws’ (*Droits communs*): How Many Are There?”, in *Mélanges Louis-Philippe Pigeon* (1989), 109, at p. 116:

Indeed it can be argued that in the civil law tradition of France and Quebec, the recognition of the ultimate insufficiency of legislative enactment is a central tenet of the very philosophy of a Civil Code as a style of law-making.

Like the *Civil Code*, the *Code of Civil Procedure* does not constitute an exhaustive statement of the law. Quebec procedure is indeed based on the *Code of Civil Procedure*, but the latter is not its only expression.

While the *Civil Code* is based in large part on the civil law which Quebec inherited from France, the lineage of the *Code of Civil Procedure* is more complex. As J.-M. Brisson shows in *La formation d’un droit mixte: l’évolution de la procédure civile de 1774 à 1867* (1986), local rules and customs existed, alongside the Ordinance of Louis XIV of April 1667 and the English law of that period, well before the codification. Those rules and customs,

québécois. Les appelantes soumettent que ces articles devraient également s’appliquer aux procédures d’outrage au tribunal en vertu du *Code de procédure civile*, en l’absence de mention à l’effet contraire au Code lui-même.

Il est bien établi que les règles générales cèdent le pas aux règles spécifiques. Ici, les art. 295, 302 et 309 *C.p.c.* doivent s’effacer devant la règle de non-contraignabilité de l’intimé cité pour outrage au tribunal, qui fait partie d’un régime hautement spécifique à l’intérieur du *Code de procédure civile*.

L’absence d’une exception expresse au *Code de procédure civile* n’est pas déterminante. Cette Cour a déjà reconnu que «[l]e *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n’y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d’assurer la fécondité» (*Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, à la p. 76; voir aussi *Lapierre c. Procureur général du Québec*, [1985] 1 R.C.S. 241). Comme l’a dit J. E. C. Brierley, «Quebec’s «Common Laws» (*Droits communs*): How Many Are There?», dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon* (1989), 109, à la p. 116:

[TRADUCTION] En fait, on peut faire valoir que, dans la tradition de droit civil de la France et du Québec, la reconnaissance du caractère insuffisant des textes législatifs est un précepte fondamental du principe même d’un code civil comme mode de législation.

Tout comme le *Code civil*, le *Code de procédure civile* ne constitue pas un exposé exhaustif du droit. Le droit judiciaire québécois repose certes sur le *Code de procédure civile*, mais ce dernier n’en est pas l’unique expression.

Alors que le *Code civil* s’inspire en majeure partie du droit civil que le Québec a hérité de la France, le lignage du *Code de procédure civile* est plus complexe. Comme le montre J.-M. Brisson, dans son ouvrage *La formation d’un droit mixte: l’évolution de la procédure civile de 1774 à 1867* (1986), à côté de l’Ordonnance de Louis XIV d’avril 1667 et du droit anglais de l’époque existaient, bien avant la codification, des règles et cou-

during both the French and English periods, adapted, supplemented and modified the Old Continent law. The great value of the first *Code of Civil Procedure* (1867), which came into force under the *Act respecting the Code of Civil Procedure of Lower Canada*, S. Prov. C. 1866, 29-30 Vict., c. 25, was precisely that it brought these scattered elements together in one place. After Confederation, constitutional constraints stemming from the division of powers in respect of the administration of justice and organization of the courts added to the complexity of the sources of Quebec procedural law.

The 1867 Code did not aspire to completeness, since the penultimate article of that Code, art. 1360, expressly continued the law prior to the Code in effect:

**1360.** The laws concerning procedure in force at the time of the coming into force of this code, are abrogated:

1. In all cases in which this code contains any provision having expressly or impliedly that effect;

2. In all cases in which such laws are contrary to or inconsistent with any provision of this code, or in which express provision is made by this Code upon the particular matter to which such laws relate;

Article 1 of its successor, the 1897 *Code of Civil Procedure*, which came into force under the *Act respecting the Code of Civil Procedure of the Province of Quebec*, S.Q. 1897, c. 48, adopted this provision virtually in its entirety. Article 1 of the present *Code of Civil Procedure*, as it read at the time the Code was enacted in 1965, S.Q. 1965, c. 80, merely repealed the Code of procedure then in force, and said nothing about the rest of the procedural law. Moreover, both art. 2 *C.C.P.*, which makes procedure the servant of the law, and arts. 20 and 46 *C.C.P.*, which allow the court to supplement the Code, imply that procedural law is not limited to the Code. Accordingly, there are rules of procedure outside the *Code of Civil Procedure* which supplement it.

tumes locales. Celles-ci, à la fois sous le régime français et sous le régime anglais, adaptaient, complétaient et modifiaient le droit du Vieux Continent. Le grand mérite du premier *Code de procédure civile* (1867), mis en vigueur en vertu de l'*Acte concernant le Code de Procédure Civile du Bas Canada*, S. Prov. C. 1866, 29-30 Vict., ch. 25, était justement de réunir en un seul lieu ces éléments épars. Après la Confédération, de plus, des contraintes de nature constitutionnelle découlant du partage des compétences en matière d'administration de la justice et d'organisation des tribunaux sont venues ajouter à la complexité des sources du droit judiciaire québécois.

Le Code de 1867 n'aspirait pas à la complétude, car son avant-dernier article, l'art. 1360, maintenait expressément en vigueur le droit antérieur au Code:

**1360.** Les lois sur la procédure existantes lors de la mise en force du présent code sont abrogées:

1<sup>o</sup> Dans les cas où ce code contient quelque disposition qui a expressément ou implicitement cet effet;

2<sup>o</sup> Dans les cas où elles sont contraires ou incompatibles avec quelqu'une des dispositions de ce code, ou dans les cas où il contient des dispositions expresses sur le sujet particulier de telles lois;

Son successeur le *Code de procédure civile* de 1897, mis en vigueur en vertu de la *Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec*, S.Q. 1897, ch. 48, a repris ce texte quasi intégralement à l'art. 1. L'article premier du *Code de procédure civile* actuel, tel qu'il se lisait lors de l'adoption du Code en 1965, S.Q. 1965, ch. 80, se contente d'abroger le Code de procédure alors en vigueur, et ne dit rien quant au reste du droit judiciaire. Qui plus est, l'art. 2 *C.p.c.*, qui donne à la procédure le rôle de servante du droit, ainsi que les art. 20 et 46 *C.p.c.*, qui permettent au tribunal de suppléer au Code, impliquent un droit judiciaire qui déborde le Code. Il existe donc hors du *Code de procédure civile* des règles de droit judiciaire qui le complètent.

In the case at bar, the *Code of Civil Procedure* does contain the basis of the exceptional rules which apply to contempt of court. They are supplemented by rules which find their origin in scholarly opinion and the cases, and which are made necessary by the nature of contempt and the particular sanction attached to it. As I noted earlier, contempt of court is a highly specific process within the *Code of Civil Procedure*. While the Code sets out in general terms the procedure which applies to contempt of court proceedings, when provisions of such broad application as arts. 295, 302 and 309 *C.C.P.* conflict with a rule as fundamental to the special rules of contempt as the non-compellability of the respondent, these provisions cannot prevail.

#### VI. Conclusion

I am of the opinion that this appeal should be dismissed, without costs in this Court.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Gonthier J. and, with all due respect, I cannot agree. For the reasons that follow, I am of the view that the general rule regarding the compellability of the parties in a civil proceeding should be applied in this appeal.

#### Facts

In order to gain a better understanding of the issues in the case at bar, it is necessary to look closely at the facts which gave rise to it.

The appellant Vidéotron Ltée operates a cable television business throughout eastern Canada pursuant to licences issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC"). The appellant Premier Choix: TVEC Inc. operates a pay television business throughout eastern Canada pursuant to a licence issued by the CRTC. Its service is transmitted by satellite to cable operators, including Vidéotron Ltée. The latter transmits this service to its subscribers along with other services available on cable. Since it is of

En l'espèce, le *Code de procédure civile* contient déjà les fondements du régime d'exception applicable à l'outrage au tribunal. Ce régime est complété par des règles d'origine doctrinale et jurisprudentielle requises par son caractère et la sanction particulière qui s'y rattache. Comme je l'ai déjà mentionné, l'outrage au tribunal est une institution hautement spécifique au sein du *Code de procédure civile*. Bien que le Code dicte généralement la procédure applicable aux recours pour outrage au tribunal, lorsque des dispositions aussi générales que les art. 295, 302 et 309 *C.p.c.* entrent en conflit avec une règle aussi primordiale au régime spécial de l'outrage que la non-contraignabilité de l'intimé, ces dispositions ne peuvent avoir préséance.

#### VI. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter cet appel, sans frais devant cette Cour.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Gonthier et, en toute déférence, je ne partage pas son avis. Pour les raisons qui suivent, j'estime que la règle générale de la contraignabilité des parties en matière civile doit trouver application dans le cadre du présent pourvoi.

#### Les faits

Pour une meilleure compréhension des enjeux ici en cause, il est utile de considérer de façon plus détaillée les faits à l'origine de la présente affaire.

L'appelante Vidéotron Ltée exploite une entreprise de câblodistribution à travers l'Est du Canada aux termes de licences émises par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («CRTC»). L'appelante Premier Choix: TVEC Inc. exploite, pour sa part, une entreprise de télévision payante à travers l'Est du Canada aux termes d'une licence émise par le CRTC. Son service est transmis par satellite aux câblodistributeurs, dont Vidéotron Ltée. Cette dernière transmet ce service à ses abonnés avec l'ensemble des



the very essence of a pay television system that users bear the cost, the two appellant companies control access to this service. This control is exercised by means of a signal scrambling system which makes the reception of pay television services unintelligible. In order to view the pay television services in question, the television viewer must also be a subscriber to the Vidéotron Ltée cable network. At the time of subscription Vidéotron Ltée leases the television viewer a decoder which is programmed to descramble signals for the pay television services for which the subscriber has paid the relevant subscription fees. These fees include a \$4 per month rental charge for the decoder. The subscription fees are used to pay applicable federal and provincial taxes, operating costs, CRTC fees and charges payable to Premier Choix and other suppliers of the pay television service. The remainder is income for Vidéotron Ltée. The appellants' income is thus directly dependent on the number of subscribers.

The individual respondents here are directors or representatives of the respondent companies which manufacture and market a decoder (the Microlec decoder) similar to that supplied by Vidéotron Ltée to its subscribers. Its sole function is to descramble pay television signals. With the use of this decoder, someone can access the pay television service without paying the subscription fees charged by the cable operator. The respondents admitted that over 20,000 Microlec decoders were sold between 1983 and 1986.

In 1986, the appellants brought proceedings against the respondents for an injunction to prohibit them from manufacturing or marketing Microlec decoders. In June 1987, the Quebec Court of Appeal ([1987] R.J.Q. 1246) allowed the appellants' appeal from a Superior Court decision (J.E. 86-1005) which had dismissed their application for an interlocutory injunction. Malouf J.A.,

autres services disponibles sur le câble. Puisqu'il est de l'essence même du système de télévision payante que les usagers en supportent le coût, les deux compagnies appelantes contrôlent l'accès à ce service. Ce contrôle est exercé au moyen d'un système de brouillage de signaux qui rend intelligible la réception des services de télévision payante. Afin de visionner les services en question, le téléspectateur doit être un abonné de base de la câblodistribution de Vidéotron Ltée, en plus du service de télévision payante qu'il désire. À l'occasion de cet abonnement, Vidéotron Ltée loue au téléspectateur un décodeur programmé pour débrouiller les seuls signaux des services de télévision payante pour lesquels l'abonné paie les frais d'abonnement. Ces frais comprennent un montant de 4 \$ par mois pour la location du décodeur requis pour débrouiller les signaux. Les frais d'abonnement servent à acquitter les taxes fédérales et provinciales applicables à ce service, les frais d'opération, les droits du CRTC et les redevances payables aux fournisseurs du service de télévision payante, tel Premier Choix. Le solde constitue un revenu pour Vidéotron Ltée. Les revenus des appelantes sont ainsi directement liés au nombre de personnes qui paient les frais d'abonnement à ce service.

Les personnes physiques intimées sont administrateurs ou représentants des compagnies intimées qui fabriquent et mettent en marché un décodeur (décodeur Microlec) semblable à celui fourni par Vidéotron Ltée à ses abonnés. Sa seule fonction est de débrouiller les signaux de télévision payante. Ainsi, la personne qui a à sa disposition un tel décodeur peut accéder au service de télévision payante sans en acquitter les frais d'abonnement exigibles par le câblodistributeur. Il a été admis par les intimés que plus de 20 000 décodeurs Microlec ont été mis en marché entre 1983 et 1986.

Les appelantes ont intenté des procédures en injonction contre les intimés dès 1986, pour les empêcher de fabriquer ou de mettre en marché les décodeurs Microlec. En juin 1987, la Cour d'appel du Québec ([1987] R.J.Q. 1246) accueillait le pourvoi des appelantes contre une décision de la Cour supérieure (J.E. 86-1005) qui avait rejeté leur requête en injonction interlocutoire. De l'avis du

for the majority, held that the respondents' activities constituted a civil wrong of unfair competition in respect of the appellants and that an injunction could be issued, since (at p. 1251):

[TRANSLATION] The respondents' actions defeat the right conferred on the appellants by the licences issued to them by the CRTC to collect monetary compensation for the services offered by their business and deprive them of the control they are required to exercise over access to the pay television services they offer.

In addition, the injury caused the appellants was significant on account of the large number of Microlec decoders marketed by the respondents and the impact of this activity on the financial situation of the appellant Premier Choix. Further, that injury was irreparable. Each decoder sold meant the definite loss of a potential subscriber. Malouf J.A. concluded (at p. 1251) that an injunction order was the only possible remedy in the circumstances of the case because [TRANSLATION] "[t]he appellants could not be compensated financially in view of the impossibility of determining the number of people who had bought Microlec decoders and of quantitatively assessing the damage sustained". Having concluded that the final judgment would not be able to rectify the prior situation if an interlocutory injunction was not issued, given the impossibility of tracing and recalling the decoders marketed by the respondents before that judgment, Malouf J.A. reversed the trial judgment and issued the order for an interlocutory injunction sought by the appellants.

By judgment rendered on December 4, 1987 ([1988] R.J.Q. 546), Jean-Louis Péroquin J. allowed the appellants' action for a permanent injunction and held, like the Court of Appeal, that the marketing of Microlec decoders manufactured by the respondents constituted a civil wrong of unfair competition, making them liable under art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."). By the same judgment he issued an order for a permanent injunction, which reads as follows (at p. 552):

[TRANSLATION] Now therefore, for these reasons:

The Court dismisses the defendants' plea;

juge Malouf, pour la majorité, les activités des intimés constituent, à l'égard des appelantes, un délit civil de concurrence déloyale pouvant être sanctionné au moyen d'une injonction puisque (à la p. 1251):

Les agissements des intimées mettent en échec le droit conféré aux appelantes par les licences que leur a émises le C.R.T.C. de percevoir une contrepartie pécuniaire pour les services offerts par leur entreprise et les privent du contrôle qu'elles sont tenues d'exercer sur l'accès aux services de télévision payante qu'elles offrent.

En outre, le préjudice causé aux appelantes était sérieux en raison de la grande quantité de décodeurs Microlec mis en marché par les intimés et l'impact de leurs activités sur la situation financière de l'appelante Premier Choix. Au surplus, ce préjudice était irréparable puisque chaque décodeur vendu éloignait définitivement un abonné potentiel. Le juge Malouf devait conclure (à la p. 1251) que l'ordonnance d'injonction était le seul remède possible dans les circonstances de l'espèce puisque «[l]es appelantes ne [pouvaient] être compensées en deniers, vu l'impossibilité d'évaluer le nombre de personnes ayant acheté un décodeur Microlec et celle d'évaluer quantitativement les dommages subis». Ayant statué que le jugement final serait inefficace pour corriger la situation antérieure si l'injonction interlocutoire n'était pas émise, vu l'impossibilité de retracer et de rappeler les décodeurs mis en marché par les intimés avant ce jugement, le juge Malouf infirmait le jugement de première instance et émettait l'ordonnance d'injonction interlocutoire réclamée par les appelantes.

Par jugement rendu le 4 décembre 1987 ([1988] R.J.Q. 546), le juge Jean-Louis Péroquin accueillait l'action en injonction permanente des appelantes et statuait, à l'instar de la Cour d'appel, que la mise en marché des décodeurs Microlec fabriqués par les intimés constitue un délit civil de concurrence déloyale, engageant ainsi leur responsabilité en vertu de l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada* («C.c.B.-C.»). Par le même jugement, il émettait une ordonnance d'injonction permanente, dont voici la teneur (à la p. 552):

En conséquence, pour ces motifs:

Le Tribunal rejette le plaidoyer des défendeurs;

Allows the plaintiffs' action;

Issues an order for a permanent injunction directing the defendants, their directors, officers, representatives, employees and successors, anyone acting in their name or on their behalf and any person who shall have knowledge of this order or on whom it is served, not to offer for sale, market or otherwise place in circulation, directly or indirectly, any equipment programmed or designed to make it possible to descramble the pay television signals transmitted and supplied by the plaintiffs Vidéotron Ltée or Premier Choix: TVEC Inc., so as to make such equipment available to subscribers of cable television services in the territory covered by the licences of one or other of the plaintiffs;

In 1988, the appellants brought proceedings against all the respondents for contempt of court. One respondent, Jean-François Duplessis, was found guilty of contempt of court. He was sentenced to a fine of \$1,500, or one month's imprisonment. The proceedings were dismissed against the other respondents as the appellants were unable to establish beyond a reasonable doubt that these respondents had infringed the permanent injunction order: Sup. Ct. St-François, No. 450-05-000518-858, October 11, 1988, unreported.

In early 1989, contempt of court proceedings were brought once again against the respondents for failure to comply with the same permanent injunction order. On the appellants' motion pursuant to arts. 53 and 761 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."), a special rule was issued by the Superior Court ordering the respondents to appear before the court to hear proof of the acts with which they were charged and to urge any grounds of defence that they might have.

At the hearing of this application, after calling a number of witnesses, counsel for the appellants attempted to call one of the respondents, André Duplessis. Before he could be sworn, his counsel objected on the ground that, being one of the respondents in the motion for contempt of court, Mr. Duplessis was not compellable. The trial judge

Accueille l'action des demandereses;

Émet une ordonnance d'injonction permanente enjoignant aux défendeurs, à leurs administrateurs, officiers, représentants, préposés et ayants-droit, et à quiconque en leur nom ou à leur profit ainsi qu'à toute personne qui aura connaissance ou à qui sera signifiée cette ordonnance, de ne pas introduire dans le commerce, mettre en marché ou autrement mettre en circulation, directement ou indirectement, tout appareil programmé ou conçu de manière à permettre de débrouiller les signaux de télévision payante transmis et fournis par les demandereses Vidéotron Ltée ou Premier Choix: T.V.E.C. Inc., de façon à rendre tel appareil disponible à des abonnés de services de câblodistribution des territoires couverts par les licences de l'une ou l'autre des demandereses;

En 1988, les appelantes intentaient des procédures pour outrage au tribunal contre tous les intimés. Seul l'intimé Jean-François Duplessis fut trouvé coupable d'outrage au tribunal et condamné à une amende de 1 500 \$ ou, à défaut, à un terme d'emprisonnement d'un mois. Vu l'incapacité des appelantes d'établir hors de tout doute raisonnable la transgression par les autres intimés de l'ordonnance d'injonction permanente, la requête pour outrage fut rejetée contre ces derniers: C.S. St-François, n° 450-05-000518-858, le 11 octobre 1988, inédit.

Au début de 1989, des procédures d'outrage au tribunal contre les intimés furent intentées une fois de plus pour le défaut de se conformer à cette même ordonnance d'injonction permanente. À la requête des appelantes et conformément aux art. 53 et 761 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 («C.p.c.»), une ordonnance spéciale fut émise par la Cour supérieure enjoignant aux intimés de comparaître devant la Cour supérieure, pour entendre la preuve des faits qui leur étaient reprochés et faire valoir leurs moyens de défense.

Lors de l'audition de cette requête, après avoir fait entendre quelques témoins, le procureur des appelantes voulut citer à la barre l'un des intimés, André Duplessis. Avant même que ce dernier ne soit assermenté, son procureur s'objecta à ce qu'il témoigne au motif qu'étant l'un des intimés sur la requête pour outrage au tribunal, il n'était pas con-

agreed. The Court of Appeal dismissed the appeal (decision reported at [1990] R.J.Q. 703, 69 D.L.R. (4th) 519, 56 C.C.C. (3d) 436), and hence the appeal at bar. It is in this context that this Court must, as the court of last resort, decide the issue.

### Issue

The only question before this Court, as before the courts below, is whether a person charged with contempt of court pursuant to art. 761 *C.C.P.* can be compelled to testify at his or her trial for contempt.

### Analysis

I agree with my colleague Gonthier J. that the rationale for contempt of court must first be examined in order to determine the applicable rules. However, this examination leads me to a different conclusion. This conclusion is important as, in my opinion, it is the guiding principle by which both the injunction proceeding and the compellability rule in the *Code of Civil Procedure* should be analyzed.

### *Rationale Underlying Contempt of Court*

In the first paragraph of art. 50 of the *C.C.P.*, the Quebec legislature has defined the acts which may constitute contempt of court:

50. Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the court or of a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the court.

This description suggests that sanctions for contempt of court may be viewed against the background of the desire to maintain respect for the function and authority of the courts. It also indicates that contempt is a complex concept capable of being applied in a variety of situations. As pointed out by D. Ferland, B. Emery and J. Tremblay:

traignable. Le juge de première instance lui donna raison. La Cour d'appel rejeta l'appel (décision publiée à [1990] R.J.Q. 703, 69 D.L.R. (4th) 519, 56 C.C.C. (3d) 436), d'où le présent pourvoi. C'est donc dans ce contexte que nous sommes appelés, en dernière instance, à décider l'issue de ce litige.

### La question en litige

La seule question en litige devant nous, comme devant les instances inférieures, consiste à décider si une personne, poursuivie pour outrage au tribunal en vertu de l'art. 761 *C.p.c.*, peut être contrainte de témoigner lors de son procès pour outrage.

### Analyse

Si je suis d'accord avec mon collègue Gonthier qu'il y a lieu, dans un premier temps, de cerner les fondements de l'outrage au tribunal afin de déterminer les règles applicables à celui-ci, cette étude m'amène, cependant, à un constat distinct. Or, cette conclusion initiale est importante car elle constitue le fil directeur à l'aide duquel la procédure de l'injonction et la règle de la contraignabilité du *Code de procédure civile* doivent, à mon avis, être analysées.

### *Les fondements de l'outrage au tribunal*

Le législateur québécois a défini, au premier alinéa de l'art. 50 *C.p.c.*, les actes qui sont susceptibles de constituer un outrage au tribunal:

50. Est réputé coupable d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal.

Bien que cette description suggère que la toile de fond de la sanction de l'outrage au tribunal soit le respect du rôle et de l'autorité des tribunaux, elle laisse également entrevoir qu'il s'agit d'une institution complexe, susceptible de s'appliquer à diverses situations. Comme le soulignent D. Ferland, B. Emery et J. Tremblay:

[TRANSLATION] In Quebec law contempt of court is summarily described by the legislature in similar terms (art. 50). Accordingly, anyone is guilty of contempt of court who disobeys an order other than an injunction, in particular in matters of custody, visiting and access rights. . . .

Also guilty of contempt is anyone who infringes an injunction order (art. 761) or interferes with the orderly administration of justice in an injunction proceeding (art. 50), who comments orally or in writing on cases *sub judice*, or cases pending in the courts, impairs the authority or dignity of the court or commits fraudulent acts preventing the execution of a judgment ordering the payment of an alimentary pension.

(*Précis de procédure civile du Québec* (1992), at pp. 56-57.)

Contempt of court is thus a generic term, the definition of which conceals a certain degree of complexity. In my view, this observation should be the starting point of any analysis focusing on the rationale of contempt of court. Contempt of court is a concept which exists in the private sphere as well as in the sphere of public law. This duality provides a clue to the origins of contempt. In this regard, the Law Reform Commission of Canada has written:

Civil contempt at common law consists largely in disobeying a judgment or a court order. It includes disobeying an injunction, refusing to testify when ordered to do so, or failing to appear as a witness. The harm done by civil contempt is primarily of a private character: if an injunction is not respected, it is the party in whose favour it was granted who will suffer; if a witness refuses to appear, it is the party calling him who bears the loss.

Criminal contempt, on the other hand, results from words, acts or writings that constitute an obstruction or discredit to the administration of justice. Examples are bribing a witness or a juror, attempting to influence a judge, falsely accusing a judge of bias, or disobeying a court order in a criminal case. The harm in criminal contempt, therefore, is primarily of a general character:

En droit québécois, l'outrage au tribunal est décrit sommairement par le législateur, dans des termes similaires (a. 50). Est donc réputé coupable d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance autre qu'une injonction, notamment, en matière de garde, de droits de visite et de sortie. . . .

Est aussi réputé coupable d'outrage celui qui contrevient à une ordonnance d'injonction (a. 761), ou commet une entrave à l'administration de la justice en matière d'injonction (a. 50) ou à l'occasion de commentaires ou d'écrits relatifs à des causes *sub judice* ou causes pendantes devant les tribunaux, ou porte atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal, ou qui commet des manœuvres frauduleuses empêchant l'exécution d'un jugement condamnant à payer une pension alimentaire.

(*Précis de procédure civile du Québec* (1992), aux pp. 56 et 57.)

Il s'agit donc d'un terme générique qui, défini sommairement, masque une certaine complexité. Ce constat doit, à mon avis, constituer le point de départ de toute réflexion axée sur les fondements de l'outrage au tribunal. Présente dans la sphère privée, la sanction de l'outrage évolue également dans la sphère publique. Tout en étant propre à l'outrage, cette dualité permet d'en saisir les fondements. À ce sujet, la Commission de réforme du droit du Canada écrit:

L'outrage civil en common law consiste essentiellement en la désobéissance à un jugement ou à une ordonnance judiciaire. Il en est ainsi de la désobéissance à une injonction, du refus de se conformer à l'ordre de témoigner ou de se présenter devant le tribunal pour rendre témoignage. Il implique donc un préjudice de caractère particulier: si l'injonction n'est pas respectée, c'est celui en faveur de qui elle a été émise qui en souffrira; si le témoin refuse de comparaître, c'est la partie qui l'a assigné qui en fera les frais.

L'outrage criminel, pour sa part, résulte de paroles, d'actes ou d'écrits constituant, au sens large du terme, une entrave à l'administration de la justice ou jetant le discrédit sur celle-ci. Telles sont la corruption d'un témoin ou d'un juré, la tentative d'influence sur une décision de justice, l'accusation calomnieuse de partialité dirigée contre un juge, la désobéissance à un ordre judiciaire émis dans le cadre d'une instance criminelle. L'outrage criminel implique donc un préjudice de

if the course of justice is tampered with, society as a whole suffers the consequences.

Civil contempt exists primarily for the benefit of individuals. Its justification is, above all, the protection of individual interests. Criminal contempt serves a broader social interest; it finds its justification in the desire to protect the rights of society generally. [Emphasis added; italics in original.]

(Working Paper 20, *Criminal Law: Contempt of Court—Offences against the Administration of Justice* (1977), at p. 12.)

Moreover, in a recent case, this Court has noted the importance of preserving the distinction between these two types of contempt: *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901. In that decision Cory J., dissenting on another point, stated that these two types of contempt can be clearly distinguished according to their purposes (at p. 911):

The purpose of the criminal law is to protect society whereas the civil law regulates and facilitates private relationships. The sole reason for the existence of a separate category of criminal contempt is to answer the need to discourage and to punish those acts which occasion serious injuries to the public interest. Where the injury caused by disobedience to an order is private in nature, the civil contempt powers suffice. In order to determine whether by their conduct individuals are subject to criminal contempt, the court should ask: who has been injured and what are the extent of the injuries caused by the contumacious conduct? [Emphasis added.]

My colleague Gonthier J. is of the view that civil contempt has a “public law” aspect since it always involves respect for the function and authority of the courts. In his view, over-emphasizing the distinction between civil and criminal contempt obscures this characteristic which is common to all contempts. With respect, I cannot agree. First, the dual nature of contempt and its ensuing adaptability to a wide range of situations is as I see it at the very foundation of the institution itself. (See to the same effect as the above-cited decision, *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, at p. 517, and *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988]

caractère général: si on tente d'influencer indûment le cours de la justice, c'est la société tout entière qui en subira les conséquences.

Le premier type d'outrage est au service des individus et se justifie avant tout par le désir de protéger des intérêts individuels; le second est au service de la société et se justifie par le désir de protéger les intérêts collectifs. [Je souligne; en italique dans l'original.]

(Document de travail 20, *Droit pénal: L'outrage au tribunal—Infractions contre l'administration de la justice* (1977), à la p. 12.)

Notre Cour vient d'ailleurs de rappeler, dans un arrêt récent, l'importance de préserver la distinction entre ces deux types d'outrages: *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901. Dans cet arrêt, le juge Cory, dissident sur un autre point, souligne que ces deux outrages se distinguent clairement par leurs objectifs (à la p. 911):

Le droit criminel vise à protéger la société, alors que le droit civil régularise et facilite les rapports de nature privée. L'unique raison d'être d'une catégorie distincte d'outrage criminel est de combler le besoin de décourager et de punir les comportements qui causent des préjudices graves à l'intérêt public. Lorsque le préjudice causé par la désobéissance à une ordonnance est de nature privée, le pouvoir de punir pour outrage civil est suffisant. Pour déterminer si, par leur comportement, des personnes s'exposent à l'outrage criminel, la cour doit déterminer la victime et la nature du préjudice causé par la désobéissance. [Je souligne.]

Mon collègue Gonthier est d'avis que l'outrage civil comporte un élément de «droit public» puisqu'il met toujours en jeu le respect du rôle et de l'autorité des tribunaux. Une trop forte insistance sur la distinction entre l'outrage civil et l'outrage criminel masque, selon lui, ce trait commun à tous les outrages. Avec égards, je ne puis être d'accord. D'une part, le caractère hybride de l'outrage, conjugué au large éventail de situations où il est susceptible de s'appliquer constitue, à mes yeux, la pierre angulaire de cette institution. (Voir, au même effet que l'arrêt précité, *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516, à la p. 517, et *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britan-*

2 S.C.R. 214, at pp. 233-34.) Accordingly, I think it is essential to bear this duality in mind in considering the rationale behind contempt of court. Further, I feel that minimizing or ignoring this duality risks creating confusion between the two types of contempt by projecting parameters peculiar to public law onto purely private law situations. Without in any way denying that respect for the function and authority of the courts is a common denominator of the two types of contempt, the essence of civil contempt must lie primarily in the protection of individual interests. It is these interests, regardless of the procedural vehicle used, which give rise to judicial intervention.

In my opinion, the best way of clarifying the special nature of this institution is to examine the place held by the injunction in the range of remedies available to a person to whom a civil obligation is owed. This review will both illustrate the special function of civil contempt and place the present case once again in its proper factual context.

#### *Injunction and Contempt of Court*

Article 751 *C.C.P.* defines injunction as follows:

**751.** An injunction is an order of the Superior Court or of a judge thereof, enjoining a person, his officers, agents or employees, not to do or to cease doing, or, in cases which admit of it, to perform a particular act or operation, under pain of all legal penalties.

The contempt of court proceeding following an injunction order is governed by art. 761 *C.C.P.*:

**761.** Any person named or described in an order of injunction, who infringes or refuses to obey it, and any person not described therein who knowingly contravenes it, is guilty of contempt of court and may be condemned to a fine not exceeding fifty thousand dollars, with or without imprisonment for a period up to one year, and without prejudice to the right to recover damages. Such penalties may be repeatedly inflicted until the contravening party obeys the injunction.

*nique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, aux pp. 233 et 234.) Un rappel de cette caractéristique m'apparaît donc essentiel dans le cadre de l'examen des fondements de l'outrage au tribunal. D'autre part, je crois que minimiser ou ignorer cette dualité, c'est risquer une confusion entre les deux types d'outrages en projetant, dans une situation factuelle purement privée, des paramètres qui sont propres au droit public. Sans nier, pour autant, que le respect du rôle et de l'autorité des tribunaux soit le dénominateur commun aux deux outrages, l'essence de l'outrage civil doit résider, avant tout, dans la protection des intérêts individuels: ceux-ci constituent, indépendamment du véhicule procédural, la genèse de l'intervention judiciaire.

À mon avis, la meilleure façon de cerner cette spécificité consiste à examiner la place occupée par l'injonction au sein de l'éventail des recours disponibles au créancier d'une obligation civile. Cet aperçu présentera le double avantage d'illustrer le rôle particulier assigné à l'outrage civil et de replacer la présente affaire dans le contexte factuel qui lui est propre.

#### *L'injonction et l'outrage au tribunal*

L'article 751 *C.p.c.* définit l'injonction de la façon suivante:

**751.** L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses officiers, représentants ou employés, de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit.

Par ailleurs, la procédure d'outrage au tribunal consécutive à une ordonnance d'injonction est régie par l'art. 761 *C.p.c.*:

**761.** Toute personne nommée ou désignée dans une ordonnance d'injonction, qui la transgresse ou refuse d'y obéir, de même que toute personne non désignée qui y contrevient sciemment, se rendent coupables d'outrage au tribunal et peuvent être condamnées à une amende n'excédant pas cinquante mille dollars, avec ou sans emprisonnement pour une durée d'au plus un an, et sans préjudice à tous recours en dommages-intérêts. Ces pénalités peuvent être infligées derechef jusqu'à ce que le contrevenant se soit conformé à l'injonction.

The court may also order the destruction or removal of anything done in contravention of the injunction, if there is reason to do so.

When these two provisions, found in the chapter entitled "Injunctions", are read together they can, in my opinion, only lead to the following conclusion: the art. 761 *C.C.P.* contempt of court proceeding is, first and foremost, a means of enforcing an injunction order. This conclusion in turn gives rise to two observations. If, as my colleague Gonthier J. suggests, the contempt of court penalty has a special place in the *Code of Civil Procedure*, it follows logically that the injunction, to which the contempt in art. 761 *C.C.P.* is an adjunct, represents an exceptional means of enforcing a purely private obligation. As I see it, there is such a clear connection between these two remedies that one cannot consider the function of civil contempt without devoting just as much attention to the role of the injunction as a means of enforcing a civil obligation in the *Code of Civil Procedure*.

One cannot place too great an emphasis on the special nature of the injunction among the remedies available to the person to whom a civil obligation is owed. Under art. 1065 *C.C.L.C.*, an infringement of any obligation gives rise to a range of remedies including damages and specific performance. The choice of remedy is made by the person to whom the obligation is owed. This choice is often influenced or indeed imposed by the nature of the obligation and the circumstances surrounding the breach. Accordingly, as can be seen in the circumstances giving rise to this appeal, specific performance by way of an injunction is sometimes the only remedy available to a party (as to specific performance of obligations not to do something, see J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3rd ed. 1989), No. 687, at p. 411, and J. Pineau and D. Burman, *Théorie des obligations* (2nd ed. 1988), No. 344, at p. 426).

In the case at bar, the injunction order is designed to protect and support the appellants' rights relating to the ownership and operation of their businesses against the respondents. Like the Quebec Court of Appeal, which, in June 1987,

Le tribunal peut également ordonner que ce qui a été fait en contravention à l'injonction soit détruit ou enlevé, s'il y a lieu.

La lecture conjointe de ces deux dispositions, situées dans le chapitre intitulé «De l'injonction» ne peut, à mon avis, que mener au constat suivant: la procédure d'outrage au tribunal de l'art. 761 *C.p.c.* constitue, avant tout, une mesure d'exécution de l'ordonnance d'injonction. Ce constat appelle, à son tour, deux remarques. Si la sanction de l'outrage au tribunal occupe, comme le suggère mon collègue Gonthier, une place particulière au sein du *Code de procédure civile*, il s'ensuit logiquement que l'injonction, dont l'outrage prévu à l'art. 761 *C.p.c.* est l'accessoire, représente un moyen exceptionnel d'assurer le respect d'une obligation purement privée. Or, un lien aussi manifeste entre ces deux recours exige, à mes yeux, que l'on prête autant d'attention au rôle de l'injonction comme mode de sanction d'une obligation civile qu'à la place de l'outrage dans le *Code de procédure civile*.

On ne saurait trop insister sur la spécificité de l'injonction parmi les recours disponibles au créancier d'une obligation civile. En vertu de l'art. 1065 *C.c.B.-C.*, toute obligation rend celui qui ne s'y conforme pas passible, entre autres remèdes, de dommages-intérêts et de l'exécution en nature. Le choix du créancier est, en revanche, souvent influencé, voire imposé, par la nature de l'obligation et les circonstances entourant l'inexécution. Ainsi, l'exécution en nature par le recours en injonction est parfois, comme le démontrent les circonstances à l'origine du présent pourvoi, le seul remède à la disposition du créancier (voir, sur l'exécution en nature d'obligations de ne pas faire: J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3<sup>e</sup> éd. 1989), n<sup>o</sup> 687, à la p. 411, et J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 1988), n<sup>o</sup> 344, à la p. 426).

Dans le cadre de la présente affaire, ce sont les droits des appelantes reliés à la propriété et à l'exploitation de leurs entreprises que l'ordonnance d'injonction protège et fait valoir à l'encontre des intimés. À l'instar de la Cour d'appel du Québec



issued an interlocutory injunction order in favour of the appellants, the Superior Court on December 4, 1987 recognized the appellants' private rights in the following terms (at p. 550):

[TRANSLATION] By marketing these Microlec decoders the defendants participated in the delict of theft of services provided by the plaintiffs by furnishing Vidéotron basic subscribers with the tool they needed to obtain the pay television without payment.

The permanent injunction order was accordingly issued in response to a civil wrong of unfair competition, which in Quebec law is governed by art. 1053 C.C.L.C. It appears from the judgments in the courts below that the injunction was the only remedy available to the appellants, as it was impossible to assess the number of people who had dealt with the respondents and to determine quantitatively the damages sustained. This order, along with the private rights it seeks to protect, would be a dead letter if a contempt of court proceeding could not guarantee its enforcement.

The origins of the injunction thus make clear the primary function of the contempt of court proceeding associated with it: to prevent and penalize any breach of an order recognizing the private right of one or more individuals. Unlike my colleague Gonthier J. I doubt whether, in such circumstances, respect for the function and authority of the court issuing the injunction gives civil contempt such a "public law" aspect as to produce the procedural consequences which he contemplates. Since an injunction order is always issued in the form of a court order, it seems clear that anyone contravening an injunction is refusing to obey a direct order of the court and in so doing impairs the authority of the court. However, giving priority to this factor amounts to relegating to the background the private rights which the injunction order seeks to protect. The parties admit, and the facts confirm, that the contempt in the case at bar is civil in nature. In these circumstances, the primary objective of private law should be, in my opinion, the enforcement of private rights. Professors Savoie and Taschereau (*Procédure civile* (1973), vol. I) have clearly identified this as the essence of the civil

qui émettait, en juin 1987, une ordonnance d'injonction interlocutoire en faveur des appelantes, la Cour supérieure a reconnu, le 4 décembre 1987, leurs droits privés dans les termes suivants (à la p. 550):

En mettant en marché ces décodeurs Microlec, les défendeurs participent au délit de vol de services fournis par les demandresses en procurant aux abonnés de base de Vidéotron l'instrument qui leur permet d'obtenir cette télévision payante sans payer.

L'ordonnance d'injonction permanente fut donc émise en raison d'un délit civil de concurrence déloyale régi, au Québec, par l'art. 1053 C.c.B.-C. Il appert, à la lecture des deux jugements précités, que l'injonction était le seul recours disponible aux appelantes, vu l'impossibilité d'évaluer le nombre de personnes ayant transigé avec les intimés et celle d'évaluer quantitativement les dommages subis. Cette ordonnance, ainsi que les droits privés dont elle assure l'exécution, demeureraient lettre morte si une procédure d'outrage au tribunal ne pouvait en forcer l'exécution.

Cette genèse de l'injonction met donc en lumière la fonction première de la procédure d'outrage au tribunal qui lui est rattachée: prévenir et sanctionner toute contravention à une ordonnance ayant reconnu le droit de nature privée d'une ou plusieurs personnes. Contrairement à mon collègue Gonthier, je doute que, dans un tel contexte, le respect du rôle et de l'autorité du tribunal ayant émis l'injonction confère un élément de «droit public» à l'outrage civil, au point d'engendrer les conséquences qu'il entrevoit en matière de procédure. En effet, il m'apparaît évident que, puisqu'une ordonnance d'injonction est toujours émise sous la forme d'un ordre du tribunal, toute personne contrevenant à un tel ordre refuse d'obéir à un ordre direct de la cour et, de ce fait, porte atteinte à l'autorité du tribunal. Toutefois, accorder une place prépondérante à cette considération équivaut à reléguer à l'arrière-plan les droits privés que vise à protéger l'ordonnance d'injonction. Or, il a été admis par les parties, et les faits énoncés ci-avant confirment que, dans le cadre de la présente affaire, l'outrage est de nature civile. Dans ces conditions, l'objectif premier du droit judiciaire

proceeding, while recognizing its mixed nature (at p. 9):

[TRANSLATION] . . . the civil proceeding is an enforcing right, that is, its purpose is to enforce the norms of the determining right so that the private rights will be respected; substantive law determines the private rights and they are enforced by means of the civil proceeding.

And at pp. 7-8:

[TRANSLATION] Despite the adjective "civil" which would seem to give it an exclusively private law character, the proceeding also has its place in public law since, in the broad sense which we have given it, it deals with the organization and powers of the courts, that is, the organization and powers of the branch of government whose function it is to enforce private rights; it also touches on public law in the sense that it serves to bring the individual into contact with the branch of government which alone has the power to enforce his subjective rights. [Emphasis added.]

This being said, these writers make it clear that, despite its mixed character, the civil proceeding remains essentially private in nature:

[TRANSLATION] However, in a large part of the rules it formulates, the civil proceeding is essentially a matter of private law since its primary function is to enforce relations between individuals. [Emphasis added.]

Though it also aims to maintain respect for the authority of the court, the civil contempt proceeding does not on this account fall into the realm of public law. Like the injunction of which it is an adjunct, it is first and foremost a means by which private rights are enforced. The fact that the possibility of imprisonment is associated with it does not alter this primary function. A brief review of the origins of civil contempt merely confirms its close relationship with the enforcement of civil injunction orders.

As a potential means of enforcing an order of court, imprisonment was provided for in the 1866 codification. Although the procedures relating to the enforcement of civil injunctions were not really

privé doit, à mon avis, demeurer la sanction des droits subjectifs. Les professeurs Savoie et Tascheureau (*Procédure civile* (1973), t. I) ont bien cerné l'essence de la procédure civile, ainsi que son caractère mixte (à la p. 9):

. . . la procédure civile est un droit sanctionnateur, c'est-à-dire qu'elle a pour but de rendre efficace les normes du droit déterminateur de façon que soient respectés les droits subjectifs; le droit substantif détermine les droits subjectifs, la procédure civile permet de les sanctionner.

Et, aux pp. 7 et 8:

Malgré son qualificatif de «civile» qui semble lui donner exclusivement un caractère de droit privé, la procédure a aussi sa place dans le droit public puisque dans le sens large que nous lui avons donné, elle traite de l'organisation et de la compétence des tribunaux c'est-à-dire de l'organisation et des pouvoirs de cet organisme de l'État dont le rôle est d'apporter une sanction aux droits subjectifs; elle touche également au droit public en ce sens qu'elle sert à mettre le citoyen en relation avec cet organisme de l'État qui seul a le pouvoir de sanctionner les droits subjectifs du citoyen. [Je souligne.]

Ces auteurs s'empressent toutefois d'ajouter que, malgré son caractère mixte, l'essence de la procédure civile demeure de nature privée:

Cependant, dans une grande partie des règles qu'elle édicte, la procédure civile constitue essentiellement du droit privé puisque son rôle premier est de sanctionner les rapports des individus entre eux. [Je souligne.]

Bien qu'elle soit également destinée à maintenir le respect de l'autorité du tribunal, la procédure de l'outrage civil ne bascule donc pas, de ce fait, dans la sphère du droit public. Tout comme l'injonction dont elle est l'accessoire, elle constitue, avant tout, un véhicule par l'intermédiaire duquel les droits subjectifs sont mis en application. La possibilité d'emprisonnement dont elle est assortie n'altère pas cette fonction première: un aperçu historique de cette sanction ne vient que confirmer l'étroite relation qu'elle entretient avec l'exécution des ordonnances d'injonctions civiles.

En tant que sanction virtuelle d'un ordre du tribunal, l'emprisonnement était prévu dans la codification de 1866. Bien que le recours en injonction, comme moyen de sanctionner une obligation

regulated until 1878 (*An act to provide for the issue of the Writ of Injunction in certain cases, and to regulate the procedure in relation thereto*, S.Q. 1878, 41 Vict., c. 14; A. Prujiner, "Origines historiques de l'injonction en droit québécois" (1979), 20 *C. de D.* 249), coercive imprisonment was included in Title Twentieth, Book Third, of the first *Civil Code*, entitled *Of Imprisonment in Civil Cases*. Failure to comply with an injunction was one of the rare situations leading to this procedure.

2273. Persons are also subject to imprisonment for contempt of any process or order of court, and for resistance to such process or order, and for any fraudulent evasion of any judgment or order of court, by preventing or obstructing the seizure or sale of property in execution of such judgment.

In keeping with the recommendations of the Commissioners (*Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report* (1865), at p. 74), the Quebec legislature removed the provisions regarding coercive imprisonment from the *Civil Code* and incorporated them in the new *Code of Civil Procedure* in 1897. Before the latter was revised in 1965, these provisions were contained in Section IV, "Arrest in Civil Matters and Coercive Imprisonment", of Chapter XXX, entitled *Compulsory Execution of Judgments*. A reading of the French and English versions of art. 834, based on the old art. 2273 *C.C.L.C.*, indicates the purpose served by imprisonment in the context of an injunction order:

834. Il y a encore lieu à contrainte par corps pour mépris d'une ordonnance ou injonction d'un tribunal ou d'un juge, ou pour résistance à cette ordonnance ou injonction, ou pour tout acte tendant à éluder l'ordonnance ou l'injonction, en prévenant ou empêchant la saisie ou la vente des biens en exécution de l'ordonnance ou de l'injonction.

L'emprisonnement en ce cas ne peut excéder un an, mais peut être imposé derechef jusqu'à ce qu'il ait été obéi à l'ordonnance ou injonction.

834. Coercive imprisonment may also be ordered for contempt of any process or order of the court or of a judge, or for resistance to such process or order, or for

civile, ne fut véritablement réglementé qu'à partir de 1878 (*Acte pourvoyant à ce que le bref d'injonction puisse être obtenu en certains cas, et réglant la procédure à cette fin*, S.Q. 1878, 41 Vict., ch. 14; A. Prujiner, «Origines historiques de l'injonction en droit québécois» (1979), 20 *C. de D.* 249), la contrainte par corps fut insérée dans le Titre Vingtième du Livre Troisième du premier *Code civil*, intitulé *De l'emprisonnement en matières civiles*. La désobéissance à une injonction était l'une des rares situations donnant ouverture à ce moyen:

2273. Il y a encore lieu à la contrainte par corps pour mépris de tout ordre ou injonction d'un tribunal, ou pour résistance à tel ordre ou injonction, et pour tout acte tendant à éluder l'ordre ou le jugement d'un tribunal, en prévenant ou empêchant la saisie ou la vente des biens en exécution de tel jugement.

Suivant par là les recommandations des Commissaires (*Code civil du Bas Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire* (1865), à la p. 75), le législateur québécois retranscha les dispositions relatives à la contrainte par corps du *Code civil* afin qu'elles s'intègrent, en 1897, au nouveau *Code de procédure civile*. Avant la réforme de ce dernier en 1965, ces dispositions se trouvaient à la section IV, «Emprisonnement en matière civile et contrainte par corps», du chapitre XXX, intitulé *Exécution forcée des jugements*. Une lecture des versions française et anglaise de l'art. 834, inspiré de l'ancien art. 2273 *C.c.B.-C.*, est révélatrice de l'objectif assigné à l'emprisonnement dans le contexte d'une ordonnance d'injonction:

834. Il y a encore lieu à contrainte par corps pour mépris d'une ordonnance ou injonction d'un tribunal ou d'un juge, ou pour résistance à cette ordonnance ou injonction, ou pour tout acte tendant à éluder l'ordonnance ou l'injonction, en prévenant ou empêchant la saisie ou la vente des biens en exécution de l'ordonnance ou de l'injonction.

L'emprisonnement en ce cas ne peut excéder un an, mais peut être imposé derechef jusqu'à ce qu'il ait été obéi à l'ordonnance ou injonction.

834. Coercive imprisonment may also be ordered for contempt of any process or order of the court or of a judge, or for resistance to such process or order, or for

any evasion of any such judgment or order, by preventing or obstructing the seizure or sale of property in execution of such judgment or order.

In such cases the term of imprisonment cannot exceed one year, but may be repeatedly inflicted until the process or order is obeyed. [Emphasis added.]

Thus, the English version expressly identifies coercion as the purpose of the imprisonment. When the *Code of Civil Procedure* was adopted in 1965, S.Q. 1965, c. 80, art. 1 abolished coercive imprisonment except in cases of contempt of court. The English version of the fourth paragraph read as follows:

Coercive imprisonment shall be abolished in civil matters, notwithstanding any provision to the contrary, except in cases of contempt of court. [Emphasis added.]

Although art. 761 *C.C.P.* does not make mention of coercion, the purpose of imprisonment in the context of an alleged breach of a civil injunction order remains unchanged, in my opinion. Moreover, that purpose seems inseparable from the dual nature of contempt:

In purely civil matters, contempt has a primarily coercive dimension, in that it obliges one party to submit to a court order issued for the benefit of another. Very often, the order is enforced merely by hinting at the possibility of sanctions.

In criminal matters, on the other hand, contempt is essentially of a punitive and deterrent character. It is used to punish an action judged harmful to the dignity of the judicial process or to the administration of justice. Its object is to expose attacks on a fundamental institution and, ultimately, to prevent their repetition. The philosophy underlying sanction in the two cases is therefore based on different considerations. [Emphasis added; italics in original.]

(Law Reform Commission of Canada, *supra*, at pp. 13-14.)

(See to the same effect R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983), at pp. 248-49; "The Coercive Function of Civil Contempt" (1965), 33 *U. Chi. L. Rev.* 120, at p. 129.)

any evasion of any such judgment or order, by preventing or obstructing the seizure or sale of property in execution of such judgment or order.

In such cases the term of imprisonment cannot exceed one year, but may be repeatedly inflicted until the process or order is obeyed. [Je souligne.]

Ainsi, la version anglaise identifie expressément la coercition comme étant l'objectif visé par l'emprisonnement. Par ailleurs, lors de l'adoption du *Code de procédure civile* en 1965, S.Q. 1965, ch. 80, l'article premier vint abolir la contrainte par corps, sauf le cas d'outrage au tribunal. Or, la version anglaise du quatrième alinéa se lisait comme suit:

Coercive imprisonment shall be abolished in civil matters, notwithstanding any provision to the contrary, except in cases of contempt of court. [Je souligne.]

Bien que l'art. 761 *C.p.c.* ne mentionne pas la coercition, l'objectif assigné à l'emprisonnement dans le contexte de la violation alléguée d'une ordonnance d'injonction civile demeure, à mon avis, inchangé. Cet objectif apparaît, de surcroît, indissociable de la dualité qui est propre à l'outrage:

L'outrage en matières proprement civiles a une dimension avant tout coercitive. La procédure utilisée vise à obliger la partie à se soumettre à un ordre émis par le tribunal dans l'intérêt d'une autre. Bien souvent, la simple menace d'exercer une sanction suffit à forcer l'exécution de l'ordre. Au criminel, au contraire, l'outrage est avant tout punitif et dissuasif. La procédure sanctionne un comportement jugé attentatoire à la dignité du processus judiciaire ou à l'administration de la justice. Elle vise à dénoncer toute atteinte à une institution fondamentale, et au-delà, à décourager la récidive. Dans les deux cas donc, la philosophie des peines ne peut être ni de même nature, ni de même facture. [Je souligne; en italique dans l'original.]

(Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, à la p. 14.)

(Au même effet, voir R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983), aux pp. 248 et 249; «The Coercive Function of Civil Contempt» (1965), 33 *U. Chi. L. Rev.* 120, à la p. 129.)

The function of contempt arising from a civil injunction order is thus one of coercion. The function of contempt arising from a criminal matter is one of punishment and deterrence. This function clearly gives criminal contempt a public dimension. Civil contempt, on the other hand, continues to be of a private nature: the aim of the party seeking it is to ensure that the civil order made solely for his or her benefit is complied with. The powers of the court, first among which is imprisonment, are directed to a specific end: the protection of the applicant's rights through compelling the respondent to act, or to refrain from committing given acts as defined in the injunction order. There is no punitive or deterrent purpose underlying these powers. In these circumstances, civil contempt arising from an injunction acts to some extent as a form of forced execution of judgment (see A. Popovici, *L'outrage au tribunal* (1977), at p. 42). Furthermore, although a mere threat of imprisonment will suffice in most cases to compel execution of the order, the actual terms and conditions of imprisonment cannot be compared to those which apply to the penalty for criminal contempt. As Professor Sharpe explains, *supra*, at pp. 252-53:

Generally speaking, where the element of public defiance is absent, the matter is regarded primarily as coercive rather than punitive. Once compliance is assured the court only need concern itself with the question of costs. Even where the court commits a contemner to prison, the object is to secure compliance, and he will be released and relieved from the consequences of his contempt by doing or assuring that which he previously neglected or refused to do. While in a criminal contempt case the defendant will have to serve the fixed period of imprisonment designed to punish and deter, in civil cases, where fixed terms are usually (although not inevitably) employed, the defendant can apply for discharge before the term of the committal has come to an end. [Emphasis added.]

In short, since contempt of court is a hybrid institution, simple logic demands that purely civil contempt not be given the public dimension that lies at the heart of criminal contempt. The civil injunction and the contempt which may arise from it are designed primarily to enforce the private

La fonction de l'outrage consécutif à une ordonnance d'injonction civile en est donc une de coercition. Si le caractère punitif et dissuasif de l'outrage criminel lui confère une dimension publique, l'outrage civil conserve, en revanche, son caractère privé: l'objectif poursuivi par la partie requérante est de faire respecter l'ordonnance civile, émise dans son seul intérêt. Les pouvoirs du tribunal, au premier rang desquels celui d'emprisonner, s'articulent par là autour d'une fin précise: obliger l'intimé à agir, où à s'abstenir de poser des actes déterminés, tels que définis par l'ordonnance d'injonction et ce, au profit des droits du requérant. Aucun objectif punitif ni dissuasif ne sous-tend l'exercice de ces pouvoirs. Dans ces conditions, l'outrage civil consécutif à l'injonction agit, en quelque sorte, comme une voie d'exécution forcée du jugement ayant accordé l'ordonnance (voir A. Popovici, *L'outrage au tribunal* (1977), à la p. 42). Au surplus, bien que la simple menace d'emprisonnement suffise, dans la majorité des cas, à forcer l'exécution de l'ordonnance, les modalités mêmes de l'emprisonnement ne peuvent être assimilées à celles qui régissent la sanction d'un outrage criminel. Comme l'explique le professeur Sharpe, *op. cit.*, aux pp. 252 et 253:

[TRADUCTION] En règle générale, en l'absence de l'élément de désobéissance publique, l'affaire est considérée principalement comme coercitive plutôt que punitive. Une fois le respect obtenu, la cour n'a plus qu'à s'occuper des dépens. Même lorsque la cour impose l'emprisonnement à l'auteur d'un outrage, cela a pour objet d'assurer le respect, et il sera mis en liberté et dégagé des conséquences de son outrage s'il fait ce qu'il a auparavant négligé ou refusé de faire. Dans une affaire d'outrage criminel, le défendeur devra purger la période d'emprisonnement fixée, qui a pour objet de punir et de dissuader, tandis que dans les affaires civiles, dans lesquelles une durée précise est ordinairement (quoique pas nécessairement) fixée, le défendeur peut demander sa libération avant la fin de la période d'emprisonnement. [Je souligne.]

En résumé, puisque l'outrage au tribunal est une institution hybride, la simple logique exige que l'on ne confère pas à un outrage purement civil la dimension publique qui est au cœur de l'outrage criminel. Tout comme l'injonction, l'outrage qui lui est consécutif vise à sanctionner, avant tout, les

rights protected by the order. The purpose and terms and conditions of civil imprisonment are of a clearly coercive nature, designed to assist in the enforcement of these rights. The relationship between the injunction order, the art. 761 C.C.P. contempt proceeding and the possibility of imprisonment thus seem to me not only compatible but closely complementary. In the final analysis, since the case at bar concerns contempt arising from a civil injunction order, the parameters appropriate to public law cannot be applied. In my opinion, the purpose of criminal contempt is diametrically opposed to the purpose of civil contempt. I shall therefore consider the question of compellability in light of these principles.

#### *Contempt of Court and the Compellability Rule*

The compellability of a party to a civil action is above all a question of evidence and procedure. As such, the correct approach is to have recourse to the *Code of Civil Procedure* in order to determine the rules applicable to the matter. This approach is also the one preferred by my colleague Gonthier J. The Quebec Court of Appeal, however, relied instead on the common law. Brossard J.A., for the court, concluded his analysis of compellability as follows (at p. 528 D.L.R.):

[TRANSLATION] In short, it would appear that the common law rule is now that a respondent who is sued for contempt of court, even in a civil case, but who is liable to imprisonment, cannot be compelled to testify against himself. In accordance with the above-mentioned decisions of the Supreme Court of Canada in the cases of *Cotroni* and *Canadian Broadcasting Corp.*, the common law rules are applicable in Quebec with respect to contempt of court even in civil proceedings unless explicitly excluded by the Quebec legislature. As I have already stated, I do not think that art. 309 can be regarded as an explicit deviation from the common law rule.

With respect, these two judgments do not have the scope attributed to them by Brossard J.A. *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618, and *Cotroni v.*

droits subjectifs protégés par l'ordonnance. En raison de leur caractère coercitif, l'objectif et les modalités de l'emprisonnement participent à cette même finalité. Dans ces conditions, les relations entre l'ordonnance d'injonction, la procédure de l'outrage de l'art. 761 C.p.c. et la possibilité d'emprisonnement m'apparaissent non seulement compatibles, mais étroitement complémentaires. En dernière analyse, puisqu'il s'agit, en l'espèce, d'un outrage consécutif à une ordonnance d'injonction civile, les paramètres propres au droit public ne sauraient trouver application car leur finalité se situe, à mes yeux, aux antipodes de l'objectif assigné à l'outrage civil. C'est donc à la lumière de ces principes que j'aborderai la question de la contraignabilité.

#### *L'outrage au tribunal et la règle de la contraignabilité*

Puisque la contraignabilité d'une partie à une instance civile est, avant tout, une question de preuve et de procédure, il m'apparaît logique de recourir au *Code de procédure civile* afin de déterminer les règles applicables en la matière. Bien que cette approche soit également privilégiée par mon collègue Gonthier, la Cour d'appel du Québec s'est appuyée, en revanche, sur la common law. Le juge Brossard, pour la cour, conclut de la façon suivante son analyse de la contraignabilité (à la p. 709 R.J.Q.):

Bref, la common law semble donc reconnaître aujourd'hui qu'un intimé, poursuivi pour outrage au tribunal, même dans une instance civile, mais passible d'emprisonnement, ne saurait être contraint de témoigner contre lui-même. Or, suivant les décisions précitées de la Cour suprême du Canada dans les affaires de *Cotroni* et *Société Radio-Canada*, ce sont les règles de la common law que nous devons appliquer au Québec en matière d'outrage au tribunal, même dans le cadre de procédures civiles, à moins d'exclusion explicite de la part du législateur québécois. J'ai déjà émis l'opinion que je ne croyais pas que l'article 309 puisse être considéré comme une déviation explicite de la common law.

Avec égards, ces deux décisions n'ont pas la portée que leur prête le juge Brossard. Les arrêts *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, et *Cotroni c. Com-*

*Quebec Police Commission*, [1978] 1 S.C.R. 1048, concerned an investigation into organized crime and the issues raised were matters of administrative law. In public law matters the fundamental law in Quebec is the common law (see L.-P. Pigeon, *Drafting and Interpreting Legislation* (1988), at pp. 65-66). However, in the case at bar the question is whether a rule of civil procedure should be applied in a proceeding for civil contempt. The civil contempt proceeding has a specific purpose: to determine whether the respondents contravened their obligation, recognized by the injunction order, not to manufacture and market their decoders. Unlike the above-cited decisions, therefore, the context is purely private. Furthermore, since the *Quebec Act* of 1774, Quebec civil law is no longer governed by the common law (see *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at pp. 737-38).

There is nothing unusual about the fact that contempt of court is a concept borrowed from English law. Quebec private law includes a wealth of rules of law drawn from foreign sources (as to the *Code of Civil Procedure*, see J.-M. Brisson, *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867* (1986)). The common law principles cannot simply be applied to these rules, in my opinion, without first directly addressing the question of whether those principles are even compatible with the recipient law (in the context of trusts see the reasons of Beetz J. in *Royal Trust Co. v. Tucker*, [1982] 1 S.C.R. 250). Finally, such an approach seems particularly inappropriate where, as here, it is used in connection with provisions which form part of the general structure of a code (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1992), at pp. 26-27 and 450-51; J.-L. Baudouin, "The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec", in J. Dainow, ed., *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions* (1974), ch. I).

It is against this background that the provisions of the *Code of Civil Procedure* should be analysed. I reproduce them for the sake of convenience:

*mission de police du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 1048, concernent l'enquête sur le crime organisé et les questions en litige relevaient du droit administratif. Or, en matière de droit public, le droit fondamental au Québec est la common law (voir L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1986), aux pp. 109 et 110). Dans le cadre de la présente affaire, il s'agit de décider de l'applicabilité d'une règle de procédure civile dans un procès pour outrage civil. Ce dernier a un objectif précis: déterminer si les intimés ont contrevenu à leur obligation, sanctionnée par l'ordonnance d'injonction, de ne pas fabriquer et mettre en marché leurs décodeurs. Contrairement aux arrêts précités, le contexte est donc purement privé. Au demeurant, depuis l'*Acte de Québec* de 1774, le droit civil québécois n'est plus régi par la common law (voir *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, aux pp. 737 et 738).

Par ailleurs, le fait que l'outrage au tribunal soit une institution empruntée au droit anglais n'a rien d'extraordinaire car le droit privé québécois est riche en règles de droit issues de sources étrangères (au sujet du *Code de procédure civile*, voir J.-M. Brisson, *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867* (1986)). Or, calquer aveuglément les principes de la common law sur ces règles comporte, à mon avis, le risque d'éluider la question de leur compatibilité dans le droit récepteur (voir, en matière de fiducie, les motifs du juge Beetz dans *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250). Enfin, une telle approche m'apparaît d'autant plus erronée qu'elle s'articule, en l'espèce, dans le contexte de dispositions s'intégrant dans la structure générale d'un code (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 29, 30 et 517; J.-L. Baudouin, «The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec», dans J. Dainow, dir., *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions* (1974), ch. I).

C'est donc sur cette toile de fond qu'il y a lieu d'analyser les dispositions du *Code de procédure civile*. Je les reproduis pour fins de commodité:

295. All persons are competent to testify except those who, because of their physical or mental condition, are not in a fit state to report the facts of which they had knowledge, and any person competent to testify may be compelled to do so.

302. Any person present at the trial may be required to testify and is bound to answer as if he had been regularly summoned.

309. A witness cannot refuse to answer for the reason that his reply might tend to incriminate him or to expose him to a legal proceeding of any kind; but if he objects on that ground, his reply cannot be used against him in any penal proceedings instituted under any law of Québec.

Although these provisions make it clear that compellability of the parties is the general rule in civil matters, my colleague Gonthier J. is of the view that these provisions do not apply to civil contempt. According to him, they should be excluded from consideration because of the special nature of contempt, in which the non-compellability rule is of central importance.

With respect, I cannot agree. In my opinion, the *Code of Civil Procedure* constitutes a set of interdependent rules that must be considered as a whole (art. 2 *C.C.P.* and *Rapport préliminaire des commissaires à la révision du Code de procédure civile* (1962), at p. 3). Accordingly, the section of the Code devoted to contempt (arts. 49 to 54 *C.C.P.*) cannot be interpreted as if it were an enclave within the Code. Since the section dealing with contempt is silent as to the compellability of a respondent, reference must be made to the general rules, which are clear and unambiguous in this regard. Moreover, such an approach has the merit of being consistent with the method used by the Quebec legislature: where it was intended that proceedings contained in the Code would be subject to special rules, this was expressly indicated (see arts. 944 *et seq.* on arbitration, art. 996 on the recovery of small claims and art. 1051 on class actions). Finally, since the Code is clear, it would be illogical to exclude it from consideration and refer to other sources, whether doctrinal or jurisprudential (F. P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (1980), at p. 87). Without wishing to express an opinion on

295. Toute personne est apte à déposer en justice, sauf si, en raison de sa condition physique ou mentale, elle n'est pas en état de rapporter des faits dont elle a eu connaissance; et toute personne apte à déposer peut être contrainte de le faire.

302. Toute personne présente à l'audience peut être requise de rendre témoignage, et elle est tenue de répondre comme si elle avait été régulièrement assignée.

309. Un témoin ne peut refuser de répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à l'exposer à une poursuite, de quelque nature qu'elle puisse être; mais s'il fait une objection en ce sens, sa réponse ne pourra servir contre lui dans aucune poursuite pénale intentée en vertu de quelque loi du Québec.

Bien qu'elles posent clairement la contraignabilité des parties comme étant la règle générale applicable en matière civile, mon collègue Gonthier est d'avis que ces dispositions ne s'appliquent pas dans le cadre d'un outrage civil. Elles seraient écartées en raison du régime spécial de l'outrage, au sein duquel la règle de la non-contraignabilité occuperait une place primordiale.

Avec égards, je ne puis être d'accord. À mon avis, le *Code de procédure civile* constitue un ensemble de règles interdépendantes que l'on doit considérer comme un tout (art. 2 *C.p.c.* et *Rapport préliminaire des commissaires à la révision du Code de procédure civile* (1962), à la p. 3). En conséquence, la section du Code relative à l'outrage (art. 49 à 54 *C.p.c.*) ne saurait être interprétée comme une enclave à l'intérieur de celui-ci. Puisque celle-ci est silencieuse sur la question de la contraignabilité d'un intimé, il faut se référer aux règles générales qui sont, à cet égard, claires et non ambiguës. Une telle démarche a, par ailleurs, le mérite d'être cohérente avec la méthode employée par le législateur québécois: lorsqu'il a voulu que des procédures contenues au Code soient assujetties à un régime spécial, il l'a fait expressément (voir les art. 944 et suiv. en matière d'arbitrage, l'art. 996 pour le recouvrement des petites créances et l'art. 1051 pour le recours collectif). Finalement, puisque le Code est clair, il serait illogique de l'écartier en se référant à d'autres sources, que celles-ci soient doctrinales ou jurisprudentielles (F. P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada* (1980), à la p. 87).



the merits of the Court of Appeal's judgment in *Imperial Oil Ltd. v. Tanguay*, [1971] C.A. 109, the same conclusion would apply to the burden of proof had the *Code of Civil Procedure* contained similar provisions.

The application of the non-compellability rule in a purely private context also seems to me to be incompatible with the underlying values which that rule and the privilege against self-incrimination are designed to protect. In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 480, Wilson J., dissenting, summarized the rationale behind these two types of privilege as follows:

Having reviewed the historical origins of the rights against compellability and self-incrimination and the policy justifications advanced in favour of their retention in more modern times, I conclude that their preservation is prompted by a concern that the privacy and personal autonomy and dignity of the individual be respected by the state. The state must have some justification for interfering with the individual and cannot rely on the individual to produce the justification out of his own mouth. [Emphasis added.]

Without repeating my earlier observations on the special nature of the civil contempt resulting from an injunction order, it seems to me to be inconsistent to project these considerations into a private context. In terms of the panoply of recourses available to a party in the judicial arena, the advantage enjoyed by the state in a criminal or penal situation alone justifies having stricter rules of evidence for the state (see J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 3). However, the imposition of these hurdles on a private party who has obtained an injunction, and who by definition does not have the same resources as the Attorney General, seems open to objection. It would make the enforcement of the private rights protected by an order much more difficult and would amount to transforming a purely private action into a criminal proceeding, thereby rendering meaningless the terms, condi-

Sans vouloir me prononcer sur le bien fondé de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, [1971] C.A. 109, cette même conclusion s'imposerait à l'égard du fardeau de preuve si le *Code de procédure civile* avait contenu des dispositions similaires.

L'application du principe de la non-contraignabilité dans un contexte purement privé m'apparaît, par ailleurs, incompatible avec les valeurs sous-jacentes que cette règle et le privilège contre l'auto-incrimination visent à protéger. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 480, le juge Wilson, par ailleurs dissidente, résume ainsi le fondement de ces deux privilèges:

Mon étude des origines historiques du droit de ne pas être contraint de témoigner et du droit à la protection contre l'auto-incrimination ainsi que mon examen des raisons de principe avancées pour justifier leur maintien à l'époque moderne m'amènent à conclure que leur préservation tient au souci de veiller à ce que l'État respecte la vie privée, l'autonomie personnelle et la dignité des citoyens. L'État ne saurait déranger un particulier sans justification et ne peut compter sur ce dernier pour fournir cette justification de sa propre bouche. [Je souligne.]

Sans revenir à mes remarques antérieures concernant la spécificité de l'outrage civil consécutif à une ordonnance d'injonction, projeter ces considérations dans un contexte privé serait, à mes yeux, incohérent. Au niveau de la panoplie de moyens dont dispose une partie dans l'arène judiciaire, l'avantage dont jouit l'État dans un contexte criminel ou pénal justifie, à lui seul, que les règles de preuve soient plus exigeantes à son égard (voir J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 3). Cependant, imposer cet obstacle procédural à une partie privée ayant obtenu une injonction et qui, par définition, ne dispose pas des mêmes moyens que le procureur général m'apparaît doublement contestable: tout en rendant beaucoup plus difficile la sanction des droits subjectifs protégés par l'ordonnance, l'application de ce principe équivaldrait à transformer en procédure criminelle une pour-

tions and purposes appropriate to civil contempt resulting from the breach of an injunction order.

I am of the view that when these factors are taken together with the internal logic of the *Code of Civil Procedure*, the question of the respondents' compellability can only be resolved in the affirmative. However, I must still consider the effect of the *Charters* on this conclusion.

*Effect of the Charters on the Compellability Rule*

Although the constitutional validity of arts. 295, 302 and 309 *C.C.P.* was not raised at any stage of the proceedings, the respondents maintain that the application of the compellability rule would be contrary to s. 33.1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Since the argument in this Court was devoted primarily to the effect of the *Canadian Charter*, I shall discuss it first.

Assuming that the *Charter* applies—without deciding the point and without expressing an opinion on either the Court of Appeal's reasons in this regard or on the question of the applicability of the criteria developed by this Court in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, to Quebec private law—I am of the view that the respondents cannot benefit from the protection of s. 11(c). Although in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, Wilson J. for the Court wrote that in some circumstances s. 11 could apply in a private matter, she went on (at p. 561):

In my opinion, a true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity.

In support of this statement, Wilson J. cited this comment by Professor Stuart ("Annotation to *R. v. Wigglesworth*" (1984), 38 C.R. (3d) 388, at p. 389):

suite purement privée en niant, par là, les modalités et finalités qui sont propres à l'outrage civil consécutif à une ordonnance d'injonction.

J'estime que, lorsque ces considérations se trouvent conjuguées à la logique interne du *Code de procédure civile*, la question de la contraignabilité des intimés ne peut se résoudre que par l'affirmative. Il me reste, toutefois, à considérer l'incidence des *Chartes* sur cette conclusion.

*L'incidence des Chartes sur la règle de la contraignabilité*

Bien que la validité constitutionnelle des arts. 295, 302 et 309 *C.p.c.* n'ait été soulevée à aucun stade des procédures, les intimés soutiennent que l'application de la règle de la contraignabilité irait à l'encontre de l'art. 33.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, et de l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Puisque l'argumentation devant notre Cour a surtout été consacrée à l'incidence de la *Charte* canadienne, j'en discuterai en premier lieu.

En assumant que la *Charte* s'applique—sans toutefois en décider ni me prononcer sur les motifs de la Cour d'appel à ce sujet, ni sur la question de l'application au droit privé québécois des critères développés par notre Cour dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573—j'estime que les intimés ne peuvent bénéficier de la protection de l'al. 11c). Quoique dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, le juge Wilson, pour la Cour, écrive qu'en certaines circonstances, l'art. 11 pourrait s'appliquer dans une affaire privée, elle poursuit (à la p. 561):

À mon avis, une véritable conséquence pénale qui entraînerait l'application de l'art. 11 est l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée.

À l'appui de cette affirmation, le juge Wilson cite ce commentaire du professeur Stuart («Annotation to *R. v. Wigglesworth*» (1984), 38 C.R. (3d) 388, à la p. 389):

... other *punitive* forms of disciplinary measures, such as fines or imprisonment, are indistinguishable from criminal punishment and should surely fall within the protection of s. 11(h). [Emphasis added; italics in original.]

Since the focus of the contempt penalty arising from a civil injunction order is coercion rather than punishment and deterrence, I am of the view that the above considerations cannot apply in the present situation. Moreover, the word "accused" contained in this section refers in my view to a prosecution, which necessarily goes beyond the purely private setting in which an action for an injunction and a civil contempt proceeding take place. The same conclusion applies in respect of s. 33.1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, which also seems intended to cover legislation of a penal or disciplinary nature (see, for example, *Montréal-Est (Ville de) v. Labrosse*, [1985] C.S. 960; *Comité—Infirmières et infirmiers—8*, [1983] D.D.C.P. 295 (Disciplinary Committee); on s. 33 generally: *Contenants Industriels Ltée v. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, [1988] R.J.Q. 1345 (Sup. Ct.)).

As the Chief Justice notes in his reasons, in matters of legislative interpretation, the Court will choose "the interpretation that does not offend the *Charter*". However, in the present situation, I do not feel there is any need for interpretation: the specific provisions of the *Code of Civil Procedure* at issue here are part of a private—and not a penal or quasi-penal—system. They are clear and unambiguous. In the final analysis, their constitutionality is not in dispute.

Conclusion

For all these reasons, I would allow the appeal with costs throughout.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Langlois, Robert, Montréal.*

[TRADUCTION] ... d'autres formes de mesures disciplinaires *punitives*, comme les amendes ou l'emprisonnement, ne peuvent être distinguées des peines en matière criminelle et devraient certainement être assujetties à la protection de l'al. 11h). [Je souligne; en italique dans l'original.]

Puisque la sanction de l'outrage consécutif à une ordonnance d'injonction civile a une dimension purement coercitive et non punitive, j'estime que ces considérations ne peuvent s'appliquer dans un contexte similaire à la présente affaire. De plus, le terme «inculpé» contenu dans cet article renvoie, à mes yeux, à une poursuite qui dépasse nécessairement le cadre purement privé à l'intérieur duquel évoluent le recours en injonction et la procédure d'outrage civil. La même conclusion s'impose à l'égard de l'art. 33.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui semble aussi destiné à régir des lois de nature pénale ou disciplinaire (voir, par exemple, *Montréal-Est (Ville de) c. Labrosse*, [1985] C.S. 960; *Comité—Infirmières et infirmiers—8*, [1983] D.D.C.P. 295 (Comité de discipline); sur l'art. 33 généralement: *Contenants Industriels Ltée c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, [1988] R.J.Q. 1345 (C.S.)).

Quoique, comme le Juge en chef le souligne dans ses notes, on doit préférer une «interprétation qui ne viole pas la *Charte*» lorsqu'il s'agit d'interpréter une législation, j'estime qu'il n'y a pas place ici à interprétation: les dispositions du *Code de procédure civile* ici en question font partie d'un régime privé—et non pénal ou quasi pénal—, elles sont claires et non ambiguës et, en dernière analyse, leur constitutionnalité n'est pas contestée.

Conclusion

Pour toutes ces raisons, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi rejeté, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureurs des appelantes: Langlois, Robert, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Pateras & Iezzone, Montréal.*

*Procureurs des intimés: Pateras & Iezzone, Montréal.*

**Olive Patricia Dickason** *Appellant*

v.

**The Governors of the University of Alberta** *Respondents*

and

**The Alberta Human Rights Commission** *Respondent*

INDEXED AS: DICKASON v. UNIVERSITY OF ALBERTA

File No.: 22700.

1992: May 5; 1992: September 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Civil rights — Equality rights — Mandatory retirement — Provincial legislation prohibiting discrimination on basis of age — Employer may show that alleged contravention “reasonable and justifiable in the circumstances” — Whether university’s policy of mandatory retirement at age 65 justified — Whether criteria for limiting Charter rights under s. 1 apply — Individual’s Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, ss. 7, 11.1.*

*Courts — Appellate review — Findings of fact — Curial deference — Whether appellate court should disturb findings of fact made by board of inquiry and Court of Queen’s Bench.*

Appellant, a tenured full professor at the University of Alberta, was forced to retire at the age of 65 pursuant to a mandatory retirement clause in the collective agreement between the university and its academic staff. She filed a complaint with the Alberta Human Rights Commission alleging that her forced retirement contravened s. 7 of the *Individual’s Rights Protection Act* by discriminating against her on the basis of her age. Section 11.1 of the Act provides that discrimination on a prohibited ground will be permitted if the employer shows that the breach was “reasonable and justifiable in the circumstances”. The board of inquiry appointed to hear appellant’s complaint decided in her favour and ordered that

**Olive Patricia Dickason** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Les gouverneurs de l’Université de l’Alberta** *Intimés*

et

<sup>b</sup>

**L’Alberta Human Rights Commission** *Intimée*

<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: DICKASON c. UNIVERSITÉ DE L'ALBERTA

N° du greffe: 22700.

1992: 5 mai; 1992: 24 septembre.

<sup>d</sup> Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

<sup>e</sup> *Libertés publiques — Droits à l’égalité — Retraite obligatoire — Loi provinciale interdisant la discrimination en raison de l’âge — L’employeur peut démontrer que la violation alléguée est «raisonnable et justifiable, eu égard aux circonstances» — La politique de l’université fixant l’âge de la retraite obligatoire à 65 ans est-elle justifiée? — Les critères permettant de limiter en vertu de l’article premier les droits garantis par la Charte s’appliquent-ils? — Individual’s Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 7, 11.1.*

<sup>g</sup> *Tribunaux — Révision en appel — Conclusions de fait — Retenue judiciaire — La cour d’appel doit-elle modifier les conclusions de fait tirées par une commission d’enquête et la Cour du Banc de la Reine?*

<sup>h</sup> L’appelante, professeur permanente à l’Université de l’Alberta, a été forcée de prendre sa retraite à l’âge de 65 ans conformément à une clause relative à la retraite obligatoire prévue dans la convention collective conclue entre l’université et son corps professoral. Elle a présenté devant l’Alberta Human Rights Commission une plainte dans laquelle elle prétendait que sa mise à la retraite forcée violait l’art. 7 de l’*Individual’s Rights Protection Act* puisqu’elle faisait ainsi l’objet de discrimination fondée sur l’âge. L’article 11.1 de la Loi prévoit que la discrimination fondée sur un motif interdit sera permise si l’employeur établit que la dérogation était «raisonnable et justifiable, eu égard aux circons-

she be reinstated. The Court of Queen's Bench upheld that decision, but it was overturned by the Court of Appeal.

*Held* (L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The university has shown that the impugned practice of mandatory retirement is reasonable and justifiable within the meaning of s. 11.1 of the *Individual's Rights Protection Act*.

*Per* La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: In the construction of human rights legislation, the rights enunciated must be given their full recognition and effect, while defences to the exercise of those rights should be interpreted narrowly. In applying the test set out in *Oakes* for determining whether legislation can be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the Court has adopted a flexible standard of proof which responds to the varying contexts in which the state seeks to invoke justification for the impugned legislation. Since a challenge brought under the *Charter* to legislation enacted by the state obviously affects a state interest, due deference must be given to the actions of the state manifested by the legislation under attack. The policy rationale for this varying standard cannot be automatically transferred to the consideration of human rights legislation, where the challenge will be to the actions of a private party. *Charter* cases may thus assist in the development of the test for determining whether a defence under s. 11.1 of the *Individual's Rights Protection Act* has been established, but the *Oakes* model is only appropriate if it is applied without any trace of deference to a private defendant, and only with a large measure of flexibility and due regard to the context.

The common law principle of curial deference to findings of fact made by a court of first instance has been to a large extent adopted in reviewing the decisions of administrative tribunals, although the standard of review will always be governed by the tribunal's empowering legislation. Curial deference must be given to a tribunal's findings of fact where there is a privative clause or where the findings were made within the tribunal's field of specialized knowledge. In this case, however, the Court should not be constrained by the conclu-

tances». La commission d'enquête constituée pour examiner la plainte de l'appelante a tranché en sa faveur et ordonné sa réintégration. Cette décision a été maintenue par la Cour du Banc de la Reine, puis renversée par la Cour d'appel.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'université a démontré que la pratique contestée de mise à la retraite obligatoire est raisonnable et justifiable au sens de l'art. 11.1 de l'*Individual's Rights Protection Act*.

Les juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci: En interprétant la législation sur les droits de la personne, il faut reconnaître pleinement les droits qui y sont énoncés et leur donner effet pleinement, tandis que les moyens de défense qui peuvent être opposés à l'exercice de ces droits doivent être interprétés de façon restrictive. Dans l'application du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* pour déterminer si une loi peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour a adopté une norme de preuve souple qui tient compte des divers contextes dans lesquels l'État cherche à invoquer une justification pour sauvegarder la disposition législative contestée. Vu que la contestation en vertu de la *Charte* d'une disposition législative adoptée par l'État a évidemment une incidence sur un intérêt de l'État, il faut faire preuve de retenue à l'égard des actions de l'État manifestées par la disposition législative contestée. Le raisonnement de principe pour cette norme variable ne peut être appliqué automatiquement à l'examen d'une loi sur les droits de la personne, lorsque la contestation porte sur les actions d'une partie privée. La jurisprudence relative à la *Charte* peut donc être utile pour concevoir le critère permettant de déterminer si l'on a établi le moyen de défense prévu à l'art. 11.1 de l'*Individual's Rights Protection Act*, mais le modèle de l'arrêt *Oakes* n'est adéquat que s'il est appliqué sans la moindre retenue à l'égard d'un défendeur privé, et seulement avec beaucoup de souplesse et en tenant dûment compte du contexte.

Le principe de common law de la retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait tirées par un tribunal de première instance a dans une large mesure été adopté dans le cadre du contrôle des décisions de tribunaux administratifs, même si la norme de contrôle est toujours régie par leur loi habilitante. La retenue judiciaire doit s'appliquer aux conclusions de fait d'un tribunal administratif lorsqu'il y a une clause privative ou que les conclusions sont tirées dans le champ des connaissances spécialisées d'un tribunal administratif. En l'es-

sions of the board of inquiry. The Act has clearly indicated that a very broad standard of review would be appropriate. On a plain reading of the Act, it is clear that the legislature specifically intended that appellate courts should examine the evidence anew and, if deemed appropriate, make their own findings of fact. The judge of the Court of Queen's Bench did not hear any *viva voce* testimony, but rather reassessed the evidence on the basis of the transcript of the board hearing. The Court of Appeal and this Court thus stand in exactly the same position as he did with precisely the same record to consider, and the policy reasons in favour of deferring to the findings of fact of a trial court do not apply.

While this Court's decision in *McKinney* can provide some guidance, it does not determine the outcome of this case. When weighing the arguments on the issue of minimal impairment as part of the analysis under s. 1 of the *Charter*, the majority in *McKinney* considered whether the government had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible. To frame the question in this way imposes a significantly lower burden of proof on the defendant than s. 11.1, which requires a defendant to prove that the discriminatory policy, viewed objectively, constitutes only a minimal impairment of the right. While no deference should be given to the policy choice of the defendant, other factors may well be relevant. The courts have respected the unique role of universities in our society as self-governing centres of learning, research and teaching safeguarded by academic freedom, and over the years have been very cautious in intervening in university affairs. The nurturing of academic freedom and the ensuring of faculty renewal are most delicate matters that do not lend themselves to a single clear-cut answer as to the proportionality between the burden of the discrimination complained of and the objectives sought. The evidence and assessment of competent and experienced university administrators will be of particular significance.

In this case the collective bargaining agreement authorizing compulsory retirement can also properly be taken into account. Parties may not generally contract out of a human rights statute. This rule resulted from the concern that there may be a great discrepancy in bar-

pèce, cependant, la Cour ne devrait pas être liée par les conclusions de la commission d'enquête. La Loi indique clairement qu'une norme de contrôle très large devrait s'appliquer. Il ressort clairement du libellé de la Loi que le législateur a voulu expressément que les cours d'appel examinent à nouveau la preuve et qu'elles tirent leurs propres conclusions de fait, si elles le jugent approprié. Le juge de la Cour du Banc de la Reine n'a entendu aucun témoignage de vive voix, mais il a plutôt réexaminé la preuve en se fondant sur la transcription de l'audience devant la commission d'enquête. La Cour d'appel et notre Cour se trouvent donc exactement dans la même position que le juge et ont à examiner exactement le même dossier, et les raisons de principe de s'en remettre aux conclusions de fait d'un tribunal de première instance ne s'appliquent pas.

Bien que la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *McKinney* puisse, jusqu'à un certain point, servir de guide, elle ne détermine pas l'issue de la présente affaire. En évaluant les arguments relatifs à la question de l'atteinte minimale dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*, les juges, à la majorité, dans l'affaire *McKinney* ont examiné la question de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent. Le fait de formuler ainsi la question impose au défendeur un fardeau de preuve beaucoup plus léger que celui que prescrit l'art. 11.1, qui oblige le défendeur à prouver que la politique discriminatoire, considérée objectivement, ne constitue qu'une atteinte minimale au droit en question. Bien qu'il n'y ait pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la politique pour laquelle la défenderesse a opté, d'autres facteurs peuvent fort bien être pertinents. Les tribunaux ont respecté le rôle unique des universités dans notre société en tant que centres autonomes d'érudition, de recherche et d'enseignement sauvegardés par la liberté universitaire, et ils ont hésité longuement au cours des années à s'immiscer dans les affaires universitaires. Le maintien de la liberté de l'enseignement et la garantie du renouvellement du corps professoral sont des questions très délicates qui ne se prêtent pas à une réponse simple et précise quant à la proportionnalité entre le fardeau de la preuve de la discrimination reprochée et les objectifs poursuivis. Les témoignages et les opinions d'administrateurs d'université compétents et expérimentés seront d'une importance particulière.

En l'espèce, il convient également de tenir compte de la convention collective autorisant la retraite obligatoire. Les parties ne peuvent pas, en règle générale, renoncer par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne. Cette règle s'inspire de la crainte qu'il

gaining power between the person contracting out of human rights legislation and the party receiving the benefit of that term. Labour codes are specifically designed to overcome or compensate any imbalance in bargaining power, however, and with these statutory safeguards in place collective agreements take on a new and important significance. A collective agreement may very well provide evidence of the reasonableness of a practice which appears on its face to be discriminatory. It should be shown, however, that the agreement was freely negotiated by parties with relatively equal bargaining positions and that it did not discriminate unfairly against minorities. Here the term of the collective agreement relating to compulsory retirement will apply to every member of the faculty association. Moreover, the union did not negotiate the term in a vacuum, but rather in the context of a system of tenure which protects all members of faculty from dismissal without just cause, and provides a pension scheme assuring the financial security of all retiring members of faculty.

The objectives of mandatory retirement were stated to be the preservation of tenure, the promotion of academic renewal, the facilitation of planning and resource management and the protection of "retirement with dignity" for faculty members. Like the objectives put forward in *McKinney*, in which they are subsumed, they are of sufficient significance to justify the limitation of a constitutional right to equality. The impugned retirement practice is rationally connected to the objectives cited. The retirement of faculty members at the age of 65 ensures that the university may readily predict the rate at which employees will leave the institution and that positions are opened for new faculty. Mandatory retirement also allows the university to renew its faculty by introducing younger members who may bring new perspectives to their disciplines. It provides a means of remedying the twofold problem of limited funding and a "bulge" in the age distribution of professors. As well, the policy supports the existence of a tenure system which creates barriers to the dismissal of faculty members thereby enhancing academic independence. In the university setting, mandatory retirement also withstands the minimal impairment test. No obvious alternative policy exists which would achieve the same results without restricting the individual rights of faculty members. Finally, the

n'existe une grande disparité en matière de pouvoir de négociation entre la personne qui renonce par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne et la partie qui tire profit de cette clause. Toutefois, les codes du travail sont conçus expressément pour permettre de surmonter ou de compenser tout déséquilibre en matière de pouvoir de négociation, et ces garanties légales font en sorte que les conventions collectives revêtent une importance nouvelle et considérable. Une convention collective peut fort bien démontrer le caractère raisonnable d'une pratique qui, de prime abord, semble discriminatoire. Il faudrait cependant prouver que la convention collective a été négociée librement par des parties ayant un pouvoir de négociation relativement égal et qu'elle n'est pas injustement discriminatoire envers des minorités. En l'espèce, la clause de la convention collective portant sur la retraite obligatoire s'applique à tous les membres de l'association des professeurs. De plus, le syndicat n'a pas négocié cette clause en l'absence de tout contexte, mais il l'a plutôt fait dans le cadre d'un système de permanence qui protège tous les membres du corps professoral contre le renvoi non motivé et qui établit un régime de pension assurant la sécurité financière de tous les membres du corps professoral qui prennent leur retraite.

Les objectifs de la retraite obligatoire ont été formulés ainsi: maintenir la permanence, promouvoir le renouvellement du corps professoral, faciliter la planification et la gestion des ressources et protéger la «mise à la retraite dans la dignité» pour les membres du corps professoral. Comme les objectifs énoncés dans l'arrêt *McKinney*, dans lesquels ils sont compris, ils sont suffisamment importants pour justifier la restriction d'un droit constitutionnel à l'égalité. La pratique de mise à la retraite contestée a un lien rationnel avec les objectifs cités. La mise à la retraite des professeurs qui atteignent l'âge de 65 ans permet à l'université de prévoir aisément le rythme de départ des employés et d'ouvrir des postes pour de nouveaux professeurs. La retraite obligatoire permet aussi à l'université de renouveler son corps professoral en intégrant des membres plus jeunes qui apportent de nouveaux points de vue dans leurs disciplines. Elle constitue un moyen de résoudre le double problème du financement limité et de l'existence d'un «gonflement» dans la répartition par âge des professeurs. De même, cette politique justifie l'existence d'un système de permanence qui crée des obstacles au renvoi des professeurs, favorisant ainsi leur indépendance. Dans le cadre de l'université, la retraite obligatoire résiste également au critère de l'atteinte minimale. Il n'y a pas d'autre politique évidente qui permette d'obtenir les mêmes résultats sans restreindre les droits indivi-



effects of the *prima facie* discrimination are proportional to the legitimate objectives served.

*Per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): Curial deference to the board of inquiry's findings of fact is consistent with both principle and precedent, and recognizes the "signal advantage" enjoyed by courts of first instance and administrative tribunals, which see and hear witnesses. A board's findings on social fact evidence should also be accorded some deference where these findings fall within the board's specific and primary mandate. A board whose determinations are not protected by a privative clause may be afforded less deference than a board which has the protection of such a clause, but this is only a question of degree.

In this case, it is clear that the trial judge appreciated the advantages enjoyed by the board, and that he relied on the board's findings of fact in making his own. This Court should accord the board's findings a similar measure of respect.

It has been established that human rights legislation is to receive a broad and purposive interpretation. Provisions which provide defences for discriminatory conduct must therefore be read narrowly. The analysis of s. 11.1 of the Act may be approached in a manner consistent with the model established in *R. v. Oakes*. The test for justifying discrimination under s. 11.1 is a strict one. This test requires the employer, in the face of a discriminatory practice, to prove the absence of a practical alternative to the discriminatory rule, satisfying a civil burden of proof. The flexible standard, whereby the defendant need not show that it adopted the least intrusive and offensive means of implementing policy, does not apply here. The rationale for the flexible standard is judicial deference to legislative choice, based on the idea that, with respect to resources and training, law makers are in a better position than courts to make policy choices between competing interests. This deference to legislative choice is completely unwarranted where, as here, the defendant is not a legislative body.

duels des membres du corps professoral. En dernier lieu, les effets de la discrimination à première vue sont proportionnels aux objectifs légitimes visés.

*Les* juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): La retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait de la commission d'enquête est conforme à la fois aux principes et à la jurisprudence et reconnaît l'«avantage capital» dont bénéficient les tribunaux de première instance et les tribunaux administratifs, qui voient et entendent des témoins. On devrait également traiter avec une certaine retenue les conclusions tirées par une commission et reposant sur des éléments de preuve fondés sur des faits sociaux lorsque ces conclusions relèvent du mandat particulier et principal de la commission. On peut faire preuve à l'égard d'une commission dont les décisions ne sont pas protégées par une clause privative d'une retenue moindre qu'à l'égard d'une commission qui jouit de la protection d'une telle clause, mais il ne s'agit là que d'une question de degré.

En l'espèce, il est évident que le juge de première instance s'est rendu compte de l'avantage dont bénéficiait la commission d'enquête et qu'il s'est fondé sur les conclusions de fait de la commission pour tirer sa propre conclusion. Notre Cour doit accorder le même respect aux conclusions de la commission d'enquête.

Il a été établi que les lois sur les droits de la personne doivent recevoir une interprétation à la fois large et fondée sur leur objectif. Il faut interpréter restrictivement les dispositions d'exception qui permettent de justifier des mesures discriminatoires. On peut aborder l'analyse de l'art. 11.1 de la Loi d'une manière conforme au modèle établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*. Le critère pour justifier une discrimination en vertu de l'art. 11.1 est un critère strict. Il exige que l'employeur, dans le cas d'une pratique discriminatoire, prouve l'absence d'une solution de rechange pratique à la règle discriminatoire et s'acquitte du fardeau de preuve civil. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer à l'espèce la norme souple en vertu de laquelle le défendeur n'a pas à démontrer qu'il a adopté, pour appliquer sa politique, le moyen qui porte le moins atteinte au droit en question. La norme souple a pour fondement la retenue judiciaire à l'égard du choix du législateur, en vertu de la notion selon laquelle, en matière de ressources et de formation, le législateur se trouve en meilleure position que les tribunaux pour effectuer des choix de principe entre des intérêts concurrents. Cette retenue à l'égard du choix du législateur est tout à fait injustifiée lorsque, comme en l'espèce, le défendeur n'est pas une assemblée législative.

The university's policy of mandatory retirement at age 65 is not reasonable and justifiable under s. 11.1 of the Act. First, since parties generally may not contract out of human rights legislation, a collective agreement is not evidence of the reasonableness of a discriminatory practice. The prohibition against waiver of human rights provisions arises not only from a concern about inequality in bargaining power, but also because the rights guaranteed by human rights codes are seen as inherent to the dignity of every individual within our society. While the existence of a collective agreement whereby employees agree to limit their own rights may exceptionally be a factor in considering the justifiability of an employer's discriminatory policy, any such agreement must be scrutinized to ensure that it does not discriminate unfairly against a minority of the union membership, and that it was freely negotiated. The particular context of the bargain, including relevant legislation in place at the time of its conclusion, may greatly mitigate its evidentiary weight, as is the case here. In the circumstances, the collective agreement between appellant and the university is not evidence of the reasonableness of its mandatory retirement policy.

In light of this Court's conclusions in *McKinney*, the university's stated objectives are pressing and substantial. The university's fears about how tenure might be affected should mandatory retirement be eliminated are insufficient, however, to prove a rational connection between its objective of preserving the tenure system and its discriminatory policy. Peer evaluation is a fair and equitable way of assessing professors in good faith, on the basis of their teaching, research and publication records, rather than on their age. Unless abused, it poses no threat to academic freedom, and in fact enhances the value of tenure by ensuring that incompetent professors, young or old, are dismissed. The university has also failed to prove a rational link between the goal of faculty renewal and its policy of mandatory retirement. The argument that mandatory retirement at a fixed age allows the university to open positions to younger academics, thereby at once allowing a fresh infusion of ideas into the institution and remedying the problem of underfunding, does not stand up to scrutiny. It is based on the false premise that older workers are uniformly less productive and original than their younger colleagues. Further, the elimination of mandatory retirement would have only a limited effect on the number of

La politique de mise à la retraite obligatoire à 65 ans de l'université n'est ni raisonnable ni justifiable en vertu de l'art. 11.1 de la Loi. D'abord, vu que, en règle générale, les parties ne peuvent renoncer par contrat aux lois sur les droits de la personne, une convention collective ne constitue pas une preuve du caractère raisonnable d'une pratique discriminatoire. L'interdiction de renoncer aux dispositions des lois sur les droits de la personne repose non seulement sur le souci d'assurer un équilibre en matière de pouvoir de négociation, mais également sur l'idée que les droits garantis par les codes des droits de la personne sont inhérents à la dignité de chaque personne au sein de notre société. Même si l'existence d'une convention collective par laquelle les employés consentent à limiter leurs droits peut exceptionnellement être un facteur à prendre en considération dans l'examen du caractère justifiable d'une politique discriminatoire de l'employeur, il faut examiner attentivement cette convention afin de s'assurer qu'elle n'entraîne pas une discrimination injuste envers une minorité des membres du syndicat, et qu'elle a été négociée librement. Le contexte particulier de la négociation, y compris les dispositions législatives pertinentes en vigueur au moment de sa conclusion, peuvent réduire grandement son caractère probant, comme c'est le cas en l'espèce. Dans les circonstances, la convention collective entre l'appelante et l'université n'établit pas le caractère raisonnable de la politique de retraite obligatoire de l'université.

Compte tenu des conclusions de notre Cour dans l'arrêt *McKinney*, les objectifs énoncés par l'université sont urgents et réels. Les craintes exprimées par l'université à propos des effets que l'élimination de la retraite obligatoire pourrait avoir sur la permanence ne suffisent pas cependant à établir l'existence d'un lien rationnel entre son objectif de préserver le système de permanence et sa politique discriminatoire. L'évaluation par les pairs est une façon juste et équitable d'évaluer les professeurs en toute bonne foi, en se fondant sur leur dossier d'enseignement, de recherche et de publications plutôt que sur leur âge. Sauf en cas d'abus, ce moyen ne menace aucunement la liberté universitaire; il se trouve, en fait, à accroître la valeur de la permanence en assurant le renvoi des professeurs incompetents, qu'ils soient jeunes ou vieux. L'université n'a pas non plus réussi à prouver l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif du renouvellement du corps professoral et sa politique de mise à la retraite obligatoire. L'argument portant qu'avec la retraite obligatoire à un âge précis, l'université peut offrir des postes à des professeurs plus jeunes, ce qui permet d'infuser des idées nouvelles dans l'institution et de résoudre le problème du financement limité, ne résiste pas à un examen approfondi. Il repose sur la

jobs for young academics owing, in part, to the small number of academics who actually wish to keep working beyond the normal retirement age. The institutional planning argument, according to which mandatory retirement is necessary because it allows the administration to plan ahead, should also be dismissed. Other variables, such as resignations, deaths, and early retirement, are predicted with relative certainty by means of statistical forecasts. The slight inconvenience which inevitably remains cannot alone be used as a justification for the denial of equality on the basis of age. The retirement with dignity argument depends entirely on the idea that professors who reach the age of 65 must necessarily fear assessment on the basis of their performance, because that performance has necessarily declined rapidly with age. Given that the evidence conclusively refutes the myth of universal decline, and that peer evaluation is an effective tool for identifying incompetence, this proposition clearly fails at the outset. The policy of mandatory retirement does not in any event meet the minimal impairment test. Peer evaluations, based on objective assessment, offer a far more dignified approach to academic work and are thus infinitely preferable. Encouragement of early retirement is another non-discriminatory alternative that would achieve the university's goals. Finally, the devastating effects that forced retirement has on a worker's finances, health, and self-esteem are grossly disproportionate to any advantages the university gains by its discriminatory practice.

*Per Sopinka J. (dissenting):* The conclusion and for the most part the reasons of L'Heureux-Dubé J. were agreed with. In *McKinney* this Court decided that mandatory retirement at a specified age was not constitutionally impermissible. Parliament or a provincial legislature by appropriate legislation could prohibit or permit it. The province of Alberta, in s. 11.1 of its *Individual's Rights Protection Act*, has left the decision to employers and employees provided that where mandatory retirement is resorted to, the employer must satisfy a board of inquiry that this discriminatory practice is reasonable and justifiable.

fausse prémisse selon laquelle les travailleurs les plus âgés sont uniformément moins productifs et originaux que leurs collègues plus jeunes. En outre, l'élimination de la retraite obligatoire aurait seulement un effet limité sur le nombre d'emplois pour de jeunes professeurs à cause, en partie, du petit nombre de professeurs qui désirent vraiment continuer à travailler au-delà de l'âge normal de la retraite. Il faudrait également rejeter l'argument de la planification de l'établissement, selon lequel la mise à la retraite obligatoire est nécessaire parce qu'elle permet à la direction de planifier. D'autres variables, comme les démissions, les décès et la retraite anticipée, sont prévues avec une certitude relative grâce à des prévisions statistiques. Le léger inconvénient qui subsiste inévitablement ne peut servir à lui seul à justifier une atteinte à l'égalité fondée sur l'âge. L'argument fondé sur la mise à la retraite avec dignité dépend entièrement de l'idée selon laquelle les professeurs qui atteignent l'âge de 65 ans doivent nécessairement craindre d'être évalués en fonction de leur rendement, car invariablement, ce rendement décline rapidement avec l'âge. Puisque la preuve réfute de façon concluante le mythe du déclin universel et que l'évaluation par les pairs est un outil efficace pour déceler l'incompétence, d'entrée de jeu, cette proposition n'est manifestement pas fondée. La politique de mise à la retraite obligatoire ne satisfait en aucune façon au critère de l'atteinte minimale. Parce qu'elles sont fondées sur une appréciation objective, les évaluations par les pairs offrent une façon beaucoup plus digne de traiter le travail universitaire et sont donc infiniment préférables. L'incitation à la retraite anticipée est une autre mesure non discriminatoire qui permettrait d'atteindre les objectifs de l'université. Enfin, les effets dévastateurs de la retraite forcée sur la situation financière, la santé et la dignité d'un travailleur sont grandement disproportionnés à tout avantage que peut retirer l'université de sa pratique discriminatoire.

*Le juge Sopinka (dissident):* Il est d'accord avec la conclusion et la majeure partie des motifs du juge L'Heureux-Dubé. Dans l'arrêt *McKinney*, notre Cour a décidé que la retraite obligatoire à un âge déterminé n'est pas inacceptable du point de vue constitutionnel. Le Parlement ou une assemblée législative peut, par une loi appropriée, l'autoriser ou l'interdire. À l'article 11.1 de son *Individual's Rights Protection Act*, la province d'Alberta a laissé cette décision aux employeurs et employés sous réserve que, si on adopte la retraite obligatoire, l'employeur doit convaincre une commission d'enquête que cette pratique discriminatoire est raisonnable et justifiable.

The jurisprudence developed with respect to s. 1 of the *Charter* is a useful guide in applying s. 11.1. In determining whether the proportionality factor has been met, the Court should not defer to the decision of an employer in the same way as in the case of a governmental actor. The tests developed for the application of s. 1 of the *Charter* and the defence to discrimination under human rights legislation are similar. While the former as expounded in *Oakes* is more elaborate, they both require that the impugned measure bear a rational relationship to a legitimate objective. The test is whether the requirement is "reasonably necessary" to assure the performance of the job. This is a question of fact to be determined by a board of inquiry subject to appeal proceedings. All the circumstances must be taken into account, including any agreement or collective agreement between the employer and employees. This is a factor, but in this case it has little or no weight.

The appeal should be allowed because the board of inquiry found on the evidence that the connection between the university's objective and its mandatory retirement policy was weak. Moreover, the board found that there were other more reasonable means for the university to achieve its objectives. No valid reason for disturbing these findings has been made out.

#### Cases Cited

By Cory J.

**Considered:** *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; **referred to:** *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Klimashewski v. Klimashewski Estate*, [1987] 2 S.C.R. 754; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada*,

La jurisprudence relative à l'article premier de la *Charte* constitue un guide utile dans l'application de l'art. 11.1. Pour déterminer si on a respecté le critère de proportionnalité, la Cour ne devrait pas montrer, face à la décision d'un employeur, la même retenue que s'il s'agissait de la décision d'un acteur gouvernemental. Le critère mis au point pour l'application de l'article premier de la *Charte* et celui qui a trait au moyen de défense opposable à une accusation de discrimination portée en vertu d'une loi sur les droits de la personne sont similaires. Bien que le premier, énoncé dans l'arrêt *Oakes*, soit plus complexe, tous les deux exigent que la mesure contestée ait un lien rationnel avec un objectif légitime. Le critère sert à déterminer si l'exigence en matière d'emploi est «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution du travail. C'est une question de fait que doit trancher une commission d'enquête sous réserve des procédures d'appel. Il faut tenir compte de toutes les circonstances, y compris toute entente ou toute convention collective intervenue entre l'employeur et les employés. C'est un facteur, mais il a peu ou pas de valeur en l'espèce.

Le pourvoi devrait être accueilli parce que la commission d'enquête a conclu, suivant la preuve, que le lien entre l'objectif de l'université et sa politique de retraite obligatoire est faible. En outre, la commission a conclu qu'il existe d'autres moyens plus raisonnables qui permettraient à l'université d'atteindre ses objectifs. On n'a présenté aucune raison valable de modifier ces conclusions.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêt examiné:** *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; **arrêts mentionnés:** *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Klimashewski c. Succession Klimashewski*, [1987] 2 R.C.S. 754; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990]

*Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Harrison v. University of British Columbia* (1986), 30 D.L.R. (4th) 206; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Klimashewski v. Klimashewski Estate*, [1987] 2 S.C.R. 754; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay (1977)*, 17 O.R. (2d) 712; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immi-*

*3 R.C.S. 644; Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150.

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

*Harrison c. University of British Columbia* (1986), 30 D.L.R. (4th) 206; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Klimashewski c. Succession Klimashewski*, [1987] 2 R.C.S. 754; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay (1977)*, 17 O.R. (2d) 712; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Tétreault-Gadoury c. Canada*

*gration Commission*), [1991] 2 S.C.R. 22; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150.

By Sopinka J. (dissenting)

*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351.

#### Statutes and Regulations Cited

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 518.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15.  
*Charter Omnibus Act*, S.A. 1985, c. 15, s. 14.  
*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, ss. 7 [am. 1990, c. 23, s. 4], 11.1 [ad. 1985, c. 33, s. 5], 31(1), 33, 38(a) [rep. & sub. 1985, c. 15, s. 14].  
*Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, c. 2, s. 6.  
*Individual's Rights Protection Amendment Act*, 1985, S.A. 1985, c. 33, s. 5.  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 42(3).  
*Universities Academic Pension Act*, R.S.A. 1980, c. U-6.  
*Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, c. 36, s. 9.  
*Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, c. U-6.1.

#### Authors Cited

*Alberta Hansard*, May 21, 1985, p. 1085.  
 Blackburn, Robert T. and Janet H. Lawrence. "Aging and the Quality of Faculty Job Performance" (1986), 23 *Review of Educational Research* 265.  
 Cole, Stephen. "Age and Scientific Performance" (1979), 84 *Am. J. Soc.* 958.  
 Ford, Robert C. and Myron D. Fottler. "Flexible Retirement: Slowing Early Retirement of Productive Older Employees", [1985] *Human Resource Planning* 147.  
 Krashinsky, Michael. "The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human

*(Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150.

<sup>a</sup> Citée par le juge Sopinka (dissident)

*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351.

#### Lois et règlements cités

<sup>d</sup> *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 518.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15.  
*Charter Omnibus Act*, S.A. 1985, ch. 15, art. 14.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 42(3).  
<sup>e</sup> *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 7 [mod. 1990, ch. 23, art. 4], 11.1 [aj. 1985, ch. 33, art. 5], 31(1), 33, 38a) [abr. & rempl. 1985, ch. 15, art. 14].  
<sup>f</sup> *Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, ch. 2, art. 6.  
*Individual's Rights Protection Amendment Act*, 1985, S.A. 1985, ch. 33, art. 5.  
*Universities Academic Pension Act*, R.S.A. 1980, ch. U-6.  
<sup>g</sup> *Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, ch. 36, art. 9.  
*Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, ch. U-6.1.

#### <sup>h</sup> Doctrine citée

*Alberta Hansard*, May 21, 1985, p. 1085.  
 Blackburn, Robert T. and Janet H. Lawrence. «Aging and the Quality of Faculty Job Performance» (1986), 23 *Review of Educational Research* 265.  
<sup>i</sup> Cole, Stephen. «Age and Scientific Performance» (1979), 84 *Am. J. Soc.* 958.  
 Ford, Robert C. and Myron D. Fottler. «Flexible Retirement: Slowing Early Retirement of Productive Older Employees», [1985] *Human Resource Planning* 147.  
<sup>j</sup> Krashinsky, Michael. «The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human

- Rights Need Not Conflict" (1988), XIV *Canadian Public Policy* 40.
- Necheles-Jansyn, Ruth F. "Retirement in Academe: Special Case or Social Model?", [1983] *Aging and Work* 175.
- Ontario. Commission on the Future Development of the Universities of Ontario. *Ontario Universities: Options and Futures*. Toronto: The Commission, 1984.
- Reid, Frank. *Economic Aspects of Mandatory Retirement*. Toronto: Centre for Industrial Relations and Department of Economics, University of Toronto, 1987.
- Roadburg, Alan. *Aging: Retirement, Leisure and Work in Canada*. Toronto: Methuen, 1984.
- Walker, James W. and Harriet L. Lazer. *The End of Mandatory Retirement: Implications for Management*. New York: John Wiley & Sons, 1978.
- APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377, reversing a judgment of Murray J. (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403, affirming a decision of a Board of Inquiry (1987), 9 C.H.R.R. D/4468, upholding appellant's complaint of unlawful discrimination. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.
- Sheila J. Greckol and Jo-Ann R. Kolmes*, for the appellant.
- Peter M. Owen, Q.C.*, and *Greg A. Harding*, for the respondents the Governors of the University of Alberta.
- J. Leslie Wallace and Sarah FitzGerald*, for the respondent the Alberta Human Rights Commission.
- The judgment of La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by
- CORY J.—At issue on this appeal is whether the mandatory retirement policy for faculty of the University of Alberta contravenes the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, of that
- Rights Need Not Conflict» (1988), XIV *Analyse de politiques* 40.
- Necheles-Jansyn, Ruth F. «Retirement in Academe: Special Case or Social Model?», [1983] *Aging and Work* 175.
- Ontario. Commission on the Future Development of the Universities of Ontario. *Ontario Universities: Options and Futures*. Toronto: The Commission, 1984.
- Reid, Frank. *Economic Aspects of Mandatory Retirement*. Toronto: Centre for Industrial Relations and Department of Economics, University of Toronto, 1987.
- Roadburg, Alan. *Aging: Retirement, Leisure and Work in Canada*. Toronto: Methuen, 1984.
- Walker, James W. and Harriet L. Lazer. *The End of Mandatory Retirement: Implications for Management*. New York: John Wiley & Sons, 1978.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377, qui a infirmé le jugement du juge Murray (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403, qui avait confirmé une décision d'une commission d'enquête (1987), 9 C.H.R.R. D/4468, qui avait maintenu la plainte de discrimination illicite portée par l'appelante. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents.
- Sheila J. Greckol et Jo-Ann R. Kolmes*, pour l'appelante.
- Peter M. Owen, c.r.*, et *Greg A. Harding*, pour les intimés les gouverneurs de l'Université de l'Alberta.
- J. Leslie Wallace et Sarah FitzGerald*, pour l'intimée l'Alberta Human Rights Commission.
- Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par
- LE JUGE CORY—Il s'agit de déterminer en l'espèce si la politique de retraite obligatoire applicable au corps professoral de l'Université de l'Alberta viole l'*Individual's Rights Protection Act*,

province and if it does whether the policy can be justified under s. 11.1 of that Act.

R.S.A. 1980, ch. I-2, de cette province et, dans l'affirmative, si elle peut être justifiée en vertu de l'art. 11.1 de cette loi.

### Factual Background

On June 24, 1975 the University of Alberta hired the appellant Dr. Olive Patricia Dickason. On June 22, 1976 Dr. Dickason signed a contract in which she specifically agreed to be bound by the Academic Staff Agreement between the University and the Association of Academic Staff of the University of Alberta (AASUA). Article 18.01 of the agreement provided a normal retirement date for staff members at the age of 65 years. The appellant was appointed an assistant professor on July 1, 1976. On July 1, 1978, the Academic Staff Agreement was re-named as the Faculty Agreement. Article 18.01 was amended to refer to new pension legislation; 65 remained the age of retirement. On November 2, 1979 the University awarded her tenure, pursuant to the provisions of the Faculty Agreement. On June 1, 1985, Dr. Dickason was promoted to the position of full professor. On June 30, 1985, the University retired Dr. Dickason, pursuant to the terms of art. 18.01 of the Faculty Agreement. She was appointed professor emeritus, an indication of the esteem in which she was held. Indeed, her competence as a professor was never questioned.

Dr. Dickason filed a complaint alleging that her forced retirement was a violation of the *Individual's Rights Protection Act* (the "IRPA"). A Board of Inquiry was appointed and ruled in her favour: (1987), 9 C.H.R.R. D/4468. The University appealed this result to the Court of Queen's Bench without success: (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403. A further appeal was taken by the University to the Court of Appeal and that Court overturned the Board's decision: (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377. It is from that decision that this appeal is brought.

### <sup>a</sup> Les faits

Le 24 juin 1975, l'Université de l'Alberta a engagé l'appelante, Olive Patricia Dickason, titulaire d'un doctorat. Le 22 juin 1976, M<sup>me</sup> Dickason a signé un contrat dans lequel elle consentait expressément à être liée par la convention dite Academic Staff Agreement conclue entre l'Université et l'Association of Academic Staff of the University of Alberta (AASUA). L'article 18.01 de la convention fixait à 65 ans l'âge normal de la retraite du personnel. L'appelante a été nommée professeure adjointe le 1<sup>er</sup> juillet 1976. Le 1<sup>er</sup> juillet 1978, on a donné à l'Academic Staff Agreement le nouveau nom de Faculty Agreement (la «convention»). L'article 18.01 a été modifié de façon à se reporter à la nouvelle loi sur les pensions; l'âge de la retraite est demeuré à 65 ans. Le 2 novembre 1979, l'Université a accordé la permanence à l'appelante, conformément aux dispositions de la convention. Le 1<sup>er</sup> juin 1985, M<sup>me</sup> Dickason a été promue au poste de professeure titulaire. Le 30 juin 1985, l'Université a mis M<sup>me</sup> Dickason à la retraite conformément aux dispositions de l'art. 18.01 de la convention. L'appelante a été nommée professeure émérite, ce qui montre l'estime qu'on avait pour elle. En fait, sa compétence de professeure n'a jamais été mise en doute.

M<sup>me</sup> Dickason a déposé une plainte dans laquelle elle alléguait que sa mise à la retraite forcée viole l'*Individual's Rights Protection Act* (l'«IRPA»). La commission d'enquête constituée pour examiner la plainte a tranché en sa faveur: (1987), 9 C.H.R.R. D/4468. L'Université en a appelé sans succès de cette décision devant la Cour du Banc de la Reine: (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403. Elle a porté sa cause devant la Cour d'appel, qui a renversé la décision de la commission: (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377. Le présent pourvoi porte sur cet arrêt.



Pertinent Legislation

A brief history of the pertinent human rights and pension legislation must be given as these Acts were amended over the years that Dr. Dickason was a member of the Faculty of the University. On January 1, 1973, the *Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, c. 2, came into force. It prohibited employment discrimination on the basis of age. However the protected age group was limited to those between 45 and 65 years of age. On July 1, 1978 the province proclaimed the *Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, c. 36. This provided that every member of the pension plan shall retire on "the normal retirement date" which was stated to be the age of 65 (s. 9). In 1985 the *IRPA* was amended by the introduction of a provision allowing exceptions to the bar against discrimination where it was "reasonable and justifiable" (*Individual's Rights Protection Amendment Act*, 1985, S.A. 1985, c. 33, s. 5). On April 18, 1985 the province introduced the *Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, c. U-6.1. This Act replaced the previous pension legislation and came into force November 1, 1985. The new legislation provided for "a normal pensionable date" of 65 years and allowed the participation of all employees in the plan, including those over that age. On June 5, 1985 the *Charter Omnibus Act*, S.A. 1985, c. 15, was passed. This removed the cap of 65 years on the age definition contained in the *IRPA*.

Legislation*Individual's Rights Protection Act*

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or

(b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

Les lois pertinentes

Il est nécessaire de faire un bref historique des lois pertinentes en matière de droits de la personne et de pensions étant donné qu'elles ont été modifiées au cours des années pendant lesquelles M<sup>me</sup> Dickason a été membre du corps professoral de l'Université. Le 31 janvier 1973, l'*Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, ch. 2, est entrée en vigueur. Cette loi interdisait la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. Le groupe d'âge protégé se limitait toutefois aux personnes âgées de 45 à 65 ans. Le 1<sup>er</sup> juillet 1978, la province a promulgué l'*Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, ch. 36. Cette loi prévoyait que tout membre du régime de pension devait prendre sa retraite à [TRADUCTION] «l'âge normal de la retraite», qui était fixé à 65 ans (art. 9). En 1985, l'*IRPA* fut modifiée par l'adjonction d'une disposition autorisant des exceptions à l'interdiction de discrimination lorsque cela était [TRADUCTION] «raisonnable et justifiable» (*Individual's Rights Protection Amendment Act*, 1985, S.A. 1985, ch. 33, art. 5). Le 18 avril 1985, la province a adopté l'*Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, ch. U-6.1. Cette loi, qui remplaçait la loi antérieure sur les pensions, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1985. La nouvelle loi fixait à 65 ans [TRADUCTION] «l'âge normal de la retraite» et permettait à tous les employés, y compris ceux qui avaient plus de 65 ans de participer au régime de pension. Le 5 juin 1985, la *Charter Omnibus Act*, S.A. 1985, ch. 15, fut adoptée. Cette loi abolissait la limite supérieure de 65 ans imposée dans la définition du mot âge contenue dans l'*IRPA*.

La loi*Individual's Rights Protection Act*

[TRADUCTION] 7(1) Aucun employeur ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) refuser d'employer ou de continuer à employer une personne, ni

b) faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person.

11.1 A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances.

33(1) A party to a proceeding before a board of inquiry may appeal the order of the board to the Court of Queen's Bench by originating notice filed with the clerk of the Court of the judicial district in which the inquiry was held.

(2) If the grounds of appeal consist wholly or partly of a question of fact or mixed fact and law, no appeal lies without the leave of a judge of the Court of Queen's Bench.

. . .

(4) The judge may, after taking into consideration any matters that he considers appropriate, grant leave to appeal under subsection (2).

. . .

(6) The Court may confirm, reverse or vary the order of the board and may make any order that the board can make under section 31.

(The wording in s. 33 has since been altered, S.A. 1990, c. 23, s. 14.)

38 In this Act,

(a) "age" means 18 years of age or older;

#### Proceedings in the Courts Below

##### *Board of Inquiry*

The Chairman of the Board of Inquiry found that the University policy of mandatory retirement at age 65 contravened the law. He observed that s. 7 of the *IRPA* prohibits discrimination on the basis of age. Once that infringement was established the onus then shifted to the employer to show that the discrimination was reasonable and

en raison de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, des déficiences physiques ou mentales, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine de cette personne ou d'une autre personne.

11.1 Toute dérogation à la présente loi dont l'auteur présumé démontre qu'elle était raisonnable et justifiable, eu égard aux circonstances, est réputée ne pas avoir eu lieu.

33(1) Toute partie à une procédure engagée devant une commission d'enquête peut interjeter appel de l'ordonnance de la commission devant la Cour du Banc de la Reine en déposant un avis de requête au greffe de la cour du district judiciaire dans lequel s'est tenue l'enquête.

(2) Si les moyens invoqués reposent en totalité ou en partie sur une question de fait ou sur une question mixte de droit et de fait, l'appel ne peut être interjeté sans l'autorisation d'un juge de la Cour du Banc de la Reine.

. . .

(4) Après avoir tenu compte de toute question qu'il estime appropriée, le juge peut accorder l'autorisation d'interjeter appel en vertu du paragraphe (2).

. . .

(6) La Cour peut confirmer, renverser ou modifier l'ordonnance de la commission d'enquête et rendre toute ordonnance que la commission peut rendre en vertu de l'article 31.

(La formulation de l'art. 33 a été modifiée depuis, S.A. 1990, ch. 23, art. 14.)

38 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi:

a) «âge» Dix-huit ans et plus.

#### Les procédures devant les tribunaux d'instance inférieure

##### *La commission d'enquête*

Le président de la commission d'enquête a conclu que la politique de l'Université concernant la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans violait la loi. Il a fait remarquer que l'art. 7 de l'*IRPA* interdit toute discrimination fondée sur l'âge. Dès qu'une telle violation est établie, il y a déplacement du fardeau de la preuve et l'employeur doit démontrer

justifiable pursuant to s. 11.1 of the *IRPA*. The Chairman observed that human rights legislation is fundamental law. As a result, in his view, s. 11.1 should be interpreted restrictively so as to ensure that a right was limited only in "compelling circumstances".

He found that the similarity in wording and legislative purpose between s. 11.1 of the *IRPA* and s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was such that the *Oakes* test should be used as a guide to the application of s. 11.1 of the *IRPA*. Using that test he found that the University's objectives, namely retirement with dignity, planning, academic renewal and preservation of the tenure system, were of sufficient importance to warrant overriding s. 7. He found as well that mandatory retirement was connected to all four objectives of the University. However, he concluded that the policy did not survive the minimal impairment test.

The Chairman specifically rejected the University's submission that the collective agreement justified the forced retirement of Professor Dickason. Rather, it was his opinion that the collective agreement in providing for mandatory retirement of faculty members represented an impermissible attempt to contract out of the *IRPA*.

In the result he ordered that Dr. Dickason be reinstated with compensation for her loss of income and benefits.

#### *Court of Queen's Bench*

The judge of first instance agreed that the rights guaranteed by provincial human rights statutes should be protected to the same degree as comparable ones guaranteed in the *Charter*. He, too, found that the criteria for limiting *Charter* rights in accordance with s. 1 should be used as a guide to applying s. 11.1 of the *IRPA*. He concluded that

que la discrimination est raisonnable et justifiable conformément à l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Le président a noté que la loi sur les droits de la personne est une loi fondamentale. Par conséquent, l'art. 11.1 devrait, selon lui, recevoir une interprétation stricte de manière qu'un droit ne puisse être restreint que dans des [TRADUCTION] «circonstances où cela est absolument nécessaire».

Il a conclu que l'art. 11.1 de l'*IRPA* et l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont si semblables sur le plan de leur formulation et de l'objet législatif visé qu'il y avait lieu d'utiliser le critère de l'arrêt *Oakes* comme guide pour appliquer l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Après avoir appliqué ce critère, il a conclu que les objectifs de l'Université, à savoir la mise à la retraite dans la dignité, la planification, le renouvellement du corps professoral et le maintien du système de permanence, sont suffisamment importants pour justifier une dérogation à l'art. 7. Il a en outre constaté que la retraite obligatoire a un lien avec les quatre objectifs de l'Université. Il a toutefois conclu que la politique ne résiste pas à l'application du critère de l'atteinte minimale.

Le président a expressément rejeté la prétention de l'Université selon laquelle la convention collective justifiait la mise à la retraite forcée du professeur Dickason. Il était plutôt d'avis qu'en prescrivant la retraite obligatoire pour les membres du corps professoral, la convention collective représentait une tentative inadmissible de renoncer par contrat à l'application de l'*IRPA*.

En définitive, il a ordonné la réintégration de Mme Dickason avec indemnisation pour la perte de revenu et d'avantages sociaux qu'elle avait subie.

#### *La Cour du Banc de la Reine*

Le juge de première instance a reconnu que les droits garantis par les lois provinciales sur les droits de la personne devraient être protégés au même titre que les droits comparables que garantit la *Charte*. Il a lui aussi conclu que les critères applicables à la restriction des droits garantis par la *Charte* conformément à l'article premier devraient

three of the objectives proposed by the University were sufficiently pressing and substantial to justify overriding the s. 7 right although he expressed some doubts as to whether the “retirement with dignity” objective could be sufficient to override s. 7. He concluded however that the University had not satisfied the onus resting upon it of demonstrating that mandatory retirement was rationally connected to those objectives. If it were required he would also have found that the minimal impairment requirement had not been satisfied by the University.

#### *Alberta Court of Appeal*

The Court of Appeal rejected the submission that it should not interfere in findings of fact made by the chambers judge. In doing so it observed that the chambers judge had relied on precisely the same record that was made available on the appeal. The court considered the case in light of the judgment of this Court in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. It noted that La Forest J. had held that universities were not government actors within the scope of the *Charter* but had then gone on to analyze the mandatory retirement requirement on the hypothetical basis that universities were in fact government actors. The Court of Appeal agreed with the chambers judge that an employer should not receive the “benefit of the doubt legislators may be extended”. That is to say, the court was of the view that the deference extended by the courts to legislators should not apply to private employers. The Court of Appeal went on to assume that La Forest J. did not adopt a position of deference when considering the application of s. 1 to universities. It concluded on that basis that the issue in the case at bar was rendered moot and that the university must succeed.

servir de guide à l’application de l’art. 11.1 de l’IRPA. Il a statué que trois des objectifs proposés par l’Université étaient suffisamment urgents et réels pour justifier la suppression du droit garanti par l’art. 7, encore qu’il ait exprimé certains doutes quant à savoir si l’objectif de «mise à la retraite dans la dignité» pouvait être suffisant pour justifier une dérogation à l’art. 7. Il a toutefois conclu que l’Université ne s’était pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que la retraite obligatoire avait un lien rationnel avec ces objectifs. Si cela avait été nécessaire, il aurait aussi conclu que l’Université n’avait pas satisfait à l’exigence d’atteinte minimale.

#### *La Cour d’appel de l’Alberta*

La Cour d’appel a rejeté la prétention selon laquelle elle ne devrait pas modifier les conclusions de fait tirées par le juge en chambre. Ce faisant, elle fait remarquer que le juge en chambre s’est fondé exactement sur le même dossier que celui qui a été produit en appel. La cour examine l’affaire à la lumière de l’arrêt de notre Cour *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Elle fait remarquer que le juge La Forest y conclut que les universités ne sont pas des acteurs gouvernementaux relevant de la *Charte*, mais qu’il a ensuite procédé à l’analyse de l’exigence de la mise à la retraite obligatoire en supposant que les universités sont, à vrai dire, des acteurs gouvernementaux. La Cour d’appel partage l’opinion du juge en chambre selon laquelle il n’y a pas lieu d’accorder à un employeur [TRADUCTION] «le bénéfice du doute qui peut être laissé au législateur». En d’autres termes, la cour estime qu’il n’y a pas lieu pour les tribunaux de manifester envers un employeur privé la retenue dont ils font preuve envers le législateur. La Cour d’appel suppose que le juge La Forest n’a pas adopté une attitude de retenue lorsqu’il a examiné la question de l’application aux universités de l’article premier. Ainsi, elle a conclu que la question en litige en l’espèce est devenue purement théorique et que l’Université doit obtenir gain de cause.

Issues

Two issues are presented in this appeal.

1. Did the Court of Appeal err in concluding that the retirement policy of the University was justified pursuant to s. 11.1 of the *IRPA*?

2. Should this Court or the Court of Appeal disturb the findings of fact which were made by the Board of Inquiry and the Court of Queen's Bench?

Analysis*The Statutory Scheme Which Applied to Dr. Dickason*

Before the merits of this appeal can be explored an explanation must be given as to the statutes which will be considered. At the date of Dr. Dickason's retirement in June 1985 the *Universities Academic Pension Act* contained a provision which mandated the retirement of faculty members at the age of 65. The new legislation which removed the mandatory retirement age had not yet been proclaimed. Thus, in June 1985 the University of Alberta was required by legislation to enforce the retirement of Dr. Dickason. The University could have raised this statutory requirement to support its defence that the retirement practice was reasonable. It chose not to do so. At the hearing, appellant's counsel explained that the parties had agreed to proceed as if the amendments to the pension legislation had been proclaimed before Dr. Dickason retired. Accordingly, it is not necessary to consider the appellant's submission, referred to in oral argument, that the *IRPA* guarantee against age discrimination without an age cap had primacy over the pension legislation. Rather, the appeal can be considered in the context of the relevant legislation in its present form.

Les questions en litige

Deux questions sont soulevées dans le présent pourvoi.

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la politique de mise à la retraite de l'Université était justifiée aux termes de l'art. 11.1 de l'*IRPA*?

2. Y a-t-il lieu, pour notre Cour ou pour la Cour d'appel, de modifier les conclusions de fait tirées par la commission d'enquête et la Cour du Banc de la Reine?

Analyse*Le régime législatif qui s'appliquait à M<sup>me</sup> Dickason*

Avant de procéder à l'examen au fond du présent pourvoi, il faut donner une explication au sujet des lois qui seront examinées. À la date de la mise à la retraite de M<sup>me</sup> Dickason en juin 1985, l'*Universities Academic Pension Act* comportait une disposition prescrivant la mise à la retraite des membres du corps professoral à l'âge de 65 ans. La nouvelle disposition législative qui a supprimé l'âge obligatoire de la retraite n'avait pas encore été promulguée. Ainsi, en juin 1985, l'Université de l'Alberta était tenue, en vertu de la loi, de mettre M<sup>me</sup> Dickason à la retraite. L'Université aurait pu invoquer cette exigence légale à l'appui de son moyen de défense fondé sur le caractère raisonnable de la pratique de la mise à la retraite. Elle a jugé bon de ne pas le faire. À l'audience, l'avocat de l'appelante a expliqué que les parties avaient convenu de faire comme si les modifications apportées à la loi sur les pensions avaient été promulguées avant que M<sup>me</sup> Dickason prenne sa retraite. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la thèse de l'appelante, dont il a été fait mention dans la plaidoirie, selon laquelle la protection qu'offre l'*IRPA* contre la discrimination fondée sur l'âge, sans limite supérieure d'âge, l'emporte sur la loi sur les pensions. Le pourvoi peut plutôt être examiné en fonction de la loi pertinente sous sa forme actuelle.

*Age Discrimination*

Section 7 of the *IRPA* prohibits discrimination in employment on the basis of race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin. Dr. Dickason's competence has never been questioned by the University. In these circumstances it is not unexpected that the parties agree that the impugned policy of compulsory retirement contravenes s. 7 of the *IRPA*. The sole question is whether the practice is justifiable pursuant to the provisions of s. 11.1 of the *IRPA*.

*Section 11.1 of the IRPA*

Section 11.1 of the *IRPA* provides that discrimination on a prohibited ground will be permitted if the defendant (University) establishes that the breach was reasonable and justifiable in the circumstances. The appellant contends that the University failed to meet the onus of proof it bears as an employer to satisfy the test set out in this section. The resolution of this appeal will turn upon the interpretation of the justification defence provided by the section.

*What is the Nature of the Test Set by s. 11.1?*

Although this Court has not yet considered the application of this section, a number of cases have dealt generally with the interpretation of human rights statutes. Dickson C.J. set out the guiding principles in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper

*Discrimination fondée sur l'âge*

L'article 7 de l'*IRPA* interdit toute discrimination en matière d'emploi fondée sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, les déficiences physiques ou mentales, l'état matrimonial, l'âge, l'ascendance ou le lieu d'origine. L'Université n'a jamais mis en doute la compétence de Mme Dickason. Dans ces circonstances, il n'est pas étonnant que les parties reconnaissent que la politique de retraite obligatoire contestée déroge à l'art. 7 de l'*IRPA*. Il ne reste qu'à déterminer si cette pratique est justifiable conformément aux dispositions de l'art. 11.1 de l'*IRPA*.

*L'article 11.1 de l'IRPA*

L'article 11.1 de l'*IRPA* prévoit que la discrimination fondée sur un motif interdit sera permise si la défenderesse (l'Université) établit que la dérogation était raisonnable et justifiable eu égard aux circonstances. L'appelante prétend que l'Université ne s'est pas acquittée de l'obligation qui lui incombe en matière de preuve, à titre d'employeur, de satisfaire au critère énoncé dans cet article. L'issue du présent pourvoi dépendra de l'interprétation qui sera donnée au moyen de défense fondé sur la justification prévu par cet article.

*Quelle est la nature du critère établi par l'art. 11.1?*

Bien que notre Cour n'ait pas encore examiné l'application de cet article, certaines affaires ont porté d'une manière générale sur l'interprétation des lois sur les droits de la personne. Le juge en chef Dickson en a énoncé les principes directeurs dans *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, à la p. 1134:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les

impact. Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which asserts that statutes are deemed to be remedial and are thus to be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained.

The right against discrimination provided in human rights statutes will be subject to any defence provided by those same statutes to those who discriminate. However, as McIntyre J. recognized in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, a defence which allows discrimination to continue stands as an exception to the rule of non-discrimination. In *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, this Court held that while rights should receive a broad interpretation, defences to the exercise of those rights should be interpreted narrowly. Current human rights enactments seek to broaden the impact of individual rights, yet they strive to provide a balancing mechanism so that the many competing interests of society can be accommodated. For example, the *Charter* provides such a means of balancing by way of s. 1. Indeed, the parties to this appeal stressed the similarities that exist between s. 1 of the *Charter* and s. 11.1 of the *IRPA*. Both sections require that those who are *prima facie* in breach of the provisions of the Act establish that the breach is "reasonable and justifiable". I think it can be taken that the similarity exists between the *Charter* and the *IRPA* because they are designed to serve many of the same functions.

The resemblance between the two sections is apparent on their face. Indeed, the legislature of Alberta did rely upon s. 1 of the *Charter* as a model when the amendments of the *IRPA* were enacted. See *Alberta Hansard*, May 21, 1985, p. 1085. The fact that the two sections are remarkably similar and fulfil comparable roles should be taken into account when interpreting them. Yet it

minimiser ou à diminuer leur effet. Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu'offre la *Loi d'interprétation* fédérale lorsqu'elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Le droit à la protection contre la discrimination prévu par les lois sur les droits de la personne est assujéti aux moyens de défense que ces mêmes lois accordent aux auteurs de discrimination. Toutefois, comme l'a reconnu le juge McIntyre dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, un moyen de défense qui permet à la discrimination de se poursuivre constitue une exception à la règle de non-discrimination. Dans *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, notre Cour a conclu que, bien que les droits doivent recevoir une interprétation large, les moyens de défense qui peuvent être opposés à l'exercice de ces droits doivent être interprétés de façon restrictive. Les textes législatifs actuels sur les droits de la personne cherchent à élargir l'effet des droits individuels, tout en s'efforçant de fournir un mécanisme qui permet de trouver un point d'équilibre, de manière à concilier les nombreux intérêts opposés de la société. La *Charte*, par exemple, fournit un tel moyen de pondération grâce à son article premier. En fait, les parties au présent pourvoi ont souligné les similarités qui existent entre l'article premier de la *Charte* et l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Les deux articles obligent les personnes qui violent à première vue les dispositions de la Loi à établir que la violation est «raisonnable et justifiable». Je pense qu'on peut reconnaître l'existence d'une similitude entre la *Charte* et l'*IRPA* puisque toutes deux ont été conçues pour remplir, dans une large mesure, les mêmes fonctions.

La ressemblance entre les deux articles s'impose à première vue. En fait, le législateur de l'Alberta s'est inspiré de l'article premier de la *Charte* au moment de l'adoption des modifications de l'*IRPA*. Voir l'*Alberta Hansard*, 21 mai 1985, p. 1085. Pour interpréter ces deux articles, il y a lieu de tenir compte du fait qu'ils sont remarquablement similaires et qu'ils ont des rôles comparables. Il

must be remembered there is a crucial difference between human rights legislation and constitutional rights. Human rights legislation is aimed at regulating the actions of private individuals. The *Charter's* goal is to regulate and, on occasion, to constrain actions of the state. This essential difference must be borne in mind when the defences provided by s. 1 of the *Charter* and s. 11.1 of the *IRPA* are considered. The cases which have dealt with s. 1 can only provide a useful source for identifying the requirements of s. 11.1 if this basic distinction is kept in mind.

The first and fundamental test for determining whether legislation can be justified under s. 1 of the *Charter* is set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. That familiar test directs the party raising a s. 1 defence to demonstrate: (i) that the restriction of a right is undertaken in the pursuit of a pressing and substantial objective and (ii) that the impugned restrictive measure is proportional to the enacted measure as evidenced by the fact that it is (a) rationally connected, (b) constitutes a minimal impairment to the right and (c) is proportional in its effects. In its application, the Court has adopted a flexible standard of proof which responds to the varying contexts in which the state seeks to invoke s. 1 justification for the impugned legislation.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, Dickson C.J. and Lamer and Wilson J.J. explained that in performing a s. 1 analysis the Court should measure state action against a varying standard which would be dependent upon the context in which it was invoked. There it was stated at pp. 993-94:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult

faut toutefois se rappeler qu'il existe une différence cruciale entre les lois sur les droits de la personne et les droits constitutionnels. Les lois sur les droits de la personne visent à réglementer les actes de particuliers. Le but visé par la *Charte* est de réglementer et, à l'occasion, de restreindre les actions de l'État. Il faut tenir compte de cette différence essentielle lors de l'examen des moyens de défense prévus par l'article premier de la *Charte* et par l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Les décisions qui ont porté sur l'article premier ne peuvent servir à établir les exigences de l'art. 11.1 que si l'on tient compte de cette distinction fondamentale.

Le critère premier et fondamental qui s'applique pour déterminer si une loi peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* est énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ce critère bien connu oblige la partie qui invoque un moyen de défense fondé sur l'article premier à démontrer: (i) que la restriction d'un droit a pour but d'atteindre un objectif urgent et réel, et (ii) que la mesure restrictive contestée est proportionnel à l'objectif poursuivi par la loi comme en fait foi le fait a) qu'elle a un lien rationnel avec cet objectif, b) qu'elle constitue une atteinte minimale au droit en question et c) qu'elle a des effets proportionnels. Dans l'application de ce critère, la Cour a adopté une norme de preuve souple qui tient compte des divers contextes dans lesquels l'État cherche à invoquer une justification fondée sur l'article premier pour sauvegarder la disposition législative contestée.

Dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson expliquent que lorsqu'elle procède à une analyse fondée sur l'article premier, la Cour devrait évaluer l'action de l'État en fonction d'une norme variable qui dépendrait du contexte dans lequel elle est invoquée. Il y est déclaré, aux pp. 993 et 994:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous



choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. . . .

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. . . . [W]henver the government's purpose relates to maintaining the authority and impartiality of the judicial system, the courts can assess with some certainty whether the "least drastic means" for achieving the purpose have been chosen, especially given their accumulated experience in dealing with such question . . . .

The policy rationale set out in *Irwin Toy* cannot be automatically transferred to the consideration of human rights legislation which seeks to regulate the behaviour of private actors. A challenge brought under the *Charter* to legislation enacted by the state obviously affects a state interest. In those circumstances, due deference must be given to the actions of the state manifested by the legislation which is under attack. Consideration must be given to the mischief or evil the legislation was designed to control or eradicate.

On the other hand, in the realm of human rights legislation, the challenge will be to the actions of a private party such as an employer or landlord who, it is alleged, has adopted a discriminatory practice. The actions of private parties will often relate to private aims such as increasing the profit or efficiency of a business. Praiseworthy as those aims may be in themselves, no deference should be accorded to them once a complainant has demonstrated a *prima facie* case of discrimination. To adopt a deferential attitude to such private aims would undermine the professed goal of human rights legislation to guarantee the rights of minority groups, women and individuals against arbitrary and abusive treatment. Legislation aimed at abolishing or reducing discrimination should be given a liberal and generous reading. It follows that any legislated defence to acts of discrimina-

la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. . .

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. [ . . . ] [C]haque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] «moyens les moins radicaux» ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions . . .

Le raisonnement de principe énoncé dans l'arrêt *Irwin Toy* ne peut être appliqué automatiquement à l'examen d'une loi sur les droits de la personne qui cherche à réglementer la conduite d'acteurs privés. La contestation en vertu de la *Charte* d'une disposition législative adoptée par l'État a évidemment une incidence sur un intérêt de l'État. En pareil cas, il faut faire preuve de retenue à l'égard des actions de l'État manifestées par la disposition législative contestée. Il faut tenir compte du méfait ou du mal que la disposition législative vise à réprimer ou à éliminer.

Par contre, lorsqu'il s'agit de lois sur les droits de la personne, la contestation porte sur les actions d'une partie privée, tel un employeur ou un propriétaire, qui, allègue-t-on, a eu recours à une pratique discriminatoire. Les actions de parties privées visent souvent des objectifs privés tels que l'augmentation du profit ou du rendement d'une entreprise. Si louables que soient ces objectifs en soi, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à leur égard lorsqu'un plaignant établit l'existence à première vue d'une discrimination. L'adoption d'une attitude de retenue à l'égard de tels objectifs privés aurait pour effet de miner le but déclaré des lois sur les droits de la personne, qui est de garantir les droits des groupes minoritaires, des femmes et des particuliers contre un traitement arbitraire et abusif. Les lois visant à abolir ou à réduire la discrimination devraient recevoir une interprétation

tion should be construed narrowly as was done in *Brossard, supra*.

Nonetheless, the similarity in wording and in function that exists between s. 1 of the *Charter* and s. 11.1 of the *IRPA* does indicate that *Charter* cases may assist in the development of the test for determining whether a defence under s. 11.1 of the *IRPA* is reasonable and justified. All the parties to this appeal take the position that the established structure of the s. 1 *Charter* analysis should be utilized when a s. 11.1 defence is being considered. I would agree but with some words of caution and restraint. First the *Oakes* model is only appropriate if it is applied without any trace of deference to a private defendant such as the employer or landlord. Secondly, only with a large measure of flexibility and due regard to the context should it be applied to the regulation of private relationships. The inquiry into what is reasonable and justifiable within the meaning of s. 11.1 should not be rigidly constrained by the formal categories set out in the *Oakes* test. The courts below, in my view, applied the correct legal standard in considering the defence put forward pursuant to s. 11.1 of the *IRPA*. Before applying the *Oakes* test to the case at bar, some other arguments must be considered.

*What Deference Should Be Paid to Findings of Fact of the Commission Pursuant to the IRPA?*

The appellant contends that neither the Court of Appeal nor this Court should interfere with the findings of fact made by the Board of Inquiry or the Court of Queen's Bench. In support of this view, reliance is placed on the common law principle of curial deference to findings of fact made by a court of first instance. In *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, Ritchie J. wrote at p. 808:

large et libérale. Il s'ensuit que tout moyen de défense prévu dans une loi à l'égard d'actes de discrimination devrait être interprété restrictivement comme ce fut le cas dans l'arrêt *Brossard*, précité.

La similitude qui existe entre l'article premier de la *Charte* et l'art. 11.1 de l'*IRPA*, sur le plan de leur formulation et de leur rôle, indique néanmoins que la jurisprudence relative à la *Charte* peut être utile pour concevoir le critère permettant de déterminer si la dérogation est raisonnable et justifiée aux termes de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Toutes les parties au présent pourvoi s'accordent pour dire qu'il y a lieu de recourir à la structure établie de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* lorsqu'on examine le moyen de défense prévu à l'art. 11.1. Je partage cet avis, mais non sans réserve ni appel à la prudence. En premier lieu, le modèle de l'arrêt *Oakes* n'est adéquat que s'il est appliqué sans la moindre retenue à l'égard d'un défendeur privé comme un employeur ou un propriétaire. En second lieu, il ne devrait être appliqué à la réglementation de rapports privés qu'avec beaucoup de souplesse et en tenant dûment compte du contexte. L'examen visant à déterminer ce qui est raisonnable et justifiable au sens de l'art. 11.1 ne devrait pas être rigoureusement limité par les catégories formelles énoncées dans le critère de l'arrêt *Oakes*. À mon avis, les tribunaux d'instance inférieure ont utilisé la bonne norme juridique pour examiner le moyen de défense prévu à l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Avant d'appliquer le critère de l'arrêt *Oakes* à la présente affaire, il faut examiner certains autres arguments.

*De quelle retenue devrait-on faire preuve à l'égard des conclusions de fait tirées par la commission en conformité avec l'IRPA?*

L'appelante prétend que ni la Cour d'appel ni notre Cour ne devraient modifier les conclusions de fait tirées par la commission d'enquête ou par la Cour du Banc de la Reine. À l'appui de ce point de vue, elle invoque le principe de common law de la retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait tirées par un tribunal de première instance. Dans *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge Ritchie écrit, à la p. 808:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts.

See also *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, and *Klimashewski v. Klimashewski Estate*, [1987] 2 S.C.R. 754.

The common law position set out above is echoed in r. 518 of the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, which restricts the Court of Appeal's jurisdiction to review trial courts on questions of law or inferences drawn from the facts. Following this rule, the appellate court may not interfere with findings of fact except in cases in which the trier of fact has made a palpable and overriding error.

The principle of deference to findings of fact made at first instance has been to a large extent adopted in reviewing the decisions of administrative tribunals, although the standard of review of decisions made by administrative bodies will always be governed by their empowering legislation. Where the legislature has enacted a privative clause restricting review it has been held by this Court that appellate courts must defer to a tribunal's finding of fact. See: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, and *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298.

In *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746, this Court further recognized that curial deference must be given to

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits.

Voir aussi *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, et *Klimashewski c. Succession Klimashewski*, [1987] 2 R.C.S. 754.

La position de la common law décrite plus haut est reprise dans l'art. 518 des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, qui limite la compétence de la Cour d'appel en matière de contrôle des décisions des tribunaux de première instance relativement aux questions de droit ou aux conclusions tirées des faits. En vertu de cette règle, la cour d'appel ne peut modifier des conclusions de fait que dans les cas où le juge des faits a commis une erreur manifeste et dominante.

Le principe de la retenue à l'égard des conclusions de fait tirées en première instance a dans une large mesure été adopté dans le cadre du contrôle des décisions de tribunaux administratifs, même si la norme de contrôle des décisions prises par des organismes administratifs est toujours régie par leur loi habilitante. Dans le cas où le législateur a adopté une clause privative qui restreint ce contrôle, notre Cour a conclu que les cours d'appel doivent s'en remettre aux conclusions de fait d'un tribunal administratif. Voir: *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, et *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298.

Dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1746, notre Cour a en outre reconnu que la retenue judiciaire

findings made within the field of specialized knowledge of an administrative decision-maker.

However, the situation is different where there is neither specialized skill and knowledge exercised by an administrative decision-maker nor a statutory restriction imposed upon the Court's review of those decisions. Here the *IRPA* has clearly indicated that a very broad standard of review would be appropriate to decisions rendered by a Board of Inquiry under the Act. Section 33(2) provides that a party may appeal a decision of the Board on questions of fact or mixed fact and law with the leave of a judge of the Court of Queen's Bench. In the case at bar, Murray J. granted leave for an appeal on the facts. On a plain reading of the *IRPA*, it is clear that the legislature specifically intended that appellate courts should examine the evidence anew and, if deemed appropriate, make their own findings of fact. Under this Act, no particular deference is owed by the Court of Appeal to the findings of the initial trier of fact. This Court possesses the same statutory jurisdiction as the Court of Appeal.

In support of this position I would note that the provision for appeal in the *IRPA* is similar to that in the Ontario *Human Rights Code* (formerly R.S.O. 1970, c. 318) which this Court considered in *Etobicoke, supra*. The statutory basis for an appeal from an Ontario Board of Inquiry is found in s. 42(3) of the Code, R.S.O. 1990, c. H.19. It provides for an appeal on any question of law or fact and states that the Court may substitute its opinion for that of the Board. In *Etobicoke*, McIntyre J. held that this section (then s. 14d(4)) granted an appellate court broader powers to review findings of the trier of fact than exist at common law. The wording of s. 42(3) of the Ontario Code is more explicit than that found in s. 33(2) of the *IRPA*. However, the import of the two sections must be the same, as the right to an appeal on questions of fact would be meaningless if the appellate court were not empowered to sub-

doit s'appliquer aux conclusions tirées dans le champ des connaissances spécialisées d'un organisme administratif décideur.

La situation est toutefois différente lorsqu'il ne s'agit ni de l'application de compétences ou de connaissances spécialisées par un organisme administratif décideur ni d'une restriction légale du contrôle judiciaire de ces décisions. En l'espèce, l'*IRPA* indique clairement qu'une norme de contrôle très large devrait s'appliquer aux décisions rendues par une commission d'enquête constituée en vertu de la Loi. Le paragraphe 33(2) prévoit qu'une partie peut interjeter appel d'une décision de la commission sur des questions de fait ou sur des questions mixtes de droit et de fait avec l'autorisation d'un juge de la Cour du Banc de la Reine. En l'espèce, le juge Murray a accordé l'autorisation d'interjeter appel sur les faits. Il ressort clairement du libellé de l'*IRPA* que le législateur a voulu expressément que les cours d'appel examinent à nouveau la preuve et qu'elles tirent leurs propres conclusions de fait, si elles le jugent approprié. En vertu de cette loi, la Cour d'appel n'est aucunement tenue de faire preuve d'une retenue particulière à l'égard des conclusions tirées par le premier juge des faits. Notre Cour a la même compétence légale que la Cour d'appel.

À l'appui de cette position, je soulignerais que la disposition de l'*IRPA* relative aux appels est semblable à celle du *Human Rights Code* de l'Ontario (auparavant R.S.O. 1970, ch. 318) que notre Cour a examiné dans l'arrêt *Etobicoke*, précité. La disposition législative permettant d'interjeter appel d'une décision d'une commission d'enquête ontarienne se trouve au par. 42(3) du Code, L.R.O. 1990, ch. H.19. Elle prévoit la possibilité d'interjeter appel sur toute question de droit ou de fait et précise que la cour peut substituer son opinion à celle de la commission. Dans l'arrêt *Etobicoke*, le juge McIntyre a conclu que cette disposition (alors le par. 14d(4)) accordait à une cour d'appel des pouvoirs d'examen des conclusions du juge des faits plus larges que ceux qui existent en common law. La formulation du par. 42(3) du Code ontarien est plus explicite que celle du par. 33(2) de l'*IRPA*. Toutefois, les deux dispositions doivent

stitute its own opinion for that of the Board. Nor is this a situation in which the administrative decision-maker possesses a specialized expertise which would merit curial deference. It can be seen that the *IRPA* grants the Court of Appeal and thus this Court the jurisdiction to make findings of fact based on a review of the evidence on the record, without deferring to the conclusions drawn by the Board of Inquiry.

The question remains whether this Court may disturb findings of fact made by a judge of the Court of Queen's Bench. It must be remembered that Murray J. did not hear any *viva voce* testimony. He did not, nor was it necessary for him to, make any assessment as to credibility. Indeed, almost all of the evidence in this case is so-called "social fact" evidence. Rather, the judge reassessed the evidence on the basis of the transcript of the Board of Inquiry hearing. As a result the Court of Appeal of Alberta and this Court stand in exactly the same position as the judge of the Court of Queen's Bench with precisely the same record to consider. In the circumstances the policy reasons in favour of deferring to the findings of fact of a trial court simply do not apply. There is no basis or justification for the position that this Court should be constrained by the conclusions reached by either the Chairman of the Board of Inquiry or the Judge of the Court of Queen's Bench on s. 11.1 evidence. One further preliminary matter must be dealt with.

#### *The Relevance of McKinney to the Case at Bar*

The Alberta Court of Appeal, correctly in my view, concluded that a private rights violator should not receive the "benefit of the doubt" extended to legislatures in *Charter* cases. However, that court went on to hold that the decision in *McKinney* determined the result of this case. With respect, I cannot agree.

être de même portée puisque le droit d'interjeter appel sur des questions de fait n'aurait aucun sens si la cour d'appel n'était pas habilitée à substituer sa propre opinion à celle de la commission. Il ne s'agit pas non plus d'un cas où l'organisme administratif décideur possède des compétences spécialisées qui appelleraient la retenue judiciaire. On peut constater que l'*IRPA* habilite la Cour d'appel et, partant, notre Cour, à tirer des conclusions de fait fondées sur l'examen de la preuve versée au dossier, sans s'en remettre aux conclusions tirées par la commission d'enquête.

Il reste donc à déterminer si notre Cour peut modifier les conclusions de fait tirées par un juge de la Cour du Banc de la Reine. Il faut se rappeler que le juge Murray n'a entendu aucun témoignage de vive voix. Il n'a procédé à aucune évaluation de la crédibilité, et il n'avait pas à le faire. En fait, presque toute la preuve recueillie en l'espèce est ce qu'on appelle une preuve de [TRADUCTION] «faits sociaux». Le juge a plutôt réexaminé la preuve en se fondant sur la transcription de l'audience devant la commission d'enquête. Par conséquent, la Cour d'appel de l'Alberta et notre Cour se trouvent exactement dans la même position que le juge de la Cour du Banc de la Reine et ont à examiner exactement le même dossier. Dans ces circonstances, les raisons de principe de s'en remettre aux conclusions de fait d'un tribunal de première instance ne s'appliquent tout simplement pas. Rien ne permet ou ne justifie d'affirmer que notre Cour devrait être liée par les conclusions tirées par le président de la commission d'enquête ou par le juge de la Cour du Banc de la Reine au sujet de la preuve relative à l'art. 11.1. Il reste à trancher une autre question préliminaire.

#### La pertinence de l'arrêt McKinney relativement à l'espèce

La Cour d'appel de l'Alberta a, à juste titre selon moi, conclu que la personne qui viole des droits privés ne devrait pas jouir du «bénéfice du doute» qui est accordé au législateur dans les affaires relatives à la *Charte*. Toutefois, cette cour a ensuite conclu que l'arrêt *McKinney* déterminait l'issue de la présente affaire. En toute déférence, je ne puis être d'accord.

Undoubtedly, this appeal raises a question that is closely related to that which was determined in *McKinney*. Namely, do the objectives of promoting tenure, academic renewal, planning and resource management and retirement with dignity justify the placing of limits by way of age on the substantive rights to equal treatment? In *McKinney* La Forest J. writing for the majority determined that the defendant universities were not government for the purposes of the *Charter*. Nevertheless, he proceeded to examine the institutions' retirement policies on the assumption that they were government actors for the purposes of considering those policies in light of s. 15 and s. 1. Although this section of the judgment is in *obiter* it clearly disposes of the constitutionality of such policies in government settings. The issue remains however, does *McKinney* fully decide whether a mandatory retirement policy in a private employment setting can be justified pursuant to the provisions of s. 11.1 of the *IRPA*?

There can be no doubt that the evidence presented in *McKinney* was in part identical and in part remarkably similar to that presented in this case. As a result, the treatment of the evidence by La Forest J. in the *McKinney* case can provide some guidance to the resolution of this one. Yet the decision cannot simply be transferred to this case as suggested by the University of Alberta. La Forest J. invoked, at least in part, the deferential standard of s. 1 analysis when he considered the arguments pertaining to minimal impairment. That same deference cannot be applicable in the case at bar, which is concerned with the employment arrangements of private parties. When weighing the arguments on the issue of minimal impairment La Forest J. in the *McKinney* case framed the question as: "whether the government had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible . . ." (emphasis in original) (at p. 286). To frame the question in this way imposes a significantly lower burden of proof on the defendant than that required

Le présent pourvoi soulève indubitablement une question étroitement liée à celle qui a été examinée dans l'affaire *McKinney*, à savoir si les objectifs de promouvoir la permanence, le renouvellement du corps professoral, la planification et la gestion des ressources ainsi que la mise à la retraite dans la dignité justifient l'imposition de limites fondées sur l'âge aux droits fondamentaux à un traitement égal. Dans *McKinney*, le juge La Forest a conclu au nom de la majorité que les universités défendresses ne faisaient pas partie du gouvernement aux fins de la *Charte*. Il a néanmoins examiné les politiques de ces institutions en matière de mise à la retraite en supposant que ces dernières étaient des acteurs gouvernementaux aux fins de l'examen de ces politiques en fonction de l'art. 15 et de l'article premier. Même si cette partie des motifs de jugement constitue une opinion incidente, elle tranche clairement la question de la constitutionnalité de ces politiques dans un cadre gouvernemental. Il reste toutefois à déterminer si l'arrêt *McKinney* tranche pleinement la question de savoir si une politique de mise à la retraite obligatoire dans le cadre d'un emploi privé peut être justifiée aux termes de l'art. 11.1 de l'*IRPA*.

Il ne fait aucun doute que la preuve présentée dans l'affaire *McKinney* était en partie identique et en partie remarquablement semblable à celle de l'espèce. Par conséquent, la façon dont le juge La Forest a traité la preuve dans l'affaire *McKinney* peut, jusqu'à un certain point, servir de guide pour trancher la présente affaire. Toutefois, cette décision ne peut être simplement transposée en l'espèce, comme le propose l'Université de l'Alberta. Le juge La Forest a invoqué, du moins en partie, la norme de retenue de l'analyse fondée sur l'article premier lorsqu'il a examiné les arguments portant sur l'atteinte minimale. La même retenue ne peut s'appliquer à la présente affaire, qui porte sur des ententes en matière d'emploi conclues par des parties privées. En évaluant les arguments relatifs à la question de l'atteinte minimale dans l'affaire *McKinney*, le juge La Forest a dit qu'il s'agissait de savoir «si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent . . .» (souligné dans l'original) (à la p. 286). Le fait de

by s. 11.1. That section requires a defendant to prove that the discriminatory policy, viewed objectively, constitutes only a minimal impairment of the right. As a result, the evidence adduced in this case must be considered in light of the test appropriate to the implementation of s. 11.1 of the *IRPA* even though the evidence presented is so very similar to that put forward in *McKinney*.

#### *Application of s. 11.1 to the Evidence*

A party seeking to establish a defence pursuant to s. 11.1 must demonstrate that the discriminatory practice furthers a substantial objective and is proportional to that objective. In considering the defence, no deference should be given to the policy choice of the defendant as would be the case in the s. 1 analysis of a social policy. However, other factors may well be relevant when the s. 11.1 test is applied in this regulatory context. The role of universities in our society as self-governing centres of learning, research and teaching safeguarded by academic freedom is unique. The courts have respected this and over the years have been very cautious in intervening in university affairs. The determination of the matters at stake involves the weighing of a number of factors not susceptible of exact measurement. The nurturing of academic freedom and the ensuring of faculty renewal are most delicate matters as they bear on the governance of persons and must take into account both group and individual responses. The subject matter does not lend itself to a single clear-cut answer as to the proportionality between the burden of the discrimination complained of and the objectives which are sought. The evidence and assessment of competent and experienced university administrators who are entrusted with the responsibility for fulfilling the role of the university in society will certainly be of particular significance. Furthermore, in this case the practice which they uphold and is now attacked was initially imposed by the terms of a collective agreement. The employees through their faculty association agreed with the employer to incorporate mandatory retirement at age 65 into the collective agreement. This term was the result of freely conducted negotiations. It

formuler ainsi la question impose au défendeur un fardeau de preuve beaucoup plus léger que celui que prescrit l'art. 11.1. Cet article oblige le défendeur à prouver que la politique discriminatoire, considérée objectivement, ne constitue qu'une atteinte minimale au droit en question. Par conséquent, la preuve produite en l'espèce doit être examinée en fonction du critère propre à l'application de l'art. 11.1 de l'*IRPA*, même si la preuve présentée est si semblable à celle de l'affaire *McKinney*.

#### *Application de l'art. 11.1 à la preuve*

La partie qui invoque le moyen de défense prévu à l'art. 11.1 doit démontrer que la pratique discriminatoire répond à un objectif réel et qu'elle lui est proportionnelle. Dans l'examen du moyen de défense, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la politique pour laquelle la défenderesse a opté comme ce serait le cas s'il s'agissait de l'analyse d'une politique sociale fondée sur l'article premier. Toutefois, d'autres facteurs peuvent fort bien être pertinents lorsque le critère de l'art. 11.1 est appliqué dans ce contexte réglementaire. Le rôle que jouent les universités dans notre société en tant que centres autonomes d'érudition, de recherche et d'enseignement sauvegardés par la liberté dont jouissent les membres du corps professoral est unique. Les tribunaux ont respecté cela et, au fil des ans, ce n'est qu'avec beaucoup de circonspection qu'ils sont intervenus dans les affaires des universités. Pour résoudre les questions en jeu, il faut soupeser un certain nombre de facteurs auxquels on ne peut pas attribuer de mesures exactes. Le maintien de la liberté des professeurs et la garantie du renouvellement du corps professoral sont des questions très délicates puisqu'elles ont trait à la gestion de personnes et qu'elles doivent tenir compte à la fois de réactions collectives et individuelles. Le sujet ne se prête pas à une seule réponse précise quant à la proportionnalité entre le fardeau de la discrimination reprochée et les objectifs poursuivis. Les témoignages et les opinions d'administrateurs d'université compétents et expérimentés qui sont chargés de veiller à ce que l'université joue son rôle dans la société révèleront sûrement une importance particulière. De plus, en l'espèce, la pratique qu'ils soutiennent et qui est maintenant contestée a été imposée, à l'origine,

is significant that the parties originally agreed to this term before the University's pension legislation was amended to require retirement at age 65.

The Relevance of a Collective Bargaining Agreement to a s. 11.1 Defence

Generally speaking, parties may not contract out of a human rights statute. This Court has enforced that general rule in the context of age discrimination; see *Etobicoke, supra*, and *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150. Yet this Court has accepted the existence of a collective bargaining agreement as a factor to be taken into consideration in a s. 1 analysis. See *McKinney, per La Forest J.* at p. 287 and Cory J. at pp. 447-48. The *Craton* rule resulted from the concern that there may be a great discrepancy in bargaining power between the person contracting out of human rights legislation and the party receiving the benefit of that term. Unequal bargaining power may be utilized to force a party to agree to a contract which undermines the very purpose of human rights legislation. That type of imbalance may typically arise in an employment relationship.

Yet labour codes, providing for the formation of unions and collective bargaining, are specifically designed to overcome or compensate any imbalance in bargaining power. With these statutory safeguards in place collective agreements take on a new and important significance. They can represent a carefully constructed, fairly negotiated bargain between employer and employees. It fol-

par les clauses d'une convention collective. Par l'intermédiaire de leur association de professeurs, les employés ont convenu avec l'employeur d'intégrer la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans dans la convention collective. Cette clause était le résultat de négociations qui se sont déroulées librement. Il est révélateur qu'à l'origine les parties se soient entendues sur cette clause avant que la loi sur les pensions touchant l'Université ne soit modifiée de manière à prescrire la mise à la retraite à l'âge de 65 ans.

La pertinence d'une convention collective relativement au moyen de défense prévu à l'art. 11.1

En règle générale, les parties ne peuvent renoncer par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne. Notre Cour a appliqué cette règle générale dans le contexte de la discrimination fondée sur l'âge; voir *Etobicoke*, précité, et *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150. Elle a pourtant accepté l'existence d'une convention collective comme facteur à prendre en considération dans une analyse fondée sur l'article premier. Voir les motifs du juge La Forest dans l'arrêt *McKinney*, à la p. 287, et ceux du juge Cory, aux pp. 447 et 448. La règle de l'arrêt *Craton* était inspirée par la crainte qu'il n'existe une grande disparité en matière de pouvoir de négociation entre la personne qui renonce par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne et la partie qui tire profit de cette clause. L'inégalité du pouvoir de négociation peut servir à forcer une partie à adhérer à un contrat qui mine l'objet même de la loi sur les droits de la personne. Ce type de déséquilibre risque habituellement de se produire dans les relations de travail.

Pourtant les codes du travail, qui réglementent la formation des syndicats et la négociation des conventions collectives, sont conçus expressément pour permettre de surmonter ou de compenser tout déséquilibre en matière de pouvoir de négociation. Ces garanties légales font en sorte que les conventions collectives revêtent une importance nouvelle et considérable. Elles peuvent représenter une entente élaborée avec soin et négociée équitablement entre l'employeur et ses employés. Il s'ensuit



lows that a collective agreement cannot be readily dismissed from consideration.

There remains a danger with collective bargaining agreements that must be considered. Unions must act in the best interests of all their members. Yet, a union could choose to negotiate terms which are solely for the benefit of the majority of the membership at the expense of the interests of the minority. Courts must be alert to this possibility. For example, any collective agreement which includes provisions adversely affecting a minority of individuals on the basis of their race or religion should be closely scrutinized. Similarly, a collective agreement term which discriminates against women in the workplace in situations where they do not constitute a clear voting majority of the bargaining unit should not be readily accepted as evidence of the reasonableness of a discriminatory practice.

Nonetheless, a collective agreement may very well provide evidence of the reasonableness of a practice which appears on its face to be discriminatory. However, certain precautions must be taken. For example, it should be demonstrated that the collective agreement was freely negotiated by parties with relatively equal bargaining positions. It should be shown that the agreement did not discriminate unfairly against minorities. In essence, there must be substantive fairness demonstrated by the agreement itself. As well, when considering the weight to be attached to the terms of a collective bargaining agreement, a court must remain flexible and be aware that it is always difficult to obtain complete equality between all the groups forming part of a bargaining unit.

Generally, in assessing the weight to be attached to a collective bargaining agreement as a factor in demonstrating that the discrimination was reasonable and justified, my reasons in *McKinney, supra*, pp. 447-48, may be apposite:

qu'on ne peut aisément faire abstraction d'une convention collective.

Il faut examiner un dernier danger en matière de conventions collectives. Les syndicats doivent agir dans le meilleur intérêt de tous leurs membres. Pourtant, un syndicat pourrait choisir de négocier des clauses qui profiteraient uniquement à la majorité de ses membres, aux dépens des intérêts de la minorité. Les tribunaux doivent être conscients de cette possibilité. Il faudrait par exemple étudier attentivement toute convention collective qui comprendrait des dispositions entraînant des conséquences préjudiciables pour une minorité de personnes en raison de leur race ou de leur religion. De même, on ne devrait pas accepter aisément comme preuve du caractère raisonnable d'une pratique discriminatoire la clause d'une convention collective qui serait discriminatoire pour les femmes au travail, lorsque celles-ci ne constituent pas la nette majorité des membres votants de l'unité de négociation.

Une convention collective peut néanmoins fort bien démontrer le caractère raisonnable d'une pratique qui, de prime abord, semble discriminatoire. Il faut cependant prendre certaines précautions. Il faudrait par exemple démontrer que la convention collective a été négociée librement par des parties ayant un pouvoir de négociation relativement égal. Il faudrait prouver que la convention n'est pas injustement discriminatoire envers des minorités. Essentiellement, la convention elle-même doit témoigner d'une équité inhérente. En outre, lorsqu'elle est appelée à déterminer le poids à accorder aux clauses d'une convention collective, la cour doit faire preuve de souplesse et se rappeler qu'il est toujours difficile d'obtenir une égalité parfaite entre tous les groupes qui font partie d'une unité de négociation.

De façon générale, lorsqu'il s'agit de déterminer le poids à accorder à une convention collective en tant que facteur permettant de démontrer que la discrimination était raisonnable et justifiée, mes motifs de l'arrêt *McKinney*, précité, aux pp. 447 et 448, peuvent être pertinents:

... in the course of negotiating a collective bargaining agreement, it may become apparent that the union membership is overwhelmingly in favour of an agreement that embraces compulsory retirement as part of the consideration for obtaining higher wages at an earlier age—  
 an age when houses must be bought and children raised and educated. That is to say, at a time when the need for family funds is at the highest.

It is often the case that, before a collective bargaining agreement is ratified, the union members will have received very careful advice concerning its terms and their significance not only from union officials, but also from skilled economists and lawyers. The collective agreement represents a total package balancing many factors and interests. It represents the considered opinion of its members that it would be in their best interests to accept the proposed contract. Bargains struck whereby higher wages are paid at an earlier age in exchange for mandatory retirement at a fixed and certain age, may well confer a very real benefit upon the worker and not in any way affect his or her basic dignity or sense of worth. If such contracts should be found to be invalid, it would attack the very foundations of collective bargaining and might well put in jeopardy some of the hard won rights of labour.

The collective agreement reflects the decision of intelligent adults, based upon sound advice, that it is in the best interest of themselves and their families to accept a higher wage settlement for the present and near future in exchange for agreeing to a fixed and certain date for retirement. In those circumstances, it would be unseemly and unfortunate for a court to say to a union worker that, although this carefully made decision is in the best interest of you and your family, you are not going to be permitted to enter into this contract. It is a position that I would find unacceptable.

In this case the collective bargaining agreement authorizing compulsory retirement can properly be taken into account as a factor in considering whether the discriminatory policy can be found to be reasonably justified. Here, the term of the collective agreement relating to compulsory retirement will apply to every member of the faculty association. The term was reasonable and appropriate in the circumstances. First, age differs from other grounds of discrimination since everyone of no matter what religion, colour, social origin,

... dans le cadre de la négociation d'une convention collective, il peut se révéler que la très grande majorité des membres du syndicat est en faveur d'un accord qui prévoit la retraite obligatoire en contrepartie de salaires plus élevés accordés à un âge plus jeune, un âge où il faut acheter une maison et élever des enfants, c'est-à-dire à un moment où les besoins financiers de la famille sont les plus importants.

Il arrive souvent qu'avant de conclure une convention collective les membres du syndicat aient reçu, non seulement de leurs représentants syndicaux mais également d'économistes et d'avocats compétents, des conseils très précis concernant ses conditions et leur importance. La convention collective représente une entente globale où plusieurs facteurs et intérêts sont conciliés. Elle représente l'opinion réfléchie de ses membres qu'il serait dans leur meilleur intérêt d'accepter le contrat proposé. Les ententes conclues où l'on prévoit que des salaires plus élevés sont versés à un âge plus jeune en échange de la retraite obligatoire à un âge fixe et précis peuvent fort bien conférer un véritable avantage au travailleur et ne toucher d'aucune façon à sa dignité ou à sa valorisation personnelles. Si ces contrats étaient déclarés invalides, on porterait atteinte aux fondements mêmes de la négociation collective et on pourrait fort bien mettre en péril certains droits durement acquis en matière de travail.

La convention collective reflète la décision, fondée sur des conseils judicieux, de personnes adultes intelligentes qu'il est dans leur meilleur intérêt, ainsi que dans celui de leur famille, d'accepter pour l'immédiat et dans un avenir rapproché un salaire plus élevé en échange de l'établissement d'une date fixe précise pour la retraite. Dans ces circonstances, il serait inconvenant et malheureux qu'un tribunal dise à un travailleur syndiqué que, même si cette décision soigneusement prise est dans son meilleur intérêt et celui de sa famille, on ne lui permettra pas de conclure ce contrat. Il s'agit d'une position que j'estime inacceptable.

Dans ce cas, il convient de tenir compte de la convention collective autorisant la retraite obligatoire comme l'un des facteurs permettant de déterminer si la politique discriminatoire peut être raisonnablement justifiée. En l'espèce, la clause de la convention collective portant sur la retraite obligatoire s'applique à tous les membres de l'association des professeurs. Cette clause était raisonnable et appropriée eu égard aux circonstances. En premier lieu, l'âge diffère des autres motifs de discrimination puisque tous, peu importe leur religion,

nationality or gender becomes older with the passage of time. Eventual retirement with pension security is a matter of concern for all employers in every field. As a consequence, the mandatory retirement term will have an impact on all those members of the faculty association who remain employees of the University until the end of their career. Second, the union did not negotiate the term in a vacuum, but rather, in the context of a system of tenure which protects all members of faculty from dismissal without just cause, and provides a pension scheme assuring the financial security of all retiring members of faculty. It is safe to assume that the terms of the collective agreement pertaining to compulsory retirement were not the manifestation of an abuse of its power by the employer University. Rather, they represent a carefully considered agreement that was negotiated with the best interests of all members of the faculty association in mind.

In determining whether the practice of mandatory retirement constitutes reasonable justification for age discrimination the fact that this option was chosen by way of an agreement between an employer and the faculty association should be recognized. Members of a faculty association may, even more than some rank and file members of other unions, appreciate the significance and consequences of a mandatory retirement policy for themselves, for the faculty association and for the university. Such an agreement should not be lightly disregarded. In this case the University may properly rely on the collective agreement as evidence which tends to confirm the reasonableness of the mandatory retirement policy. It is a factor which must be kept in mind when applying the *Oakes* model test to the facts of this case.

Are the Objectives of the Policy Pressing and Substantial?

In the proceedings below, the objectives of mandatory retirement were stated to be: the preser-

leur couleur, leur origine sociale, leur nationalité ou leur sexe, vieillissent avec le temps. La question de la retraite éventuelle assortie d'une pension préoccupe tous les employeurs, dans tous les secteurs. Par conséquent, la clause relative à la retraite obligatoire aura un effet sur tous les membres de l'association des professeurs qui demeureront à l'emploi de l'Université jusqu'à la fin de leur carrière. En second lieu, le syndicat n'a pas négocié cette clause en l'absence de tout contexte, mais il l'a plutôt fait dans le cadre d'un système de permanence qui protège tous les membres du corps professoral contre le renvoi non motivé et qui établit un régime de pension assurant la sécurité financière de tous les membres du corps professoral qui prennent leur retraite. On peut présumer sans risque d'erreur que les clauses de la convention collective portant sur la retraite obligatoire ne traduisaient pas un abus de pouvoir de la part de l'employeur, l'Université. Elles constituent plutôt une entente examinée avec soin qui a été négociée en tenant compte du meilleur intérêt de tous les membres de l'association des professeurs.

Pour déterminer si la pratique de la retraite obligatoire constitue une justification raisonnable de la discrimination fondée sur l'âge, il y a lieu de reconnaître que cette option a été choisie au moyen d'une convention entre l'employeur et l'association des professeurs. Les membres d'une association de professeurs peuvent, mieux encore que certains membres de la base d'autres syndicats, apprécier l'importance et les conséquences d'une politique de mise à la retraite obligatoire pour eux-mêmes, pour l'association des professeurs et pour l'université. On ne doit pas faire abstraction d'une telle convention à la légère. En l'espèce, l'Université peut à juste titre invoquer la convention collective comme preuve tendant à confirmer le caractère raisonnable de la politique de mise à la retraite obligatoire. Il s'agit là d'un facteur dont il faut tenir compte lorsqu'on applique aux faits de l'espèce le critère type de l'arrêt *Oakes*.

Les objectifs de la politique sont-ils urgents et réels?

Au cours des procédures devant les tribunaux d'instance inférieure, les objectifs de la retraite

vation of tenure, the promotion of academic renewal, the facilitation of planning and resource management and the protection of "retirement with dignity" for faculty members. They are subsumed in the objectives put forward to justify mandatory retirement by the defendant universities in *McKinney* which the University of Alberta adopted in argument before this Court. These were (at p. 281):

(1) To enhance and maintain a university's capacity to seek and maintain excellence by permitting flexibility in resource allocation and faculty renewal, and

(2) To preserve a university's academic freedom and the collegial form of association by minimizing distinctive modes of performance evaluation.

In *McKinney* this Court concluded that these objectives were of sufficient significance to justify the limitation of a constitutional right to equality. This conclusion must also apply to these same objectives put forward by the University of Alberta in the case at bar.

#### Is the Policy Proportional to the Objective?

According to the *Oakes* model, the defendant must demonstrate that the policy is rationally connected to the objective, minimally impairs the right and is proportional in its effects.

##### (a) *Rational Connection*

The University has submitted that the objectives outlined above as the rationale for negotiating a compulsory retirement term in the collective agreement all relate to the specific labour requirements in the academic market. As discussed in *McKinney*, the traditional career pattern of university faculty involves a deferred compensation scheme with a comparatively low entry level salary which increases with seniority (see Michael Krashinsky, "The Case for Eliminating

obligatoire ont été formulés ainsi: maintenir la permanence, promouvoir le renouvellement du corps professoral, faciliter la planification et la gestion des ressources et protéger la «mise à la retraite dans la dignité» pour les membres du corps professoral. Ils sont compris dans les objectifs que les universités défenderesses avaient avancés pour justifier la retraite obligatoire dans l'affaire *McKinney* et que l'Université de l'Alberta a adoptés dans sa plaidoirie devant notre Cour (à la p. 281):

(1) Accroître et conserver l'aptitude de l'université à rechercher et à maintenir l'excellence en faisant usage de souplesse dans la répartition des ressources et le renouvellement du corps professoral;

(2) Préserver la liberté académique de l'université et la collégialité en réduisant au minimum les modes distincts d'évaluation du rendement.

Dans l'arrêt *McKinney*, notre Cour a conclu que ces objectifs étaient suffisamment importants pour justifier la restriction d'un droit constitutionnel à l'égalité. Cette conclusion doit aussi s'appliquer aux mêmes objectifs que l'Université de l'Alberta avance en l'espèce.

#### f La politique est-elle proportionnelle à l'objectif visé?

Selon le modèle établi dans l'arrêt *Oakes*, la défenderesse doit démontrer que la politique a un lien rationnel avec l'objectif visé, qu'elle porte le moins possible atteinte au droit en question et que ses effets sont proportionnels.

##### h a) *Le lien rationnel*

L'Université a prétendu que les objectifs énumérés plus haut comme justifiant la négociation d'une clause de retraite obligatoire dans la convention collective sont tous liés à des exigences précises en matière d'emploi dans le secteur universitaire. Comme il a été dit dans l'arrêt *McKinney*, le schéma de carrière traditionnel des professeurs d'université implique un régime de rémunération différée caractérisé par un salaire de départ relativement bas qui augmente avec l'ancienneté (voir

Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict" (1988), XIV *Canadian Public Policy* 40, at p. 47). Within the first few years of appointment, junior faculty members have the opportunity to apply for tenured status. If accepted, they will be protected from dismissal except on grounds of incompetence or misconduct. Typically, as in the case of the University of Alberta, the power to dismiss professors on this basis is rarely exercised. The University dismissed only 10 professors over the years 1974-1984.

In the 1960s and early '70s, Canadian universities experienced dramatic growth which necessitated the hiring of a large number of new professors. Since then, financial constraints have prevented the expansion of our academic institutions. As a result, there exists a "bulge" in the age distribution of professors. A disproportionate number are concentrated among those in the latter part of their careers.

These circumstances support a finding that the impugned retirement practice is rationally connected to the objectives cited. The retirement of faculty members at the age of 65 ensures that the University may readily predict the rate at which employees will leave the institution. By requiring the retirement of all professors on reaching that age, positions are opened for new faculty. In accepting this argument, I do not wish to appear to have fallen victim to the "lump of labour" fallacy, which is the assumption that the total number of jobs in an economy is fixed. (See Frank Reid, *Economic Aspects of Mandatory Retirement* (1987), at p. 9.) In the economy as a whole, retirements are not essential to open new positions for young workers as the quantity of jobs is not fixed. In the current academic market, however, funding pressures have prevented the expansion of the total number of teaching and research positions. The presence of the "bulge" has concentrated a large proportion of jobs in one age group. In this particular context, mandatory retirement is an essential

Michael Krashinsky, «The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict» (1988), XIV *Analyse de politiques* 40, à la p. 47). Au cours des premières années d'emploi, les jeunes professeurs ont l'occasion de demander la permanence. Si leur demande est acceptée, ils sont protégés contre le congédiement, sauf pour cause d'incompétence ou d'inconduite. Habituellement, et c'est le cas de l'Université de l'Alberta, le pouvoir de renvoyer des professeurs pour cette raison est rarement exercé. L'Université n'a renvoyé que 10 professeurs au cours de la période de 1974 à 1984.

Au cours des années 60 et au début des années 70, les universités canadiennes ont connu une croissance spectaculaire, ce qui les a obligées à engager un grand nombre de nouveaux professeurs. Depuis, des contraintes financières ont empêché l'expansion de nos établissements universitaires. Il en est résulté un «gonflement» dans la répartition par âge des professeurs. Un nombre disproportionné de professeurs se trouvent à la dernière étape de leur carrière.

Ces circonstances permettent de conclure que la pratique de mise à la retraite contestée a un lien rationnel avec les objectifs cités. La mise à la retraite des professeurs qui atteignent l'âge de 65 ans permet à l'Université de prévoir aisément le rythme de départ des employés. Grâce à la mise à la retraite obligatoire de tous les professeurs qui atteignent cet âge, des postes sont ouverts pour de nouveaux professeurs. Tout en acceptant cet argument, je ne veux pas donner l'impression de succomber au sophisme du [TRADUCTION] «nombre fixe d'emplois», qui suppose que le nombre total d'emplois dans l'économie ne change pas. (Voir Frank Reid, *Economic Aspects of Mandatory Retirement* (1987), à la p. 9.) Dans l'économie considérée globalement, il n'est pas essentiel de procéder à des mises à la retraite pour ouvrir de nouveaux postes pour les jeunes travailleurs puisque la quantité d'emplois n'est pas fixe. Toutefois, dans le secteur universitaire actuel, des contraintes financières ont empêché l'accroissement du nombre total de postes d'enseignement et de recherche.

tool to provide a degree of inter-generational equity.

Mandatory retirement also allows the University to renew its faculty by introducing younger members who may bring new perspectives to their disciplines. The Report of the Bovey Commission on the Future Development of the Universities of Ontario (1984) identified academic renewal as a crucial goal for universities. This report recognizes that it is only through new appointments that universities can improve the ratio of women faculty members from the current numbers, which are extremely low (at pp. 21-22). The same Report estimates that without mandatory retirement, the numbers of new faculty hired in Ontario would have declined by approximately 300 from an estimate of 750 by the end of the 1980s (at p. 22). Mandatory retirement provides a means of remedying the twofold problem of limited funding and a "bulge" in the age distribution of professors.

As well, the policy of mandatory retirement supports the existence of a tenure system which creates barriers to the dismissal of faculty members thereby enhancing academic independence. Certainly, the University of Alberta has in place a system designed to remove demonstrably incompetent professors, but the administration has taken such steps most infrequently. It might be suggested that any necessary trimming of faculty could be more fairly accomplished by an active exercise of the power to dismiss for incompetence. Yet this argument fails to recognize the difficulties inherent in assessing either the quality of a professor's work or her productivity (see Robert T. Blackburn and Janet H. Lawrence, "Aging and the Quality of Faculty Job Performance" (1986), 23 *Review of Educational Research* 265, at p. 271).

Typically, teaching ability is only monitored by student evaluation. Research can only be measured

En raison du «gonflement», une grande proportion d'emplois est concentrée dans un seul groupe d'âge. Dans ce contexte particulier, la retraite obligatoire est un outil essentiel pour assurer un certain degré d'équité entre les générations.

La retraite obligatoire permet aussi à l'Université de renouveler son corps professoral en intégrant des membres plus jeunes qui apportent de nouveaux points de vue dans leurs disciplines. Le rapport de la Commission [Bovey] chargée d'étudier l'avenir des universités de l'Ontario (1984) a décrit le renouvellement du corps professoral comme un objectif crucial pour les universités. Ce rapport reconnaît que ce n'est qu'au moyen de nouvelles nominations que les universités peuvent augmenter la proportion de professeurs d'université féminins qui, à l'heure actuelle, est extrêmement faible (aux pp. 21 et 22). Dans ce rapport, on estime que, sans la retraite obligatoire, le nombre de nouveaux professeurs engagés en Ontario aurait diminué d'environ 300 sur le nombre estimatif de 750 à la fin des années 1980 (à la p. 22). La retraite obligatoire constitue un moyen de résoudre le double problème du financement limité et de l'existence d'un «gonflement» dans la répartition par âge des professeurs.

De même, la politique de retraite obligatoire justifie l'existence d'un système de permanence qui crée des obstacles au renvoi des professeurs, favorisant ainsi leur indépendance. Certes, l'Université de l'Alberta dispose d'un système destiné à renvoyer les professeurs manifestement incompétents, mais la direction n'a pris que très rarement de telles mesures. On pourrait faire valoir que toute réduction nécessaire du corps professoral pourrait se faire de façon plus équitable par l'exercice actif du pouvoir de renvoyer pour cause d'incompétence. Toutefois, cet argument ne reconnaît pas les difficultés inhérentes à l'évaluation de la qualité du travail d'un professeur ou de sa productivité (voir Robert T. Blackburn et Janet H. Lawrence, «Aging and the Quality of Faculty Job Performance» (1986), 23 *Review of Educational Research* 265, à la p. 271).

Normalement, la capacité d'enseigner n'est contrôlée qu'au moyen d'évaluations faites par les étu-

by the work published. A greater risk of dismissal could well discourage individual professors from choosing to concentrate on teaching skills. There are many obstacles that must be overcome in order to make a fair objective assessment of the quality of work produced. Although these difficulties are faced by universities when tenure is first considered, a policy which increased the frequency with which these difficult assessments were made would be cumbersome, threatening to faculty and disruptive to the university. It would undermine the sense of security which is so essential for the free exercise of academic inquiry.

On these facts, the University of Alberta has demonstrated that the practice of compulsory retirement is rationally connected to its stated objectives.

(b) *Minimal Impairment*

There are only a very limited number of alternatives to mandatory retirement which would satisfy the University's legitimate objectives. The University could increase the rigour with which it enforces its procedures to dismiss professors for cause. While this might not necessarily undermine the tenure system, which is designed to protect professors from political interference and not from their own incompetence, it could make the security of tenure easier to circumvent. Also, as noted earlier, there are serious difficulties inherent in any attempt to measure the competence and productivity of professors.

Another possible alternative would be to encourage early retirement. This option would not contravene any of the University's objectives. Yet an optional programme would not necessarily achieve the numbers or certainty of vacancies among faculty that are required for renewal. Thus, this method would be an inadequate substitute for mandatory retirement.

dians. La recherche ne peut se mesurer que par les travaux publiés. Un plus grand risque de renvoi pourrait bien dissuader certains professeurs de se concentrer sur des tâches d'enseignement. Il faut surmonter de nombreux obstacles pour parvenir à effectuer une évaluation juste et objective de la qualité du travail accompli. Même si les universités se heurtent à ces difficultés au moment où la question de la permanence est examinée pour la première fois, une politique qui augmenterait la fréquence de ces difficiles évaluations serait fastidieuse, menaçante pour le corps professoral et source de perturbations pour l'université. Elle minerait le sentiment de sécurité qui est si essentiel au libre exercice de la recherche universitaire.

Compte tenu de ces faits, l'Université de l'Alberta a démontré que la pratique de la retraite obligatoire a un lien rationnel avec ses objectifs explicites.

b) *L'atteinte minimale*

Il n'existe qu'un nombre très limité de solutions de rechange à la retraite obligatoire qui permettraient à l'Université d'atteindre ses objectifs légitimes. L'Université pourrait augmenter la rigueur avec laquelle elle applique ses procédures de renvoi motivé de professeurs. Même si cela n'avait pas nécessairement pour effet de miner le système de permanence, qui vise à protéger les professeurs des ingérences politiques et non de leur propre incompétence, cela pourrait rendre l'inamovibilité plus facile à contourner. En outre, comme on l'a déjà mentionné, il existe de graves difficultés qui sont inhérentes à toute tentative d'évaluer la compétence et la productivité des professeurs.

Une autre solution pourrait consister à encourager la retraite anticipée. Cette option ne contreviendrait à aucun des objectifs de l'Université. Toutefois, un programme optionnel ne permettrait pas nécessairement d'obtenir avec certitude, au sein du corps professoral, le nombre de postes vacants requis pour assurer le renouvellement. Cette méthode constituerait donc un substitut inadéquat à la retraite obligatoire.

In the University setting, the policy of mandatory retirement withstands the minimal impairment test. No obvious alternative policy exists which would achieve the same results without restricting the individual rights of faculty members. The fact that the practice is the result of a fair and freely negotiated collective agreement supports the conclusion that the practice is reasonable and justifiable within the meaning of s. 11.1.

(c) *Proportionality of Effects*

Lastly, the University of Alberta must demonstrate that the effects of the impugned practice are proportional to the objectives which it is intended to serve. Without question, mandatory retirement constitutes *prima facie* discrimination. Those faculty members who, like Professor Dickason, would choose to continue working past the age of 65 will suffer from the denial of this opportunity. Yet these individuals have the benefit of secure and reasonable pensions. The policy forms part of a collective agreement which benefits, as a whole, the academic staff of the University. In this context, the effects of the *prima facie* discrimination are proportional to the legitimate objectives served.

Disposition

The University has shown that the impugned practice of mandatory retirement is reasonable and justifiable within the meaning of s. 11.1 of the *IRPA*. In the result, the appeal is dismissed. As this proceeding is in the nature of a test case, there shall be no order as to costs.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—This appeal once again raises the issue of mandatory retirement at age 65, this time, however, in the context of the policy of a private employer, the respondent University of Alberta (the "University"). That policy is being challenged by the appellant professor, Dr. Olive Dickason, under the Alberta *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 (the

Dans le cadre de l'Université, la politique de mise à la retraite obligatoire résiste au critère de l'atteinte minimale. Il n'y a pas d'autre politique évidente qui permette d'obtenir les mêmes résultats sans restreindre les droits individuels des membres du corps professoral. Le fait que la pratique résulte d'une convention collective équitable et négociée librement appuie la conclusion selon laquelle la pratique est raisonnable et justifiable au sens de l'art. 11.1.

c) *La proportionnalité des effets*

En dernier lieu, l'Université de l'Alberta doit démontrer que les effets de la pratique contestée sont proportionnels aux objectifs qu'elle vise. La retraite obligatoire constitue indubitablement de la discrimination à première vue. Les membres du corps professoral qui, à l'instar du professeur Dickason, choisiraient de continuer à travailler après avoir atteint 65 ans vont souffrir du fait qu'on leur refuse cette possibilité. Malgré tout, ces personnes bénéficient de pensions sûres et raisonnables. La politique fait partie d'une convention collective qui, dans son ensemble, profite au corps professoral de l'Université. Dans ce contexte, les effets de la discrimination à première vue sont proportionnels aux objectifs légitimes visés.

Dispositif

L'Université a démontré que la pratique contestée de mise à la retraite obligatoire est raisonnable et justifiable au sens de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Le pourvoi est donc rejeté. Puisque l'instance s'apparente à une cause type, il n'y aura pas d'adjudication des dépens.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Le présent pourvoi soulève à nouveau la question de la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans, cette fois dans le contexte de la politique d'un employeur privé, l'Université de l'Alberta («l'Université») intimée. Cette politique est contestée par l'appellante, le professeur Olive Dickason, qui invoque l'*Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta,



“IRPA”). Specifically, the issue is whether the University, through a collective agreement with its academic staff, can retire Dr. Dickason at age 65, despite the provisions of s. 7 of the IRPA, which reads:

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or

(b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person. [Emphasis added.]

The University relies upon s. 11.1 of the IRPA, which provides a general defence for discriminatory acts:

11.1 A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances.

I have considered the opinion of my colleague Justice Cory and, with respect, I cannot agree for the following reasons.

### Facts

Given their particular relevance to the issue, I will briefly review the facts surrounding this appeal, with an emphasis on the chronology of events leading up to Dr. Dickason's retirement.

Dr. Dickason joined the academic staff at the University of Alberta on June 24, 1975. At the time, while s. 6 of the *Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, c. 2, then in force prohibited discrimination in employment on the basis of various factors, including age (subject to a defence of *bona fide* occupational qualification), age was defined as between 45 and 65 years of age, for the purposes of the Act.

R.S.A. 1980, ch. I-2 (l'«IRPA»). Plus précisément, il s'agit de déterminer si l'Université, en se fondant sur une convention collective conclue avec son personnel enseignant, peut mettre

<sup>a</sup> Mme Dickason à la retraite à l'âge de 65 ans, malgré les dispositions de l'art. 7 de l'IRPA, qui porte:

[TRADUCTION] 7(1) Aucun employeur ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

<sup>b</sup> a) refuser d'employer ou de continuer à employer une personne, ni

b) faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

<sup>c</sup> en raison de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, des déficiences physiques ou mentales, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine de cette personne ou d'une autre personne. [Je souligne.]

L'Université se fonde sur l'art. 11.1 de l'IRPA, qui prévoit un moyen de défense général à l'égard d'actes discriminatoires:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] 11.1 Toute dérogation à la présente loi dont l'auteur présumé démontre qu'elle était raisonnable et justifiable, eu égard aux circonstances, est réputée ne pas avoir eu lieu.

<sup>f</sup> J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory et, en toute déférence, je ne puis y souscrire pour les raisons suivantes.

### Les faits

<sup>g</sup> Étant donné leur pertinence particulière, je reprendrai brièvement les faits qui entourent le présent pourvoi, en mettant l'accent sur la suite chronologique des événements conduisant à la mise à la retraite de Mme Dickason.

<sup>i</sup> Madame Dickason s'est jointe au personnel enseignant de l'Université de l'Alberta le 24 juin 1975. Si, à cette époque l'art. 6 de l'*Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, ch. 2, alors en vigueur, interdisait toute discrimination dans l'emploi fondée sur divers facteurs, notamment l'âge (sauf à invoquer une exigence professionnelle normale), le mot âge, défini par la Loi, renvoyait à la période située entre 45 et 65 ans.

A little over a year later, Dr. Dickason became an assistant professor and signed a contract agreeing to be bound by the Academic Staff Agreement ("the Faculty Agreement") between the University and the Association of Academic Staff of the University of Alberta ("the Faculty Association"). Article 18.01 of the Agreement, which came into effect on July 1, 1976, established a "normal retirement date" for academic staff at age 65:

18.01 The normal retirement date for a staff member will be 30 June following the attainment of age sixty-five (65) or 31 August for those staff members who were employed in anticipation of an end of year date, being 31 August.

In 1978, the *Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, c. 36 (the "UAPA") came into effect. Section 9 provided that academic staff would retire on the "normal retirement date", which was defined as age 65. The Faculty Agreement which bound Dr. Dickason was amended that same year to reflect its compliance with this legislation, although this did not involve any material change in the University's policy.

On November 2, 1979, Dr. Dickason was awarded tenure under the terms of the Faculty Agreement between the University and the Faculty Association.

In 1985, various amendments to the *IRPA* were enacted to make it compatible with s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("the Charter"). On June 5, 1985, four days after Dr. Dickason became a full professor at the University, these amendments came into force. Section 11.1 was added to the *IRPA*, and s. 38(a) of the *IRPA* was replaced with the present provision, which defines age as "18 years of age or older".

On June 30, 1985, Dr. Dickason, having reached her 65th birthday earlier in the year, was retired pursuant to art. 18.01 of the Faculty Agreement. Upon her retirement, she automatically acquired the status of professor emeritus. On July 3, 1985,

Après un peu plus d'un an, M<sup>me</sup> Dickason était nommée professeur adjoint et elle signait un contrat par lequel elle acceptait d'être liée par l'Academic Staff Agreement («la convention») conclue entre l'Université et l'Association of Academic Staff of the University of Alberta («l'association des professeurs»). L'article 18.01 de la convention, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1976, fixait la [TRADUCTION] «date normale de la retraite» pour le personnel enseignant à l'âge de 65 ans:

[TRADUCTION] 18.01 La date normale de la retraite pour tout membre du personnel est le 30 juin suivant la date à laquelle celui-ci atteint l'âge de soixante-cinq (65) ans, ou le 31 août pour les membres du personnel qui ont été engagés en prévision d'une date de clôture de l'exercice qui serait le 31 août.

En 1978, l'*Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, ch. 36, (l'«UAPA») entré en vigueur. L'article 9 prévoyait la mise à la retraite du personnel enseignant à la [TRADUCTION] «date normale de la retraite», fixée par définition à l'âge de 65 ans. La convention qui liait M<sup>me</sup> Dickason était modifiée la même année pour en assurer l'harmonisation avec la Loi sans que cela n'entraîne aucune modification importante de la politique de l'Université.

Le 2 novembre 1979, M<sup>me</sup> Dickason obtenait sa permanence en vertu des dispositions de la convention conclue entre l'Université et l'association des professeurs.

En 1985, l'*IRPA* faisait l'objet de diverses modifications visant à la rendre compatible avec l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* («la Charte»). Ces modifications sont entrées en vigueur le 5 juin 1985, soit quatre jours après la date à laquelle M<sup>me</sup> Dickason a été promue au poste de professeur titulaire de l'Université. L'article 11.1 fut ajouté à l'*IRPA*, et l'al. 38a) de l'*IRPA* fut remplacé par la disposition actuelle, qui définit l'âge comme «dix-huit ans et plus».

Le 30 juin 1985, M<sup>me</sup> Dickason, qui avait atteint l'âge de 65 ans plus tôt dans l'année, fut mise à la retraite conformément à l'art. 18.01 de la convention. Au moment de sa mise à la retraite, elle acquérait automatiquement le statut de professeur

Dr. Dickason filed a complaint with the Alberta Human Rights Commission, alleging that the University had contravened s. 7 of the *IRPA* by discriminating against her on the basis of her age. A Board of Inquiry was appointed on April 1, 1986. <sup>a</sup>

It should be noted at this point that, at the time of Dr. Dickason's forced retirement, the *UAPA* of 1978 was still in force. It was not until November 1, 1985, that it was superseded by the *Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, c. U-6.1 (the "*UAPPA*"), in which references to "normal retirement age" were replaced with references to "normal pensionable age". Notwithstanding this chronology, the parties to this appeal agreed at the outset that they would argue the case as though the *UAPPA* had already come into force on the date of Dr. Dickason's retirement, and the case proceeded before the Board of Inquiry, as well as before the courts, including ours, on this understanding. The argument that the University could have perhaps made under the former *UAPA* was therefore abandoned. <sup>e</sup>

The Board of Inquiry appointed to hear Dr. Dickason's complaint decided in her favour and ordered that she be re-instated at the University: (1987), 9 C.H.R.R. D/4468. On appeal to the Court of Queen's Bench, the decision was upheld ((1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403), but a further appeal to the Court of Appeal was allowed: (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377. <sup>g</sup>

Board of Inquiry (1987), 9 C.H.R.R. D/4468

In his decision, the Chairperson, K. J. Alyluia, first emphasized the special role of human rights legislation as "fundamental law", and noted the similarity between the equality provisions at s. 7 of the *IRPA* and at s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He concluded that the <sup>j</sup>

émérite. Le 3 juillet 1985, M<sup>me</sup> Dickason présentait, devant l'Alberta Human Rights Commission, une plainte dans laquelle elle prétendait que l'Université avait violé l'art. 7 de l'*IRPA* en pratiquant à son égard de la discrimination fondée sur l'âge. Une commission d'enquête fut constituée le 1<sup>er</sup> avril 1986.

Il y a lieu de souligner ici qu'au moment de la mise à la retraite obligatoire de M<sup>me</sup> Dickason, l'*UAPA* de 1978 était encore en vigueur. C'est le 1<sup>er</sup> novembre 1985 seulement qu'elle fut remplacée par l'*Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, ch. U-6.1 (l'«*UAPPA*»), dans laquelle l'expression [TRADUCTION] «âge normal de la retraite» fut remplacée par [TRADUCTION] «âge normal donnant droit à pension». En dépit de cette chronologie, les parties au présent pourvoi ont convenu dès le début de faire comme si l'*UAPPA* était déjà entrée en vigueur à la date de la mise à la retraite de M<sup>me</sup> Dickason, et c'est sur la base de cette entente que l'affaire a été portée devant la commission d'enquête, puis devant les tribunaux, y compris notre Cour. L'argument que l'Université aurait peut-être pu invoquer en vertu de l'ancienne *UAPA* a donc été abandonné. <sup>b</sup>

La commission d'enquête constituée pour examiner la plainte de M<sup>me</sup> Dickason a tranché en sa faveur et ordonné sa réintégration: (1987), 9 C.H.R.R. D/4468. Portée en appel, cette décision a été maintenue par la Cour du Banc de la Reine ((1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403), puis renversée par la Cour d'appel: (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377. <sup>h</sup>

La commission d'enquête (1987), 9 C.H.R.R. D/4468

Dans sa décision, le président, K. J. Alyluia, a d'abord souligné le rôle spécial de la législation sur les droits de la personne, qualifiée de «loi fondamentale», et il a noté la similarité entre les dispositions sur l'égalité contenues à l'art. 7 de l'*IRPA* et celles du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a conclu qu'on ne pouvait se servir des dispositions de la convention collective

provisions of the collective agreement could not be used to circumvent human rights legislation.

The Chairperson then embarked on an extensive review of the evidence, canvassing the four points argued by the University in support of mandatory retirement at age 65, and rejecting each of them in turn. With respect to the argument that professors should be allowed to “retire with dignity”, he found that the University had not presented evidence showing a decline in ability “which would render the vast majority of academic staff unable to function effectively as they approach or reach 65” (p. D/4472). Accordingly, it would be “unwise, unfair and now illegal” to penalize all professors who reach age 65, particularly when incompetent professors of any age could be dismissed for cause through procedures already in place at the University.

On the need for institutional planning, the Chairperson concluded that there were so many uncertainties in the planning process that the removal of the “constant” of mandatory retirement would not have a great effect.

He next turned to the University’s “academic renewal” argument, to the effect that it was necessary to replace older academics with young professors who had new ideas and heightened creativity. While conceding that intellectual renewal was necessary for a healthy academic atmosphere, the Chairperson concluded that, in the face of competing evidence, the proposition of originality as a by-product of youth had not been proved. As well, in his view, the increasing popularity of flexible retirement made mandatory retirement less crucial to academic renewal. Based on evidence collected from institutions which had abolished mandatory retirement, the Chairperson held that, after a five to ten year transitional period, the flow of replacement returns to its initial level. He therefore disagreed with the contrary conclusion by the trial judge in *Harrison v. University of British Columi-*

pour contourner une loi sur les droits de la personne.

Le président a ensuite procédé à un examen approfondi de la preuve, reprenant les quatre points invoqués par l’Université à l’appui de la mise à la retraite obligatoire à l’âge de 65 ans, pour les rejeter les uns après les autres. En ce qui a trait à l’argument selon lequel les professeurs devraient pouvoir [TRADUCTION] «prendre leur retraite dans la dignité», il a conclu que l’Université n’avait produit aucune preuve établissant une baisse de capacité [TRADUCTION] «qui rendrait la vaste majorité des professeurs incapables de fonctionner efficacement dès qu’ils approcheraient ou atteindraient l’âge de 65 ans» (à la p. D/4472). Par conséquent, il serait [TRADUCTION] «déraisonnable, injuste et maintenant illégal» de pénaliser tous les professeurs qui atteignent l’âge de 65 ans, compte tenu tout particulièrement de la possibilité de procéder au renvoi motivé des professeurs incompetents de tout âge en ayant recours aux procédures déjà prévues par l’université.

Quant au besoin de planification de l’établissement, le président a conclu qu’il existait un si grand nombre d’incertitudes au sein du processus de planification que l’élimination de la [TRADUCTION] «constante» de la mise à la retraite obligatoire n’entraînerait aucun effet important.

Il a ensuite abordé l’argument du [TRADUCTION] «renouvellement du corps professoral» invoqué par l’Université, selon lequel il est nécessaire de remplacer les professeurs âgés par des professeurs jeunes qui ont de nouvelles idées et une créativité supérieure. Après avoir reconnu la nécessité d’un renouvellement intellectuel pour assurer le maintien d’une saine atmosphère universitaire, le président a conclu que, d’après des éléments de preuve divergents, on n’a pas fait la preuve qu’originalité et jeunesse vont nécessairement de pair. Il a estimé en outre que la popularité croissante de la retraite flexible rendait la retraite obligatoire moins cruciale pour le renouvellement du corps professoral. En se fondant sur la preuve recueillie auprès d’établissements qui ont aboli la mise à la retraite obligatoire, le président a conclu que le renouvellement reprend son rythme initial après une période

*bia* (1986), 30 D.L.R. (4th) 206 (B.C.S.C.), in these terms (at p. D/4475):

The Court concedes that mandatory retirement poses disadvantages to the fit and willing person who must now retire at a fixed age but balances these factors with youth unemployment and decides for the latter; one of the facts being the economic advantage enjoyed by older workers with pension benefits versus youth with no similar financial resources. . . . Again, with respect I cannot concur with these conclusions based on the evidence presented. Admitting that there may be a reduction in the number of young academics entering into employment if mandatory retirement were abolished, the evidence indicates that the reductions would not be large.

Finally, again drawing on data from universities where mandatory retirement had been abolished, the Chairperson rejected the University's argument that the abolition of mandatory retirement threatened the tenure system.

Turning to the applicable law, the Chairperson found that the onus of proof on the University, in the face of its *prima facie* violation of human rights, was akin to that established by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, under s. 1 of the *Charter*. While he agreed that there was a rational connection between mandatory retirement and the University's aims, he concluded that "none of the links is vital to their continuance" (p. D/4478); all the aims could be met without forced retirement. In his view, mandatory retirement impairs rights more than minimally, and he concluded that "the effect of the policy—namely loss of tenured professor status with all the rights and privileges flowing therefrom, including of course the right to con-

de transition de cinq à dix ans. Il a donc exprimé en ces termes (à la p. D/4475) son désaccord avec la conclusion contraire du juge de première instance dans l'affaire *Harrison c. University of British Columbia* (1986), 30 D.L.R. (4th) 206 (C.S.C.-B.):

[TRADUCTION] La Cour concède que la retraite obligatoire entraîne des inconvénients pour la personne en santé et prête à continuer, qui est maintenant forcée de prendre sa retraite à un âge fixe, mais elle soupèse ces facteurs et le chômage des jeunes et tranche en faveur de ces derniers, notamment en raison de l'avantage économique dont bénéficient les travailleurs plus âgés, avec leurs prestations de retraite, en comparaison des jeunes qui ne disposent d'aucune ressource financière semblable [. . .] Encore une fois, avec égards, je ne saurais souscrire à ces conclusions en me fondant sur la preuve produite. En admettant que l'abolition de la retraite obligatoire puisse entraîner une réduction du nombre d'emplois ouverts à de jeunes professeurs, il ne s'agirait selon la preuve que d'une réduction peu importante.

Enfin, en se fondant de nouveau sur des données obtenues auprès d'universités qui ont aboli la retraite obligatoire, le président a rejeté l'argument de l'Université voulant que l'abolition de la mise à la retraite obligatoire menace le système de la permanence.

En ce qui a trait au droit applicable, le président a conclu que la charge de la preuve qui incombait à l'Université, par suite de cette violation *prima facie* des droits de la personne, était similaire à celle qui avait été établie par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*. Tout en reconnaissant qu'il existait un lien rationnel entre la retraite obligatoire et les buts visés par l'Université, il a conclu qu'[TRADUCTION] «aucun des liens n'est essentiel à leur poursuite» (à la p. D/4478); tous les buts peuvent être atteints sans la mise à la retraite forcée. Il a estimé que la retraite obligatoire porte une atteinte plus que minimale à des droits et il a conclu que [TRADUCTION] «l'effet de cette politique, soit la perte du statut de professeur permanent, avec tous les droits et privilèges qui en découlent, y compris bien sûr le droit de continuer à travailler, est disproportion-

tinue working—is disproportionate to its objectives” (pp. D/4478-79).

The Board of Inquiry accordingly allowed Dr. Dickason’s complaint and ordered the University to reinstate her.

Court of Queen’s Bench (1988), 62 Alta L.R. (2d) 209

On appeal to the Court of Queen’s Bench, Murray J. began by considering the onus of proof under s. 11.1 of the *IRPA* and the principles set out in *Charter* cases. He observed that the *IRPA* enjoys a special status, “not quite constitutional in character”, but as a “fundamental law” which expresses public policy (at p. 222). While Supreme Court decisions on the onus of proof under s. 1 of the *Charter* set out appropriate guidelines, the chambers judge concluded that the Board erred in over-emphasizing the link between s. 15(1) of the *Charter* and s. 7 of the *IRPA*. However, in his opinion, this error was not fatal to the Board’s decision.

Agreeing that there was a *prima facie* violation of s. 7 of the *IRPA*, the chambers judge then turned to the *Oakes* test to determine whether the respondent University’s policy regarding mandatory retirement could be saved (at p. 230):

We are here concerned with human rights legislation enacted at the provincial constitutional level. What better way to ensure proper protection of those rights than to use as a guide the criteria formulated by the highest court in the land to scrutinize actions which violate a comparable protected right under the Charter. One of the purposes in each case is to determine if on balance the limiting action is reasonable and can be justified having regard to the objectives it seeks to achieve. I am of the opinion that the criteria which must be satisfied to save a government law by virtue of s. 1 of the Charter can and should be used as a guide in examining an otherwise prohibited action under s. 11.1 of the I.R.P.A., at

tionné par rapport à ces objectifs» (aux pp. D/4478 et D/4479).

La commission d’enquête a donc accueilli la plainte de M<sup>me</sup> Dickason et ordonné à l’Université de la réintégrer.

La Cour du Banc de la Reine (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209

Saisi de l’appel interjeté devant la Cour du Banc de la Reine, le juge Murray a commencé par l’examen du fardeau de preuve sous le régime de l’art. 11.1 de l’*IRPA*, de même que des principes établis dans les arrêts concernant la *Charte*. Il a fait observer que, [TRADUCTION] «sans avoir un caractère tout à fait constitutionnel», l’*IRPA* a un statut spécial comme «loi fondamentale» qui se veut l’expression d’une politique d’intérêt public (à la p. 222). Même si les arrêts rendus par la Cour suprême à l’égard du fardeau de preuve applicable en vertu de l’article premier de la *Charte* établissent les lignes directrices appropriées, le juge de première instance a conclu que la commission avait commis une erreur en surestimant le lien qui existe entre le par. 15(1) de la *Charte* et l’art. 7 de l’*IRPA*. Toutefois, selon lui, cette erreur n’était pas fatale pour la décision de la commission.

Après avoir reconnu l’existence en l’espèce d’une violation *prima facie* de l’art. 7 de l’*IRPA*, le juge de première instance s’est fondé sur le critère établi dans l’arrêt *Oakes* pour déterminer si la politique de l’Université intimée en matière de retraite obligatoire pouvait être sauvegardée (à la p. 230):

[TRADUCTION] Il s’agit en l’espèce d’une loi sur les droits de la personne adoptée au niveau constitutionnel provincial. Existe-t-il une meilleure façon d’assurer la protection adéquate de ces droits que d’utiliser comme guide les critères établis par la plus haute cour du pays pour examiner les actions qui violent un droit comparable garanti par la Charte. L’un des objectifs visés dans chaque cas consiste à déterminer si, tout compte fait, l’action restrictive est raisonnable et peut être justifiée eu égard aux objectifs qu’elle cherche à atteindre. J’estime que les critères auxquels il faut satisfaire pour sauvegarder une loi du gouvernement sous le régime de l’article premier de la Charte peuvent et doivent servir

least to the extent that those considerations are applicable.

After a review of the case law in other jurisdictions as well as the evidence, he applied the civil standard of "proof by a preponderance of probability" from *Oakes* and held that, although "certain of the objectives are valid . . . [and] of a pressing and substantial nature", mandatory retirement had no rational connection to the University's aims (at p. 247). The appeal was accordingly dismissed. The issue of the constitutionality of s. 11.1 of the *IRPA* raised by the appellant was not discussed. Dr. Dickason's appeal on the question of damages was also dismissed.

Court of Appeal (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393

The Court of Appeal (Lieberman, Belzil and Foisy JJ.A.) allowed the University's appeal on the basis of this Court's decision in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. Although the Court of Appeal acknowledged that this case did not involve an application of the Canadian *Charter*, it held that *McKinney* was binding insofar as, in that decision, La Forest J. determined that mandatory retirement in a university context was justifiable under s. 1.

In the court's view, the appeal raised the question of the stringency of the test applied under s. 11.1 of the *IRPA*, that is, the burden which the University had to discharge in order to have its mandatory retirement policy upheld. The Court of Appeal agreed with the chambers judge that "the university, as a private employer, would not be entitled to the deference shown by the courts to legislators in a s. 1 of the *Charter* analysis" (p. 398). However, in the court's opinion, La Forest J.'s conclusion on the justifiability of mandatory retirement in Canadian universities was

de guide lorsqu'il s'agit d'examiner, en vertu de l'art. 11.1 de l'I.R.P.A., une action par ailleurs interdite, à tout le moins dans la mesure où ces principes s'appliquent.

Après avoir passé en revue la jurisprudence d'autres ressorts de même que la preuve produite, il a appliqué la norme civile de la «preuve selon la prépondérance des probabilités» tirée de l'arrêt *Oakes* et il a conclu que, même si [TRADUCTION] «certains des objectifs sont valides [. . . et] urgents et réels», la retraite obligatoire n'a aucun lien rationnel avec les buts visés par l'université (à la p. 247). L'appel fut donc rejeté. La question de la constitutionnalité de l'art. 11.1 de l'*IRPA* soulevée par l'appelante n'a pas été examinée. L'appel interjeté par M<sup>me</sup> Dickason sur la question des dommages-intérêts fut aussi rejeté.

La Cour d'appel (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393

La Cour d'appel (les juges Lieberman, Belzil et Foisy) a accueilli l'appel interjeté par l'Université, en se fondant sur l'arrêt de notre Cour *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Même si elle a reconnu que la présente instance ne portait pas sur l'application de la *Charte*, la Cour d'appel a conclu que l'arrêt *McKinney* s'appliquait dans la mesure où le juge La Forest avait déterminé que la retraite obligatoire dans le contexte universitaire était justifiable en vertu de l'article premier.

Selon la cour, l'appel soulevait la question de la rigueur du test applicable en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA*, c'est-à-dire du fardeau dont l'Université devait s'acquitter pour obtenir le maintien de sa politique de mise à la retraite obligatoire. La Cour d'appel a souscrit à l'avis du juge de première instance selon lequel [TRADUCTION] «il n'y a pas lieu pour les tribunaux d'accorder à l'Université, en sa qualité d'employeur privé, la retenue dont ils font preuve à l'égard des législateurs dans une analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*» (à la p. 398). Selon la cour toutefois, la conclusion du juge La Forest sur le caractère justifiable de la retraite obligatoire dans les universités canadiennes s'appliquait obligatoirement et rendait purement théorique toute question visant le fardeau

binding and rendered moot any question on the evidentiary burden under s. 11.1 (at pp. 399-400):

It is now apparent from the decision of the Supreme Court of Canada in *McKinney* that the learned chambers judge was in error in his assessment of the evidence and in his conclusions. Either he applied too stringent a test or he misapprehended the evidence.

These basic social and economic conclusions of the Supreme Court of Canada are judicially approved criteria and policy guidelines binding on this court, whether in the context of a *Charter* analysis under s. 1 or an analysis under s. 11.1 of the *Individual's Rights Protection Act*.

The court further held that the issues raised in the appeal were identical to those in *McKinney* and should not be decided on a case-by-case basis "unless more than minor factual differences exist" (p. 400).

#### Issues

Since the respondent University has conceded that its policy of mandatory retirement at age 65 for its academic staff is discriminatory under s. 7 of the *IRPA*, the central issue in this case is whether that policy is "reasonable and justifiable" under s. 11.1. Before attempting to answer that question, however, several legal issues must be addressed:

1. The role of the Board of Inquiry;
2. Section 11.1 of the *IRPA*;
3. The impact of the collective agreement.

#### *1. The Role of the Board of Inquiry*

After extensive review of the evidence, which included *viva voce* testimony from twenty witnesses (see the appendix at the end of the reasons for judgment of Murray J., not included in the reported version), the Board concluded that, though there was some connection between the policy and the University's goals, mandatory retirement was not vital to achieving the stated

de preuve sous le régime de l'art. 11.1 (aux pp. 399 et 400):

[TRADUCTION] Il ressort maintenant de l'arrêt *McKinney* de la Cour suprême du Canada que le juge de première instance a commis une erreur dans son appréciation de la preuve et dans ses conclusions. Il a soit appliqué un critère trop rigoureux, soit mal perçu la preuve.

Ces conclusions sociales et économiques fondamentales de la Cour suprême du Canada sont des critères et des lignes directrices judiciairement approuvés qui lient la cour, qu'il s'agisse d'une analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* ou d'une analyse fondée sur l'art. 11.1 de l'*Individual's Rights Protection Act*.

La cour a en outre conclu que les questions soulevées en appel étaient identiques à celles de l'affaire *McKinney* et qu'elles ne devaient pas être tranchées comme des cas d'espèce [TRADUCTION] «à moins qu'il n'existe des différences factuelles importantes» (à la p. 400).

#### Les questions en litige

Puisque l'Université intimée a concédé que sa politique de mise à la retraite obligatoire de ses professeurs dès l'âge de 65 ans est discriminatoire en vertu de l'art. 7 de l'*IRPA*, la question centrale du pourvoi consiste à déterminer si cette politique est «raisonnable et justifiable» en vertu de l'art. 11.1. Avant d'aborder cette question, il faut toutefois traiter de plusieurs points de droit:

1. Le rôle de la commission d'enquête;
2. L'article 11.1 de l'*IRPA*;
3. L'effet de la convention collective.

#### *1. Le rôle de la commission d'enquête*

Après avoir procédé à un examen approfondi des éléments de preuve et entendu vingt témoins (voir l'annexe à la suite des motifs du jugement prononcés par le juge Murray, qui n'est pas incluse dans la version publiée), la commission a conclu que, bien qu'il y ait un certain lien entre la politique et l'objectif de l'Université, la retraite obligatoire n'était pas un élément essentiel pour lui per-



objectives. The effect of the policy was disproportionate to its objectives. The differing conclusions by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, and *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, two cases arising in the context of mandatory retirement for firefighters and involving nearly identical provisions in human rights legislation, show that discrimination cases such as this are fact-driven, and that outcome will vary with the evidence submitted. The recent decision by this Court in *McKinney*, *supra*, has cast a long shadow over these proceedings. Hence, it is crucial that we establish at the outset why, aside from the fact that it was based on "government" action challenged under the *Charter* and this involves private action challenged under the *IRPA*, the outcome in *McKinney* is not necessarily determinative here.

The basis for review of the Board of Inquiry's decision in this case is s. 33 of the *IRPA*, the relevant portions of which read as follows:

33(1) A party to a proceeding before a board of inquiry may appeal the order of the board to the Court of Queen's Bench by originating notice filed with the clerk of the Court of the judicial district in which the inquiry was held.

(2) If the grounds of appeal consist wholly or partly of a question of fact or mixed fact and law, no appeal lies without the leave of a judge of the Court of Queen's Bench.

(4) The judge may, after taking into consideration any matters that he considers appropriate, grant leave to appeal under subsection (2).

mettre d'atteindre ces objectifs. La politique avait un effet disproportionné par rapport aux objectifs. Les conclusions différentes auxquelles est arrivée notre Cour dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, et *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, deux affaires engagées dans le contexte de la mise à la retraite obligatoire des pompiers et fondées sur des dispositions législatives sur les droits de la personne pratiquement identiques, montrent que dans les affaires de discrimination, comme en l'espèce, les faits ont une importance primordiale et que l'issue varie selon la preuve produite. La décision récente de notre Cour dans l'arrêt *McKinney*, précité, jette une ombre sur ces affaires. Il est donc important d'établir d'entrée de jeu pourquoi, indépendamment du fait que cette affaire était fondée sur une action «du gouvernement» contestée en vertu de la *Charte* alors que la présente espèce porte sur une action privée contestée sous le régime de l'*IRPA*, l'issue de l'affaire *McKinney* n'est pas nécessairement déterminante en l'espèce.

Le contrôle judiciaire de la décision de la commission d'enquête en l'espèce était fondé sur l'art. 33 de l'*IRPA*, dont les dispositions pertinentes portent:

[TRADUCTION] 33(1) Toute partie à une procédure engagée devant une commission d'enquête peut interjeter appel de l'ordonnance de la commission devant la Cour du Banc de la Reine en déposant un avis de requête au greffe de la cour du district judiciaire dans lequel s'est tenue l'enquête.

(2) Si les moyens invoqués reposent en totalité ou en partie sur une question de fait ou sur une question mixte de droit et de fait, l'appel ne peut être interjeté sans l'autorisation d'un juge de la Cour du Banc de la Reine.

(4) Après avoir tenu compte de toute question qu'il estime appropriée, le juge peut accorder l'autorisation d'interjeter appel en vertu du paragraphe (2).

(6) The Court may confirm, reverse or vary the order of the board and may make any order that the board can make under section 31.

My colleague Cory J. concludes, after a brief review of the relevant principles, that, under the *IRPA*, “no particular deference” is owed by this Court either to the findings of the Board or to the findings of the Court of Queen’s Bench. On the first point, he relies on the “plain meaning” of s. 33(2) of the *IRPA*, which empowers the Court of Queen’s Bench to substitute its opinion for that of the Board where the appeal is granted on mixed issues of law and fact (as was the case here). On the second point, he notes that Murray J. did not hear any *viva voce* witnesses and, in fact, relied on the same written transcript and evidence as is before the Court now. Hence, in his opinion, “[t]here is no basis or justification for the position that this Court should be constrained by the conclusions reached by either the Chairman of the Board of Inquiry or the Judge of the Court of Queen’s Bench on s. 11.1 evidence” (p. 1127).

With respect to the findings of the Board of Inquiry, I must of course agree that there is a wide scope of review afforded to the Court of Queen’s Bench under the *IRPA*, given that the Board’s findings are not protected by a privative clause and that human rights tribunals are not as “specialized” as some other administrative bodies such as labour boards. In my opinion, however, a sweeping dismissal of the role of the Board overlooks the very rationale for the rule of curial deference to findings of fact made by courts of first instance and administrative tribunals.

The principle of curial deference is not simply based upon what appellate courts may do, acting within their jurisdiction. It is based on the recognition of the “signal advantage” enjoyed by lower courts and quasi-judicial bodies which see and

(6) La Cour peut confirmer, renverser ou modifier l’ordonnance de la commission d’enquête et rendre toute ordonnance que la commission peut rendre en vertu de l’article 31.

Après un bref examen des principes pertinents, mon collègue le juge Cory conclut que sous le régime de l’*IRPA*, notre Cour «n’est aucunement tenue de faire preuve d’une retenue particulière» à l’égard des conclusions de la commission ou des conclusions de la Cour du Banc de la Reine. En ce qui a trait au premier point, il se fonde sur le «sens ordinaire» du par. 33(2) de l’*IRPA* qui habilite la Cour du Banc de la Reine à substituer sa propre opinion à celle de la commission lorsque l’appel est accueilli sur des questions mixtes de droit et de fait (comme en l’espèce). En ce qui a trait au second point, il fait remarquer que le juge Murray n’a pas entendu de témoignages et qu’en fait, il s’est fondé sur la même transcription et la même preuve écrite que celles qui sont maintenant produites devant notre Cour. Voilà pourquoi, à son avis, «[r]ien ne permet ou ne justifie d’affirmer que notre Cour devrait être liée par les conclusions tirées par le président de la commission d’enquête ou par le juge de la Cour du Banc de la Reine au sujet de la preuve relative à l’art. 11.1» (à la p. 1127).

En ce qui a trait aux conclusions de la commission d’enquête, je dois bien sûr reconnaître que l’*IRPA* accorde à la Cour du Banc de la Reine de larges pouvoirs de contrôle puisque les conclusions de la commission ne sont pas protégées par une clause privative et que les tribunaux des droits de la personne ne sont pas aussi «spécialisés» que d’autres organismes administratifs tels que les commissions des relations du travail. À mon avis toutefois, écarter de façon trop absolue le rôle de la commission, c’est méconnaître la raison même qui sous-tend la règle de la retenue judiciaire à l’égard des conclusions de fait des cours de première instance et des tribunaux administratifs.

Le principe de la retenue judiciaire ne se résume pas à ce que les cours d’appel peuvent faire dans le cadre de leur compétence. Il est aussi fondé sur la reconnaissance de l’[TRADUCTION] «avantage capital» dont bénéficient les tribunaux d’instance infé-

hear witnesses. The classic statement on this subject is found in *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, where Lord Shaw of Dunfermline states (at p. 36):

When a Judge hears and sees witnesses and makes a conclusion or inference with regard to what is the weight on balance of their evidence, that judgment is entitled to great respect, and that quite irrespective of whether the Judge makes any observation with regard to credibility or not. . . . In Courts of justice in the ordinary case things are much more evenly divided; witnesses without any conscious bias towards a conclusion may have in their demeanour, in their manner, in their hesitation, in the nuance of their expressions, in even the turns of the eyelid, left an impression upon the man who saw and heard them which can never be reproduced in the printed page. What in such circumstances, thus psychologically put, is the duty of an appellate Court? In my opinion, the duty of an appellate Court in those circumstances is for each Judge of it to put to himself, as I now do in this case, the question, Am I—who sit here without those advantages, sometimes broad and sometimes subtle, which are the privilege of the Judge who heard and tried the case—in a position, not having those privileges, to come to a clear conclusion that the Judge who had them was plainly wrong? If I cannot be satisfied in my own mind that the Judge with those privileges was plainly wrong, then it appears to me to be my duty to defer to his judgment.

This rationale has been adopted consistently by this Court in such cases as *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, where a trial judge's evaluation of expert testimony was reinstated in favour of the assessment substituted by the Court of Appeal (at p. 799):

In these circumstances, an appellate court which has neither seen nor heard the witnesses and as such is unable to assess their movements, glances, hesitations, trembling, blushing, surprise or bravado, is not in a position to substitute its opinion for that of the trial judge, who has the difficult task of separating the wheat from the chaff and looking into hearts and minds of witnesses in an attempt to discover the truth.

See also *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at pp. 806 and 808, and *Klimashew-*

rieure et les organismes quasi judiciaires qui voient et entendent les témoins. L'exposé classique sur ce sujet remonte à l'arrêt *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, où lord Shaw of Dunfermline dit (à la p. 36):

[TRADUCTION] Lorsqu'un juge entend et voit les témoins et qu'il tire une conclusion ou fait une déduction sur la base du poids qu'il attribue à ces témoignages, ce jugement doit être traité avec le plus grand respect, même si le juge n'a fait aucune observation à l'égard de la crédibilité. [ . . . ] Ordinairement, devant une cour de justice, les choses sont partagées beaucoup plus également; des témoins sans parti pris conscient peuvent, par leur attitude, leur tenue, leur hésitation, la nuance de leurs expressions, voire par leurs cillements, avoir fait sur celui qui les a vus et entendus, une impression que le dossier imprimé ne peut pas reproduire. Psychologiquement parlant, quel est donc alors le devoir d'une cour d'appel? À mon avis, les juges d'une cour d'appel doivent, dans ces circonstances, se poser la question que je me pose présentement: Suis-je—moi qui ne puis profiter de ces avantages, parfois marqués, parfois subtils, dont bénéficie le juge qui entend la preuve et qui préside le procès—en mesure de conclure avec certitude en l'absence de ces avantages, que le juge qui en a bénéficié a commis une erreur manifeste? Si je ne puis me convaincre que le juge qui en a bénéficié a commis une erreur manifeste, il est alors de mon devoir de m'en remettre à son jugement.

Ce raisonnement a été systématiquement repris par notre Cour dans des arrêts comme *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, où l'évaluation des témoignages d'experts faite par le juge de première instance a été rétablie après que la Cour d'appel eut substitué sa propre opinion à celle du juge de première instance (à la p. 799):

Dans ce contexte, une cour d'appel qui n'a ni vu ni entendu les témoins et, à ce titre, est incapable d'apprécier leurs gestes, regards, hésitations, tremblements, rougeurs, surprise ou bravade, ne saurait substituer son opinion à celle du juge du procès dont c'est précisément la tâche difficile de séparer l'ivraie du bon grain, de scruter les reins et les cœurs pour tenter de découvrir la vérité.

Voir également les arrêts *Stein c. Le Navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, aux pp. 806 et 808, et

*ski v. Klimashewski Estate*, [1987] 2 S.C.R. 754, at p. 754.

Furthermore, in *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, this Court confirmed that the advantage which the trier of fact enjoys in evaluating the testimony of witnesses extends to experts. Le Dain J. wrote at pp. 1249-50:

The Court of Appeal took the position that because of the nature of the evidence in this case, which consisted of expert testimony and documentary evidence, the Court, to use its own words, was "almost in the position of conducting the trial *de novo* and making our own assessment of the evidence." I cannot agree. The limits to the scope of appellate review of the findings of fact by a trial court, which were affirmed by this Court in *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, and other decisions, also apply in my opinion to the review of the findings of a trial court based on expert testimony, as indicated in *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; and *Joyce v. Yeomans*, [1981] 2 All E.R. 21 (C.A.)

The Court of Appeal appears to have taken the position that it could assess the weight of the evidence in support of the facts on which the expert witnesses expressed an opinion because the evidence of those facts was before the trial court in a documentary form. The findings of the trial judge were similar to the assumed facts and the opinions in the affidavits of the expert witnesses. In coming to a different conclusion, on a balance of probabilities, from that of the trial judge with respect to some of those facts, the Court of Appeal in effect rejected the expert testimony which was based in part on those facts. It did so without having heard the expert witnesses and without being in a position to determine what their testimony would have been had the factual basis for their testimony been qualified to the extent considered necessary by the Court of Appeal. In doing so, the Court of Appeal, in my respectful opinion, erred. [Emphasis added.]

In addition to the cases cited in the foregoing passage, see also *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at p. 358.

*Klimashewski c. Succession Klimashewski*, [1987] 2 R.C.S. 754, à la p. 754.

De plus, dans l'arrêt *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, notre Cour a confirmé que l'avantage dont bénéficie le juge des faits pour évaluer les témoignages s'étend aux experts. Le juge Le Dain a écrit ce qui suit, aux pp. 1249 et 1250:

La Cour d'appel a estimé que, à cause de la nature de la preuve en l'espèce, constituée de témoignages d'experts et de preuves documentaires, elle, pour reprendre ses propres termes, était «presque en position de procéder à un procès *de novo* et de faire (sa) propre analyse des preuves administrées.» Je ne saurais être d'accord. Les limites de la portée du contrôle en appel des conclusions de fait d'un tribunal de première instance, qui ont été confirmées par cette Cour dans l'arrêt *Stein c. Le Navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, ainsi que par d'autres décisions, s'appliquent aussi, à mon avis, au contrôle des conclusions d'un tribunal de première instance fondées sur des témoignages d'experts, comme l'indiquent les arrêts *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, et *Joyce v. Yeomans*, [1981] 2 All E.R. 21 (C.A.)

La Cour d'appel paraît avoir estimé qu'elle pouvait apprécier elle-même les éléments de preuve offerts à l'appui des faits sur lesquels les experts avaient, dans leurs témoignages, exprimé une opinion, parce que les éléments de preuve concernant les faits dont le tribunal de première instance avait été saisi étaient des pièces documentaires. Les conclusions du juge de première instance sont analogues aux faits présumés et aux opinions exprimées par les experts dans leurs affidavits. En arrivant à une conclusion différente, selon la prépondérance des probabilités, de celle du juge de première instance dans le cas de certains de ces faits, la Cour d'appel a en fait rejeté le témoignage des experts basé en partie sur ces faits. Elle l'a fait sans avoir entendu les experts et sans être en mesure de dire ce qu'aurait été leur témoignage si le fondement factuel de celui-ci avait été modifié dans la mesure jugée par elle nécessaire. Ce faisant, la Cour d'appel a, à mon avis, commis une erreur. [Je souligne.]

En plus des arrêts cités dans le passage précédent, voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, à la p. 358.

A general discounting of findings of fact of the Board of Inquiry also ignores the other advantages it enjoys as the preliminary trier of fact. The Board is in a privileged position with respect to the assessment of evidence, in that it sees and hears witnesses. The mandate of members of the Human Rights Commission, who preside over hearings, is always the interpretation and application of the *IRPA*, which necessarily involves the adjudication of policy issues and the consideration of social fact evidence. The findings of the Board on social evidence must be accorded some deference to the extent that they fall within the realm of its specific and primary mandate under the *IRPA*. These findings, not being protected by a privative clause under the *IRPA*, may be afforded less deference than findings of an administrative tribunal which has the protection of a privative clause. This, however, is only an issue of degree. See *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1745-46; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1336; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 650; and the recent decision in *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 338 of Sopinka J.'s reasons.

This approach has been adopted by this Court in other appeals from decisions of human rights tribunals very similar to this one. As Cory J. points out, the scope of review in this case is no greater than that in *Etobicoke, supra*. There, McIntyre J., at p. 211, noted that because of the broader scope of review it would not always be an error for the appellate court to substitute its findings for those of the Board. He nonetheless emphasized the advantageous position of administrative tribunals in assessing *viva voce* evidence, relying on this

Écarter de façon générale les conclusions de fait de la commission d'enquête, c'est aussi méconnaître les autres avantages qui lui appartiennent en sa qualité de premier juge des faits. La Commission se trouve dans une position privilégiée pour ce qui en est de l'évaluation de la preuve, puisqu'elle voit et entend les témoins. Les membres de la Commission des droits de la personne, qui président les audiences, ont toujours comme mandat principal l'interprétation et l'application de l'*IRPA*, ce qui comprend nécessairement la résolution des questions de principe et l'examen d'éléments de preuve fondés sur des faits sociaux. Les conclusions de la commission sur la preuve relatives aux questions d'ordre social méritent qu'on les traite avec une certaine retenue dans la mesure où elles demeurent à l'intérieur du mandat particulier et principal que lui confère l'*IRPA*. Comme ces conclusions ne sont pas protégées par une clause privative aux termes de l'*IRPA*, on peut faire preuve d'une retenue moindre à leur égard qu'à l'égard de celles d'un tribunal administratif qui jouit de la protection d'une clause privative. Il ne s'agit là toutefois que d'une question de degré. Voir *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, aux pp. 1745 et 1746; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la p. 1336; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, à la p. 650; et le récent arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la p. 338 des motifs du juge Sopinka.

Cette approche a été adoptée par notre Cour dans d'autres pourvois contre des décisions rendues par des tribunaux des droits de la personne très similaires à celui qui est visé en l'espèce. Comme le souligne le juge Cory, l'étendue du pouvoir de contrôle ne dépasse pas ici celle qui s'appliquait à l'affaire *Etobicoke*, précitée. Dans cet arrêt, le juge McIntyre a, à la p. 211, fait remarquer qu'une cour d'appel qui agit en vertu des pouvoirs de contrôle plus généraux qui lui sont attribués, ne commet pas toujours une erreur si elle substitue ses

passage from the Ontario Divisional Court's decision in *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712, at p. 716:

... the learned Inquiry Officer's finding that the mandatory retirement provision was a *bona fide* occupational qualification and requirement for Cosgrove's employment was a finding of fact. . . . It was he who heard the evidence and under the circumstances was the only authority capable of judging the good faith of the assertions made before him. No appellate Court, in my respectful view, should overlook this signal advantage.

In *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, *supra*, Sopinka J. took a similar view (at pp. 1314-15):

It was the role of the Board, admittedly a very difficult one given the complexity and divergence of medical views on the subject, to determine if individualized testing was feasible. The Board concluded that this was not the case. In my opinion, the Board correctly applied the law, found as a fact that there was no practical alternative available to the appellant, and concluded that in adopting the policy with respect to retirement at age sixty, the employer was acting reasonably. No error of law having been committed by the Board, the Court of Appeal was wrong to reverse its decision. [Emphasis added.]

In my view, therefore, curial deference to the findings of fact of the Board of Inquiry is consistent both with principle and precedent. I note in particular that, while most of the witnesses who testified were qualified as experts, the Board also heard ordinary witnesses. In any event, as I have already mentioned, the assessment of expert evidence is also the province of the trier of fact.

This leads us to the second issue, the deference to be accorded to the findings of the Court of Queen's Bench. According to Cory J., it is open to an appellate court to substitute its own determina-

propres conclusions à celles de la commission. Il a néanmoins souligné la position avantageuse des tribunaux administratifs lorsqu'il s'agit d'évaluer les témoignages de vive voix, en se fondant sur l'extrait suivant de la décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712, à la p. 716:

[TRADUCTION] . . . la conclusion du commissaire enquêteur que la disposition concernant la retraite obligatoire était une exigence professionnelle normale et justifiée du travail chez Cosgrove était une conclusion de fait. [ . . . ] C'est lui qui a entendu la preuve et qui, dans les circonstances, était la seule personne en mesure de déterminer la bonne foi des témoignages devant lui. À mon humble avis, une cour d'appel ne devrait pas négliger cet avantage capital.

Dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, précité, le juge Sopinka a adopté un point de vue semblable (aux pp. 1314 et 1315):

La commission avait un rôle, très difficile il est vrai étant donné la complexité et la divergence des opinions médicales en la matière, qui consistait à déterminer la faisabilité de tests individuels. Elle a conclu qu'ils n'étaient pas faisables. À mon avis, la commission d'enquête a appliqué correctement les règles de droit, a conclu qu'en fait l'appelante ne disposait d'aucune autre solution pratique et a décidé qu'en adoptant la politique relative à la retraite à l'âge de soixante ans, l'employeur avait agi raisonnablement. Comme la commission n'avait pas commis d'erreur de droit, c'est à tort que la Cour d'appel a infirmé sa décision. [Je souligne.]

J'estime donc que la retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait de la commission d'enquête est conforme à la fois aux principes et à la jurisprudence. Je remarque en particulier que, même si la plupart des dépositions ont été faites par des témoins experts, la commission a aussi entendu des témoins ordinaires. De toute façon, comme je l'ai déjà mentionné, l'évaluation des témoignages d'experts relève de la compétence du juge des faits.

Ceci nous amène au deuxième point, à savoir la retenue dont doivent faire l'objet les conclusions de la Cour du Banc de la Reine. Selon le juge Cory, une cour d'appel peut substituer ses propres

tions of fact when it relies on the same written record as the trial court which first reviewed a tribunal's decision. While this might be true in some circumstances (and I make no comment on its general application, noting that there seems to be no authority on this proposition), this power of substitution of findings based on a written record is only valid to the extent that the trial court made its own findings of fact, and did not rely on the conclusions of the Board of Inquiry. Otherwise, an appellate court would once again risk failing to respect the privileged position of the tribunal which heard and saw witnesses.

In the case at bar, it is clear that Murray J. appreciated the advantage enjoyed by the Board of Inquiry with respect to *viva voce* evidence. After reproducing the passage from *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.* cited above, he wrote (at p. 221):

This court has not had the privilege of hearing or observing the witnesses testify and to the extent that that may be important in reviewing the evidence which was before the board, Lord Shaw's comments must be remembered and taken into consideration.

Murray J. ultimately concluded that the respondent University had failed to discharge its burden of proof under s. 11.1 of the *IRPA* and wrote (at p. 247):

Having reviewed the evidence and bearing in mind the comments of the board with respect to certain of the evidence which it had the privilege of hearing firsthand, I am satisfied that the university has not discharged the onus which rests upon it to establish that art. 18.01 rationally relates to those objectives which the university claims it assists in accomplishing. The evidence does not show that it was carefully designed to meet and achieve the objectives put forward. [Emphasis added.]

In arriving at this conclusion, it is true that Murray J. re-examined the evidence presented before the Board. However, his conclusions were completely consistent with those of the Chairperson, as he

conclusions de fait lorsqu'elle se fonde sur le même dossier écrit que celui qui a été produit devant la cour de première instance chargée d'examiner pour la première fois la décision d'un tribunal. Même si cela peut être vrai dans certaines circonstances (et je ne me prononce pas sur la question de l'application générale de cette proposition, me contentant de souligner qu'elle semble ne reposer sur aucune doctrine ni aucune jurisprudence), ce pouvoir de substituer des conclusions sur la foi du dossier écrit n'est valide que dans la mesure où la cour de première instance a tiré ses propres conclusions de fait, sans se fonder sur les conclusions de la commission d'enquête. Autrement, une cour d'appel risquerait, encore une fois, de ne pas tenir compte de la position privilégiée du tribunal qui a entendu et vu les témoins.

En l'espèce, il est évident que le juge Murray s'est rendu compte de l'avantage dont bénéficiait la commission d'enquête à l'égard des témoignages de vive voix. Après avoir reproduit l'extrait précité de l'arrêt *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co.*, il a écrit (à la p. 221):

[TRADUCTION] La cour n'a pas eu le privilège d'entendre ni d'observer les témoins lors de leurs dépositions, et dans la mesure où cela peut avoir une certaine importance pour l'examen de la preuve qui a été produite devant la commission, il faut se rappeler les commentaires de lord Shaw et en tenir compte.

Le juge Murray devait conclure que l'Université intimée ne s'était pas acquittée de son fardeau de preuve sous le régime de l'art. 11.1 de l'*IRPA* (à la p. 247):

[TRADUCTION] Après avoir examiné la preuve et en tenant compte des commentaires de la commission à l'égard de certains témoignages qu'elle a eu le privilège d'entendre directement, je suis convaincu que l'Université ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait d'établir que l'art. 18.01 a un lien rationnel avec les objectifs qu'il est censé promouvoir, selon l'Université. La preuve ne démontre pas qu'il a été élaboré avec soin dans le but d'atteindre et de réaliser les objectifs avancés. [Je souligne.]

Il est vrai que pour parvenir à cette conclusion, le juge Murray a réexaminé la preuve produite devant la commission. Ses conclusions étaient toutefois entièrement compatibles avec celles du président,

himself noted at various points in his judgment (see, for example, pp. 234, 238 and 248).

From these remarks made by the trial judge, indicating his acknowledgement of the Board's role as primary trier of fact, and from the similarity of the conclusions of the Board and the Court of Queen's Bench, I must conclude that Murray J. relied on the Board's findings of fact in making his own. In other words, the trial judge properly understood the rationale underlying the principle of curial deference and accorded the Board's findings of fact the measure of respect appropriate to the circumstances. In my opinion, this Court should do no less.

Even had I not been of the opinion that deference should have been given to the findings of the tribunal, I would have come to the same conclusions for the reasons that follow.

## 2. Section 11.1 of the IRPA

While I agree generally with my colleague Cory J.'s remarks on this issue, I believe it important to emphasize the principles of interpretation of human rights legislation, this Court's decisions in previous age discrimination cases, and the strict standard applicable in the absence of legislative deference, an element which again distinguishes this case from *McKinney*.

In order to further the goal of achieving as fair and tolerant a society as possible, this Court has long recognized that human rights legislation should be interpreted both broadly and purposively. Once in place, laws which seek to protect individuals from discrimination acquire a quasi-constitutional status, which gives them preeminence over ordinary legislation. As Lamer J. (as he then was) wrote in *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58:

comme il l'a lui-même fait remarquer à plusieurs reprises dans son jugement (voir par exemple les pp. 234, 238 et 248).

Compte tenu de ces remarques, par lesquelles le juge de première instance indique qu'il reconnaît le rôle de la commission comme principal juge des faits, et de la similarité des conclusions de la commission et de la Cour du Banc de la Reine, force m'est de conclure que le juge Murray s'est appuyé sur les conclusions de fait de la commission pour tirer les siennes. En d'autres termes, le juge de première instance a bien compris la raison qui sous-tend le principe de la retenue judiciaire, et a traité les conclusions de fait de la commission avec le respect approprié aux circonstances. J'estime qu'il doit en être ainsi pour notre Cour.

Même si je n'avais pas été d'avis qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du tribunal, j'en serais venue au même résultat, pour les raisons qui suivent.

## e 2. L'article 11.1 de l'IRPA

Bien que je sois généralement d'accord avec les remarques de mon collègue le juge Cory sur ce point, il me semble important de souligner les principes d'interprétation applicables aux législations sur les droits de la personne, les arrêts de notre Cour dans des cas de discrimination fondée sur l'âge et la norme stricte applicable en l'absence de retenue à l'égard d'un choix du législateur, élément qui, encore une fois, distingue la présente affaire de l'arrêt *McKinney*.

Dans la poursuite de l'objectif visant à rendre la société la plus juste et la plus tolérante possible, notre Cour a reconnu de longue date que les lois sur les droits de la personne doivent recevoir une interprétation à la fois large et fondée sur leur objet. Dès qu'elles entrent en vigueur, les lois visant à protéger les personnes contre toute discrimination acquièrent un statut quasi constitutionnel, qui leur donne préséance sur les lois ordinaires. Comme l'a écrit le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158:



When the subject matter of a law is said to be the comprehensive statement of the "human rights" of the people living in that jurisdiction, then there is no doubt in my mind that the people of that jurisdiction have through their legislature clearly indicated that they consider that law, and the values it endeavours to buttress and protect, are, save their constitutional laws, more important than all others. Therefore, short of that legislature speaking to the contrary in express and unequivocal language in the Code or in some other enactment, it is intended that the Code supersede all other laws when conflict arises.

As a result, the legal proposition *generalia specialibus non derogant* cannot be applied to such a code. Indeed the *Human Rights Code*, when in conflict with "particular and specific legislation", is not to be treated as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law.

This Court again stressed the fundamental nature of human rights legislation in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, when McIntyre J. wrote at p. 547:

The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment . . . and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect.

A short time later, Dickson C.J. gave eloquent expression to the principle in a well-known passage in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114 (the *Action Travail* case), at p. 1134:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to

Lorsque l'objet d'une loi est décrit comme l'énoncé complet des «droits» des gens qui vivent sur un territoire donné, il n'y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l'entremise de leur législateur, clairement indiqué qu'ils considèrent que cette loi et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres. En conséquence, à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès dans le Code ou dans toute autre loi, il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit.

En conséquence, la maxime juridique *generalia specialibus non derogant* ne peut s'appliquer à un tel code. En réalité, si le *Human Rights Code* entre en conflit avec «des lois particulières et spécifiques», il ne faut pas le considérer comme n'importe quelle autre loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale.

Notre Cour a encore une fois souligné la nature fondamentale des lois sur les droits de la personne dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, où le juge McIntyre écrit, à la p. 547:

Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif [. . .] et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application.

Peu de temps après, le juge en chef Dickson a exprimé ce principe de façon éloquente dans un passage bien connu de l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (l'affaire *Action Travail*), à la p. 1134:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne

minimize those rights and to enfeeble their proper impact.

As a concomitant principle, provisions in human rights codes which provide defences for discriminatory conduct must be read narrowly if they are not to overwhelm and defeat the protection extended by this legislation. In *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, *supra*, this point was emphasized at pp. 358-59 of my dissenting reasons:

The starting point for any analysis of human rights legislation is the recognition that the purpose of such legislation is the protection of fundamental individual rights. These rights are violated if stereotypical group characteristics are ascribed to individuals. Since the protection of human rights is vitally important in our society, legislation prohibiting discrimination must be construed broadly using a purposive approach. . . .

A logical corollary to this purposive approach is the narrow interpretation of exceptions within human rights legislation. Defences to discrimination under the Code must be narrowly construed so that the larger objects of the Code are not frustrated. [Emphasis in original.]

Sopinka J., writing for the majority, agreed at p. 339 of his reasons:

In approaching the interpretation of a human rights statute, certain special principles must be respected. Human rights legislation is amongst the most pre-eminent category of legislation. It has been described as having a "special nature, not quite constitutional but certainly more than ordinary". . . . One of the reasons such legislation has been so described is that it is often the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised. As the last protection of the most vulnerable members of society, exceptions to such legislation should be narrowly construed. . . .

devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet.

Comme principe concomitant, doivent être interprétées restrictivement les dispositions d'exception des codes des droits de la personne qui permettent de justifier des mesures discriminatoires, de façon à les empêcher de noyer et de faire échouer la protection accordée par cette législation. Dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, précité, j'ai souligné ce point aux pp. 358 et 359 de mes motifs de dissidence:

Le point de départ de toute analyse des lois en matière de droits de la personne est la reconnaissance que l'objet de ces lois est la protection des droits fondamentaux de la personne. Il y a violation de ces droits si les stéréotypes d'un groupe sont attribués à une personne. Puisque la protection des droits de la personne revêt une importance vitale dans notre société, les lois antidiscriminatoires doivent recevoir une interprétation large dans le cadre d'une analyse en fonction de leur objectif . . .

Un corollaire logique de cette analyse en fonction de l'objet est qu'il faut interpréter restrictivement les exceptions contenues dans la législation des droits de la personne. Il faut interpréter restrictivement les justifications invoquées à l'égard d'une mesure discriminatoire pour faire obstacle aux objets généraux du Code. [Souligné dans l'original.]

Le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, a manifesté son accord, à la p. 339 de ses motifs:

Dans l'examen de l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne, il faut respecter certains principes spéciaux. Les lois sur les droits de la personne se classent parmi les lois les plus prééminentes. Notre Cour a affirmé qu'une telle loi est «d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire» [. . .] Une des raisons pour lesquelles nous avons ainsi décrit les lois sur les droits de la personne c'est qu'elles constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation. Comme les lois sur les droits de la personne sont le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société, les exceptions doivent s'interpréter restrictivement . . .

Accordingly, in general, s. 11.1 of the *IRPA* must be read narrowly, so as to give the fullest possible breadth to the protection against discrimination afforded in s. 7, as both the Board of Inquiry and the Court of Queen's Bench found in this case. <sup>a</sup>

With respect to the specific test to be applied under s. 11.1, it has been argued that the established structure of the model set out in *R. v. Oakes*, *supra*, provides the most appropriate test. In considering the applicability of the *Oakes* test to s. 11.1 of the *IRPA*, it is helpful to examine commonalities between this test and the two-part test developed for those seeking to uphold discriminatory action under other exceptional provisions in human rights codes. I would note that where legislation provides tribunals with a specific test for discriminatory justifications, the tribunals should apply that test. The current "BFOQ" test, comprised of a subjective and an objective branch, was first set out by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, *supra*, by McIntyre J., who wrote at p. 208: <sup>b</sup>

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public. <sup>c</sup>

In *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, a case involving an infringement of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, Beetz J., writing for the majority, discussed the components of the objective branch (at pp. 311-12): <sup>d</sup>

Par conséquent, il faut en général interpréter restrictivement l'art. 11.1 de l'*IRPA* de façon à donner le plus d'ampleur possible à la protection contre la discrimination garantie par l'art. 7, comme l'ont reconnu en l'espèce et la commission d'enquête et la Cour du Banc de la Reine.

En ce qui a trait au test applicable sous le régime de l'art. 11.1, on a prétendu que la structure établie par le modèle énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, est le test le plus approprié. Pour déterminer si le test de l'arrêt *Oakes* s'applique à l'art. 11.1 de l'*IRPA*, il est utile d'examiner les points communs entre ce test et le test à deux volets élaboré par ceux qui cherchent à justifier une action discriminatoire en invoquant d'autres dispositions d'exception des codes des droits de la personne. Je voudrais signaler que lorsque la loi fournit aux tribunaux un test particulier permettant de justifier une discrimination, les tribunaux devraient l'appliquer. Le test courant de l'«EPN», qui comprend un volet subjectif et un volet objectif, a été énoncé pour la première fois par notre Cour (sous le nom d'«exigence professionnelle réelle») dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, précité, par le juge McIntyre, qui a écrit à la p. 208: <sup>e</sup>

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général. <sup>f</sup>

Dans *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, affaire qui portait sur une violation de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, le juge Beetz, s'exprimant au nom de la majorité, a examiné les éléments constitutifs du volet objectif (aux pp. 311 et 312): <sup>g</sup>

The respondent must also demonstrate that the aptitude or qualification is related in an objective sense to the performance of the employment concerned. McIntyre J. suggested in *Etobicoke* that the purpose of the objective test is to determine whether the employment requirement is “reasonably necessary” to assure the performance of the job. In the case at bar, I believe that this “reasonable necessity” can be examined on the basis of the following two questions:

- (1) Is the aptitude or qualification rationally connected to the employment concerned? This allows us to determine whether the employer’s purpose in establishing the requirement is appropriate in an objective sense to the job in question. In *Etobicoke*, for example, physical strength evaluated as a function of age was rationally connected to the work of being a fireman.
- (2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the presence of the requirement for the employment in question. The sixty-year mandatory retirement age in *Etobicoke* was disproportionately stringent, for example, in respect of its objective which was to ensure that all firemen have the necessary physical strength for the job.

In other decisions, the Court has stressed the need for employers seeking to justify discriminatory practices to prove the absence of alternative means of testing employees. In *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, Wilson J. explained the rationale for this approach (at p. 513):

The essence of direct discrimination in employment is the making of a rule that generalizes about a person’s ability to perform a job based on membership in a group sharing a common personal attribute such as age, sex, religion, etc. The ideal of human rights legislation is that each person be accorded equal treatment as an individual taking into account those attributes. Thus, justification of a rule manifesting a group stereotype depends on

L’intimée doit prouver en outre que l’aptitude ou la qualité se rapporte objectivement à l’exercice de l’emploi en question. Le juge McIntyre laisse entendre dans l’arrêt *Etobicoke* que le critère objectif sert à déterminer si l’exigence en matière d’emploi est «raisonnablement nécessaire» pour assurer l’exécution du travail. Je crois qu’en l’espèce cette «nécessité raisonnable» peut être examinée en fonction des deux questions suivantes:

- (1) L’aptitude ou la qualité a-t-elle un lien rationnel avec l’emploi en question? C’est là un moyen de déterminer si le but visé par l’employeur en établissant l’exigence convient objectivement au poste en question. Dans l’affaire *Etobicoke*, par exemple, la force physique évaluée selon l’âge avait un lien rationnel avec le travail de pompier.
- (2) La règle est-elle bien conçue de manière que l’exigence quant à l’aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d’examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l’employeur pour vérifier si l’on satisfait à cette exigence dans le cas de l’emploi en question. Par exemple, l’âge de la retraite obligatoire à soixante ans dans l’affaire *Etobicoke* était d’une sévérité disproportionnée à son objectif qui était de s’assurer que tous les pompiers possédaient la force physique nécessaire pour s’acquitter de leurs fonctions.

Dans d’autres décisions, notre Cour a souligné que les employeurs qui cherchent à justifier des pratiques discriminatoires doivent prouver l’absence d’autres moyens de faire subir des tests aux employés. Dans l’arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, le juge Wilson a expliqué le fondement de cette règle (à la p. 513):

En matière d’emploi, la discrimination directe consiste essentiellement à formuler une règle qui fait une généralisation quant à l’aptitude d’une personne à remplir un poste selon son appartenance à un groupe dont les membres partagent un attribut personnel commun, tel l’âge, le sexe, la religion, etc. L’idéal que visent les lois sur les droits de la personne est justement de faire en sorte que chacun reçoive un traitement égal en tant qu’individu, eu égard à ces attributs. Par conséquent, la justification d’une règle révélant un stéréotype de groupe dépend ou bien de la validité de la généralisation

the validity of the generalization and/or the impossibility of making individualized assessments.

In *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, *supra*, Sopinka J. clarified the rule at pp. 1313-14:

While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it.

See also *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, *supra*, at pp. 340-41 of Sopinka J.'s reasons for judgment, and my reasons at pp. 363-65.

In justifying a discriminatory policy, an employer must satisfy the civil burden of proof, that is, proof on the preponderance of probabilities. In the context of s. 1 of the *Charter*, the standard is rigorously applied. As Dickson C.J. first wrote in *R. v. Oakes*, *supra*, at p. 138:

Having regard to the fact that s. 1 is being invoked for the purpose of justifying a violation of the constitutional rights and freedoms the *Charter* was designed to protect, a very high degree of probability will be, in the words of Lord Denning, "commensurate with the occasion". Where evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry, and this will generally be the case, it should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit.

Given the terminology, legislative history and purpose of human rights legislation, those seeking to justify discrimination attract a similarly heavy onus.

ou bien de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement, ou des deux.

Dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, précité, le juge Sopinka a clarifié la règle, aux pp. 1313 et 1314:

Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution.

Voir également l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, précité, aux pp. 340 et 341 des motifs du jugement du juge Sopinka, de même qu'aux pp. 363 à 365 de mes motifs.

Pour justifier une politique discriminatoire, l'employeur doit s'acquitter du fardeau de preuve civil, c'est-à-dire de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Dans le contexte de l'article premier de la *Charte*, la norme s'applique rigoureusement. Comme l'a dit pour la première fois le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, à la p. 138:

Compte tenu du fait que l'article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera, pour reprendre l'expression de lord Denning, «proportionné aux circonstances». Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction.

Étant donné la formulation, l'historique et l'objet des lois sur les droits de la personne, ceux qui cherchent à justifier une discrimination assument un aussi lourd fardeau de preuve.

The review above illustrates some of the commonalities between the "BFOQ" test currently applied in human rights cases, and the *Oakes* test used in *Charter* cases. The "BFOQ" test, like the *Oakes* test, involves a consideration of objectives, of connections between discriminatory policies and objectives, and of disproportional impacts of policies. There is considerable interplay between the *Charter* and provincial human rights legislation, due to the similarity of their goals and the specific guarantees they provide. The scope for interplay is even more apparent in considering s. 11.1 of the *IRPA*. Both the *Charter* and the *IRPA* guarantee equality and prohibit discrimination on the basis of age. The language of s. 11.1 of the *IRPA* and s. 1 of the *Charter* is strikingly similar: both require that limitations on rights be both "reasonable" and "justifiable", and both clearly put the burden of proof on the party seeking to uphold discriminatory conduct. Given these similarities, it is appropriate for the court to approach the analysis of s. 11.1 in a manner consistent with that set out in *Oakes*.

The respondent University does not argue that analogy to s. 1 is inappropriate, but submits that the Court should apply the "flexible" standard first used in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (at pp. 781-83), and further developed in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927 (at pp. 990 and 993-94). (See also: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 391; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, at p. 442; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 185-86, and *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at pp. 627-28.) My colleague La Forest J. concluded in *McKinney* that a less stringent standard of judicial scrutiny was mandated, because he found that the University of Guelph, in that case, had to make choices in the allocation of its scarce resources

L'analyse qui précède fait ressortir certains des points communs entre le test de l'«EPN» actuellement appliqué dans les affaires traitant des droits de la personne et le test de l'arrêt *Oakes* utilisé dans les affaires relatives à la *Charte*. Tout comme le test de l'arrêt *Oakes*, celui de l'«EPN» comporte l'étude des objectifs, des liens entre la politique discriminatoire et les objectifs et des répercussions disproportionnées de la politique. Il y a une grande interaction entre la *Charte* et les lois provinciales sur les droits de la personne, en raison de la similitude des objets qu'elles visent et des garanties particulières qu'elles prévoient. La possibilité d'interaction est encore plus évidente lorsque l'on examine l'art. 11.1 de l'*IRPA*. La *Charte* et l'*IRPA* garantissent toutes deux l'égalité et interdisent la discrimination fondée sur l'âge. La formulation de l'art. 11.1 de l'*IRPA* et celle de l'article premier de la *Charte* se ressemblent d'une manière frappante: les deux articles exigent que les restrictions des droits soient à la fois «raisonnables» et «justifiables», et tous deux imposent clairement la charge de la preuve à la partie qui cherche à maintenir la conduite discriminatoire. Compte tenu de ces similitudes, la cour se doit d'aborder l'analyse de l'art. 11.1 d'une manière conforme à celle qui est préconisée dans l'arrêt *Oakes*.

L'Université intimée ne prétend pas que l'analogie avec l'article premier est inadéquate, mais elle fait valoir que la Cour devrait appliquer la norme «souple» utilisée pour la première fois dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (aux pp. 781 à 783), et reprise dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 (aux pp. 990, 993 et 994). (Voir aussi: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 391; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, à la p. 442; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 185 et 186, et *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, aux pp. 627 et 628.) Mon collègue le juge La Forest a conclu, dans l'arrêt *McKinney*, qu'il y avait lieu d'appliquer une norme de contrôle judiciaire moins stricte parce qu'il avait constaté que l'Université de Guelph, dans cette affaire, devait choisir, dans la répartition de ressources

between academic staff over the age of 65 and younger professors. He wrote at pp. 285-86:

In assessing proportionality and particularly the issue whether there has been a minimal impairment to a constitutionally guaranteed right, it must be remembered that we are concerned here with measures that attempt to strike a balance between the claims of legitimate but competing social values. In the case of broadly based social measures like these, where government seeks to mediate between competing groups, it is by no means easy to determine with precision where the balance is to be struck. . . .

The approach taken to these cases has been marked by considerable flexibility having regard to the difficulty of the choices, their impact on different sectors of society and the inherent advantages in a democratic society of the legislature in assessing these matters. Implicit in earlier cases, this was expressly adopted in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*. . . .

. . . the question is whether the government had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible given the government's pressing and substantial objectives. [Emphasis in original.]

Thus, the respondent University argues, the flexible standard, whereby the defendant need not show that it adopted the least intrusive and offensive means of implementing policy, would apply here, and would militate strongly for an outcome identical to that in *McKinney*.

This argument simply cannot succeed and in that I agree totally with my colleague Cory J. when he states (at p. 1123):

The policy rationale set out in *Irwin Toy* cannot be automatically transferred to the consideration of human rights legislation which seeks to regulate the behaviour of private actors . . . .

. . . in the realm of human rights legislation, the challenge will be to the actions of a private party such as an employer or landlord who, it is alleged, has adopted a discriminatory practice. The actions of private parties will often relate to private aims such as increasing the profit or efficiency of a business. Praiseworthy as those

limitées, entre le personnel enseignant de plus de 65 ans et les professeurs plus jeunes. Il a écrit ce qui suit, aux pp. 285 et 286:

Pour évaluer s'il y a proportionnalité et plus particulièrement s'il y a eu atteinte minimale à un droit garanti par la Constitution, il faut se rappeler que nous sommes ici en présence de mesures qui tentent d'établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes mais opposées. Lorsqu'il s'agit de mesure sociales largement répandues comme celles-ci, où le gouvernement tente de se faire médiateur entre des groupes concurrents, il n'est certes pas facile de déterminer avec précision le point d'équilibre. . . .

L'attitude retenue dans ces cas est empreinte d'une très grande souplesse compte tenu de la difficulté des choix, de leurs répercussions sur différents secteurs de la société et des avantages inhérents dont bénéficie le législateur en évaluant ces questions dans une société démocratique. Cet aspect, implicite dans les décisions antérieures, a été expressément retenu dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*. . . .

. . . la question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement. [Souligné dans l'original.]

Selon l'argument de l'Université intimée, il y aurait donc lieu d'appliquer à l'espèce la norme souple en vertu de laquelle le défendeur n'a pas à démontrer qu'il a adopté, pour appliquer sa politique, le moyen qui porte le moins atteinte au droit en question, ce qui devrait appeler une issue identique à celle de l'affaire *McKinney*.

Cet argument ne peut tout simplement pas être retenu et, sur ce point, je suis complètement d'accord avec mon collègue le juge Cory lorsqu'il dit (à la p. 1123):

Le raisonnement de principe énoncé dans l'arrêt *Irwin Toy* ne peut être appliqué automatiquement à l'examen d'une loi sur les droits de la personne qui cherche à réglementer la conduite d'acteurs privés. . . .

. . . lorsqu'il s'agit de lois sur les droits de la personne, la contestation porte sur les actions d'une partie privée, tel un employeur ou un propriétaire, qui, allègue-t-on, a eu recours à une pratique discriminatoire. Les actions de parties privées visent souvent des objectifs privés tels que l'augmentation du profit ou du rendement d'une

aims may be in themselves, no deference should be accorded to them once a complainant has demonstrated a *prima facie* case of discrimination. To adopt a deferential attitude to such private aims would undermine the professed goal of human rights legislation to guarantee the rights of minority groups, women and individuals against arbitrary and abusive treatment.

The rationale for the flexible standard is judicial deference to legislative choice, based on the idea that, with respect to resources and training, law makers are in a better position than courts to make policy choices between competing interests. Legislative representatives have better access to information, and they are accountable to the electorate. Because legislative bodies are democratic, their decisions are representative of the will of the majority in our society. This important latter consideration was spelled out by Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. in *Irwin Toy, supra*, at p. 993:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. [Emphasis added.]

In *McKinney*, the majority of the Court conducted its s. 1 analysis from the premise that the policies under scrutiny were laws promulgated by a legislature. The reasons of La Forest J. are rife with references to "the Legislature" and to legislative action, as the following passage from p. 318 amply illustrates:

The *Charter*, we saw earlier, was expressly framed so as not to apply to private conduct. It left the task of regulating and advancing the cause of human rights in the private sector to the legislative branch. This invites a mea-

entreprise. Si louables que soient ces objectifs en soi, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à leur égard lorsqu'un plaignant établit l'existence à première vue d'une discrimination. L'adoption d'une attitude de retenue à l'égard de tels objectifs privés aurait pour effet de miner le but déclaré des lois sur les droits de la personne, qui est de garantir les droits des groupes minoritaires, des femmes et des particuliers contre un traitement arbitraire et abusif.

La norme souple a pour fondement la retenue judiciaire à l'égard du choix du législateur, en vertu de la notion selon laquelle, en matière de ressources et de formation, le législateur se trouve en meilleure position que les tribunaux pour effectuer des choix de principe entre des intérêts concurrents. Les élus ont un meilleur accès à l'information et ils doivent rendre compte à leurs électeurs. Comme les assemblées législatives sont démocratiques, leurs décisions sont représentatives de la volonté de la majorité dans notre société. Cet important principe a été expliqué clairement par le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 993:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *McKinney*, la majorité de notre Cour a procédé à une analyse fondée sur l'article premier en s'appuyant sur la prémisse selon laquelle les politiques en cause étaient des lois promulguées par le législateur. Dans les motifs du juge La Forest, il est fait abondamment mention du «législateur» et du pouvoir législatif, comme l'illustre bien le passage suivant tiré des pp. 318 et 319:

Nous avons vu déjà que la *Charte* a été expressément conçue de façon à ne pas s'appliquer aux actions privées. Elle remet entre les mains du pouvoir législatif la tâche de réglementer et de promouvoir la cause des



sure of deference for legislative choice. . . . Not, I repeat, that the courts should stand idly by in the face of a breach of human rights in the Code itself, as occurred in *Blainey*. But generally, the courts should not lightly use the *Charter* to second-guess legislative judgment as to just how quickly it should proceed in moving forward towards the ideal of equality. The courts should adopt a stance that encourages legislative advances in the protection of human rights. [Emphasis added.]

(See also, for example, pp. 285-86, 304-5, and 314-15 of La Forest J.'s reasons.)

This deference to legislative choice, however, is completely unwarranted where, as here, the defendant is not a legislative body. Leaving aside, for the moment, the question whether the allocation of scarce resources is even the central issue in this matter, this Court owes no deference to the policy of a private employer. On this point, I can do no better than to refer to the argument presented by the Alberta Human Rights Commission, which submitted at paragraph 33 of its factum:

This Court's reasons in *Irwin Toy* and *McKinney* closely tie entitlement to the Court's deference to the democratic, representative and neutral nature of the decision-maker. With very few exceptions, employers are not representative of the general public. They are not subject to democratic checks and balances. They are not in the business of making difficult decisions of social policy and mediating between competing claims. They cannot be expected to be free from private interest in deciding whether to adopt a policy that infringes upon protected rights.

In formulating their policy towards their employees, bodies such as the respondent University must be expected to protect their own interests. They may even have an adversarial relationship with their employees with respect to such issues as salaries and the allocation of budget and other resources. Private employers are unrepresentative and accountable to no one, except to the

droits de la personne dans le secteur privé. Cela incite à faire preuve d'une certaine retenue à l'égard du choix du législateur. [. . .] Ce qui, je le répète, ne veut pas dire que les tribunaux doivent rester figés lorsqu'il y a violation des droits de la personne dans le Code lui-même, comme cela s'est produit dans l'affaire *Blainey*. Mais de façon générale, les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la *Charte* pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité. Les tribunaux devraient adopter une attitude qui encourage les progrès législatifs en matière de protection des droits de la personne. [Je souligne.]

(Voir également, par exemple, les pp. 285 et 286, 304 et 305, ainsi que 314 et 315 des motifs du juge La Forest.)

Cette retenue à l'égard du choix du législateur est cependant tout à fait injustifiée lorsque, comme en l'espèce, le défendeur n'est pas une assemblée législative. Même en laissant de côté pour l'instant la question de savoir si la répartition de ressources limitées constitue le fond du litige, notre Cour n'est aucunement obligée de faire preuve de retenue à l'égard de la politique d'un employeur privé. Sur ce point, je ne puis que reprendre l'argument présenté par l'Alberta Human Rights Commission, au paragraphe 33 de son mémoire:

[TRADUCTION] Les motifs de cette Cour dans les arrêts *Irwin Toy* et *McKinney* établissent un lien étroit entre le droit à la retenue judiciaire et la nature démocratique, représentative et neutre du décideur. Sauf quelques très rares exceptions, les employeurs ne sont pas représentatifs du public en général. Ils ne sont pas assujettis à des mécanismes d'équilibre démocratiques. Ils n'ont pas comme tâche de prendre des décisions difficiles en matière de politique sociale et d'assurer la médiation entre des demandes opposées. On ne peut s'attendre à ce qu'ils soient dégagés de tout intérêt privé lorsqu'ils sont appelés à décider de l'opportunité d'adopter une politique qui porte atteinte à des droits protégés.

On peut s'attendre à ce que des organismes comme l'Université intimée protègent leurs propres intérêts lorsqu'ils élaborent leurs politiques en matière de relations de travail. Ils peuvent même avoir un rapport antagonique avec leurs employés en ce qui a trait à des questions de salaires et de répartition du budget et d'autres ressources. Les employeurs privés ne sont pas repré-

extent that their conduct is regulated through law. As well, their ability to exploit available information in evaluating and determining policy is not necessarily any better than, and may indeed be distinctly inferior to, the ability of boards of inquiry and courts. As I wrote in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at p. 562, even if the respondent University were a lawmaking body for the purposes of the *Charter*, it “does not have all the requisite characteristics of a legislative body considering resource allocation, to warrant these special considerations being applied”.

In enacting s. 11.1, the Alberta legislature delegated to private employers the task of setting up policies which were “reasonable” and “justifiable” under the *IRPA*. It chose to structure its human rights legislation in such a way that employers would have the freedom to choose the course of action most suitable to them in their particular circumstances. However, the legislature recognized that this scope of action could not be unchecked since employers, operating primarily in their own interests, might establish policies which were unreasonably and unjustifiably discriminatory. Accordingly, in s. 31(1) of the *IRPA*, it gave a broad supervisory and remedial role to the Alberta Human Rights Commission.

If the Alberta legislature had made its own social policy decision with respect to mandatory retirement of university employees, the Court might have reason to show some deference to this policy, since we would expect the legislature to examine its own proposed laws critically, in order to ensure its own compliance with its human rights code. Instead, the legislature delegated this critical and supervisory task to the Human Rights Commission. To the extent that this Court owes judicial deference to legislative choice, we should respect the law makers’ decision to invest the Commission with the responsibility for determining which dis-

sentatifs et ils n’ont pas de comptes à rendre, sauf dans la mesure où leur conduite est régie par la loi. En outre, leur capacité d’exploiter les renseignements disponibles dans l’évaluation et l’élaboration de politiques n’est pas nécessairement meilleure, et peut même être clairement moins bonne, que celle des commissions d’enquête et des tribunaux. Comme je l’ai écrit dans l’arrêt *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, à la p. 562, même si l’Université intimée était un organisme investi du pouvoir de légiférer aux fins de la *Charte*, elle «ne possède pas toutes les caractéristiques requises d’un organisme législatif qui doit tenir compte de la répartition des ressources pour justifier l’application de ces considérations particulières».

En adoptant l’art. 11.1, le législateur de l’Alberta a délégué à des employeurs privés la tâche d’établir des politiques «raisonnables» et «justifiables» en vertu de l’*IRPA*. Il a jugé bon de structurer sa loi sur les droits de la personne de telle façon que les employeurs soient libres d’adopter la ligne de conduite qui leur semble la plus appropriée compte tenu de leur situation particulière. Le législateur a cependant reconnu que cette liberté d’action ne pouvait être affranchie de tout contrôle puisque les employeurs, portés principalement à agir dans leur propre intérêt, pourraient établir des politiques qui seraient discriminatoires de façon déraisonnable et injustifiable. Il a donc conféré à l’Alberta Human Rights Commission, au par. 31(1) de l’*IRPA*, un rôle étendu de contrôle et de redressement.

Si le législateur de l’Alberta avait arrêté sa propre décision de politique sociale à l’égard de la retraite obligatoire des professeurs d’université, la Cour pourrait être justifiée de faire preuve d’une certaine retenue à l’égard de cette politique puisque nous pourrions nous attendre à ce que le législateur ait examiné avec soin ses propres projets de loi, de façon à s’assurer qu’il agit conformément à son code des droits de la personne. Le législateur a plutôt délégué cette tâche de critique et de contrôle à la commission des droits de la personne. Dans la mesure où notre Cour doit faire preuve de retenue judiciaire à l’égard du choix du législateur, nous

criminy employment policies are nevertheless valid under s. 11.1 of the *IRPA*. This reinforces the need for some deference by appellate courts, including this one, to the findings of fact of the Board of Inquiry, and makes the use of the flexible standard yet more inappropriate to this case than it would otherwise be.

Finally, on this point, I remain unconvinced, as I was in both *McKinney* and *Stoffman*, that this case falls into the exceptional category which attracts a relaxation of the strict standard in *Oakes*. The crux of the matter here is not the allocation of scarce resources, but rather the denial of the appellant's right to equality. My remarks made in dissent in *Stoffman* also apply here, *mutatis mutandis* (at p. 562):

My colleague La Forest J. also maintains that the hospital as an institution is forced to choose between "competing social groups" and, as a result, special considerations apply in considering the "minimal impairment" aspect of the *Oakes* formula. I agree that the Trustees do make a choice between groups in this situation. However, I cannot agree that in the present case the allocation of resources is a fundamental issue. That is not the kind of choice being made pursuant to this policy. The choice as I see it is made between competent medical practitioners who happen to be over 65, and competent doctors under 65, usually entering the medical practice. I do not see these circumstances warranting special considerations.

See also *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at pp. 43-44.

For these reasons, with respect to the burden of proof on the University under s. 11.1 of the *IRPA*, the *Oakes* strict standard is appropriate, rather than the more relaxed test adopted by this Court in *Edwards Books*, *Irwin Toy* and, latterly, *McKinney*. Simply put, this Court owes no deference to the policy decisions of a private employer, and the use

devrions respecter la décision qu'il a prise de confier à la commission la responsabilité de déterminer quelle politique d'emploi discriminatoire demeure malgré tout valide en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Ceci accentue l'obligation pour les cours d'appel, y compris la nôtre, de faire preuve d'une certaine retenue à l'égard des conclusions de fait de la commission d'enquête, et rend l'emploi de la norme souple encore plus inadéquat en l'espèce qu'il ne le serait autrement.

Sur ce point finalement, je ne suis toujours pas convaincue, comme dans les affaires *McKinney* et *Stoffman*, que la présente affaire fait partie de la catégorie exceptionnelle qui appelle une atténuation de la norme stricte établie dans l'arrêt *Oakes*. Le nœud du litige en l'espèce n'est pas la répartition de ressources limitées, mais plutôt le déni du droit de l'appelante à l'égalité. Les remarques que j'ai faites en dissidence dans l'arrêt *Stoffman* s'appliquent également en l'espèce, *mutatis mutandis* (à la p. 562):

Mon collègue le juge La Forest affirme également que l'hôpital, comme institution, est tenu de faire un choix entre «les revendications de groupes concurrents» et, par conséquent, des considérations particulières s'appliquent dans l'examen du critère de «l'atteinte minimale» selon l'arrêt *Oakes*. Je reconnais que, dans cette situation, les administrateurs font ce choix entre différents groupes. Cependant, je ne suis pas d'accord qu'en l'espèce la répartition des ressources soit une question fondamentale. Ce n'est pas ce genre de choix qui est fait en application de cette politique. À mon avis, le choix s'effectue entre des médecins compétents qui se trouvent à avoir plus de 65 ans, et des médecins compétents de moins de 65 ans, qui débute habituellement dans la pratique médicale. Je ne crois pas que ces circonstances justifient l'application de considérations particulières.

Voir également *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, aux pp. 43 et 44.

Pour ces motifs, en ce qui a trait au fardeau de preuve qui incombait à l'Université en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA*, c'est la norme stricte énoncée dans l'arrêt *Oakes* qui est appropriée, plutôt que le critère plus souple adopté par notre Cour dans les arrêts *Edwards Books* et *Irwin Toy* et, plus récemment, dans l'arrêt *McKinney*. En termes simples,

of the flexible standard in these circumstances is completely unjustified. To paraphrase the remarks of Wilson J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, at p. 154, given that s. 7 of the IRPA "is designed to protect those groups who suffer social, political and legal disadvantage in our society, the burden resting on government [or, in this case, the respondent University] to justify the type of discrimination against such groups is appropriately an onerous one." This Court has recognized in other age discrimination cases that mandatory retirement is particularly difficult to justify. McIntyre J. noted in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, *supra*, at p. 209:

We all age chronologically at the same rate, but aging in what has been termed the functional sense proceeds at widely varying rates and is largely unpredictable. In cases where concern for the employee's capacity is largely economic, that is where the employer's concern is one of productivity, and the circumstances of employment require no special skills that may diminish significantly with aging, or involve any unusual dangers to employees or the public that may be compounded by aging, it may be difficult, if not impossible, to demonstrate that a mandatory retirement at a fixed age, without regard to individual capacity, may be validly imposed under the Code. In such employment, as capacity fails, and as such failure become evident, individuals may be discharged or retired for cause.

There is a presumption that policies of mandatory retirement at a specific age are illegitimate, save in the clearest of cases. This presumption is not consistent with a posture of deference to employers, whether governmental or private, who seek to brand as incompetent all employees aged 65 and over.

In assessing the reasonableness and justifiability of the University of Alberta's mandatory retirement policy under s. 11.1 we must first examine the University's purposes in establishing the policy

notre Cour n'a aucune obligation de retenue envers les décisions de principe d'un employeur privé, et le recours à la norme souple dans les circonstances est complètement injustifié. Pour reprendre les remarques du juge Wilson dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, à la p. 154, étant donné que l'art. 7 de l'IRPA «est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique dans notre société, la responsabilité qui incombe au gouvernement [ou, en l'espèce, l'Université intimée] de justifier le type de discrimination dont sont victimes ces groupes est à juste titre lourde.» Notre Cour a reconnu dans d'autres affaires de discrimination fondée sur l'âge que la mise à la retraite obligatoire est particulièrement difficile à justifier. Le juge McIntyre a fait remarquer dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, à la p. 209:

Chronologiquement, nous vieillissons tous au même rythme, mais le vieillissement, au sens fonctionnel du terme, se fait à des rythmes très différents et il est difficilement prévisible. Lorsque le souci de la capacité de l'employé est surtout d'ordre économique, c'est-à-dire lorsque l'employeur s'intéresse à la productivité, et que les conditions de travail ne requièrent aucune qualification particulière susceptible de diminuer sensiblement avec l'âge, ou ne comportent pour les employés ou le public aucun danger exceptionnel qui peut augmenter avec l'âge, il peut être difficile, voire impossible, d'établir que la retraite obligatoire à un âge déterminé, sans égard à la capacité d'une personne en particulier, peut valablement être imposée en vertu du Code. Dans un emploi de ce genre, à mesure que la capacité décline, et que ce déclin devient évident, les employés peuvent être, à juste titre, congédiés ou mis à la retraite.

Il existe une présomption selon laquelle les politiques de retraite obligatoire à un âge déterminé sont injustifiées, sauf dans les cas les plus clairs. Cette présomption n'est pas compatible avec une attitude de retenue à l'égard des employeurs, gouvernementaux ou privés, qui cherchent à étiqueter comme incompetents tous les employés âgés de 65 ans ou plus.

Pour évaluer le caractère raisonnable et justifiable de la politique de mise à la retraite obligatoire pratiquée par l'Université de l'Alberta au regard de l'art. 11.1, nous devons d'abord examiner les

and ask whether these goals are legitimate or, in *Charter* terms, "pressing and substantial". Next, we must assess whether the policy is rationally connected to the goals it purports to further. If the University's goals are legitimate, and if the policy used to further those goals is rationally connected to them, we must then ask whether there is an alternative to the discriminatory policy and, specifically, whether the employer has shown why individual testing is not feasible in the circumstances. Throughout, we must bear in mind that the standard of proof upon the respondent is strict, akin to the s. 1 standard set out in *Oakes*. The employer must not merely show that its discriminatory policy is a reasonable alternative, but that it is the least burdensome option available, the one which least infringes on employees' rights while furthering the employer's legitimate goals.

Before applying this test to the facts in this case, however, we must pause briefly to consider the principles governing private contracts which purport to waive individuals' guaranteed rights, and to assess the impact of the particular collective agreement between the University and its academic staff in this case.

### 3. *The Impact of the Collective Agreement*

As a general rule, parties may not contract out of human rights legislation. This Court has consistently held that agreements which discriminate contrary to human rights codes are invalid. The first decision to address this issue explicitly was, like the case at bar, an age discrimination case under a provincial human rights statute, *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, *supra*. In response to the city's argument that mandatory retirement at age 65 was justified

objectifs visés par l'Université lorsqu'elle a établi cette politique, puis nous demander si ces objectifs sont légitimes ou, pour reprendre les termes employés à l'égard de la *Charte*, «urgents et réels». Nous devons ensuite déterminer si la politique a un lien rationnel avec les objectifs qu'elle est censée viser. Si les objectifs de l'Université sont légitimes et si la politique mise en œuvre pour les atteindre a un lien rationnel avec eux, il faut alors déterminer s'il existe une solution de rechange et, de façon plus précise, si l'employeur a démontré pourquoi il était impossible, dans les circonstances, de soumettre la personne visée à un test. Il faut, en tout temps, se rappeler que l'intimée est tenue à une norme de preuve stricte, semblable à celle qui a été établie dans l'arrêt *Oakes* à l'égard d'une analyse fondée sur l'article premier. L'employeur doit démontrer non seulement que sa politique discriminatoire est une solution de rechange raisonnable, mais aussi qu'elle est la solution la moins pénible, celle qui porte le moins atteinte aux droits des employés tout en permettant la réalisation de ses objectifs légitimes.

Avant d'appliquer ce test aux faits de l'espèce, il convient cependant d'examiner brièvement les principes qui régissent les contrats privés censés porter renonciation aux droits garantis de particuliers et d'évaluer l'effet de la convention collective particulière conclue entre l'Université et ses professeurs en l'espèce.

### 3. *L'effet de la convention collective*

En règle générale, les parties ne peuvent renoncer par contrat aux lois sur les droits de la personne. Notre Cour a constamment statué que les accords qui entraînent une discrimination contraire aux codes des droits de la personne sont invalides. La première décision qui ait porté expressément sur cette question était, comme l'espèce, une affaire de discrimination fondée sur l'âge instruite dans le cadre d'une loi provinciale sur les droits de la personne, à savoir l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, précité. En réponse à l'argument de la municipalité voulant que la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans soit justifiée parce que les parties en avaient ainsi convenu dans une convention col-

because the parties had agreed to it in a collective agreement, McIntyre J. wrote at pp. 213-14:

While this submission is that the condition, being in a collective agreement, should be considered a *bona fide* occupational qualification and requirement, in my opinion to give it effect would be to permit the parties to contract out of the provisions of *The Ontario Human Rights Code*.

Although the Code contains no explicit restriction on such contracting out, it is nevertheless a public statute and it constitutes public policy in Ontario as appears from a reading of the Statute itself and as declared in the preamble. It is clear from the authorities, both in Canada and in England, that parties are not competent to contract themselves out of the provisions of such enactments and that contracts having such effect are void, as contrary to public policy. . . .

The Ontario Human Rights Code has been enacted by the Legislature of the Province of Ontario for the benefit of the community at large and of its individual members and clearly falls within that category of enactment which may not be waived or varied by private contract; therefore this argument cannot receive effect. [Emphasis added.]

This principle was again stressed in *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, *supra*, where Lamer J. (as he then was) wrote at p. 158:

Furthermore, as it [the *Human Rights Code*] is a public and fundamental law, no one, unless clearly authorized by law to do so, may contractually agree to suspend its operation and thereby put oneself beyond the reach of its protection.

In *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, the Court was again faced with a collective agreement which an employer attempted to use as proof of the reasonability of its discriminatory policy of mandatory retirement. McIntyre J. stated flatly at p. 154:

There is no merit in the argument raised below, but not pressed in this Court, that the parties by agreeing to article 14 in the Collective Bargaining Agreement have contracted themselves out of the provisions of s. 6(1).

lective, le juge McIntyre fait les observations suivantes, aux pp. 213 et 214:

Alors que cet argument porte que cette condition, stipulée dans une convention collective, doit être considérée comme une exigence professionnelle réelle, j'estime que ce serait permettre aux parties de renoncer par contrat aux dispositions de *The Ontario Human Rights Code* que de l'entériner.

Même s'il n'apporte aucune restriction formelle à une renonciation de ce genre, le Code est néanmoins une loi publique qui énonce une politique générale de l'Ontario, comme on le constate en lisant le texte législatif lui-même et son préambule. Il ressort clairement de la doctrine, tant canadienne qu'anglaise, que les parties n'ont pas la faculté de renoncer par contrat aux dispositions de telles lois et que les contrats à cet effet sont nuls parce que contraires à l'ordre public. . . .

La législature de l'Ontario a adopté *The Ontario Human Rights Code* dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité et de chacun de ses membres, et il est évident que cette loi tombe dans la catégorie des lois auxquelles on ne peut renoncer ou qu'on ne peut modifier par contrat privé; par conséquent, cet argument ne peut être admis. [Je souligne.]

Ce principe a été souligné à nouveau dans l'arrêt *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, précité, où le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a écrit, à la p. 158:

De plus, puisqu'il s'agit [du *Human Rights Code*] de droit public et de droit fondamental, personne ne peut, par contrat, à moins que la loi ne l'y autorise expressément, convenir d'en écarter l'application et se soustraire ainsi à son champ de protection.

Dans l'affaire *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, notre Cour a dû examiner une fois de plus une convention collective qu'un employeur invoquait comme preuve du caractère raisonnable de sa politique discriminatoire de retraite obligatoire. Le juge McIntyre s'est prononcé catégoriquement, à la p. 154:

Est sans fondement l'argument, soulevé en Cour d'appel mais sur lequel on n'a pas insisté en cette Cour, portant que les parties, en acceptant l'article 14 de la convention collective, ont renoncé par contrat aux dis-

*The Human Rights Act* is legislation declaring public policy and may not be avoided by private contract.

While my colleague Cory J. acknowledges that, generally speaking, parties may not contract out of human rights legislation, he concludes that “a collective agreement cannot be readily dismissed from consideration” (p. 1131), because labour codes may overcome the traditional inequality of bargaining power between employer and employee which underlies the rule. In his opinion, a collective agreement which provides for a discriminatory practice may be evidence of the practice’s reasonableness if it can be shown that the agreement was freely negotiated and that it does not discriminate “unfairly” against minorities.

This analysis represents a substantial departure from this Court’s previous statements on the legality of contracting out of human rights legislation, and we should, in my opinion, be cautious in embracing it. Using an agreement as evidence of the reasonableness of a discriminatory practice must still be improper, in my opinion, where the agreement clearly violates human rights legislation to the point of being indefensible. The use of such a contract as the basis for a defence is only valid insofar as human rights legislation is ambiguous and imposes only broad guidelines which are open to interpretation, so that the parties to the bargain may honestly claim that they believed they were operating within the limits of the law.

But leaving aside these very real concerns about “bootstrapping”, the prohibition against waiver of human rights provisions arises not only from a concern about inequality in bargaining power, but also because the rights guaranteed by human rights codes are seen as inherent to the dignity of every individual within our society. As a matter of public policy, such rights are not the common currency of contracts, but values which, by their very nature, cannot be bartered. For example, if employees,

positions du par. 6(1). *The Human Rights Act* est une loi qui énonce une politique générale et à laquelle on ne saurait déroger par contrat privé.

Bien qu’il reconnaisse qu’en général les parties ne peuvent renoncer par contrat aux dispositions d’une loi sur les droits de la personne, mon collègue le juge Cory conclut «qu’on ne peut aisément faire abstraction d’une convention collective» (à la p. 1131), parce que les codes du travail permettent d’éviter le déséquilibre traditionnel du pouvoir de négociation entre l’employeur et l’employé qui sous-tend cette règle. Selon lui, une convention collective qui prévoit une pratique discriminatoire peut établir le caractère raisonnable de cette pratique si l’on arrive à démontrer que la convention collective a été négociée librement et qu’elle n’est pas «injustement» discriminatoire envers des minorités.

Cette analyse s’écarte substantiellement des déclarations antérieures de notre Cour sur la légalité de la renonciation par contrat à des dispositions législatives sur les droits de la personne, et, à mon avis, elle ne saurait être adoptée qu’avec beaucoup de circonspection. Il n’est toujours pas approprié, selon moi, d’utiliser comme preuve du caractère raisonnable d’une pratique discriminatoire une convention qui viole clairement une loi sur les droits de la personne au point d’être indéfendable. Le recours à un tel contrat comme moyen de défense ne peut être valide que dans la mesure où la loi sur les droits de la personne est ambiguë et n’impose que des lignes directrices larges susceptibles de diverses interprétations, de sorte que les parties à l’entente peuvent prétendre honnêtement qu’elles croyaient agir à l’intérieur des limites de la loi.

Mais en faisant exception de ces préoccupations réelles quant à «l’autonomie des parties», l’interdiction de renoncer aux dispositions des lois sur les droits de la personne repose non seulement sur le souci d’assurer un équilibre en matière de pouvoir de négociation, mais également sur l’idée que les droits garantis par les codes des droits de la personne sont inhérents à la dignité de chaque personne au sein de notre société. Il est d’ordre public que de tels droits ne relèvent pas du domaine con-

through their union, voted to sign a collective agreement with their employer whereby they agreed that female employees would be laid off first in case of an economic slowdown, that contract would be invalid. Even if a female employee sincerely believed that it made economic sense that male employees have greater job security, because in her view they are the primary bread-winners in most families, courts would not condone a contract which, on its face, defined and devalued the position of an individual on the sole basis of her gender.

Constitutionally entrenched rights cannot be changed by a simple vote of Parliament. Human rights legislation is analogous in many respects to constitutional law. Indeed, s. 7 of the *IRPA* protects the same equality right as s. 15 of the Canadian *Charter*. Once extended, rights provided by provincial legislation cannot easily be withdrawn or circumscribed; that is surely what is implied by the statement that "short of [the] legislature speaking to the contrary in express and unequivocal language . . . it is intended that the Code supersede all other laws when conflict arises" (*Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink, supra*, at p. 158). It is equally unacceptable that, by a simple majority vote, a group of private citizens would be permitted to waive fundamental rights, barring truly exceptional circumstances.

Accordingly, in my view, while the existence of a collective agreement whereby employees agree to limit their own rights may exceptionally be a factor in considering the justifiability of an employer's discriminatory policy, any such agreement must be scrutinized to ensure that it does not discriminate unfairly against a minority of the union membership, and that it was freely negotiated. The particular context of the bargain, including relevant legislation in place at the time of its

tractuel mais constituent plutôt des valeurs qui, de par leur nature même, ne peuvent faire l'objet de troc. Si par exemple des employés, par l'entremise de leur syndicat, décidaient par vote de signer avec leur employeur une convention collective qui stipule que les employées de sexe féminin seront les premières à être mises à pied en cas de ralentissement économique, le contrat serait invalide. Même si une employée croyait sincèrement qu'il est raisonnable sur le plan économique que les employés de sexe masculin aient une plus grande sécurité d'emploi, parce qu'à son avis ils sont le principal soutien de bon nombre de familles, les tribunaux ne fermeraient pas les yeux sur un contrat qui, ouvertement, définirait et dévaloriserait la position d'une personne uniquement en fonction de son sexe.

Les droits protégés par la Constitution ne peuvent être modifiés par simple vote du législateur. La législation sur les droits de la personne est, à plusieurs égards, analogue au droit constitutionnel. En fait, l'art. 7 de l'*IRPA* protège le même droit à l'égalité que l'art. 15 de la *Charte* canadienne. Dès qu'ils ont été accordés, les droits prévus par la législation provinciale ne peuvent être facilement retirés ou limités; c'est certainement ce qui est implicite dans la déclaration portant que, «à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès [ . . . ], il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a un conflit» (*Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, précité, à la p. 158). Il est également inacceptable que, par un simple vote majoritaire, un groupe de citoyens puisse renoncer à des droits fondamentaux, sauf dans des circonstances vraiment exceptionnelles.

Par conséquent, à mon avis, même si l'existence d'une convention collective par laquelle les employés consentent à limiter leurs droits peut exceptionnellement être un facteur à prendre en considération dans l'examen du caractère justifiable d'une politique discriminatoire de l'employeur, il faut examiner attentivement cette convention afin de s'assurer qu'elle n'entraîne pas une discrimination injuste envers une minorité des membres du syndicat, et qu'elle a été négociée librement. Le



conclusion, may greatly mitigate its evidentiary weight. This is, in fact, just such a case. In the circumstances, the collective agreement between Dr. Dickason and the University of Alberta is not evidence of the reasonableness of its mandatory retirement policy.

The agreement which bound Dr. Dickason was not necessarily the result of freely conducted negotiations. Given the law which came in force in 1978, the UAPA, the Faculty Association and the University had to provide for mandatory retirement at age 65 for academic staff. The Faculty Agreement governing the contract which Dr. Dickason signed in 1979 made explicit reference to this legislation:

**18.01** In accordance with the provisions of *The Universities Academic Pension Act*, a staff member shall retire from the service of the University (a) on June 30 following the attainment of age sixty-five, or (b) on August 31 following the attainment of age sixty-five for a staff member whose appointment date was prior to July 1, 1966. [Emphasis added.]

Since the parties merely abided by the law at the time Dr. Dickason was awarded tenure, it cannot be said that the Faculty Agreement resulted from free negotiations on that point. Nor is it evidence of Dr. Dickason's or the Faculty Association's consent to the policy, or of the reasonableness of the University's conduct. If art. 18.01 had not been part of the Agreement, mandatory retirement at age 65 would still have been in effect at the University through the operation of law.

It is true that, when Dr. Dickason first joined the academic staff of the University, there was no provincial legislation governing the retirement of academic staff. At the time, however, she signed only a fixed-term probationary contract. Although the contract did specify that Dr. Dickason would be bound by the Faculty Agreement, the retirement provisions of the Agreement were not relevant to Dr. Dickason, since, by the end of her fixed term

contexte particulier de la négociation, y compris les dispositions législatives pertinentes en vigueur au moment de sa conclusion, peuvent réduire grandement son caractère probant. C'est effectivement le cas en l'espèce. Dans les circonstances, la convention collective entre M<sup>me</sup> Dickason et l'Université de l'Alberta n'établit pas le caractère raisonnable de la politique de retraite obligatoire de l'Université.

La convention qui liait M<sup>me</sup> Dickason n'a pas nécessairement été conclue à l'issue de négociations libres. Compte tenu de la loi qui est entrée en vigueur en 1978, à savoir l'UAPA, l'association des professeurs et l'Université étaient tenues de prévoir la retraite obligatoire du personnel enseignant à l'âge de 65 ans. La convention qui régissait le contrat signé par M<sup>me</sup> Dickason en 1979 mentionnait expressément cette loi:

[TRADUCTION] **18.01** Conformément aux dispositions de *l'Universities Academic Pension Act*, tout membre du personnel de l'Université prend sa retraite a) le 30 juin suivant la date à laquelle il atteint l'âge de soixante-cinq ans, ou b) le 31 août suivant la date à laquelle il atteint l'âge de soixante-cinq ans s'il a été nommé avant le 1<sup>er</sup> juillet 1966. [Je souligne.]

Puisque les parties ne faisaient que respecter la loi au moment où M<sup>me</sup> Dickason a obtenu sa permanence, on ne peut prétendre que la convention était le fruit de négociations libres sur ce point. Elle ne peut non plus constituer une preuve du consentement de M<sup>me</sup> Dickason ou de l'association des professeurs à l'égard de cette politique, ni du caractère raisonnable de la conduite de l'Université. En supposant que l'art. 18.01 n'ait pas fait partie de la convention, la retraite obligatoire à 65 ans aurait quand même été en vigueur à l'Université par le seul effet de la loi.

Il est vrai que lorsque M<sup>me</sup> Dickason s'est jointe pour la première fois au personnel enseignant de l'Université, il n'existait aucune loi provinciale régissant la mise à la retraite du personnel enseignant. À ce moment toutefois, elle n'a signé qu'un contrat à l'essai pour une période déterminée. Même si le contrat prévoyait que M<sup>me</sup> Dickason serait liée par la convention collective, les dispositions de la convention relatives à la retraite

on June 30, 1978, she would still be well below normal retirement age according to the Agreement then in force (see art. 18.01 of the 1976 agreement).

Even in the absence of a law like the *UAPA*, I would have serious doubts about drawing any conclusion about the reasonableness of the University's policy from the provisions of the Faculty Agreement. At the time the relevant mandatory retirement provisions were first drawn up, members of the Faculty Association in all probability simply assumed (as did the legislature) that it was "normal" to retire at age 65, and that such issues as flexible retirement age were simply not on the bargaining table. Until amendments were made in 1985 to make it compatible with *Charter* provisions, "age" was defined in the *IRPA* as between 45 and 65 years, for the purposes of claims of discrimination under the provincial human rights law.

Moreover, Dr. Dickason herself clearly did not perceive the age of retirement as a negotiable issue when she became a full professor at the University. She testified before the Board to this effect:

Q.: And, ma'am, at about the same time that you got tenure did you also know that it was part of the agreement or arrangement between you and the university that you would leave when you became 65? *h*

A.: I knew that that was the law of the land at that particular time, that that was the legislated law, but I also knew that there were often arrangements made to carry on employment afterward, right, correct. *i*

Q.: And did you know then, ma'am, that you had also agreed to leave at age 65 in the sense that it was part of the deal between the university and yourself? *j*

n'avaient aucune incidence pour M<sup>me</sup> Dickason puisque, à la fin de la période déterminée de son emploi, le 30 juin 1978, elle se situerait nettement en dessous de l'âge normal de la retraite au sens de la convention alors en vigueur (voir l'art. 18.01 de la convention de 1976). *a*

Même en l'absence d'une loi comme l'*UAPA*, j'hésiterais beaucoup à tirer des dispositions de la convention collective quelque conclusion quant au caractère raisonnable de la politique de l'Université. À l'époque à laquelle ont été rédigées pour la première fois les dispositions pertinentes en matière de retraite obligatoire, les membres de l'association des professeurs devaient, en toute probabilité, supposer simplement (comme l'a fait le législateur) qu'il était «normal» de prendre sa retraite à 65 ans et que des questions comme la retraite flexible ne faisaient tout simplement pas l'objet des négociations. Avant les modifications d'harmonisation avec la *Charte* apportées à l'*IRPA* en 1985, l'«âge» était défini comme la période située entre 45 et 65 ans, aux fins de présentation de plaintes de discrimination en vertu de la loi provinciale sur les droits de la personne. *b*

En outre, M<sup>me</sup> Dickason elle-même n'a pas perçu la question de l'âge de la retraite comme un sujet de négociation lorsqu'elle est devenue professeur titulaire de l'université. Voici ce qu'elle a dit dans son témoignage devant la commission: *c*

*g* [TRADUCTION]

Q.: Et Madame, à l'époque où vous avez obtenu votre permanence, saviez-vous aussi que dans le cadre de l'entente ou de l'arrangement conclu entre vous et l'Université, vous quitteriez lorsque vous atteindriez l'âge de 65 ans? *d*

R.: Je savais que c'était la loi qui s'appliquait généralement à l'époque, que c'était la loi adoptée par le législateur, mais je savais aussi qu'il y avait d'autres arrangements qui permettaient de travailler par après, d'accord. *e*

Q.: Et saviez-vous alors, Madame, que vous avez aussi consenti à quitter à l'âge de 65 ans puisqu'il s'agissait d'un élément du marché conclu entre l'Université et vous? *f*

A.: It was a sine—in order to get the job I would be required to sign that agreement, yes. [Emphasis added.]

Dr. Dickason's responses show the serious limitations in using a collective agreement as evidence of the consent of any particular member of a union. The mandatory retirement provisions of the Faculty Agreement had long been in place by the time she was offered a permanent position. She had to agree to the discriminatory policy in order to get the job. Where, as in this case, an employee had no part in negotiating offensive provisions, or any power to change policy through direct negotiations with her employer, the relevance of a contract to the reasonableness of a discriminatory policy is highly questionable.

My colleague has argued that discrimination on the basis of age is more subject to rational negotiation than discrimination under other heads, such as gender and race, because "everyone . . . becomes older with the passage of time" (pp. 1132-33). In fact, in my opinion, the opposite may be true. Because, in our society, old age tends to be less associated with wisdom and tranquillity and more with infirmity and dependence, we fear it. We may be more likely to discriminate against elderly people, in a futile attempt to distance ourselves from what will inevitably occur to each one of us.

This is borne out by studies which have shown that young people are notoriously unwilling to accept that they will grow old or plan for their old age, either financially or emotionally. The prospect of retirement is simply not a consideration most young workers take to heart in negotiating employment contracts. Even assuming that employees have access to full and correct information about their future financial situation, we cannot assume that they act upon this, rather than upon custom and stereotypes about aging, in assessing the cost of mandatory retirement clauses. As to how collective negotiation affects this state

R.: Il s'agissait d'une condition — pour obtenir l'emploi, il me fallait signer cette entente, oui. [Je souligne.]

Les réponses de M<sup>me</sup> Dickason montrent les sérieuses réserves qu'appelle le recours à une convention collective pour établir la preuve du consentement de tout membre particulier d'un syndicat. Les dispositions de la convention prévoyant la retraite obligatoire étaient en vigueur depuis longtemps lorsqu'on lui a offert un poste permanent. Elle a dû consentir à la politique discriminatoire pour obtenir l'emploi. Dans les cas où, comme en l'espèce, un employé n'a pas participé à la négociation des dispositions attaquées, ou qu'il ne disposait d'aucun pouvoir pour modifier la politique par des négociations directes avec son employeur, la pertinence d'un contrat pour établir le caractère raisonnable d'une politique discriminatoire est très discutable.

Mon collègue fait valoir que la discrimination fondée sur l'âge est plus susceptible de faire l'objet de négociations rationnelles que la discrimination fondée sur d'autres motifs tels que le sexe ou la race, parce que «tous [...] vieillissent avec le temps» (aux pp. 1132 et 1133). En réalité, à mon avis, le contraire est plutôt vrai. Comme dans notre société l'âge avancé est associé de moins en moins à la sagesse et à la tranquillité et de plus en plus aux infirmités et à la dépendance, nous en avons peur. Nous sommes peut-être davantage portés à faire de la discrimination contre les personnes âgées, tentant vainement de nous distancier de ce qui nous arrivera inévitablement un jour.

Ceci est confirmé par des études qui montrent que les jeunes refusent notoirement d'accepter qu'ils vieilliront ou encore de planifier leur retraite, sur les plans financier ou émotif. La perspective de la retraite n'est tout simplement pas une préoccupation que la plupart des jeunes travailleurs prennent en considération dans la négociation de contrats d'emploi. Même en supposant que les employés disposent de renseignements complets et exacts sur leur situation financière future, rien ne permet de croire qu'ils se fondent sur ces renseignements, plutôt que sur les coutumes et les stéréotypes sur le vieillissement lorsqu'ils évaluent le

of affairs, Michael Krashinsky writes in "The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict" (1988), XIV *Canadian Public Policy* 40, at p. 44:

Of course workers are often represented by union leaders whose job it is to negotiate contracts in the interests of their members. But if workers systematically underestimate the cost of mandatory retirement provisions, there is little reason to believe that union leaders are better informed. And an enlightened union leader might well find little popular support for assigning the "correct" weight to mandatory retirement in contract negotiations.

Furthermore, employers themselves may also have bad information about older workers. If employers as a group act on stereotypes and underestimate the productivity of older workers, then they may put too much weight on the mandatory retirement clause in the contract.

The point of this section is not to assert that mandatory retirement is *necessarily* inefficient. Rather it is to raise serious questions about the contract theory approach that asserts that because mandatory retirement occurs in contracts affecting about half the work force, it is necessarily efficient. [Emphasis in original.]

While it is true that, as my colleague Cory J. states, "[e]ventual retirement with pension security is a matter of concern for all" (p. 1133), different individuals have different expectations and different levels of concern regarding retirement. Most individuals do plan to stop working at age 65, as statistics from workplaces with flexible retirement plans bear out; others, given the choice, will retire even earlier. A small but significant minority of individuals see no reason to stop working at age 65. I fail to see why the expectations of the workers in the first two groups, who might find nothing objectionable about the University's mandatory retirement policy, should dictate the plans of those

coût des dispositions relatives à la retraite obligatoire. L'incidence des négociations collectives sur cette situation est ainsi décrite par Michael Krashinsky dans «The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict» (1988), XIV *Analyse de politiques* 40, à la p. 44:

[TRADUCTION] Bien sûr, les travailleurs sont souvent représentés par des chefs syndicaux dont le mandat est de négocier des contrats dans l'intérêt de leurs membres. Mais si les travailleurs sous-estiment systématiquement le coût des dispositions relatives à la retraite obligatoire, il n'y a pas vraiment lieu de croire que les chefs syndicaux soient mieux informés. Et un chef syndical éclairé peut fort bien ne pas avoir suffisamment d'appui populaire pour accorder le poids «adéquat» à la question de la retraite obligatoire dans les négociations contractuelles.

En outre, les employeurs eux-mêmes peuvent avoir été mal renseignés au sujet des travailleurs plus âgés. Si les employeurs agissent collectivement en se fondant sur des stéréotypes et sous-estiment la productivité des ouvriers plus âgés, ils risquent d'accorder trop de poids à la disposition relative à la retraite obligatoire dans la convention.

Il ne s'agit pas dans la présente section de prétendre que la retraite obligatoire est *nécessairement* inefficente. Il importe plutôt de soulever d'importantes questions au sujet de la façon d'aborder la théorie des contrats qui prétend que la retraite obligatoire est nécessairement efficace parce qu'elle se trouve dans les conventions qui régissent pratiquement la moitié de la main-d'œuvre. [En italique dans l'original.]

Même s'il est vrai que «[l]a question de la retraite éventuelle assortie d'une pension préoccupe tous les employés» (à la p. 1133) comme l'affirme mon collègue le juge Cory, il n'en demeure pas moins que chaque personne a, à ce sujet, des attentes et un niveau de préoccupation différents. La plupart des personnes projettent d'arrêter de travailler à 65 ans, comme le confirment les statistiques des secteurs du travail qui ont établi des programmes de retraite flexible. D'autres prendront leur retraite plus tôt encore, s'ils en ont le choix. Seule une minorité infime mais significative de personnes n'ont aucune raison d'arrêter de travailler à 65 ans. Je ne vois pas pourquoi les attentes

like Dr. Dickason who wish to prolong their careers past the "normal" pensionable age.

In other words, the fact that a majority of professors at the University would have elected to retain the policy of mandatory retirement at age 65 does not show, in my view, the reasonableness of that policy with respect to the appellant. This conclusion is strongly warranted not only by the principle of the inviolability of human rights, but by the extraordinarily negative effects that forced retirement can have on the small percentage of the population who wish to continue working past the age of 65. As I wrote in *McKinney* at p. 431:

Forced removal from the work force strictly on account of age can be extraordinarily debilitating for those entering their senior years. Aging is not a reversible process. Those yearning to carry on with their livelihood, career, and ambitions cannot have this aspiration stultified or decimated by some arbitrary scheme. The fact that we all experience the aging process is not a safeguard which prevents discriminatory acts by the majority. The prospect that current decision-makers may some day be 65 and older is no guarantee against their acting in a discriminatory fashion against older individuals today, or against their acting on the basis of negative stereotypes. [Emphasis added.]

In the circumstances, the fact that the majority has purported to waive a minority's human rights cannot be used as proof that the waiver is valid.

In any event, the evidence shows that there was considerable support for a flexible retirement policy among the University's academic staff when Dr. Dickason retired. An *ad hoc* committee on the issue of retirement was struck within the Faculty Association in 1985; it tabled a report strongly favouring a flexible retirement plan. Drawing on this report, the Faculty Association discussed the abolition of mandatory retirement at age 65 with the University, although no amendment to the collective agreement was made by the time this case

des travailleurs des deux premiers groupes, qui peuvent n'avoir rien à redire à la politique de mise à la retraite obligatoire de l'Université, devraient régir les projets de ceux qui, à l'instar de M<sup>me</sup> Dickason, souhaitent prolonger leur carrière au-delà de l'âge «normal» de la pension.

En d'autres termes, le fait qu'une majorité de professeurs de l'Université aient choisi de conserver la politique de la retraite obligatoire à 65 ans ne démontre pas, à mon avis, le caractère raisonnable de cette politique pour l'appelante. Cette conclusion est fortement appuyée non seulement par le principe de l'inviolabilité des droits de la personne, mais aussi par les effets négatifs extraordinaires que la retraite forcée peut entraîner pour la petite proportion de la population qui souhaite continuer de travailler après 65 ans. Comme je l'ai écrit dans l'arrêt *McKinney*, à la p. 431:

Le retrait forcé de la vie active pour la seule raison de l'âge peut être excessivement démoralisant pour ceux qui se retrouvent au crépuscule de leur vie. Le vieillissement n'est pas un processus réversible. On ne peut permettre qu'un régime arbitraire supprime la volonté de certains de poursuivre leur mode de vie, leur carrière et leurs ambitions. Le fait que nous vieillissons tous n'est pas une garantie contre des actes discriminatoires de la majorité. L'idée que les décideurs actuels puissent un jour avoir 65 ans et plus ne garantit pas qu'ils agissent actuellement de manière non discriminatoire à l'égard des personnes âgées ou en fonction de stéréotypes négatifs. [Je souligne.]

Dans les circonstances, le fait que la majorité ait apparemment renoncé aux droits de la personne d'une minorité ne peut servir de preuve pour établir la validité de la renonciation.

De toute façon, la preuve démontre que bon nombre des professeurs de l'Université favorisaient une politique de retraite flexible lorsque M<sup>me</sup> Dickason a pris sa retraite. L'association des professeurs a constitué un comité spécial chargé de la question de la retraite en 1985; ce comité a déposé un rapport dans lequel il se prononçait clairement en faveur d'un programme de retraite flexible. En se fondant sur ce rapport, l'association des professeurs a discuté avec l'Université de l'abolition de la retraite obligatoire à l'âge de

came before the Board. Before this Court, counsel for Dr. Dickason gave this explanation for the failure to amend the agreement (at pp. 50-51 of the Court transcript):

In fact, the Faculty Association had tabled in the pre-collective bargaining scenario proposals to amend the collective agreement to put flexible retirement in place instead of mandatory retirement. But those discussions came to nothing, and in the formal negotiations an amendment to the collective agreement did not occur.

It seems to me . . . that that consideration ought to be also viewed in the context of the fact that these proceedings were under way at that time. It is reasonable to conclude, I submit, that the parties were relying on the outcome of these proceedings to determine the situation at the university.

The record also shows that the Faculty Association, the AASUA, supports the concept of flexible retirement and, at the lower stages of the proceedings, was supportive of Dr. Dickason's initiative in challenging the collective agreement.

I submit that nothing can be drawn in the overall context from the fact that, by the time we got to Tribunal, the collective agreement had not been amended.

It appears that, once no longer required by provincial statute, the University's policy of mandatory retirement at age 65 remained in place not because the faculty supported it, but because all parties involved were awaiting the final outcome of this case. This is consistent with the actions of the Canadian Association of University Teachers, which has been lobbying for flexible retirement policies for its 27,000 members since 1979 and, which, together with the Ontario Confederation of University Faculty Associations, has invested significant funds in court challenges to mandatory retirement policies.

Having analyzed the legal issues underlying this case, I now turn to their application to the evidence in this case. As I noted earlier, I would defer to the

65 ans; aucune modification n'avait toutefois été apportée à la convention collective au moment où la commission a été saisie de l'affaire. Devant notre Cour, l'avocat de M<sup>me</sup> Dickason a expliqué de la façon suivante pourquoi la convention n'avait pas été modifiée (aux pp. 50 et 51 de la transcription de la Cour):

[TRADUCTION] En fait, l'association des professeurs avait, dans le projet de prénégociation, déposé des propositions visant à modifier la convention collective de façon à substituer la retraite flexible à la retraite obligatoire. Ces discussions n'ont toutefois pas abouti, et les négociations en règle n'ont apporté aucune modification à la convention collective.

Il me semble [. . .] que cette considération devrait aussi être examinée à la lumière du fait que les présentes procédures étaient déjà engagées à l'époque. Selon moi, il est raisonnable de conclure que les parties attendaient l'issue des présentes procédures pour régler la situation à l'Université.

Le dossier montre en outre que l'association des professeurs, l'AASUA, appuie la notion de retraite flexible et qu'aux premières étapes des procédures, elle appuyait la décision de M<sup>me</sup> Dickason de contester la convention collective.

Je prétends qu'il est impossible, dans le contexte global, de tirer quelque conclusion que ce soit du fait que, au moment où le différend a été porté devant le tribunal, la convention collective n'avait pas été modifiée.

Il semble que, même si elle n'était plus prescrite par la loi provinciale, la politique de l'Université de mise à la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans soit demeurée en vigueur non parce que les professeurs l'appuyaient, mais plutôt parce que toutes les parties en cause attendaient l'issue finale de la présente affaire. Cette constatation s'accorde avec l'action de l'Association canadienne des professeurs d'université qui, depuis 1979, exerce des pressions afin d'obtenir des politiques de retraite flexible pour ses 27 000 membres et qui, avec l'Union des associations des professeurs des universités de l'Ontario, a engagé d'importantes sommes dans des contestations judiciaires des politiques de retraite obligatoire.

Après avoir analysé les points de droit pertinents, je passe maintenant à leur application à la preuve produite. Comme je l'ai déjà signalé, je

findings of fact of the Board of Inquiry. My discussion of the evidence here is not for the purpose of reviewing or reconsidering the findings of the Board, but is rather for the purpose of responding to the arguments of the respondents, and to the analysis of my colleague Cory J.

In light of the conclusions of this Court in *McKinney*, the appellant concedes that the University's stated objectives—the preservation of the tenure system, academic renewal, institutional planning and retirement with dignity—are “pressing and substantial”. Similarly, the good faith of the University is not contested. Therefore, we may proceed directly to the question of whether the respondent has succeeded in proving that the policy is reasonable and justifiable under s. 11.1 of the *IRPA*. Each of the University's stated objectives must be examined to ascertain whether it is rationally connected to the policy. If the policy of mandatory retirement at age 65 is rationally connected to any or all of the objectives, we must then ask whether the policy nonetheless places an undue burden on employees or goes beyond “minimal impairment”, bearing in mind that the onus on the University is stringent and that, in the circumstances, no deference to its policy is warranted if there is a non-discriminatory alternative.

### Rational connection

#### (a) *Tenure*

The respondent University urged, as did its analogue in *McKinney*, that the elimination of mandatory retirement will threaten the tenure system. In the absence of forced retirement at age 65, the University speculates that it would be forced to conduct more faculty evaluations, and this in turn would inhibit scholarship. My colleague Cory J. accepts this argument, concluding that flexible retirement policy “would undermine the sense of security which is so essential for the free exercise of academic inquiry” (p. 1137).

m'en remettrais aux conclusions de fait de la commission d'enquête. Mon analyse de la preuve en l'espèce n'a pas pour but de réviser ou de réexaminer les conclusions de la commission, mais plutôt de répondre aux arguments des intimés et à l'analyse de mon collègue, le juge Cory.

Compte tenu des conclusions de notre Cour dans l'arrêt *McKinney*, l'appelante concède que les objectifs énoncés par l'Université — le maintien du système de permanence, le renouvellement du corps professoral, la planification de l'établissement et la mise à la retraite dans la dignité — sont «urgents et réels». Elle ne conteste pas non plus la bonne foi de l'Université. Nous pouvons donc aborder directement la question de savoir si l'intimée a réussi à prouver que la politique est raisonnable et justifiable en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Il faut examiner chacun des objectifs énoncés par l'Université, pour déterminer s'il a un lien rationnel avec la politique. Si la politique de la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans a un lien rationnel avec l'un ou l'autre ou avec la totalité des objectifs, il faut alors demander si elle n'impose pas un fardeau excessif aux employés ou si elle ne dépasse pas le seuil de «l'atteinte minimale», eu égard au fait que la charge qui incombe à l'Université est exigeante et que, dans les circonstances, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard de sa politique s'il existe une autre solution non discriminatoire.

### Le lien rationnel

#### a) *La permanence*

L'Université intimée a fait valoir, à l'instar de son homologue dans l'arrêt *McKinney*, que l'élimination de la retraite obligatoire constitue une menace pour le système de permanence. L'Université estime que, sans retraite forcée à l'âge de 65 ans, il lui faudra procéder à davantage d'évaluations des professeurs, ce qui aura pour effet de nuire à l'enseignement. Mon collègue le juge Cory accepte cet argument lorsqu'il conclut qu'une politique de retraite flexible «minerait le sentiment de sécurité qui est si essentiel au libre exercice de la recherche universitaire» (p. 1137).

In my view, this argument misapprehends the purpose of tenure and underrates peer evaluation. The function of tenure is not to shield faculty members from their own incompetence, but rather to prevent spurious challenges actually based on the unpopularity of their academic views. The role of academics within universities and within our larger society would be greatly devalued if we accepted the idea that, once tenured, professors can become unproductive and unthinking. The most ardent proponent of academic freedom would admit that there must be some mechanism to remove professors who are taking advantage of their protected position in order to contribute little or nothing to teaching or scholarship. Otherwise, tenure would become a euphemism for tolerated incompetence.

But is mandatory retirement at age 65 an acceptable way of determining who is incompetent? To ask the question is to answer it, since it is obvious that the blanket policy of firing people when they become old has nothing to do with assessing their continuing contribution or their overall competence, but rather relies entirely on a stereotype of declining abilities with age. To the extent that the policy of mandatory retirement is unrelated to this stereotype, the University appears to be arguing that there is no other way to get rid of incompetent professors but to wait until they are old enough to retire. This argument is, of course, unacceptable. Besides, alternative mechanisms of evaluating professors exist and are actually in place.

Peer evaluation is one such mechanism already used. It is a fair and equitable way of assessing professors in good faith, on the basis of their teaching, research and publication records, rather than on their age. Unless abused, it poses no threat to academic freedom, and in fact enhances the value of tenure by ensuring that incompetent professors, young or old, are dismissed. These evaluations are difficult, as they should be, but no more difficult than the assessments that are made

À mon avis, cet argument méconnaît la nature de la permanence et sous-estime l'évaluation par les pairs. La permanence a pour fonction non de protéger les professeurs contre leur propre incompetence, mais bien d'empêcher les fausses attaques fondées en réalité sur le caractère impopulaire de leurs opinions. C'est une dévaluation du rôle des professeurs au sein de l'Université et de notre collectivité que nous déclencherions si nous acceptions l'idée qu'ils peuvent devenir improductifs et incapables de penser dès qu'ils ont obtenu la permanence. Les plus ardents défenseurs de la liberté universitaire admettraient certainement la nécessité d'un mécanisme qui permette de renvoyer les professeurs qui profitent de leur situation protégée pour ne pas contribuer, ou contribuer très peu, à l'enseignement ou à la recherche. Autrement, le mot permanence risque de devenir un euphémisme pour l'incompétence tolérée.

Mais la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans est-elle une façon acceptable de déterminer qui est incompetent? Poser la question, c'est y répondre puisqu'il est évident que la politique générale consistant à renvoyer les gens lorsqu'ils vieillissent n'a rien à voir avec une évaluation de leur apport constant ni de leur compétence globale. Il s'agit plutôt d'une pratique dictée par le seul stéréotype du déclin des capacités avec l'âge. Dans la mesure où la politique de mise à la retraite obligatoire n'est pas liée à ce stéréotype, l'Université semble prétendre qu'il n'existe aucune autre façon d'éliminer les professeurs incompetents si ce n'est d'attendre qu'ils aient atteint l'âge de la retraite. Cet argument est certainement inacceptable. De plus, il existe d'autres moyens, auxquels on a déjà recours, d'évaluer les professeurs.

L'évaluation par les pairs est l'un de ces moyens. Il s'agit d'une façon juste et équitable d'évaluer les professeurs en toute bonne foi, en se fondant sur leur dossier d'enseignement, de recherche et de publications plutôt que sur leur âge. Sauf en cas d'abus, ce moyen ne menace aucunement la liberté universitaire; il se trouve, en fait, à accroître la valeur de la permanence en assurant le renvoi des professeurs incompetents, qu'ils soient jeunes ou vieux. Ces évaluations sont difficiles, cela va de



before an academic is first hired for a term, offered tenure, promoted, and awarded merit increases. In effect, evaluations of a professor's competence, as opposed to the popularity of their specific views, are made throughout his or her career.

Dismissal for cause at Canadian institutions has been infrequent in the past decade. I suspect, however, that this speaks not to the inadequacies of peer evaluation, but to the instinct of most professors to resign or transfer if they receive consistent signals, from merit assessments and from other colleagues, that their performance is substandard. This suspicion is borne out by studies showing that unsatisfactory faculty are more likely to retire early; see Ruth F. Necheles-Jansyn, "Retirement in Academe: Special Case or Social Model?", in [1983] *Aging and Work* 175, at p. 179.

Most importantly, peer evaluation represents an assessment of merit. Because it is a somewhat unwieldy mechanism, it will never be used frequently, but its existence safeguards against the abuse of the tenure system in a way that mandatory retirement at a fixed age never could. As I remarked in *McKinney* at pp. 426-27:

The fear that aging professors will rest on their laurels and wallow in a perpetual and interminable quagmire of unproductivity and stagnation may be a real one. Yet it applies with equal force to younger tenured faculty as well. Peer review, so long as it is predicated on the premise of unbiased good faith, provides a healthy injection of critical evaluation and will serve to promote the scholastic standards indispensable to a flourishing university.

Given that a fair way of assessing merit already exists, and that the link between mandatory retirement and academic freedom and excellence is ten-

soi, mais pas plus difficiles que les appréciations qui sont faites avant qu'un professeur soit engagé pour une durée déterminée, qu'on lui offre la permanence, qu'il soit promu et qu'il obtienne des augmentations de traitement au mérite. En fait, chaque professeur voit sa compétence, et non la popularité de ses opinions, faire l'objet d'évaluations tout au long de sa carrière.

Les établissements canadiens ont rarement procédé à des renvois motivés pendant la dernière décennie. J'ai toutefois l'impression que cette situation s'explique non par les limites de l'évaluation par les pairs, mais plutôt par l'instinct de la plupart des professeurs qui les porte à démissionner ou à demander une mutation lorsque, à l'occasion d'évaluations du mérite personnel ou de communications avec d'autres collègues, ils reçoivent des signes concordants d'un rendement inférieur à la norme. Cette impression est confirmée par des études qui montrent que les professeurs dont le rendement est insatisfaisant sont les plus susceptibles de prendre une retraite anticipée; voir Ruth F. Necheles-Jansyn, «Retirement in Academe: Special Case or Social Model?», dans [1983] *Aging and Work* 175, à la p. 179.

Plus important encore, l'évaluation par les pairs constitue une appréciation du mérite personnel. Puisqu'elle est un mécanisme dont l'emploi est assez difficile, elle ne sera jamais utilisée fréquemment; toutefois, son existence est une garantie beaucoup plus efficace contre l'abus du système de permanence que la retraite obligatoire à un âge précis. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *McKinney*, aux pp. 426 et 427:

La crainte que les professeurs s'endorment sur leurs lauriers en vieillissant et décident de mettre un terme à leur productivité et à leur perfectionnement est peut-être justifiée. Pourtant, elle s'applique avec autant de force aux jeunes professeurs permanents. L'évaluation par les pairs, dans la mesure où elle est faite de bonne foi et sans partialité, sert de critique saine et constructive et contribue à l'avancement des normes d'enseignement indispensables à une université florissante.

Étant donné qu'il existe déjà une façon équitable d'apprécier le mérite personnel et que, dans la meilleure hypothèse, le lien entre la retraite obliga-

uous at best, there is no basis to conclude that the elimination of the University's policy would threaten tenure.

The best proof that the University's fears are groundless comes from universities which have abolished mandatory retirement without any noticeable effect on tenure. Drawing on both expert and ordinary testimony it had heard, the Board of Inquiry found (at p. D/4476):

No evidence was presented to satisfy me that the elimination of mandatory retirement would result in the demise of or even serious injury to the tenure system at the University of Alberta. . . .

No evidence was led in relation to the University of Manitoba or the universities in the province of Quebec where mandatory retirement has been eliminated to indicate jeopardy to the tenure system at those universities. On the contrary, Prof. Ian J. Kerr of the University of Manitoba, a past-president of that university's faculty association testified unequivocally that, "It (elimination of mandatory retirement in 1981) has had no effect on tenure at the University of Manitoba" (Trans. 1165). Aside from the removal of the pertinent clause, Dr. Kerr also confirmed that there had been no changes in the collective agreement at the university related to the abolition of mandatory retirement; nor have there been changes in the university's professor evaluation procedures (Trans. 1165).

Similarly, tenure has not been abandoned in universities in the United States, 15 per cent of which have no mandatory retirement for tenured faculty, as was noted by both majority and minority in *McKinney*; see pp. 427-28 and 283. This lack of change is attributable, in part, to the fact that very few employees choose to continue working past age 65, a point made by Frank Reid, an expert on gerontology who testified before the Board (*Economic Aspects of Mandatory Retirement* (1987), at pp. 11-12):

toire d'une part, et la liberté et l'excellence universitaires de l'autre, est mince, rien ne permet de conclure que l'élimination de la politique de l'Université menacerait la permanence.

La meilleure preuve de l'absence de fondement des craintes de l'Université provient des universités qui ont aboli la retraite obligatoire sans que cela n'entraîne d'effet perceptible sur la permanence. À partir des témoignages d'experts et de témoins ordinaires qu'elle a entendus, la commission d'enquête a conclu (à la p. D/4476):

[TRADUCTION] On ne m'a présenté aucune preuve susceptible de me convaincre que l'élimination de la retraite obligatoire entraînerait la fin, voire la détérioration grave, du système de permanence à l'Université de l'Alberta . . .

On ne m'a présenté aucune preuve à l'égard de l'Université du Manitoba ou des universités de la province de Québec, où la retraite obligatoire a été éliminée, qui fasse état d'une menace envers le système de permanence dans ces universités. Au contraire, le professeur Ian J. Kerr de l'Université du Manitoba, ancien président de l'association des professeurs de cette université, a déclaré sans équivoque qu'«[e]lle (l'élimination de la retraite obligatoire en 1981) n'a eu aucun effet sur la permanence à l'Université du Manitoba» (transcription 1165). Exception faite de l'abrogation de la clause pertinente, M. Kerr a en outre confirmé qu'aucune autre modification n'avait été apportée à la convention collective de l'Université en ce qui a trait à l'abolition de la retraite obligatoire; aucune modification n'avait non plus été apportée aux procédures d'évaluation des professeurs de l'Université (transcription 1165).

De même, la permanence n'a pas été abolie dans les universités aux États-Unis, dont 15 pour 100 n'ont pas de politique de retraite obligatoire pour les professeurs permanents, comme cela a été souligné dans les motifs majoritaires et minoritaires de l'arrêt *McKinney*; voir les pp. 427 et 428 et 283. Cette absence de changement peut être attribuée en partie au fait que très peu d'employés choisissent de continuer à travailler après 65 ans, comme l'a fait remarquer Frank Reid, expert en gérontologie qui a témoigné devant la commission (*Economic Aspects of Mandatory Retirement* (1987), aux pp. 11 et 12):

... most employers would not find it worthwhile to make substantial changes to their personnel practices as a result of a small number of employees who would want to work past the normal retirement age. The need for increased performance reviews is also reduced by the fact that the few employees who elect to work beyond normal retirement age will do so for only a relatively short period of time. Evidence from the Conference Board survey (Dunlop 1980 p. 40) "... indicates that those few employees presently aged 65 who elect to continue working will, in general, leave their employment prior to age 70 and will, on average, probably work for a period of three years beyond age 65".

Evidence from Quebec (where mandatory retirement was abolished in 1982) suggests that the period of work may be even shorter. After examining the evidence on those who continued to work past age 65 Labour Canada (1985, Appendix p. 2) concluded "... this prolongation of employment is not apparently very long. After 6 to 8 months many decide to retire."

In short, employers would not have to change their system of evaluation to avoid a "bulge" of older workers.

Accordingly, the University's fears about how tenure might be affected should mandatory retirement be eliminated are insufficient to prove a rational link between its objective and its discriminatory policy. In light of the evidence given, it was not unreasonable for the Board and the Court of Queen's Bench to conclude that the link had not been proven. As Murray J. said (at p. 247):

The weight of evidence falls on the side of establishing that a policy of mandatory retirement is not necessary to ensure that tenure is preserved. There is a fear of this happening but it is speculative. There are equally well qualified people who hold the opposite opinion. The empirical evidence which is available to this time does not support this fear. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] ... la plupart des employeurs ne jugeraient pas utile de procéder à d'importantes modifications de leurs pratiques de gestion du personnel par suite du choix d'un petit nombre d'employés de travailler au delà de l'âge normal de la retraite. Le besoin d'augmenter la fréquence des évaluations du rendement est aussi réduit par le fait que le petit nombre d'employés qui choisissent de travailler au delà de l'âge normal de la retraite ne le feront que pour une période relativement brève. La preuve tirée de l'étude du Conference Board (Dunlop 1980, p. 40) «... indique que le petit nombre d'employés ayant atteint l'âge de 65 ans qui choisissent de continuer à travailler quitteront en général leur emploi avant d'avoir atteint 70 ans et travailleront probablement, en moyenne, pendant une période de trois ans à compter de 65 ans».

La preuve en provenance du Québec (où la retraite obligatoire a été abolie en 1982) laisse entendre que la période de travail peut être plus courte encore. Après avoir examiné la preuve relative aux personnes qui ont continué à travailler après 65 ans, Travail Canada (1985, annexe p. 2) a conclu que «... cette prolongation de l'emploi n'est apparemment pas très longue. Après 6 ou 8 mois, bon nombre de travailleurs décident de prendre leur retraite».

Bref, les employeurs n'auraient pas à modifier leur système d'évaluation pour éviter un «gonflement» dû aux travailleurs plus âgés.

Par conséquent, les craintes exprimées par l'Université à propos des effets que l'élimination de la retraite obligatoire pourrait avoir sur la permanence ne suffisent pas à établir l'existence d'un lien rationnel entre ses objectifs et sa politique discriminatoire. Compte tenu de la preuve présentée, il était raisonnable de la part de la commission et de la Cour du Banc de la Reine de conclure que le lien n'avait pas été prouvé. Comme l'a écrit le juge Murray (à la p. 247):

[TRADUCTION] Le poids de la preuve me porte à conclure qu'une politique de retraite obligatoire n'est pas nécessaire pour assurer le maintien de la permanence. Il existe une crainte que ceci se produise, mais cette crainte n'est qu'une conjecture. Il y a des personnes aussi bien qualifiées qui défendent l'opinion contraire. La preuve empirique qui est disponible en ce moment n'appuie pas cette crainte. [Je souligne.]

(b) *Academic Renewal*

My colleague Cory J. accepts the argument that mandatory retirement at a fixed age allows the University to open positions to younger academics, thereby at once allowing a fresh infusion of ideas into the institution and remedying the problem of underfunding. Although a superficially attractive proposition, in my view, this reasoning does not stand the close scrutiny mandated under the *IRPA*. Aside from being based on the false premise that older workers are uniformly less productive and original than their younger colleagues, a myth refuted decisively by the evidence before us in this case, it ignores uncontradicted expert evidence about trends in retirement.

The very purpose of human rights legislation is the elimination of stereotypes associated with inherent characteristics. Yet one of the most persistent prejudices in our society is that old people are uniformly senile and physically incapacitated. In fact, the effects of age vary tremendously from person to person. As life expectancy has increased, the definition of old age itself has had to be revised. In creative fields, such as literature and the performing arts, certain older individuals continue to contribute long after "normal" retirement age; examples include Will Durant, who published the last volume of his *Story of Civilization* when he was in his 80s, great artists such as Pablo Picasso, and such musical notables as Arturo Toscanini, Leonard Bernstein and Herbert von Karajan. As well, societies around the world have long recognized that certain qualities, such as wisdom and leadership, are most likely to be acquired with age. Many judges, including judges of this Court, continue to work after they would have been forced to retire from other jobs. A pantheon of celebrated political leaders from this century, including Winston Churchill, Charles de Gaulle, and Konrad

b) *Le renouvellement du corps professoral*

Mon collègue le juge Cory accepte l'argument portant qu'avec la retraite obligatoire à un âge précis, l'Université peut offrir des postes à des professeurs plus jeunes, ce qui permet d'infuser des idées nouvelles dans l'institution et de résoudre le problème du financement limité. Même s'il semble constituer une proposition attrayante en surface, ce raisonnement ne résiste pas, selon moi, à l'examen approfondi qui doit être effectué sous le régime de l'*IRPA*. En plus de reposer sur la fausse prémisse selon laquelle les travailleurs les plus âgés sont uniformément moins productifs et originaux que leurs collègues plus jeunes, mythe qui est réfuté de façon catégorique par la preuve produite devant nous en l'espèce, ce raisonnement ne tient pas compte de la preuve d'experts incontestée au sujet des tendances dans le domaine de la retraite.

L'objet même des lois sur les droits de la personne est l'élimination des stéréotypes associés à des caractéristiques inhérentes. Pourtant, l'un des préjugés les plus persistants dans notre société veut que les personnes âgées souffrent uniformément de sénilité et de déficience physique. En réalité, les effets de l'âge varient énormément d'une personne à l'autre. Avec l'augmentation de l'espérance de vie, la définition de la vieillesse elle-même a dû être révisée. Dans des secteurs créatifs comme ceux de la littérature et des arts, certaines personnes plus âgées continuent à contribuer longtemps après l'âge «normal» de la retraite; on pourrait citer à titre indicatif Will Durant, qui a publié le dernier tome de son *Histoire de la civilisation* après avoir dépassé le cap des 80 ans, de grands artistes comme Pablo Picasso et de grands chefs d'orchestre comme Arturo Toscanini, Leonard Bernstein et Herbert von Karajan. En outre, nombre de sociétés de par le monde reconnaissent depuis longtemps que certaines qualités comme la sagesse et le leadership s'acquièrent avec l'âge. Bon nombre de juges, y compris au sein de notre Cour, continuent à travailler après avoir atteint l'âge auquel ils devraient prendre leur retraite s'ils occupaient d'autres postes. Un panthéon de chefs politiques contemporains célèbres, y compris Winston Churchill, Charles de Gaulle et Konrad

Adenauer, made some of their greatest contributions at a mature age.

In the academic context, as the Board found, "the proposition of originality as a by-product of 'youth' . . . has not been proved" (p. D/4473). Decline in complex cognitive processes does not occur until the late 70s or early 80s; see Frank Reid, *supra*, at p. 3, and Necheles-Jansyn, *supra*, at p. 178. Academics, as a group, tend to suffer still less decline because they are in a relatively high social strata, enjoy good health and work in jobs which are not very physically demanding. As well, the intellectual stimulation they enjoy from their work and contact with colleagues inhibits decline. The maturity, wisdom and insight older faculty have acquired even give them distinct advantages over younger colleagues.

The stereotype of older professors clinging desperately to their posts despite declining abilities simply is not warranted on the evidence. Generally speaking, those who start by being highly productive and creative remain so as they get older, and age seems to have very little influence on the quality and quantity of work produced; see Stephen Cole, "Age and Scientific Performance" (1979), 84 *Am. J. Soc.* 958, at pp. 968-69. Truly exceptional performance is neither the province of the young nor of the old. Of course there are unproductive older staff; there are also unproductive younger staff. The only difference between the two is that, once someone reaches a certain age, society tends to assume that any substandard performance is a direct consequence of age, whereas when they are younger, we make no such assumption.

At the University of Alberta specifically, the record of merit increases indicates that the greatest decline in performance occurs in the age groups 40-44 and 45-49. According to a statistical expert who testified before the Board, there were no statistically reliable differences in performance

Adenauer, ont apporté leur plus grande contribution à un âge avancé.

Dans le contexte universitaire, pour reprendre la conclusion de la commission, [TRADUCTION] «on n'a pas fait la preuve de la proposition selon laquelle originalité et «jeunesse» [. . .] vont nécessairement de pair» (à la p. D/4473). Le déclin des processus cognitifs complexes ne s'amorce qu'autour de quatre-vingts ans; voir Frank Reid, *op. cit.*, à la p. 3, et Necheles-Jansyn, *loc. cit.*, à la p. 178. Les universitaires, dans l'ensemble, sont moins susceptibles de subir ce déclin puisqu'ils se trouvent à un échelon social relativement élevé, qu'ils ont une bonne santé et qu'ils occupent des postes qui n'exigent pas trop d'efforts physiques. En outre, la stimulation intellectuelle qu'ils retirent de leur travail et de leurs contacts avec des collègues retarde leur déclin. La maturité, la sagesse et la lucidité que les professeurs plus âgés ont acquises leur donnent même des avantages distincts sur leurs collègues plus jeunes.

Le stéréotype des professeurs plus âgés qui s'accrochent désespérément à leur poste malgré le déclin de leurs capacités n'est tout simplement pas corroboré par la preuve. En général, ceux qui commencent leur carrière en étant très productifs et créatifs le demeurent en vieillissant, et l'âge semble avoir très peu d'influence sur la qualité et la quantité du travail fourni; voir Stephen Cole, «Age and Scientific Performance» (1979), 84 *Am. J. Soc.* 958, aux pp. 968 et 969. Le rendement vraiment exceptionnel n'est le propre ni des jeunes ni des vieux. Bien sûr, il est de vieux professeurs qui sont improductifs, mais il en est aussi de jeunes qui le sont. La seule différence entre les deux groupes est que, dès qu'on a atteint un certain âge, la société a tendance à supposer que tout rendement inférieur à la norme est une conséquence directe de l'âge, supposition qu'elle ne forme pas à l'égard des plus jeunes.

À l'Université de l'Alberta plus précisément, le dossier des augmentations de traitement au mérite indique que la plus grande baisse du rendement se produit dans les groupes d'âge de 40 à 44 ans et de 45 à 49 ans. Selon un expert statisticien qui a déposé devant la commission, il n'existe aucune

between the three oldest age groups, 50 to 54, 55 to 59, and 60 to 65, even though the expectation for senior professors was higher than that for younger staff, making it more difficult for them to achieve a satisfactory rating. This led the Board to conclude (at pp. D/4472-73):

On the evidence presented, I cannot find that there is a decline in ability which would render the vast majority of academic staff unable to function effectively as they approach or reach 65. There will obviously be some professors who are giving substandard performance at 65, but similarly such deficiencies could exist for staff of any age. It would be unwise, unfair and now illegal to stereotype and penalize the high or even adequate performance because he, or she, has reached the age of 65.

I defer to the Board's finding of fact in this regard, and would be ready to dismiss the University's argument on this basis alone.

The assumption that the elimination of mandatory retirement will significantly reduce the number of jobs for young academics must also be examined critically. Experts before the Board testified that the "flow of replacement" would return to its initial level in five years or less, a short term effect which certainly cannot justify the wholesale dismissal of all competent academics over age 65. The limited effect of flexible retirement on the rate of hiring of young academics is due, in part, to the small number of academics who actually desire to keep working beyond the "normal" retirement age. According to a 1980 Conference Board of Canada report, only a tiny fraction of the labour force, about one fifth of one per cent, is likely to be forced to retire at age 65; the rest retire voluntarily at age 65 or earlier (see F. Reid, *supra*, at p. 2, and Krashinsky, *supra*, at pp. 45 and 48).

différence statistique significative en matière de rendement entre les trois groupes d'âge plus avancé, à savoir ceux de 50 à 54 ans, de 55 à 59 ans, et de 60 à 65 ans, même si les attentes sont plus élevées à l'égard des professeurs plus âgés qu'à l'égard des plus jeunes et font qu'il leur est plus difficile d'obtenir une évaluation satisfaisante. Ces faits ont amené la commission à conclure ce qui suit (aux pp. D/4472 et D/4473):

[TRADUCTION] D'après la preuve produite, je ne puis conclure à l'existence d'une baisse de capacité qui rendrait la vaste majorité des professeurs incapables de fonctionner efficacement dès qu'ils approchent ou atteignent l'âge de 65 ans. Il y en aura évidemment certains qui donneront un rendement inférieur à la norme lorsqu'ils auront 65 ans mais de telles carences pourraient exister chez des professeurs de tout âge. Il serait déraisonnable, injuste et maintenant illégal de stéréotyper et de pénaliser le professeur qui donne un rendement élevé ou même adéquat parce qu'il a atteint l'âge de 65 ans.

Je m'en remets aux conclusions de fait de la commission à cet égard, et je serais prête à rejeter l'argument de l'Université sur cette seule base.

La supposition selon laquelle l'élimination de la retraite obligatoire réduira de façon importante le nombre d'emplois pour de jeunes professeurs doit aussi être examinée d'un œil critique. Les experts qui ont comparu devant la commission ont déclaré que le [TRADUCTION] «mouvement de renouvellement» reviendrait à son niveau initial en cinq ans ou moins, circonscrivant ainsi un effet à court terme qui ne peut certainement pas justifier le renvoi généralisé de tous les professeurs compétents âgés de plus de 65 ans. L'effet limité de la retraite flexible sur le taux d'embauche des jeunes professeurs est dû, en partie, au petit nombre de professeurs qui désirent vraiment continuer à travailler au-delà de l'âge «normal» de la retraite. Selon un rapport de 1980 du Conference Board du Canada, seule une infime partie de la main-d'œuvre, soit environ un cinquième de un pour cent, est susceptible d'être forcée à la retraite à l'âge de 65 ans; le reste des travailleurs prennent leur retraite volontairement à l'âge de 65 ans ou avant (voir F. Reid, *op. cit.*, à la p. 2, et Krashinsky, *loc. cit.*, aux pp. 45 et 48).

The average age of retirement amongst workers in general may decline still further with the increasing popularity of early retirement. In the United States, for example, although the age of retirement has been increased from 65 to 70, the average age of retirement has declined from 63 to 62. Labour shortages are projected for the 1990s based on the upswing in early retirement combined with current population trends (see Robert C. Ford and Myron D. Fottler, "Flexible Retirement: Slowing Early Retirement of Productive Older Employees", [1985] *Human Resource Planning* 147, at p. 147, and James W. Walker and Harriet L. Lazer in *The End of Mandatory Retirement: Implications for Management* (1978), at p. 7). The Board commented at p. D/4474:

With the increasing popularity of flexible retirement options, compulsory retirement wanes in importance as a function in achieving renewal. Indeed, it was the evidence of Dr. Gideon Rosenbluth, professor of Economics (macro economics) at the University of British Columbia that, "The early retirements balance out the ones that postpone their retirements". I concur with this statement, based on the evidence before me. [References omitted.]

The University of Alberta's own records show that of the 80 retirements which took place in 1985 and 1986, 47 were early and 33 were regular. Even if the age cap were removed, the vast majority of faculty would continue to retire at age 65 or earlier.

While the rate of hiring in Canadian universities has declined in the last decade, the cause is not recalcitrant older academics refusing to retire, but a government policy of fiscal restraint and the population bulge caused by the baby boom. As Michael Krashinsky, an expert before the Board, wrote at p. 48 of "The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict", *supra*:

... the issue of faculty renewal is something of a red herring. There has been precious little renewal in recent years, despite mandatory retirement, due largely to gov-

L'âge moyen de la retraite chez les travailleurs en général peut même diminuer davantage, en raison de la popularité croissante de la retraite anticipée. Aux États-Unis, par exemple, même si l'âge de la retraite a été porté de 65 à 70 ans, l'âge moyen de la retraite a baissé de 63 ans à 62 ans. On prévoit des pénuries de main-d'œuvre pour les années 1990 en raison de l'effet combiné de la popularité de la retraite anticipée et des tendances démographiques actuelles (voir Robert C. Ford et Myron D. Fottler, «Flexible Retirement: Slowing Early Retirement of Productive Older Employees», [1985] *Human Resource Planning* 147, à la p. 147, et James W. Walker et Harriet L. Lazer dans *The End of Mandatory Retirement: Implications for Management* (1978), à la p. 7). La commission a fait le commentaire suivant, à la p. D/4474:

[TRADUCTION] Avec la popularité croissante des options de retraite flexible, la retraite obligatoire perd de plus en plus de son importance comme facteur de renouvellement. En fait, dans son témoignage, M. Gideon Rosenbluth, professeur d'économie (macro-économie) à l'Université de la Colombie-Britannique, a déclaré que «[l]es retraites anticipées contrebalancent celles qui sont reportées». Je suis d'accord avec cette déclaration, en me fondant sur la preuve produite devant moi. [Les références sont omises.]

Les propres dossiers de l'Université de l'Alberta montrent que sur les 80 mises à la retraite qui ont eu lieu en 1985 et en 1986, 47 étaient anticipées et 33 étaient régulières. Même si la limite d'âge était enlevée, la vaste majorité des professeurs continueraient à prendre leur retraite à 65 ans ou avant.

Si le taux d'embauche dans les universités canadiennes a baissé au cours de la dernière décennie, ce n'est pas dû à de vieux professeurs récalcitrants qui refusent de prendre leur retraite, mais bien à une politique de restrictions financières et au gonflement de population causé par le «baby boom». Comme l'a écrit Michael Krashinsky, expert devant la commission, à la p. 48 de «The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict», *loc. cit.*:

[TRADUCTION] ... la question du renouvellement du corps professoral est en quelque sorte un faux-fuyant. Il y a eu très peu de renouvellement au cours des dernières

ernment policy that has cut real allocations to the universities, and exacerbated by the skewed age distribution of the faculty. Furthermore, the Bovey Commission itself suggested that short-term government funding be provided to reduce the transitional impact of eliminating mandatory retirement, financing new appointments until expected retirements materialized. Faculty renewal, therefore, has little to do with mandatory retirement and everything to do with public policy, and blaming older faculty members who do not wish to retire for the problem is unreasonable. [Emphasis added.]

The Court of Queen's Bench too identified the "real villain" in this situation as the demographic bulge of academics currently in their forties, and noted that increased attention paid to the performance of professors could well alleviate the problem of academic renewal (see p. 248).

Finally, it is deeply offensive to the notion of human rights that a private employer should offer up a disadvantaged group as a sacrificial lamb to another group in the absence of a legislative mandate, or compelling evidence that this is either desirable or necessary. Despite my colleague Cory J.'s oblique reference to affirmative action, there is no proof in this case that the policy of mandatory retirement of professors over the age of 65 is linked in any way to the promotion of the hiring of women or other traditionally underrepresented groups within Canadian university faculties. While his call for "inter-generational equity" may be laudable, the "young" have not traditionally and are not today regarded as a disadvantaged group.

Even if there were competition between two truly disadvantaged groups in this case, surely we would not even consider permitting private employers to make the choice between them if the group that was being penalized was anyone other

années, malgré la retraite obligatoire; ce phénomène est dû en grande partie à la politique gouvernementale de réduction des subventions réelles aux universités, et il est exacerbé par une distribution inégale par âge des professeurs. De plus, la Commission Bovey elle-même a suggéré d'accorder une subvention gouvernementale à court terme visant à réduire l'effet transitionnel de l'élimination de la retraite obligatoire, en finançant de nouvelles nominations jusqu'à ce que les retraites prévues se matérialisent. Par conséquent, le renouvellement du corps professoral a très peu de rapports avec la retraite obligatoire et beaucoup de rapports avec la politique d'intérêt public, et il est déraisonnable de faire porter la responsabilité du problème aux professeurs plus âgés qui ne souhaitent pas prendre leur retraite. [Je souligne.]

La Cour du Banc de la Reine a aussi identifié comme «vrai responsable» de cette situation le gonflement démographique de professeurs actuellement dans la quarantaine, et noté que le fait de porter une plus grande attention au rendement des professeurs pourrait fort bien réduire le problème du renouvellement du corps professoral (voir la p. 248).

Enfin, c'est faire une grave entorse à la notion des droits de la personne que de permettre à un employeur privé d'offrir un groupe désavantagé comme agneau sacrificiel pour un autre groupe en l'absence d'un mandat d'origine législative ou d'une preuve convaincante établissant que cela est souhaitable ou nécessaire. Malgré l'allusion de mon collègue le juge Cory à la promotion sociale, aucune preuve n'établit en l'espèce que la politique de mise à la retraite obligatoire des professeurs de plus de 65 ans est liée de quelque façon à la promotion de l'embauche de femmes ou d'autres groupes traditionnellement sous-représentés dans les facultés universitaires canadiennes. Même si son appel en faveur de l'«équité entre les générations» peut être louable, les «jeunes» n'ont jamais été considérés traditionnellement comme un groupe désavantagé et ils ne le sont pas plus aujourd'hui.

Même s'il y avait concurrence entre deux groupes vraiment désavantagés en l'espèce, nous ne songerions certainement pas à permettre à des employeurs privés de faire un choix entre eux si le groupe ainsi pénalisé était constitué d'autres



than the elderly. Imagine, for example, the reaction if a university announced that it would arbitrarily fire a certain number of physically handicapped professors in order to make room on faculty for women and racial minorities. Yet, under the *IRPA*, discrimination on the basis of age is proscribed in exactly the same terms as discrimination on the basis of physical handicap, gender and race. I fail to see why this Court should make a distinction where the legislature has not in its treatment of groups disadvantaged by stereotype and prejudice.

Hence, in my opinion, the respondent University has failed to prove a rational link between the goal of faculty renewal and its policy of mandatory retirement.

### (c) *Institutional Planning*

The institutional planning argument is, in many ways, an adjunct to the academic renewal argument, except that it appeals more explicitly to administrative efficiency and costs. According to the University, mandatory retirement is necessary because it allows the administration to plan ahead, secure in the knowledge that every professor will retire at age 65.

In dismissing this argument, I refer simply to the findings of fact of the Board of Inquiry, which wrote at p. D/4473:

With so many uncertainties in the planning process, I cannot accept mandatory retirement being vital to the process. Early retirement . . . for example has become increasingly popular among the academic staff, essentially being available anywhere between ages 55-65. Illness and death of academic staff cannot be predicted. The level of government funding varies annually; student enrolment and course selection vary from year to year. In total the number of uncertain factors overwhelm the one constant of mandatory retirement.

membres que des personnes âgées. Imaginez, par exemple, quelle serait la réaction si une université annonçait la mise à pied arbitraire d'un certain nombre de professeurs souffrant de déficiences physiques afin de libérer des postes pour des femmes et des minorités raciales. Pourtant, en vertu de l'*IRPA*, la discrimination fondée sur l'âge est interdite dans les mêmes termes que la discrimination fondée sur la déficience physique, sur le sexe et sur la race. Je ne puis voir pourquoi notre Cour devrait établir une distinction là où le législateur ne l'a pas fait dans le traitement qu'il a accordé à des groupes désavantagés en raison de stéréotypes et de préjugés.

À mon avis, l'Université intimée n'a donc pas réussi à prouver l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif du renouvellement du corps professoral et sa politique de mise à la retraite obligatoire.

### c) *La planification de l'établissement*

L'argument de la planification de l'établissement est, à bien des égards, un argument auxiliaire à celui du renouvellement du corps professoral, sauf qu'il fait plus explicitement appel à l'efficacité et aux coûts administratifs. Selon l'Université, la mise à la retraite obligatoire est nécessaire parce qu'elle permet à la direction de planifier avec l'assurance que chaque professeur prendra sa retraite à 65 ans.

En rejetant cet argument, je me réfère simplement aux conclusions de fait de la commission d'enquête, qui a écrit, à la p. D/4473:

[TRADUCTION] Avec autant d'incertitudes dans le processus de planification, je ne puis accepter que la retraite obligatoire soit indispensable au processus. La retraite anticipée [...] par exemple devient de plus en plus populaire chez les professeurs, qui peuvent essentiellement la prendre entre 55 ans et 65 ans. La maladie et le décès des membres du corps enseignant ne peuvent être prédits. Le niveau de financement par l'État varie annuellement; les inscriptions des étudiants et les choix de cours varient d'année en année. Somme toute, le nombre de facteurs d'incertitude dépasse de beaucoup la constante de la retraite obligatoire.

As the Court of Queen's Bench pointed out, other variables, such as resignations, deaths, and early retirement, are predicted with relative certainty by means of statistical forecasts. The slight inconvenience which inevitably remains cannot be used, alone, as a justification for the denial of equality on the basis of age.

(d) *Retirement with Dignity*

Of all the arguments put forth by the University, this is the one which stems most clearly from stereotype. It depends entirely on the idea that professors who reach the age of 65 must necessarily fear assessment on the basis of their performance, because that performance has necessarily declined rapidly with age. Given that the evidence conclusively refutes the myth of universal decline, and that peer evaluation is an effective tool for identifying incompetence, in my view this proposition clearly fails at the outset.

I find it curious, however, that this argument is associated with dignity. Faculty members such as Dr. Dickason, who have contributed significantly until age 65, must find particularly demeaning the insinuation that they have been allowed to "coast" to retirement. As I commented in *McKinney* at p. 430:

The threat that an evaluation scheme will "constitute a demeaning affront to individual dignity" (at p. 284) is difficult to accept. Are objective standards of job performance a demeaning affront to individual dignity? Certainly not when measured against the prospect of getting "turfed-out" automatically at a prescribed age, and witnessing your younger ex-colleagues persevere in condoned relative incompetence on the strength of a "dignifying" tenure system.

Surely those who have worked hard all their lives would prefer to be treated as the equals of their younger colleagues, rather than being suffered on the assumption that age makes them redundant. In the words of the Board, "such practice does little to maintain the dignity of either the individual pro-

Comme l'a souligné la Cour du Banc de la Reine, d'autres variables, comme les démissions, les décès et la retraite anticipée, sont prévues avec une certitude relative grâce à des prévisions statistiques. Le léger inconvénient qui subsiste inévitablement ne peut servir à lui seul à justifier une atteinte à l'égalité fondée sur l'âge.

d) *La mise à la retraite dans la dignité*

De tous les arguments avancés par l'Université, c'est celui qui a le plus clairement sa source dans un stéréotype. Il dépend entièrement de l'idée selon laquelle les professeurs qui atteignent l'âge de 65 ans doivent nécessairement craindre d'être évalués en fonction de leur rendement, car invariablement, ce rendement décline rapidement avec l'âge. Puisque la preuve réfute de façon concluante le mythe du déclin universel et que l'évaluation par les pairs est un outil efficace pour déceler l'incompétence, j'estime que, d'entrée de jeu, cette proposition n'est manifestement pas fondée.

Je trouve toutefois curieux que cet argument soit associé à la dignité. Des professeurs comme M<sup>me</sup> Dickason, qui ont fourni un apport important jusqu'à l'âge de 65 ans, doivent trouver particulièrement avilissante l'insinuation selon laquelle on leur a permis de «se laisser glisser sur leur erre» jusqu'à la retraite. Comme je l'ai affirmé dans l'arrêt *McKinney*, à la p. 430:

La menace qu'un régime d'évaluation «constituerait un grave affront à la dignité personnelle» (à la p. 284) est difficile à accepter. Les normes objectives d'évaluation du rendement au travail constituent-elles un grave affront à la dignité personnelle? Certainement pas lorsqu'on les compare à la perspective d'être [TRADUCTION] «viré» automatiquement à un âge précis, et que l'on voit ses ex-collègues plus jeunes continuer à accepter une incompétence relative au nom de la «dignité» que procure un régime de permanence.

Ceux qui ont travaillé fort toute leur vie préféreraient certainement être traités comme les égaux de leurs collègues plus jeunes, plutôt que d'être tolérés parce que l'âge les rendrait superflus. Pour reprendre les termes de la commission, [TRADUCTION] «une telle pratique contribue très peu à pro-

fessor concerned or the University as an institution of scholarship” (p. D/4478).

Having concluded that the University has failed to prove a rational connection between any of its objectives and its impugned policy of mandatory retirement, it is not strictly necessary for me to discuss the proportionality of the policy to the goals or the issue of non-discriminatory alternatives. However, since my colleague has dealt with these questions, I will address them briefly as well.

### Minimal Impairment

According to my colleague Cory J., the policy of mandatory retirement withstands the minimal impairment test because “[n]o obvious alternative policy exists which would achieve the same results without restricting the individual rights of faculty members” (pp. 1137-38). In my view, this conclusion is untenable given the strict standard of scrutiny mandated under the *Oakes* test and applied by this Court in employment discrimination cases. The University, upon which the burden falls to show the reasonability and justifiability of its discriminatory policy, has not presented convincing evidence as to why alternative non-discriminatory practices would not achieve the same results as or better results than mandatory retirement at age 65.

Assessments are already used to review the performance of individual professors throughout their careers, without posing a threat to academic freedom. Peer evaluation can and does distinguish between incompetence and unpopular academic views. Its use may increase the value of tenure, since it ensures that substandard performance is not rewarded. Based on objective assessment, peer evaluations offer a far more dignified approach to academic work than the assumption that all those over a certain age should be allowed to coast to retirement. Hence, such evaluations are infinitely

mouvoir la dignité du professeur concerné ou celle de l’université comme institution d’enseignement» (à la p. D/4478).

Comme j’ai conclu que l’Université n’avait pas réussi à prouver l’existence d’un lien rationnel entre l’un ou l’autre de ses objectifs et sa politique attaquée de mise à la retraite obligatoire, il ne m’est pas strictement nécessaire d’examiner la question de la proportionnalité de la politique et des objectifs, ou la question des autres solutions non discriminatoires. Toutefois, puisque mon collègue a traité de ces questions, je les aborderai brièvement à mon tour.

### L’atteinte minimale

Selon mon collègue le juge Cory, la politique de mise à la retraite obligatoire satisfait aux critères de l’atteinte minimale puisqu’«[i]l n’y a pas d’autre politique évidente qui permette d’obtenir les mêmes résultats sans restreindre les droits individuels des membres du corps professoral» (aux pp. 1137 et 1138). À mon avis, cette conclusion est insoutenable en raison de la norme stricte d’examen exigée en vertu du critère de l’arrêt *Oakes* et appliquée par notre Cour dans des affaires de discrimination dans l’emploi. L’Université, à qui incombe le fardeau de démontrer le caractère raisonnable et justifiable de sa politique discriminatoire, n’a pas présenté de preuve convaincante quant aux raisons pour lesquelles d’autres pratiques non discriminatoires ne permettraient pas d’atteindre les mêmes résultats, voire de meilleurs résultats, que la mise à la retraite obligatoire à l’âge de 65 ans.

Des évaluations permettent déjà d’examiner le rendement des professeurs pendant leur carrière, sans menacer la liberté universitaire. L’évaluation par les pairs permet en théorie et en pratique d’établir une distinction entre l’incompétence et l’impopularité des points de vue exprimés par les universitaires. Son utilisation peut rehausser la valeur de la permanence puisqu’elle fait en sorte que le rendement inférieur à la norme ne soit pas récompensé. Parce qu’elles sont fondées sur une appréciation objective, les évaluations par les pairs offrent une façon beaucoup plus digne de traiter le

preferable to the blanket policy of dismissal without cause on the basis of a stereotype of declining ability with age.

Encouragement of early retirement is another non-discriminatory alternative that would achieve the University's goals. My colleague Cory J. has given this option short shrift, claiming that it "would not necessarily achieve the numbers or certainty of vacancies among faculty that are required for renewal" (p. 1137). In fact, the evidence before the Board and before this Court indicates that statistical projections could be used to predict the rate of vacancies without mandatory retirement, and that the flow of retirement would return to its initial level within five years.

Of course, the search for alternatives is premised on the idea that the elimination of mandatory retirement will have a significant impact at the University of Alberta. However, the University has not presented any evidence to this effect from other academic institutions where mandatory retirement has been eliminated. There is no doubt that the University genuinely fears that dire consequences will follow the elimination of mandatory retirement, but these apprehensions are insufficient alone to satisfy its evidentiary burden. In fact, the evidence clearly suggests that the effect of eliminating mandatory retirement at the University of Alberta will be minimal, recalling the small number of professors who will wish to remain after age 65. The negligible impact of the removal of the policy can readily be gauged by the experience of academic institutions in Quebec, Manitoba, and the United States.

I accordingly agree with both the Board and the Court of Queen's Bench that the University's policy of mandatory retirement does not meet the minimal impairment test.

travail universitaire que la présomption selon laquelle tous les professeurs au-delà d'un certain âge devraient pouvoir se laisser glisser sur leur erre jusqu'à la retraite. Par conséquent, de telles évaluations sont infiniment préférables à la politique générale de renvoi sans motif fondée sur un stéréotype de perte de capacité avec l'âge.

L'incitation à la retraite anticipée est une autre mesure non discriminatoire qui permettrait d'atteindre les objectifs de l'Université. Mon collègue le juge Cory a expédié cette option sans ménagement, en prétendant qu'elle «ne permettrait pas nécessairement d'obtenir avec certitude, au sein du corps professoral, le nombre de postes vacants requis pour assurer le renouvellement» (à la p. 1137). En fait, la preuve produite devant la commission et devant notre Cour indique qu'on pourrait utiliser des projections statistiques pour prédire le taux de vacance advenant l'abolition de la retraite obligatoire, et que le mouvement de retraite reviendrait à son niveau initial en moins de cinq ans.

La recherche d'autres solutions suppose, bien sûr, que l'élimination de la retraite obligatoire aura un effet important pour l'Université de l'Alberta. Celle-ci n'a cependant présenté à cet égard aucune preuve tirée de l'expérience d'autres établissements universitaires où la retraite obligatoire a été abrogée. Il ne fait aucun doute que l'Université craint vraiment que l'élimination de la mise à la retraite obligatoire entraîne des conséquences néfastes, mais ces appréhensions ne suffisent pas, en elles-mêmes, à libérer l'intimée de la charge de la preuve qui lui incombe. En fait, la preuve indique clairement que l'effet de l'élimination de la retraite obligatoire à l'Université de l'Alberta serait minimal, compte tenu du petit nombre de professeurs qui souhaiteront continuer à travailler après 65 ans. On peut facilement jauger l'effet négligeable de l'abrogation de cette politique par l'expérience d'établissements universitaires au Québec, au Manitoba et aux États-Unis.

Je reconnais donc avec la commission et avec la Cour du Banc de la Reine que la politique de mise à la retraite obligatoire de l'Université ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale.

### Proportionality

Again, my colleague Cory J. disposes of the issue of proportionality very briefly, writing (at p. 1138):

Without question, mandatory retirement constitutes *prima facie* discrimination. Those faculty members who, like Professor Dickason, would choose to continue working past the age of 65 will suffer from the denial of this opportunity. Yet these individuals have the benefit of secure and reasonable pensions. The policy forms part of a collective agreement which benefits, as a whole, the academic staff of the University. In this context, the effects of the *prima facie* discrimination are proportional to the legitimate objectives served.

First of all, any conclusions regarding pensions are unfounded in this case, the University having failed to adduce any evidence whatsoever on economic consequences of the elimination of its policy. With respect to the acquiescence to mandatory retirement by the faculty in the collective agreement, as I concluded earlier, this cannot be used as an indication of the reasonability of the policy, since a law in force at the time Dr. Dickason was awarded tenure required that this provision be included. Nor can the administrative and financial burden of setting up alternative policies be considered a strong argument on this point, since the peer evaluation system is already in place and the cost of encouraging early retirement would be negligible.

Thus, benefits to the University as a result of its discriminatory policy are, to say the least, unproved. Yet forced retirement at age 65 can have a devastating effect on individuals like Dr. Dickason. Some individuals in her position may be financially ill-prepared for retirement. Although the elderly make up only 10 per cent of Canada's population, they represent 42 per cent of the poor; see Alan Roadburg, *Aging: Retirement, Leisure and Work in Canada* (1984), at p. 22 *et seq.* Women are penalized, in particular, because they tend to have lower paying jobs which are less likely to offer pension coverage, and they often interrupt their careers to raise families. (These

### La proportionnalité

Encore une fois, mon collègue le juge Cory tranche la question de la proportionnalité très rapidement, lorsqu'il dit (à la p. 1138):

La retraite obligatoire constitue indubitablement de la discrimination à première vue. Les membres du corps professoral qui, à l'instar du professeur Dickason, choisiraient de continuer à travailler après avoir atteint 65 ans vont souffrir du fait qu'on leur refuse cette possibilité. Malgré tout, ces personnes bénéficient de pensions sûres et raisonnables. La politique fait partie d'une convention collective qui, dans son ensemble, profite au corps professoral de l'Université. Dans ce contexte, les effets de la discrimination à première vue sont proportionnels aux objectifs légitimes visés.

En premier lieu, toute conclusion sur les pensions est dénuée de fondement en l'espèce puisque l'Université n'a produit aucune preuve quant aux conséquences économiques de l'élimination de sa politique. En ce qui a trait à l'assentiment des professeurs à la retraite obligatoire dans la convention collective, comme je l'ai déjà dit, il ne peut servir à établir le caractère raisonnable de la politique puisque'une loi en vigueur au moment où M<sup>me</sup> Dickason a obtenu sa permanence exigeait l'inclusion de cette disposition. On ne peut non plus considérer le fardeau administratif et financier de l'instauration d'autres politiques comme un argument concluant sur ce point puisque le système d'évaluation par les pairs est déjà en vigueur et que l'incitation à la retraite anticipée n'entraînerait qu'un coût négligeable.

Par conséquent, et c'est le moins qu'on puisse dire, les bénéfices que l'Université retirerait de sa politique discriminatoire n'ont pas été démontrés. En revanche, la retraite forcée à l'âge de 65 ans peut avoir un effet dévastateur pour des personnes comme M<sup>me</sup> Dickason. Certaines personnes dans la même situation qu'elle peuvent être financièrement mal préparées à la retraite. Même si elles ne constituent que 10 pour 100 de la population du Canada, les personnes âgées représentent 42 pour 100 des pauvres; voir Alan Roadburg, *Aging: Retirement, Leisure and Work in Canada* (1984), aux pp. 22 et suivantes. Les femmes en particulier sont désavantagées, parce qu'elles ont habituellement

socio-economic patterns, combined with private and government pension plans which are calculated on years of participation in the work force, in some ways make mandatory retirement at age 65 as much an issue of gender as of age discrimination.) According to one study, only people in the top 25 per cent of earning brackets can provide for themselves in old age, since both savings and proceeds from indexed pensions are ravaged by inflation (see Roadburg, *supra*, at p. 24).

For an academic, the consequences of retirement include not only the loss of full income, but loss of access to computers, books, students, laboratories and other resources. As the Board found, the awarding of the status of professor emeritus is a poor substitute, since it confers almost no access to University facilities. Mandatory retirement for a professor hence means not only the loss of a job, but the denial of resources essential to any work at all.

Moreover, the psychological effects of forced retirement may be as harmful as financial consequences. This Court remarked in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, at p. 368:

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being. [Emphasis added.]

Given the central importance that our society accords to career as a way of defining an individual's status and self-worth, it is hardly surprising that being dismissed without cause on account of one's age is extremely traumatic. According to Roadburg, *supra*, at pp. 12-13:

des emplois moins rémunérateurs et moins susceptibles d'offrir des régimes de pensions, et qu'elles interrompent souvent leur carrière pour élever leur famille. (En raison de ces caractéristiques socio-économiques et des régimes privés et gouvernementaux de pensions qui sont établis en fonction des années de travail, la retraite obligatoire à 65 ans devient à certains égards une question de discrimination fondée autant sur le sexe que sur l'âge.) Selon une étude, seules les personnes dont les revenus se situent dans les 25 premiers centiles peuvent subvenir à leurs besoins au cours de la retraite, puisque les épargnes et les pensions de retraite indexées sont rongées par l'inflation (voir Roadburg, *op. cit.*, à la p. 24).

Pour un universitaire, la retraite entraîne non seulement la perte du revenu maximal, mais aussi celle de l'accès aux ordinateurs, aux livres, aux étudiants, aux laboratoires et aux autres ressources. Comme l'a constaté la commission, le fait d'attribuer le statut de professeur émérite constitue un piètre succédané, puisque ce statut ne confère pratiquement aucun accès aux ressources de l'université. Pour un professeur, la retraite obligatoire signifie donc non seulement la perte d'un emploi, mais aussi la privation de ressources essentielles à tout travail.

De plus, les effets psychologiques de la retraite forcée peuvent être aussi nocifs que les conséquences financières. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, à la p. 368, notre Cour a fait la remarque suivante:

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. [Je souligne.]

Étant donné l'importance centrale que notre société accorde à la carrière comme moyen de définir le statut et la valeur de la personne, il n'est guère surprenant que le renvoi sans motif du seul fait de l'âge soit extrêmement traumatisant. Selon Roadburg, *op. cit.*, aux pp. 12 et 13:

... the effects of retiring voluntarily, as opposed to forced retirement owing to company policy or health reasons, may be significant. For example, researchers have found that voluntary retirees are more likely to have a positive attitude and a higher level of satisfaction compared with non voluntary retirees. . . . This result may be expected especially in a nation which professes to follow democratic principles of equality and freedom.

The American Medical Association's assessment is even more dramatic, as reported by Walker and Lazer, *supra*, at pp. 11-13:

... the American Medical Association, in opposing mandatory retirement at any age, observed that the sudden shock of compulsory retirement and loss of earning power and productive work often leads to physical and emotional deterioration and premature death. [Emphasis added.]

The devastating effects that forced retirement has on a worker's finances, health, and self-esteem are grossly disproportionate to any advantages accruing to the University by its discriminatory practice of firing professors on the basis of their age, and this aspect of the applicable test under s. 11.1 of the *IRPA* has not been met.

### Conclusion

For all these reasons, the University's policy of mandatory retirement at age 65 is not reasonable and justifiable under s. 11.1 of the *IRPA*. To borrow the words of Michael Krashinsky, *supra*, at p. 49, quoting J. R. London, "Universities Should Prepare for Abolition of Mandatory Retirement", *University of Toronto Bulletin*, June 6, 1983, p. 10:

Historically, all advances in human rights have been opposed by those with vested interests, who inevitably have predicted all manner of resulting evil and destruction. My own view is that the benefits of eliminating "ageism" from our employment systems far out-weigh

[TRADUCTION] ... les effets de la retraite volontaire, par opposition à la retraite forcée en vertu de la politique de la compagnie ou pour des raisons de santé, peuvent être importants. Par exemple, les chercheurs ont trouvé que les personnes qui ont pris leur retraite volontairement sont plus susceptibles d'avoir une attitude positive et un niveau de satisfaction plus élevé par comparaison à celles qui ont été forcées de prendre leur retraite [...] Ce résultat est encore plus prévisible dans un pays qui prétend respecter les principes démocratiques de l'égalité et de la liberté.

L'évaluation faite par l'American Medical Association est encore plus impressionnante, comme le rapportent Walker et Lazer dans leur ouvrage, *op. cit.*, aux pp. 11 à 13:

[TRADUCTION] ... l'American Medical Association, qui s'oppose à la retraite obligatoire à tout âge, a fait observer que le choc soudain de la retraite obligatoire comme de la perte de la capacité de gain et du travail productif conduit souvent à une détérioration physique et émotive de même qu'à une mort prématurée. [Je souligne.]

Les effets dévastateurs de la retraite forcée sur la situation financière, la santé et la dignité d'un travailleur sont grandement disproportionnés à tout avantage que peut retirer l'Université de sa pratique discriminatoire de renvoi des professeurs en fonction de leur âge; cet aspect du critère applicable en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA* n'a pas été satisfait.

### Conclusion

Pour tous ces motifs, la politique de l'Université de mise à la retraite obligatoire à 65 ans n'est ni raisonnable ni justifiable en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Pour reprendre les termes de Michael Krashinsky, *op. cit.*, à la p. 49, citant J. R. London, «Universities Should Prepare for Abolition of Mandatory Retirement», *University of Toronto Bulletin*, 6 juin 1983, à la p. 10:

[TRADUCTION] Historiquement, tous les progrès en matière de droits de la personne ont été combattus par les nantis, qui prédisaient inévitablement toutes sortes de conséquences néfastes et désastreuses. À mon avis, les bénéfices qu'on peut tirer de l'élimination de la discrimination fondée sur l'âge dans nos systèmes d'emploi dépassent nettement les coûts. On ne peut tolérer que des personnes soient victimes de stéréotypes. On

the costs. Stereotypical victimization cannot be tolerated. Administrative inconvenience can.

The appeal should be allowed, the decision of the Court of Appeal reversed and the judgment of the Queen's Bench reinstated, the whole with costs.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the privilege of reading the reasons of my colleagues L'Heureux-Dubé and Cory JJ. While I agree with the conclusion and for the most part with the reasons of L'Heureux-Dubé J., I prefer to state my own reasons for arriving at a conclusion that may seem at variance with that of the majority in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, of which I was a member.

In *McKinney* we decided that mandatory retirement at a specified age was not constitutionally impermissible. Parliament or a provincial legislature by appropriate legislation could prohibit or permit it. The decision could be changed from time to time. If not prohibited by human rights legislation, the issue would be decided as between employer and employee. In the case of unionized employees, the issue would be dealt with in the collective bargaining process. This result was more democratic and thus more consistent with values of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This approach accorded some deference to the legislature, which was an important premise of the decision. La Forest J. stated (at pp. 304-5):

In undertaking this task, it is important again to remember that the ramifications of mandatory retirement on the organization of the workplace and its impact on society generally are not matters capable of precise measurement, and the effect of its removal by judicial fiat is even less certain. Decisions on such matters must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society, and other components. They are decisions of a kind where those engaged in the political and legislative activities of Canadian democracy have evident advantages over

peut cependant tolérer que le système administratif éprouve une certaine gêne.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la Cour du Banc de la Reine, le tout avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et Cory. Je suis d'accord avec la conclusion et la majeure partie des motifs du juge L'Heureux-Dubé, mais je préfère exposer les motifs qui m'amènent à une conclusion qui peut sembler différente de celle de la majorité, dont je faisais partie, dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Dans l'arrêt *McKinney*, nous avons décidé que la retraite obligatoire à un âge déterminé n'est pas inacceptable du point de vue constitutionnel. Le Parlement ou une assemblée législative peut, par une loi appropriée, l'autoriser ou l'interdire. La décision peut être modifiée à l'occasion. Si les lois sur les droits de la personne ne l'interdisent pas, la question peut se régler entre l'employeur et l'employé. Si les employés sont syndiqués, la question fait partie des négociations collectives. Ce résultat est plus démocratique et, partant, plus compatible avec les valeurs reconnues dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette démarche manifeste une certaine retenue à l'égard du législateur, ce qui constitue une prémisse importante de l'arrêt. Le juge La Forest a dit (aux pp. 304 et 305):

Pour entreprendre cet examen, il est important de rappeler encore une fois que les incidences de la retraite obligatoire sur l'organisation du milieu du travail et ses répercussions sur la société en général ne sont pas des questions susceptibles d'être évaluées précisément, et l'effet de sa suppression par autorisation judiciaire est encore moins certain. Dans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments. Ce sont des décisions où ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les



members of the judicial branch, as *Irwin Toy*, [[1989] 1 S.C.R. 927], at pp. 993-94, has reminded us.

I stated in my concurring reasons (at p. 446):

The current state of affairs in the country, absent a ruling from this court that mandatory retirement is constitutionally impermissible, is the following. The federal government and several provinces have legislated against it. Others have declined to do so. These decisions have been made by means of the customary democratic process and no doubt this process will continue unless arrested by a decision of this Court. Furthermore, employers and employees through the collective bargaining process can determine for themselves whether there should be a mandatory retirement age and what it should be. They have done so in the past, and the position taken by organized labour on this issue indicates that they wish this process to continue. A ruling that mandatory retirement is constitutionally invalid would impose on the whole country a regime not forged through the democratic process but by the heavy hand of the law. Ironically, the *Charter* would be used to restrict the freedom of many in order to promote the interests of the few.

The Province of Alberta, in its *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, as amended (the "*IRPA*"), has not legislated to prohibit mandatory retirement. Rather, by virtue of s. 11.1 of the *IRPA*, it has left that decision to employers and employees provided that where mandatory retirement is resorted to, the employer must satisfy a Board of Inquiry that this discriminatory practice is reasonable and justifiable.

The first question in this appeal is the meaning to be ascribed to the phrase "reasonable and justifiable". I agree with the Board of Inquiry, the courts below and my colleagues that the jurisprudence developed with respect to s. 1 of the *Charter* is a useful guide in applying s. 11.1 of the *IRPA*. There is also substantial agreement that in determining whether the proportionality factor has been met, the Court should not defer to the decision of an employer in the same way as in the case of a governmental actor. The rationale for this approach in the latter case is that in dealing with governmental actors, it is often difficult, if not impossible, to

membres du pouvoir judiciaire, comme nous l'a rappelé l'arrêt *Irwin Toy*, [[1989] 1 R.C.S. 927], aux pp. 993 et 994.

Dans mes motifs concordants, j'ai dit (à la p. 446):

La situation qui prévaut au pays, en l'absence d'une décision de notre Cour que la retraite obligatoire est constitutionnellement inacceptable, est la suivante. Le gouvernement fédéral et plusieurs provinces ont légiféré contre celle-ci. D'autres ont refusé de le faire. Ces décisions ont été prises au moyen du processus démocratique habituel et, de toute évidence, ce processus va se poursuivre à moins qu'une décision de notre Cour n'y mette fin. Qui plus est, les employeurs et les employés peuvent, dans le cadre du processus de la négociation collective, déterminer eux-mêmes s'il y a lieu de fixer un âge de retraite obligatoire et quel devrait être cet âge. Ils l'ont fait dans le passé et la position adoptée par les syndicats à l'égard de cette question indique qu'ils veulent que ce processus se poursuive. Une décision portant que la retraite obligatoire est inconstitutionnelle imposerait à tout le pays un régime qui a été conçu non pas dans le cadre du processus démocratique mais par la puissance du droit. Ironiquement, la *Charte* serait utilisée pour limiter la liberté de bien des gens pour promouvoir les intérêts de quelques-uns.

Dans son *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, modifiée («*IRPA*»), la province d'Alberta n'a pas légiféré pour interdire la retraite obligatoire. En vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA* elle a plutôt laissé cette décision aux employeurs et employés sous réserve que, si on adopte la retraite obligatoire, l'employeur doit convaincre une commission d'enquête que cette pratique discriminatoire est raisonnable et justifiable.

La première question dans le présent pourvoi est le sens à attribuer à l'expression «raisonnable et justifiable». Comme la commission d'enquête, les cours d'instance inférieure et mes collègues, j'estime que la jurisprudence relative à l'article premier de la *Charte* constitue un guide utile dans l'application de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Je suis, pour l'essentiel, également d'accord que, pour déterminer si on a respecté le critère de proportionnalité, la cour ne devrait pas montrer, face à la décision d'un employeur, la même retenue que s'il s'agissait de la décision d'un acteur gouvernemental. La justification de cette dernière idée est que, dans le cas

prove in the ordinary way whether a particular measure will in fact achieve its objective. Accordingly, if Parliament, a legislature or other governmental body had a reasonable basis for concluding that the measure would achieve its objective, that is ordinarily a basis for concluding that there is a rational connection between the measure and the governmental objective. Accordingly, although the government could not prove that advertising toys on television had a manipulative effect on children, nor that hate propaganda actually promoted hatred against an identifiable group, nor that pornography caused harm to women, the fact that there was sufficient evidence to provide a reasonable basis for the legislature to adopt the impugned legislation in aid of its objective was sufficient to save it. See *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, and *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452.

As my colleagues point out, we cannot use this same model when applying s. 11.1 to employers. My colleague L'Heureux-Dubé J. would apply the strict version of the test in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, while my colleague Cory J. would apply a more flexible test, with the *Oakes* test serving as a guideline.

In my view, it must be stressed that the tests developed for the application of s. 1 of the *Charter* and the defence to discrimination under human rights legislation, commonly referred to as BFORQ (*bona fide* occupational requirement or qualification), are similar. While the former as expounded in *Oakes* is more elaborate, they both require that the impugned measure bear a rational relationship to a legitimate objective. In the case of an employer, the objective is usually the efficient and economical operation of the employer's business or activity. Section 11.1, therefore, is essentially a generalized BFORQ which, while worded more generally than the provision with which we dealt in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, serves

d'acteurs gouvernementaux, il est souvent difficile, voire impossible, d'établir de la façon habituelle qu'une mesure donnée atteindra effectivement son objectif. Par conséquent, si le législateur (fédéral ou provincial) ou un organisme gouvernemental avait un motif raisonnable de conclure que la mesure atteindrait son objectif, cela permet ordinairement de conclure à l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et l'objectif gouvernemental. Par conséquent, bien que le gouvernement n'ait pas pu établir que la publicité de jouets à la télévision avait un effet manipulateur sur les enfants, ni que la propagande haineuse favorisait la haine contre un groupe identifiable, ni que la pornographie causait du tort aux femmes, l'existence d'une preuve suffisante sur laquelle le législateur pouvait raisonnablement se fonder pour adopter la loi contestée dans la poursuite de son objectif permettrait de la sauvegarder. Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, et *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

Comme le signalent mes collègues, ce même modèle ne saurait servir pour appliquer l'art. 11.1 aux employeurs. Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé utiliserait la version stricte du critère établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, tandis que mon collègue le juge Cory aurait recours à un critère plus souple, celui de l'arrêt *Oakes* servant de ligne directrice.

À mon avis, il faut souligner que le critère mis au point pour l'application de l'article premier de la *Charte* et celui qui a trait au moyen de défense opposable à une accusation de discrimination portée en vertu d'une loi sur les droits de la personne, communément appelé EPN (exigence professionnelle normale), sont similaires. Bien que le premier, énoncé dans l'arrêt *Oakes*, soit plus complexe, tous les deux exigent que la mesure contestée ait un lien rationnel avec un objectif légitime. Dans le cas d'un employeur, l'objectif est ordinairement le fonctionnement efficace et économique de son entreprise ou affaire. L'article 11.1 est donc essentiellement une EPN plus large qui, bien que formulée en termes plus généraux que la disposition examinée dans notre arrêt *Commission*

the same purpose. Accordingly, while it is appropriate to apply the jurisprudence developed under s. 1 as a guideline, when that guideline is wanting we should interpret s. 11.1 by reference to the jurisprudence relating to the BFORQ. In this regard I therefore see no reason to depart from the test which was enunciated by McIntyre J. in *Etobicoke* and adopted by Beetz J. in *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279. In the latter case, Beetz J. stated, at p. 311:

The respondent must also demonstrate that the aptitude or qualification is related in an objective sense to the performance of the employment concerned. McIntyre J. suggested in *Etobicoke* that the purpose of the objective test is to determine whether the employment requirement is "reasonably necessary" to assure the performance of the job.

What is reasonably necessary is a question of fact to be determined by a Board of Inquiry subject to appeal proceedings as authorized by the human rights code. All the circumstances must be taken into account. I would include any agreement or collective agreement between the employer and employees. This is a factor, but I agree with L'Heureux-Dubé J. that in this case, for the reasons that she gives, it has little or no weight.

I would allow the appeal because the Board of Inquiry found on the evidence that the connection between the respondent university's objective and its mandatory retirement policy was weak. Moreover, the Board found that there were other more reasonable means for the respondent university to achieve its objectives. No valid reason for disturbing these findings has been made out. My colleague Cory J. correctly points out that by virtue of s. 33(2) of the *IRPA*, an appellate court is empowered to substitute its opinion for that of the Board of Inquiry. That does not, however, justify a conclusion that no attention need be paid to findings of fact by the Board. As the trier of fact, the Board of Inquiry is entitled to the benefit of the principle that its findings should not be set aside unless they

*ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, sert la même fin. Par conséquent, bien qu'il convienne d'appliquer comme ligne directrice la jurisprudence établie relativement à l'article premier, lorsque cette ligne directrice est insuffisante, nous devrions interpréter l'art. 11.1 en fonction de la jurisprudence relative à l'EPN. À cet égard, je ne vois donc aucune raison de m'écarter du critère qu'a énoncé le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke* et qu'a adopté le juge Beetz dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279. Dans ce dernier arrêt, le juge Beetz a dit à la p. 311:

L'intimée doit prouver en outre que l'aptitude ou la qualité se rapporte objectivement à l'exercice de l'emploi en question. Le juge McIntyre laisse entendre dans l'arrêt *Etobicoke* que le critère objectif sert à déterminer si l'exigence en matière d'emploi est «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution du travail.

Ce qui est raisonnablement nécessaire est une question de fait que doit trancher une commission d'enquête sous réserve des procédures d'appel autorisées par le code des droits de la personne. Il faut tenir compte de toutes les circonstances. J'inclurais toute entente ou toute convention collective intervenue entre l'employeur et les employés. C'est un facteur, mais je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que, pour les raisons qu'elle donne, il a peu ou pas de valeur en l'espèce.

J'accueillerais le pourvoi parce que la commission d'enquête a conclu, suivant la preuve, que le lien entre l'objectif de l'Université intimée et sa politique de retraite obligatoire est faible. En outre, la commission a conclu qu'il existe d'autres moyens plus raisonnables qui permettraient à l'Université intimée d'atteindre ses objectifs. On n'a présenté aucune raison valable de modifier ces conclusions. Mon collègue le juge Cory signale avec raison que le par. 33(2) de l'*IRPA* donne à une cour d'appel le pouvoir de substituer son opinion à celle de la commission d'enquête. Cela ne justifie cependant pas la conclusion qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte des conclusions de fait de la commission. En tant que juge des faits, la commission d'enquête a le droit de bénéficier du principe

were induced by an error of law or for some other valid reason are shown to be clearly wrong. The assessment of the facts by the trier of fact should not be disturbed by an appellate court in the absence of a palpable and overriding error. See *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, and *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351. This principle applies to all triers of fact whether or not they are accorded any special curial deference. There is a natural temptation in this case to apply the findings made by the majority in *McKinney* to the facts of this case. This is essentially what occurred in the Court of Appeal. This is not what was intended by *McKinney*. As I stated above, *McKinney* left a legislature free to decide on mandatory retirement or to delegate that decision to employers and employees. The legislature of Alberta has done that. It provides for a hearing before a Board of Inquiry. A hearing has been held in this matter. To reverse that decision because it fails to conform to *McKinney* would make a sham out of the hearing process and negate a basic premise on the basis of which *McKinney* was decided by this Court.

I would dispose of this appeal as proposed by L'Heureux-Dubé J.

*Appeal dismissed without costs, L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Chivers, Greckol & Kanee, Edmonton.*

*Solicitors for the respondents the Governors of the University of Alberta: Field & Field Perraton Masuch, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent the Alberta Human Rights Commission: The Alberta Human Rights Commission, Edmonton.*

que ses conclusions ne devraient pas être écartées à moins qu'elles ne soient le résultat d'une erreur de droit ou que, pour quelque autre raison valable, elles ne paraissent clairement erronées. Une cour d'appel ne devrait pas modifier l'appréciation des faits du juge des faits s'il n'y a pas eu d'erreur manifesté et dominante. Voir les arrêts *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, et *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351. Ce principe s'applique à tous les juges des faits, peu importe qu'ils bénéficient ou non d'une retenue judiciaire particulière. Nous sommes tout naturellement tentés d'appliquer aux faits de la présente espèce les conclusions que notre Cour à la majorité a tirées dans l'arrêt *McKinney*. C'est essentiellement ce qu'a fait la Cour d'appel. Ce n'est pas ce qu'a voulu l'arrêt *McKinney*. Comme je l'ai dit précédemment, cet arrêt a laissé le législateur libre de prendre une décision quant à la retraite obligatoire ou de confier cette décision aux employeurs et employés. C'est ce qu'a fait le législateur albertain en prévoyant une audience devant une commission d'enquête. Il y a eu audience en l'espèce. Infirmier cette décision parce qu'elle ne se conforme pas à l'arrêt *McKinney* ferait de l'audience un trompe-l'œil et nierait une prémisse fondamentale sur laquelle notre Cour a fondé l'arrêt *McKinney*.

Je suis d'avis de trancher ce pourvoi de la façon que propose le juge L'Heureux-Dubé.

*Pourvoi rejeté sans dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Chivers, Greckol & Kanee, Edmonton.*

*Procureurs des intimés les gouverneurs de l'Université de l'Alberta: Field & Field Perraton Masuch, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée l'Alberta Human Rights Commission: L'Alberta Human Rights Commission, Edmonton.*

# INDEX

## AGENCY

Obligations of principal — Remuneration of agent — Vendors of taxable supplies appointed agents of Crown in right of Canada under GST Act for purposes of collecting and remitting GST — Whether vendors entitled to recover expenses incurred in collection and remittance of GST — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 122, 123, 221, 240, 346.

REFERENCE RE GOODS AND SERVICES TAX, 445.

---

## APPEAL

1. Reference — Abstract question — Whether Court should decline to answer question.

REFERENCE RE GOODS AND SERVICES TAX, 445.

2. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Arguments on appeal — Respondent seeking variation of Court of Appeal's reasons on mens rea issue — No leave to appeal sought on this issue — Issue arising from respondent's notice of intention — Whether mens rea issue properly before Court — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29(1), (2).

R. V. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL SOCIETY, 606.

3. Role of court of appeal — Appellate court should not interfere with trial judge's findings of fact in absence of palpable and overriding error.

PAX MANAGEMENT LTD. V. CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE, 998.

---

## BANKS AND BANKING OPERATIONS

Loans — Interest — Security agreements — Interest received by liquidator on loans after liquidation falling within scope of security granted under agreements — Appeal dismissed.

CANADA DEPOSIT INSURANCE CORP. V. CANADIAN COMMERCIAL BANK, 3.

## CIVIL PROCEDURE

1. Vacating of sheriff's sale — Requirements — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 698, 699, 700.

GARCIA TRANSPORT LTÉE V. ROYAL TRUST CO., 499.

2. Contempt of court — Non-compliance with injunction — Compellability — Whether person cited for contempt can be compelled to testify — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 49 to 54, 295, 302, 309, 761 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 33.1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(c).

VIDÉOTRON LTÉE V. INDUSTRIES MICROLEC PRODUITS ÉLECTRONIQUES INC., 1065.

---

## CIVIL RESPONSIBILITY

Delictual liability — Contract of enterprise — Obligation to inform — Delictual action by subcontractor against owner — Action based on owner's breach of obligation to inform contractor — Judgment allowing action at trial reversed by Court of Appeal — Court of Appeal disturbing trial judge's findings and conclusions of fact — Whether Court of Appeal's intervention justified — Role of appellate court reviewing trial judge's assessment of the evidence — Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

BANK OF MONTREAL V. BAIL LTÉE, 554.

---

## CIVIL RIGHTS

1. Prohibited testimony — Contempt of court — Non-compliance with injunction — Compellability — Whether person cited for contempt can be compelled to testify — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 33.1 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 295, 302, 309.

VIDÉOTRON LTÉE V. INDUSTRIES MICROLEC PRODUITS ÉLECTRONIQUES INC., 1065.

2. Equality rights — Mandatory retirement — Provincial legislation prohibiting discrimination on basis of age — Employer may show that alleged contravention "reasonable and justifiable in the circumstances" — Whether university's policy of mandatory

**CIVIL RIGHTS—Concluded**

retirement at age 65 justified — Whether criteria for limiting Charter rights under s. 1 apply — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, ss. 7, 11.1.

DICKASON V. UNIVERSITY OF ALBERTA, 1103.

**COMBINES**

1. Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Mens rea — Whether Crown must prove that accused intended to restrict competition unduly — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. V. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL SOCIETY, 606.

2. Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Determination of "undueness" — Distinction between questions of fact and questions of law — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c).

R. V. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL SOCIETY, 606.

**CONSTITUTIONAL LAW**

1. Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus — Accused convicted of living on avails of prostitution — Whether evidential burden placed on an accused by s. 195(2) of Criminal Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(j), (2).

R. V. DOWNEY, 10.

2. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Young offenders — Societal interest in prompt proceedings against young offenders merely one of factors to be balanced — Time required for application for transfer to adult court part of inherent time requirements under Young Offenders Act — Transfer application must be made within reasonable time — Delay in this case not unreasonable.

R. V. D. (S.), 161.

3. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay in this case not unreasonable.

R. V. MURDOCK, 164.

4. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Young offenders — Societal interest in proceeding expeditiously

**CONSTITUTIONAL LAW—Continued**

with charges under Young Offenders Act — Delay in this case not unreasonable.

R. V. J. (M.A.), 166.

5. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay in this case not unreasonable.

R. V. BENNETT, 168.

6. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Accused acting as financial planners selling housing units to their clients — Commissions paid to accused by promoters of projects for sale of units — Statement made by one of the accused to plain-clothes RCMP officer investigating general partner involved in projects — Accused later charged with receiving secret commissions — Whether statement should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. V. ARNOLD, 208.

7. Distribution of legislative powers — Taxation — Goods and Services Tax — Whether GST Act ultra vires Parliament in whole or in part — Whether suppliers under GST Act entitled to recover expenses incurred in collection and remittance of GST from consolidated revenue fund — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 92(13), 103 — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX.

REFERENCE RE GOODS AND SERVICES TAX, 445.

8. Intergovernmental immunity from taxation — Appropriation of provincial funds — Provinces obliged under GST Act to collect and remit GST on taxable supplies when they act as suppliers — Whether obligation to collect and remit GST amounts to taxation of provinces' property or appropriation of provincial funds for federal purposes — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 125, 126 — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX.

REFERENCE RE GOODS AND SERVICES TAX, 445.

9. Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Whether word "unduly" in s. 32(1)(c) of Combines Investigation Act so vague as to infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c), (1.1).

R. V. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL SOCIETY, 606.

10. Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Whether mens rea required by s. 32(1)(c) of Combines Investigation Act inconsistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c).

R. V. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL SOCIETY, 606.

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

11. Charter of Rights — Equality rights — Remedies — Underinclusive benefit — Natural parents not given same benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act, 1971 — Whether or not s. 52(1) of Constitution Act, 1982 required court to declare offending section of no force or effect — Whether or not s. 24 of Charter enabled court to order natural parents entitled to same benefits as adoptive parents — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 24(1) — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 32.

SCHACHTER V. CANADA, 679.

12. Charter of Rights — Enforcement — Appropriate remedy — Underinclusive benefit — Natural parents not given same benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act, 1971 — Whether or not s. 52(1) of Constitution Act, 1982 required court to declare offending section of no force or effect — Whether or not s. 24 of Charter enabled court to order natural parents entitled to same benefits as adoptive parents.

SCHACHTER V. CANADA, 679.

13. Charter of Rights — Freedom of expression — Spreading false news — Criminal Code prohibiting wilful publication of false statement or news that person knows is false and that is likely to cause injury or mischief to a public interest (s. 181) — Whether s. 181 of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 181 justifiable under s. 1 of Charter — Vagueness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 181.

R. V. ZUNDEL, 731.

14. Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Unlawfully causing bodily harm — Bystander injured by piece of broken glass from bottle allegedly thrown by accused involved in a fight — Whether mental element of s. 269 of Criminal Code infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 269.

R. V. DESOUSA, 944.

15. Charter of Rights — Compellability — Contempt of court — Non-compliance with injunction — Whether person cited for contempt can be compelled to testify — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(c) — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 295, 302, 309.

VIDÉOTRON LTÉE V. INDUSTRIES MICROLEC PRODUITS ÉLECTRONIQUES INC., 1065.

**CONTEMPT**

Competition Tribunal — Jurisdiction — Contempt ex facie curiae — Whether Competition Tribunal has jurisdiction over civil

**CONTEMPT—Concluded**

contempt for breaches of its orders under Part VIII of Competition Act — Meaning of "any matters related thereto" — Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 8.

CHRYSLER CANADA LTD. V. CANADA (COMPETITION TRIBUNAL), 394.

**CONTRACTS**

1. Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether breach of contract.

NORBERG V. WYNRIB, 226.

2. Contract of enterprise — Obligation to inform — Main elements of obligation — Factors having a bearing on substance of obligation in contracts of enterprise for large projects.

BANK OF MONTREAL V. BAIL LTÉE, 554.

**COURTS**

Appellate review — Findings of fact — Curial deference — Whether appellate court should disturb findings of fact made by board of inquiry and Court of Queen's Bench.

DICKASON V. UNIVERSITY OF ALBERTA, 1103.

**CRIMINAL LAW**

1. Prostitution — Living on avails of prostitution — Escort agency — Presumption of innocence — Accused convicted of living on avails of prostitution — Whether evidential burden placed on an accused by s. 195(2) of Criminal Code violates his right to be presumed innocent under s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(j), (2).

R. V. DOWNEY, 10.

2. Powers of court of appeal — Accused convicted of sexual offences on basis of children's testimony — Court of Appeal overturning convictions — Whether Court of Appeal exceeded proper limits of appellate review — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. V. W. (R.), 122.

**CRIMINAL LAW—Continued**

3. Evidence — Children — Accused convicted of sexual offences on basis of children's testimony — Proper approach to evidence of young children — Whether Court of Appeal erred in overturning convictions.

R. v. W. (R.), 122.

4. Secret commissions — Elements of offence — Accused acting as financial investment advisor selling housing units to his clients — Commissions paid to accused by development company for sale of units not disclosed to clients — Whether accused guilty of corruptly accepting a reward or benefit under s. 426(1)(a) of Criminal Code — Whether Crown required to prove existence of corrupt bargain between giver and taker — Meaning of word "corruptly" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426(1)(a).

R. v. KELLY, 170.

5. Secret commissions — Elements of offence — Accused acting as financial planners selling housing units to their clients — Commissions paid to accused by promoters of projects for sale of units — Whether accused guilty of corruptly accepting a benefit under s. 426(1)(a) of Criminal Code — Whether accused made timely and adequate disclosure to their principals — Whether Crown required to prove existence of corrupt bargain between giver and taker — Meaning of word "corruptly" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426(1)(a).

R. v. ARNOLD, 208.

6. Fraud — Charge to jury — Allegation of misrepresentation of value of strip bonds offered to bank as security — Vital issue as to whom bank relied on when it made the loans adequately dealt with.

R. v. GUTHRIE, 222.

7. Motor vehicles — Breathalyzer demand for sample of breath or blood — Time limit — Whether demand must be made within two hours of offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(3).

R. v. DERUELLE, 663.

8. Spreading false news — Freedom of expression — Criminal Code prohibiting wilful publication of false statement or news that person knows is false and that is likely to cause injury or mischief to a public interest (s. 181) — Whether s. 181 of Code infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 181 upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 181.

R. v. ZUNDEL, 731.

9. Procedure — Indictment — Preliminary inquiry — Accused charged with offence which did not exist at relevant time and

**CRIMINAL LAW—Concluded**

committed for trial following preliminary inquiry — Error detected at beginning of trial and new indictment presented — Whether Crown could only proceed by means of direct indictment requiring Attorney General's consent — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 577.

R. v. BARBEAU, 845.

10. Jury — Deliberations — Jury deadlocked — Exhortation to reach verdict — Whether trial judge should give his opinion on matters of fact while exhorting deadlocked jury to reach a verdict — Whether jury prejudicially influenced by trial judge's opinion on strength of Crown's case.

R. v. SIMS, 858.

11. Defences — Automatism (sleepwalking) — Respondent killing and injuring while asleep — Whether sleepwalking should be classified as non-insane automatism resulting in an acquittal or as a "disease of the mind" (insane automatism) giving rise to the special verdict of not guilty by reason of insanity.

R. v. PARKS, 871.

12. Evidence — Hearsay — Admissibility — Deceased telephoning her mother on night she was murdered — Whether statements made by deceased admissible as exception to hearsay rule — Whether conviction should be upheld — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. SMITH, 915.

13. Assault — Unlawfully causing bodily harm — Mens rea — Bystander injured by piece of broken glass from bottle allegedly thrown by accused involved in a fight — Whether mental element of s. 269 of Criminal Code infringes ss. 7 and 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 269.

R. v. DESOUSA, 944.

14. Procedure — Pre-trial motion brought by accused contesting constitutionality of provision under which he was charged — Trial judge granting motion before hearing evidence — Whether trial judge followed appropriate procedure.

R. v. DESOUSA, 944.

15. Young offenders — Definition of "young person" — Accused alleged to have committed offence while under age of 18 — Accused making inculpatory statement when over 18 — Whether provision governing admissibility of statements made by young persons to persons in authority applies — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 2(1), 56(2).

R. v. Z. (D.A.), 1025.



**DAMAGES**

1. Additional indemnity — No valid reason for refusing indemnity — Indemnity awarded — Civil Code of Lower Canada, art. 1056c.

BANK OF MONTREAL V. BAIL LTÉE, 554.

2. Quantum — Sum of \$2,000,000 awarded by trial judge as compensation for subcontractor's financial difficulties — Amount deducted owing to lack of evidence to justify it.

BANK OF MONTREAL V. BAIL LTÉE, 554.

**GUARANTEE**

Discharge of surety — Creditor deceitful in obtaining guarantors' consent to appointment of receiver — Whether guarantors entitled to be discharged in absence of any prejudice to their interests.

PAX MANAGEMENT LTD. V. CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE, 998.

**HUMAN RIGHTS**

1. Discrimination on basis of sex, age and marital status — Insurance — Young unmarried male drivers charged higher car insurance premiums than similarly situated females or married males — Insurance industry exempted from Act if grounds reasonable and bona fide — Whether or not reasonable and bona fide grounds — Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, ss. 1, 3, 8, 21, 24(1)(b), 46(3).

ZURICH INSURANCE CO. V. ONTARIO (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 321.

2. Adverse effect discrimination — Bona fide occupational requirement — Worker refusing to work shift for religious reasons — Employer's attempts to accommodate worker opposed by union — Worker dismissed when accommodation not found — Whether complainant's union under a duty to effect a reasonable accommodation — Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, ss. 8(1)(a), (b), (4), 9(a), (b), (c).

CENTRAL OKANAGAN SCHOOL DISTRICT NO. 23 V. RENAUD, 970.

**INTERNATIONAL LAW**

Sovereign immunity — Canadian support staff at U.S. base in Canada seeking certification — U.S. claiming sovereign immunity

**INTERNATIONAL LAW—Concluded**

— Whether activity commercial or sovereign — State Immunity Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 95, ss. 3(1), (2), 4(1), (2)(a), 5.

RE CANADA LABOUR CODE, 50.

**JUDGMENT**

Interest — Judgment not addressing issue of interest on award of aggravated damages for sexual assaults — Re-hearing as to interest.

NORBERG V. WYNRIB, 318.

**JUDGMENTS AND ORDERS**

Res judicata — Preliminary exception — Motion to dismiss — Superior Court granting creditor's preliminary motion in part and striking conclusions in debtor's action relating to vacating of sheriff's sale — No appeal from judgment within prescribed time — Whether judgment constitutes res judicata — Civil Code of Lower Canada, art. 1241.

GARCIA TRANSPORT LTÉE V. ROYAL TRUST CO., 499.

**LABOUR RELATIONS**

1. Arbitration — Notice — Failure to give notice of arbitration to two unions which might be significantly affected by award constituted denial of natural justice — Quashing of award upheld.

CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES V. CANADIAN BROADCASTING CORP., 7.

2. Canadian support staff at U.S. base in Canada seeking certification — U.S. claiming sovereign immunity — Whether activity commercial or sovereign.

RE CANADA LABOUR CODE, 50.

**LIMITATION OF ACTIONS**

Real property — Title — Adverse possession — Landlord and tenant.

BOVEY V. GANANOQUE (TOWN), 5.

## MATRIMONIAL LAW

Maintenance — Application to vary — Change of economic circumstances on part of contributing spouse — Pension income sole source of income on forced early retirement — Maintenance to be derived from pension income — Pension contributions divided on divorce — Whether or not “double dipping” — Whether or not maintenance properly reduced in light of changed economic circumstances — Divorce Act, 1985, S.C. 1986, c. 4, s. 17.

STRANG V. STRANG, 112.

---

## OBLIGATIONS

1. Extinction of obligations — Discharge of certain debtors — Public order — Waiver — Debtor waiving rights conferred by arts. 1202a et seq. C.C.L.C. before sheriff's sale took place — Whether arts. 1202a et seq. C.C.L.C. public order legislation — If so, whether debtor's waiver valid — Civil Code of Lower Canada, arts. 1202a to 12021.

GARCIA TRANSPORT LTÉE V. ROYAL TRUST CO., 499.

2. Extinction of obligations — Discharge of certain debtors — Requirements — Articles 1202a et seq. C.C.L.C. — Debtor's hypothecated lots adjudged to creditor in two separate sheriff's sales — Three-month period between sales — First sale sufficient to satisfy debtor's debt to creditor — Debtor's motion to be discharged made after second sale took place — Whether debtor entitled to be discharged after first sheriff's sale — Whether second sheriff's sale can be vacated — Civil Code of Lower Canada, arts. 1202a to 12021.

GARCIA TRANSPORT LTÉE V. ROYAL TRUST CO., 499.

---

## PHYSICIANS AND SURGEONS

Medical records — Patient's right of access — Patient requesting copies of her complete medical records — Patient's physician delivering copies of her notes but refusing to produce copies of reports and records received from other physicians — No legislation in province regulating patient's access to information contained in medical records — Whether patient entitled to inspect and obtain copies of her medical records upon request.

MCINERNEY V. MACDONALD, 138.

---

## PRACTICE

1. Intervention — Applicant raising new argument based on Charter in Supreme Court of Canada — Applicant bringing new

## PRACTICE—Concluded

perspective to appeal — Charter issue to be decided on the appeal and not on the application to intervene — Application allowed.

NORBERG V. WYNRIB, 224.

2. Interveners — New issues — Reference — New issues raised by intervener falling outside scope of reference — Whether Court should consider intervener's arguments.

REFERENCE RE GOODS AND SERVICES TAX, 445.

---

## PRESCRIPTION

Impossibility of action — Time at which prescription starts to run — Owner's breach of obligation to inform contractor — Delictual action by subcontractor against owner — Time at which prescription starts to run pushed back to moment when subcontractor discovered facts giving rise to its right — Civil Code of Lower Canada, art. 2232.

BANK OF MONTREAL V. BAIL LTÉE, 554.

---

## TORTS

Battery — Defences — Consent — Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether patient's consent a defence to battery — Whether action barred by reason of illegality or immorality — Determination of damages.

NORBERG V. WYNRIB, 226.

---

## TRUSTS

Fiduciary duty — Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether fiduciary relationship — If so, whether breach of relationship.

NORBERG V. WYNRIB, 226.

# INDEX

## APPEL

1. Renvoi — Question abstraite — La Cour doit-elle refuser de répondre à la question?

RENVOI RELATIF À LA TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES, 445.

2. Cour suprême du Canada — Compétence — Arguments présentés en appel — Intimée demandant une modification des motifs de la Cour d'appel sur la question de la mens rea — Aucune demande d'autorisation de pourvoi sur cette question — Question provenant de l'avis d'intention de l'intimée — La Cour est-elle saisie à bon droit de la question de la mens rea? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, Règle 29(1), (2).

R. C. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL SOCIETY, 606.

3. Rôle d'une cour d'appel — Une cour d'appel ne devrait pas modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.

PAX MANAGEMENT LTD. C. BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE, 998.

## BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES

Prêts — Intérêts — Contrats de sûreté — Intérêts sur prêts reçus par le liquidateur après la liquidation visés par la sûreté consentie en vertu des contrats — Pourvoi rejeté.

SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-DÉPÔTS DU CANADA C. CANADIAN COMMERCIAL BANK, 72.

## CAUTIONNEMENT

Libération de la caution — Conduite trompeuse du créancier dans l'obtention du consentement des cautions à la nomination d'un séquestre — Les cautions ont-elles le droit d'être libérées en l'absence de tout préjudice causé à leurs intérêts?

PAX MANAGEMENT LTD. C. BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE, 998.

## COALITIONS

1. Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Mens rea — Le ministère public doit-il prouver que l'accusé a eu l'intention de diminuer indûment la concurrence? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL SOCIETY, 606.

2. Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Détermination du caractère «indu» — Distinction entre questions de fait et questions de droit — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c).

R. C. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL SOCIETY, 606.

## CONTRATS

1. Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Y a-t-il eu inexécution de contrat?

NORBERG C. WYNRIB, 226.

2. Contrat d'entreprise — Obligation de renseignement — Éléments principaux de l'obligation — Facteurs pouvant influencer la teneur de l'obligation dans les contrats d'entreprise pour de grands chantiers.

BANQUE DE MONTRÉAL C. BAIL LTÉE, 554.

## DOMMAGES-INTÉRÊTS

1. Indemnité additionnelle — Aucun motif valable de refuser l'indemnité — Indemnité accordée — Code civil du Bas-Canada, art. 1056c.

BANQUE DE MONTRÉAL C. BAIL LTÉE, 554.

2. Quantum — Somme de 2 000 000 \$ accordée par le juge de première instance pour compenser les déboires financiers d'un

**DOMMAGES-INTÉRÊTS—Fin**

sous-traitant — Montant retranché puisqu'aucune preuve ne justifie ce montant.

BANQUE DE MONTRÉAL C. BAIL LTÉE, 554.

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

1. Charte des droits — Présomption d'innocence — Inversion de la charge de la preuve — Accusé déclaré coupable de vivre des produits de la prostitution — La charge de présentation incombant à l'accusé en vertu de l'art. 195(2) du Code criminel porte-t-elle atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 195(1j), (2).

R. C. DOWNEY, 10.

2. Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Jeunes contrevenants — L'intérêt qu'a la société à ce que les procédures contre des jeunes contrevenants se déroulent promptement n'est qu'un des facteurs qu'il faut soupeser — Le délai nécessaire à une demande de renvoi à un tribunal pour adultes fait partie des délais inhérents à des poursuites fondées sur la Loi sur les jeunes contrevenants — La demande de renvoi doit être faite dans un délai raisonnable — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.

R. C. D. (S.), 161.

3. Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.

R. C. MURDOCK, 164.

4. Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Jeunes contrevenants — Intérêt de la société à ce que les accusations portées en vertu de la Loi sur les jeunes contrevenants soient instruites promptement — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.

R. C. J. (M.A.), 166.

5. Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.

R. C. BENNETT, 168.

6. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Vente par les accusés agissant à titre de planificateurs financiers d'unités d'habitation à leurs clients — Commissions versées aux accusés par les promoteurs des projets relativement à la vente des unités — Déclaration faite par l'un des accusés à un agent en civil de la GRC qui enquêtait sur le commandité intéressé dans les projets —

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

Accusés inculpés par la suite d'avoir reçu des commissions secrètes — La déclaration devrait-elle être exclue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. ARNOLD, 208.

7. Partage des pouvoirs — Taxation — Taxe sur les produits et services — La Loi sur la TPS est-elle ultra vires du Parlement intégralement ou en partie? — Les fournisseurs aux termes de la Loi sur la TPS sont-ils autorisés à recouvrer sur le Trésor les dépenses engagées pour percevoir et remettre la TPS? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 92(13), 103 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, partie IX.

RENOI RELATIF À LA TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES, 445.

8. Immunité intergouvernementale à l'égard de la taxation — Affectation des fonds des provinces — La Loi sur la TPS oblige les provinces à percevoir et à remettre la TPS sur les fournitures taxables lorsqu'elles agissent à titre de fournisseurs — L'obligation de percevoir et de remettre la TPS équivaut-elle à une taxation des biens de la province ou à une affectation des fonds des provinces à des fins fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 125, 126 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, partie IX.

RENOI RELATIF À LA TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES, 445.

9. Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Le mot «indûment» à l'art. 32(1)c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est-il imprécis au point de porter atteinte aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c), (1.1).

R. C. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL SOCIETY, 606.

10. Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — La mens rea exigée par l'art. 32(1)c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c).

R. C. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL SOCIETY, 606.

11. Charte des droits — Droits à l'égalité — Réparations — Prestations limitatives — Parents naturels ne bénéficiant pas des mêmes prestations que les parents adoptifs en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — L'article 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 exige-t-il que le tribunal déclare inopérant l'article incompatible? — L'article 24 de la Charte donne-t-il au tribunal le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations que les parents adoptifs? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Charte canadienne des droits et

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

libertés, art. 1, 7, 15(1), 24(1) — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 32.

SCHACHTER C. CANADA, 679.

12. Charte des droits — Exécution — Réparation appropriée — Prestations limitatives — Parents naturels ne bénéficiant pas des mêmes prestations que les parents adoptifs en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — L'article 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 exige-t-il que le tribunal déclare inopérant l'article incompatible? — L'article 24 de la Charte donne-t-il au tribunal le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations que les parents adoptifs?

SCHACHTER C. CANADA, 679.

13. Charte des droits — Liberté d'expression — Publication de fausses nouvelles — Le Code criminel interdit la publication volontaire de fausses déclarations ou nouvelles que l'auteur sait fausses et qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public (art. 181) — L'article 181 du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'art. 181 peut-il être justifié en vertu de l'article premier de la Charte? — Imprécision — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 181.

R. C. ZUNDEL, 731.

14. Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Infliction illégale de lésions corporelles — Tiers blessé par un morceau de verre d'une bouteille qui aurait été lancée par l'accusé au cours d'une bagarre — L'élément moral requis à l'art. 269 du Code criminel porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 269.

R. C. DESOUSA, 944.

15. Charte des droits — Contraignabilité — Outrage au tribunal — Non-respect d'une injonction — La personne citée pour outrage est-elle contraignable à témoigner? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c) — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 295, 302, 309.

VIDÉOTRON LTÉE C. INDUSTRIES MICROLEC PRODUITS ÉLECTRONIQUES INC., 1065.

**DROIT CRIMINEL**

1. Prostitution — Vivre des produits de la prostitution — Agence d'hôtesses — Présomption d'innocence — Accusé déclaré coupable de vivre des produits de la prostitution — La charge de présentation incombant à l'accusé en vertu de l'art. 195(2) du Code criminel viole-t-elle son droit d'être présumé innocent garanti par

**DROIT CRIMINEL—Suite**

l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 195(1j), (2).

R. C. DOWNEY, 10.

2. Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel sur la foi de témoignages d'enfants — La Cour d'appel a écarté les déclarations de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle excédé les limites d'une révision en appel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(i).

R. C. W. (R.), 122.

3. Preuve — Enfants — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel sur la foi de témoignages d'enfants — Position à adopter quant au témoignage de jeunes enfants — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant les déclarations de culpabilité?

R. C. W. (R.), 122.

4. Commissions secrètes — Éléments de l'infraction — Vente par l'accusé agissant à titre de conseiller en placements d'unités d'habitation à ses clients — Non-divulgaration aux clients des commissions versées à l'accusé par la société immobilière relativement à la vente des unités — L'accusé est-il coupable, en vertu de l'art. 426(1a) du Code criminel, d'avoir, par corruption, accepté une récompense ou un bénéfice? — Le ministère public est-il tenu de prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant? — Signification de l'expression «par corruption» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1a).

R. C. KELLY, 170.

5. Commissions secrètes — Éléments de l'infraction — Vente par les accusés agissant à titre de planificateurs financiers d'unités d'habitation à leurs clients — Commissions versées aux accusés par les promoteurs des projets relativement à la vente des unités — Les accusés sont-ils coupables, en vertu de l'art. 426(1a) du Code criminel, d'avoir, par corruption, accepté un bénéfice? — Les accusés ont-ils fait une divulgation appropriée et en temps opportun à leurs commettants? — Le ministère public est-il tenu de prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant? — Signification de l'expression «par corruption» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1a).

R. C. ARNOLD, 208.

6. Fraude — Exposé au jury — Allégation de fausse déclaration quant à la valeur d'obligations résiduelles données en garantie à une banque — A-t-on répondu adéquatement à la question fondamentale de savoir à qui la banque s'est fiée lorsqu'elle a consenti les prêts?

R. C. GUTHRIE, 222.

7. Véhicules à moteur — Ordre de fournir un échantillon d'haleine ou de sang — Délai — L'ordre doit-il être donné dans

**DROIT CRIMINEL—Suite**

les deux heures de la perpétration de l'infraction? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(3).

R. C. DERUELLE, 663.

8. Publication de fausses nouvelles — Liberté d'expression — Le Code criminel interdit la publication volontaire de fausses déclarations ou nouvelles que l'auteur sait fausses et qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public (art. 181) — L'article 181 du Code viole-t-il la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite que l'art. 181 impose à l'art. 2b) peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 181.

R. C. ZUNDEL, 731.

9. Procédure — Acte d'accusation — Enquête préliminaire — Accusé inculpé d'une infraction qui n'existait pas au moment visé et renvoyé à son procès après l'enquête préliminaire — Découverte de l'erreur au début du procès et présentation d'un nouvel acte d'accusation — Le ministère public ne pouvait-il recourir qu'à un acte d'accusation direct nécessitant le consentement du procureur général? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 577.

R. C. BARBEAU, 845.

10. Jury — Délibérations — Jury dans l'impasse — Exhortation à rendre un verdict — Le juge du procès devrait-il faire part de son opinion sur des questions de fait lorsqu'il exhorte un jury dans l'impasse à rendre un verdict? — Le jury a-t-il été influencé d'une manière préjudiciable par l'opinion du juge du procès sur la force de la preuve du ministère public?

R. C. SIMS, 858.

11. Défenses — Automatisme (sommambulisme) — L'intimé a tué et blessé pendant qu'il était endormi — Le somnambulisme devrait-il être considéré comme un automatisme sans aliénation mentale, entraînant un acquittement ou comme une «maladie mentale» (automatisme avec aliénation mentale) donnant lieu au verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale?

R. C. PARKS, 871.

12. Preuve — Oui-dire — Admissibilité — Appels téléphoniques de la victime à sa mère la nuit de son assassinat — Les déclarations de la victime sont-elles admissibles à titre d'exception à la règle du oui-dire? — Y a-t-il lieu de confirmer la déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1b)(iii).

R. C. SMITH, 915.

13. Voies de fait — Infliction illégale de lésions corporelles — Mens rea — Tiers blessé par un morceau de verre d'une bouteille qui aurait été lancée par l'accusé au cours d'une bagarre — L'élément moral requis à l'art. 269 du Code criminel porte-t-il

**DROIT CRIMINEL—Fin**

atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 269.

R. C. DESOUSA, 944.

14. Procédure — Requête préliminaire présentée par l'accusé pour contester la constitutionnalité de la disposition en vertu de laquelle il a été inculpé — Requête accordée par le juge du procès avant d'entendre la preuve — Le juge du procès a-t-il suivi la procédure appropriée?

R. C. DESOUSA, 944.

15. Jeunes contrevenants — Définition de «adolescent» — Infraction alléguée commise quand l'accusé avait moins de 18 ans — Accusé ayant fait une déclaration incriminante après avoir eu ses 18 ans — La disposition concernant l'admissibilité de déclarations faites par des adolescents à des personnes en autorité s'applique-t-elle? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 2(1), 56(2).

R. C. Z. (D.A.), 1025.

**DROITS DE LA PERSONNE**

1. Discrimination fondée sur le sexe, l'âge et l'état matrimonial — Assurance — Jeunes conducteurs célibataires tenus de payer des primes d'assurance-automobile plus élevées que les hommes mariés ou les femmes dans une situation analogue — Industrie de l'assurance exemptée de l'application de la Loi pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi — Les motifs sont-ils justifiés de façon raisonnable et de bonne foi? — Code des droits de la personne (1981), L.O. 1981, ch. 53, art. 1, 3, 8, 21, 24(1b), 46(3).

ZURICH INSURANCE CO. C. ONTARIO (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE), 321.

2. Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Exigence professionnelle normale — Refus par un travailleur de se présenter à un quart de travail en raison de ses croyances religieuses — Opposition du syndicat aux tentatives de l'employeur de s'entendre avec l'employé — Congédiement de l'employé en raison de l'impossibilité de s'entendre — Le syndicat plaignant est-il tenu d'offrir un compromis raisonnable? — Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 8(1)a), b), (4), 9a), b), c).

CENTRAL OKANAGAN SCHOOL DISTRICT NO. 23 C. RENAUD, 970.

**DROIT INTERNATIONAL**

Immunité de juridiction — Accréditation demandée par du personnel de soutien canadien travaillant dans une base américaine

**DROIT INTERNATIONAL—Fin**

au Canada — Les États-Unis réclament l'immunité de juridiction — S'agit-il d'une activité commerciale ou de l'activité d'un État souverain? — Loi sur l'immunité des États, S.C. 1980-81-82-83, ch. 95, art. 3(1), (2), 4(1), (2)a), 5.

RE CODE CANADIEN DU TRAVAIL, 50.

**DROIT MATRIMONIAL**

Pension alimentaire — Demande de modification — Changement dans la situation économique de l'époux qui verse la pension — Revenu de pension devenant la seule source de revenu en raison de la retraite anticipée forcée — Pension alimentaire provenant du revenu de pension — Cotisations au régime de pension partagées lors du divorce — S'agit-il d'une «double déduction»? — La pension alimentaire a-t-elle été correctement réduite à la suite du changement survenu dans la situation économique? — Loi de 1985 sur le divorce, S.C. 1986, ch. 4, art. 17.

STRANG C. STRANG, 112.

**FIDUCIES**

Obligation fiduciaire — Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Y a-t-il rapport fiduciaire? — Dans l'affirmative, y a-t-il eu violation de ce rapport?

NORBERG C. WYNRIB, 226.

**JUGEMENT**

Intérêts — Question des intérêts sur les dommages-intérêts majorés accordés pour les agressions sexuelles non abordée dans le jugement — Nouvelle audition portant sur les intérêts.

NORBERG C. WYNRIB, 318.

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES**

Chose jugée — Moyens préliminaires — Requête en irrecevabilité — La Cour supérieure fait droit en partie à la requête préliminaire du créancier et ordonne la radiation des conclusions de l'action du débiteur relatives à l'annulation de la vente en justice — Décision non portée en appel dans le délai prescrit — La

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES—Fin**

décision a-t-elle acquis l'autorité de la chose jugée? — Code civil du Bas-Canada, art. 1241.

GARCIA TRANSPORT LTÉE C. CIE TRUST ROYAL, 499.

**LIBERTÉS PUBLIQUES**

1. Témoignages interdits — Outrage au tribunal — Non-respect d'une injonction — Contraignabilité — La personne citée pour outrage est-elle contraignable à témoigner? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 33.1 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 295, 302, 309.

VIDÉOTRON LTÉE C. INDUSTRIES MICROLEC PRODUITS ÉLECTRONIQUES INC., 1065.

2. Droits à l'égalité — Retraite obligatoire — Loi provinciale interdisant la discrimination en raison de l'âge — L'employeur peut démontrer que la violation alléguée est «raisonnable et justifiable, eu égard aux circonstances» — La politique de l'université fixant l'âge de la retraite obligatoire à 65 ans est-elle justifiée? — Les critères permettant de limiter en vertu de l'article premier les droits garantis par la Charte s'appliquent-ils? — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 7, 11.1.

DICKASON C. UNIVERSITÉ DE L'ALBERTA, 1103.

**MANDAT**

Obligations du mandant — Rémunération du mandataire — Les vendeurs de fournitures taxables sont nommés mandataires de la Couronne du chef du Canada aux termes de la Loi sur la TPS aux fins de la perception et de la remise de la TPS — Les vendeurs sont-ils autorisés à recouvrer les dépenses engagées pour percevoir et remettre la TPS? — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 122, 123, 221, 240, 346.

RENOI RELATIF À LA TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES, 445.

**MÉDECINS ET CHIRURGIENS**

Dossiers médicaux — Droit d'accès du patient — Demande par la patiente de copies de tous ses dossiers médicaux — Le médecin lui remet des copies de ses notes, mais refuse de fournir des copies des rapports et des dossiers reçus d'autres médecins — Absence de loi régissant l'accès de la patiente aux renseignements contenus dans ses dossiers médicaux — La patiente a-t-elle le droit

**MÉDECINS ET CHIRURGIENS—Fin**

d'examiner ses dossiers médicaux et d'en obtenir des copies sur demande?

MCINERNEY C. MACDONALD, 138.

**OBLIGATIONS**

1. Extinction des obligations — Libération de certains débiteurs — Ordre public — Renonciation — Renonciation du débiteur aux droits que lui confèrent les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. avant la vente en justice — Les articles 1202a et suiv. C.c.B.-C. sont-ils d'ordre public? — Dans l'affirmative, la renonciation du débiteur est-elle valide? — Code civil du Bas-Canada, art. 1202a à 1202l.

GARCIA TRANSPORT LTÉE C. CIE TRUST ROYAL, 499.

2. Extinction des obligations — Libération de certains débiteurs — Exigences — Articles 1202a et suiv. C.c.B.-C. — Adjudication au créancier lors de deux ventes en justice distinctes des lots hypothéqués par le débiteur — Un délai de trois mois sépare les ventes en justice — Première vente suffisante pour acquitter la dette du débiteur envers le créancier — Demande de libération du débiteur présentée après la seconde vente — Le débiteur a-t-il le droit d'obtenir sa libération après la première vente en justice? — La deuxième vente en justice peut-elle être annulée? — Code civil du Bas-Canada, art. 1202a à 1202l.

GARCIA TRANSPORT LTÉE C. CIE TRUST ROYAL, 499.

**OUTRAGE**

Tribunal de la concurrence — Compétence — Outrage commis hors la présence du Tribunal — Le Tribunal de la concurrence a-t-il compétence en matière d'outrage civil résultant de la violation de ses ordonnances fondées sur la partie VIII de la Loi sur la concurrence? — Sens de l'expression «toute question s'y rattachant» — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 8.

CHRYSLER CANADA LTD. C. CANADA (TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE), 394.

**PRATIQUE**

1. Intervention — Nouvel argument fondé sur la Charte soulevé par le requérant devant la Cour suprême du Canada — Pourvoi abordé sous un angle différent par le requérant — Question relative à la Charte à examiner lors de l'audition du pourvoi et

**PRATIQUE—Fin**

non dans le cadre de la demande d'intervention — Demande accueillie.

NORBERG C. WYNRIE, 224.

2. Intervenants — Nouvelles questions — Renvoi — Les nouvelles questions soulevées par un intervenant ne s'inscrivent pas dans le cadre du renvoi — La Cour doit-elle examiner les arguments de l'intervenant?

RENOI RELATIF À LA TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES, 445.

**PRESCRIPTION**

1. Immeubles — Titre — Possession adversative — Louage de choses.

BOVEY C. GANANOQUE (VILLE), 5.

2. Impossibilité d'agir — Point de départ de la prescription — Manquement du maître de l'ouvrage à son obligation de renseigner l'entrepreneur — Action délictuelle d'un sous-traitant contre le maître de l'ouvrage — Point de départ de la prescription repoussé jusqu'au moment de la découverte par le sous-traitant des faits générateurs de son droit — Code civil du Bas-Canada, art. 2232.

BANQUE DE MONTRÉAL C. BAIL LTÉE, 554.

**PROCÉDURE CIVILE**

1. Vente en justice — Annulation du décret — Exigences — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 698, 699, 700.

GARCIA TRANSPORT LTÉE C. CIE TRUST ROYAL, 499.

2. Outrage au tribunal — Non-respect d'une injonction — Contraignabilité — La personne citée pour outrage est-elle contraignable à témoigner? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 49 à 54, 295, 302, 309, 761 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 33.1 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c).

VIDÉOTRON LTÉE C. INDUSTRIES MICROLEC PRODUITS ÉLECTRONIQUES INC., 1065.

**RELATIONS DE TRAVAIL**

1. Arbitrage — Avis — L'omission de donner avis de l'arbitrage à deux syndicats qui auraient pu être fortement touchés



**RELATIONS DE TRAVAIL—Fin**

par la décision constituait un déni de justice naturelle — Annulation de la décision maintenue.

SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE C. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA, 7.

2. Accréditation demandée par du personnel de soutien canadien travaillant dans une base américaine au Canada — Les États-Unis réclament l'immunité de juridiction — S'agit-il d'une activité commerciale ou de l'activité d'un État souverain?

RE CODE CANADIEN DU TRAVAIL, 50.

**RESPONSABILITÉ CIVILE**

Responsabilité délictuelle — Contrat d'entreprise — Obligation de renseignement — Action délictuelle d'un sous-traitant contre le maître de l'ouvrage — Action fondée sur un manquement du maître de l'ouvrage à son obligation de renseigner l'entrepreneur — Jugement accueillant l'action en première instance infirmé par la Cour d'appel — Intervention de la Cour d'appel dans les déterminations et conclusions de fait du juge de première instance — L'intervention de la Cour d'appel était-elle justifiée? — Rôle de la Cour d'appel appelée à réviser l'appréciation de la preuve du juge de première instance — Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

BANQUE DE MONTRÉAL C. BAIL LTÉE, 554.

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Voies de fait — Moyens de défense — Consentement — Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Le consentement de la patiente constitue-t-il un moyen de défense opposable à des voies de fait? — Y a-t-il absence de droit d'action pour cause d'illégalité ou d'immoralité? — Détermination des dommages-intérêts.

NORBERG C. WYNRIB, 226.

**TRIBUNAUX**

Révision en appel — Conclusions de fait — Retenue judiciaire — La cour d'appel doit-elle modifier les conclusions de fait tirées par une commission d'enquête et la Cour du Banc de la Reine?

DICKASON C. UNIVERSITÉ DE L'ALBERTA, 1103.

**MAIL**  **POSTE**

Canada Post Corporation - Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail**

**Poste-lettre**

**K1A 0S9  
OTTAWA**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9